

Podemos considerar que una mediación ha sido eficaz si se cumplen los siguientes criterios (Slaikeu, 1996):

El logro de un acuerdo mutuamente beneficioso y duradero, sin puntos ambiguos en su contenido, que reúna los siguientes requisitos, primero, consecución de recursos importantes y valiosos para las partes, segundo, resolución de los aspectos subyacentes al conflicto manifiesto, y tercero, implicación de las partes en el acuerdo logrado;

La mejora de la comunicación y las relaciones entre las partes, que implica un modelado de conductas para la resolución de futuras disputas; y la consecución de resultados relevantes para el mediador, como la satisfacción de las partes con el procedimiento de la mediación, y el afianzamiento de sentimientos de confianza y de buena voluntad hacia el mediador.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDURA, A, *Social learning theory*. Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1977.
- BUTTS, T., MUNDUATE, L., BARÓN, M., y MEDINA, F.J.: «Intervenciones de Mediación», en MUNDUATE, L y MEDINA, F.J. (Coord.): *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Pirámide, Madrid, 2005, pp.265-303.
- CARNEVALE, P. J. y PRUITT, D. G.: «Negotiation and mediation», *Annual Review of Psychology*, vol. 43, 1992, pp. 531-82.
- FISHER, R., URY, W. L. y PATTON, B.: *Obtenga el Si. El arte de negociar sin ceder*, (4ª Ed.), Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1998.
- KLEIBOER, M.: «Understanding success and failure of international mediation», *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 40, num.2, 1996, pp., 360-389.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., REY S., y MUNDUATE, L.: «The intervention of Third Parties in the Solution of Labour Conflicts», *European Work and Organizational Psychologist*, vol. 3, num. 4, 1993, pp. 271-283.
- SLAIKEU, K.A.: *When Push Comes to Shove. A Practical Guide to Mediating Disputes*, Jossey-Bass, San Francisco, 1996.
- URY, W.L., BRETT, J.M. y GOLDBERG, S.B.: *Getting Disputes Resolved. Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*, The Program on Negotiation at Harvard Law School, Cambridge, 1993.

## LA MEDIACIÓN EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

JESÚS CRUZ VILLALÓN<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. *Las apreciables diferencias dentro de la Administración Pública*. 2. *Oportunidad y conveniencia de su implantación en el empleo público*. 3. *Un débil reconocimiento en la legislación vigente*. 3.1. Premisas constitucionales. 3.2. Criterios supranacionales. 3.3. Una escueta regulación estatal. 3.4. El margen de regulación autonómico. 3.5. Los acuerdos colectivos como vehículo de implantación. 4. *Ámbito subjetivo de actuación*. 4.1. Personal con régimen laboral. 4.2. Administraciones locales. 4.3. Organismos autónomos y otras entidades de la Junta de Andalucía. 5. *Tipología de conflictos*. 5.1. Conflictos de intereses. 5.2. Conflictos jurídicos. 6. *Procedimientos idóneos*. 6.1. El reforzamiento de la mediación. 6.2. La inicial exclusión del arbitraje. 7. *Aspectos de tramitación*. 7.1. La posible incorporación dentro de la estructura SERCLA 7.2. Partes del procedimiento de mediación. 7.3. Iniciación del procedimiento. 7.4. Desarrollo formal del trámite. 7.5. La incidencia sobre otras medidas de reclamación o presión colectiva. 8. *Eficacia jurídica de los acuerdos de avenencia*. 9. *Impugnación judicial de la mediación*.

### 1. LAS APRECIABLES DIFERENCIAS DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los procedimientos de mediación y arbitraje en la solución de los conflictos laborales se han venido generalizando en los últimos años en el conjunto de nuestro sistema de relaciones laborales. Ahora bien, dicha generalización se ha verificado básicamente en el ámbito del sector privado, con menor incidencia o incluso con total olvido de su extensión en el sector público. Con ello parece conformarse la idea de que concurren causas profundas que de raíz dificultan, cuando no hacen inviable que, lo que con notable naturalidad se implanta en el

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

sector privado, pueda trasladarse en iguales términos al terreno del empleo público. Para otros, por el contrario, la explicación es mucho más simple, pues consideran que no hay motivo alguno para que las fructíferas experiencias que se vienen consolidando en el terreno clásico de aplicación plena de la legislación laboral, se generalicen también a quienes se someten a un régimen público de prestación de servicios; para estos otros, se trata de un mero asunto de voluntad política, si se quiere de resistencia subjetiva a la incorporación de este tipo de formas resolutivas de conflictos al ámbito del empleo público.

Como es fácil percibir, la especialidad por excelencia en la esfera que estamos tratando se sitúa en el hecho de que quien interviene como parte empleadora es una Administración Pública, y ésta se somete a formas de actuación en sus relaciones con sus empleados diferentes, lo que a la postre desemboca en un régimen jurídico parcialmente diferenciado.

Dejando al margen por ahora lo que refiere a la regulación de las condiciones individuales de prestación del trabajo, y centrándonos en lo que afecta al ejercicio de los derechos colectivos de trabajo, con carácter general, el reconocimiento de la libertad sindical y del conjunto de facultades anejas a la misma de acción sindical (participación y representación, negociación colectiva y huelga), se ha producido históricamente de forma más tardía y lenta en el empleo público, respecto de lo que ha sucedido en la actividad económica industrial y en general del conjunto del sector privado. Ese reconocimiento de los derechos sindicales entre los funcionarios, incluso en el momento actual, presenta indudables peculiaridades, incluso evidentes limitaciones o negaciones de su titularidad respecto de algunos específicos cuerpos de funcionarios públicos. A mayor abundamiento, ese tipo de derechos colectivos en el ámbito de la función pública arranca en el tiempo con la incorporación de los derechos organizativos de libre constitución de asociaciones sindicales, extendiéndose a partir de ahí a los derechos de acción sindical, comenzando por la participación vía información y consulta, incorporando más tarde la negociación colectiva si bien lo sea con alcance diverso al consolidado al ámbito privado de las relaciones laborales, de forma que queda para el final en este proceso evolutivo de profundización lo que refiere a los procedimientos extrajudiciales y extra-administrativos de resolución de los conflictos laborales. En definitiva, no es sólo que las manifestaciones que comprende a la autonomía colectiva se vayan incorporando con mayor lentitud, incluso debilidad si se quiere, en el ámbito de la Administración Pública, sino que aquella que presenta un mayor retraso es justamente la que afecta a los procedimientos de mediación y arbitraje en la resolución de los conflictos laborales.

A tenor de lo anterior, ha de reconocerse que las peculiaridades propias de la configuración, organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas no constituyen precisamente el caldo de cultivo más propicio para una fácil traslación de los mecanismos de mediación y arbitraje, que ya ostentan plena carta de naturaleza en el ámbito de las relaciones privadas.

Para empezar, la posición de supremacía, consustancial a la intervención de la Administración Pública en su relación con terceros, que es a la postre lo que la identifica y genera todo un Derecho público propio y diferenciado al correlativo del Derecho privado, resulta poco propicia a colocar a ambas partes en una posición de paridad que facilite los procesos negociales. Hay que partir de la premisa de que este tipo de procedimientos de solución se basa en un principio voluntarista, es decir, de libre pacto entre las mismas; de esta forma, si el pacto entre las partes como forma de superar las situaciones de conflicto es el mecanismo por excelencia de materialización de estos procedimientos, esto no resulta fácil de articular cuando se parte de una concepción de desigualdad entre las partes no sólo en lo material sino incluso también en lo formal. A la postre, estos procedimientos no son sino el desarrollo de un previo proceso de negociación colectiva entre las partes, siendo una manifestación más de su autonomía colectiva. Por ello, presupuesto de una más fácil incorporación de estos procedimientos de mediación y arbitraje es que se vayan afianzando los precedentes mecanismos de negociación colectiva entre los funcionarios públicos. Precisamente, el objeto de arranque más natural de estos procedimientos extrajudiciales se sitúa en el terreno de la interpretación, aplicación e incluso en lo que refiere a los bloqueos del desarrollo de la negociación colectiva; por lo que insistimos, el punto de partida es un previo afianzamiento de los sistemas de negociación colectiva entre los propios funcionarios públicos.

Como consecuencia de todo lo anterior podemos reconocer un principio informador de todo el sistema, que se resumiría en los siguientes términos: todo aquello que puedan lograr las partes como resultado del acuerdo en el seno de la negociación colectiva, lo podrán transferir en igual medida al ámbito de la resolución vía mediación y, en parte también, del arbitraje; y, a la inversa, todo aquello que constituya un límite insuperable para la negociación colectiva entre los funcionarios públicos, se presentará también como una frontera intraspasable para los procedimientos de mediación y arbitraje.

De otra parte, no puede desconocerse que la Administración Pública, como tal poder estatal, se configura dentro de un modelo de Estado de Derecho basado en el principio de división de poderes, lo que implica que no pueda actuar como un poder plenamente autónomo. Por el contrario, la Administración Pública como tal poder estatal, está sometida a la intervención superior del poder legislativo, como expresión por excelencia de la soberanía estatal. En concreto, ello implica que el poder ejecutivo para cierto tipo de medidas debe contar necesariamente con el refrendo, autorización o delegación previa del Parlamento. Y ello, con independencia de que se trate de una u otra Administración Pública, sea ésta la General del Estado, la autonómica o bien la local. Siempre el Parlamento tendrá la última palabra respecto de determinado tipo de decisiones, con la relevancia respecto de lo que venimos tratando que algunas de estas decisiones podrán incidir sobre materias relativas a conflictos laborales con los empleados públicos. Este factor limitativo está subyacente como importante condicionamiento de la negociación

colectiva en el empleo público y, por derivación, puede incidir en igual medida sobre los correlativos sistemas de mediación y arbitraje en el empleo público.

Sin voluntad de agotar la relación de posibles obstáculos o rémoras teóricas en el ámbito que venimos tratando, entre los elementos más influyentes tampoco podemos dejar de mencionar los diversos intereses en juego cuando actúa de por medio la Administración Pública. En efecto, no puede desconocerse tampoco que cuando la Administración actúa como poder público, expresión de los poderes estatales, lo hace en atención y defensa de los intereses generales de la comunidad. Mientras que, de principio, en un conflicto laboral en el ámbito del sector público, se dilucidan exclusivamente intereses privados, los particulares del empleador y los correlativos de los trabajadores, cuando nos trasladamos al ámbito de la Administración Pública, ésta en sus relaciones con sus empleados puede poner en juego los intereses de los ciudadanos, usufructuarios de los servicios públicos que presta la propia Administración por medio de sus empleados públicos. La consecuencia principal de todo lo anterior, es que no resulta tan fácil establecer un mecanismo de delegación en otras instancias de la resolución de un conflicto de intereses cuando se encuentran en juego algo más que intereses privados.

Con todo lo anterior no queremos llegar a la conclusión de la existencia de obstáculos que de raíz se opongan a una efectiva implantación en nuestro sistema de relaciones laborales de fórmulas extrajudiciales de resolución de los conflictos con los empleados públicos. Pero sí explicar las razones por las cuáles nos encontramos todavía en el nivel de desarrollo que tenemos en estos momentos, por lo que no es meramente caprichoso o resultado de la pura casualidad que estos procedimientos aún no hayan cuajado en el ámbito de la Administración Pública. En definitiva, que sin existir una imposibilidad material de establecerlos, ha de arrancarse con mayor cautela, siendo conscientes de que las dificultades son superiores y no meramente subjetivas.

Al mismo tiempo, el hecho de que las experiencias prácticas que se puedan traer a colación sean reducidas, en igual medida ofrecen un escenario que obliga a una construcción novedosa en muchas de las facetas del desarrollo de esta materia. Indiscutiblemente, tenemos un referente decisivo en la forma como se han ido generalizando los procedimientos de mediación y arbitraje en el sector privado, no siendo casual que se advierta una importante tendencia a la convergencia entre los diversos sistemas existentes en la práctica dentro de este ámbito. Pero, igualmente ha de realizarse una llamada a la prudencia, pues los mimetismos y las traslaciones automáticas no son buenas consejeras al respecto.

## **2. OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA DE SU IMPLANTACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO**

Debe insistirse en la idea de que no puede entenderse que existan obstáculos insoslayables en esta materia. La prueba más palpable de ello se encuentra en el

hecho de que las Administraciones Públicas mantienen relaciones con un grupo significativo de sus empleados públicos sometidas a todos los efectos a la legislación laboral. Esta circunstancia determina que algunos de los sistemas implantados de mediación y arbitraje, a los efectos de la resolución de los conflictos colectivos, se incorporan sin distinción también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Además, ello se ha efectuado sin mayores objeciones ni dificultades en el terreno práctico. De este modo, de forma subrepticia y casi imperceptible estos sistemas también están llegando a tener carta de naturaleza en el ámbito de la Administración Pública. Precisamente, por el fácil expediente de suscitarse este tipo de conflictos respecto del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, se incorporan sin mayores objeciones dentro del ámbito subjetivo de algunos de los sistemas autonómicos. En concreto así sucede con el sistema andaluz. En algunos casos esa incorporación llega a permitir que las partes celebren compromisos arbitrales, cuyos laudos son aceptados y ejecutados en la práctica, incluso cuando ello comporta la imposición de medidas que requieren sucesivamente de acuerdos formales del órgano colegiado de gobierno correspondiente.

Naturalmente ello no supone desconocer las diferencias entre someterse a un régimen laboral y hacerlo a otro régimen de carácter administrativo. Las claves jurídicas de estos sistemas de solución de conflictos son más fácilmente asimilables cuando nos movemos en el terreno de las relaciones jurídico-privadas, presentando escollos no desdeñables cuando nos adentramos en el terreno de las relaciones jurídico-públicas. Tan es así que incluso respecto del personal laboral, la propia regulación del proceso laboral establece diferencias tradicionales en esta materia, siendo lo más emblemático que desde siempre se haya sustituido la conciliación preprocesal por la reclamación administrativa previa, donde si bien puede producirse una aceptación o a modo de «avenencia» de la Administración, ello se verifica de forma unilateral y sin ruptura de su posición de supremacía jurídica. Pero, desde luego, también es irrefutable que por el mero hecho de que la parte empleadora sea una Administración Pública, ello ya no imposibilita de partida la incorporación de mecanismos de mediación y/o arbitraje. Podrán presentarse dificultades singulares, pero éstas son superables con correcciones de adaptación a las particularidades de la Administración como sujeto empleador.

La mayoría de las razones que han impulsado y propiciado la extensión de los procedimientos privados de resolución de los conflictos colectivos laborales, pueden predicarse también respecto de la propia Administración Pública. Incluso, las ventajas de estos sistemas en el empleo público pueden tener mucha mayor consistencia, encontrando en algunos supuestos una superior efectividad.

Así, debe comenzar por indicarse que el reforzamiento de los sistemas de solución de conflictos se presenta cada vez más, no como alternativo a la vía judicial y administrativa, cuanto como un sistema complementario de las mismas, que ocupe su propio espacio y desarrolle sus propias potencialidades. De este modo,

lo primero a resaltar es que el primer ámbito natural de actuación de estos procedimientos es el correspondiente a la resolución de conflictos de intereses, económicos o de carácter novatorio. Se trata de conflictos que por su propia naturaleza quedan extramuros de lo que constituye el objeto de la actividad jurisdiccional, necesariamente enfocada a la aplicación de la norma al caso concreto. Desde este punto de vista son sistemas que no se relacionan con la actividad jurisdiccional, sino que entroncan con la negociación colectiva, pues en estos casos se trata sobre todo de propiciar la propia negociación colectiva, reforzarla y, en su caso, servir de útil herramienta para superar las situaciones de bloqueo. De otra parte, incluso cuando el conflicto se exterioriza formalmente como una discrepancia jurídica de interpretación de la normativa vigente, en muchas ocasiones se trata del formato elegido por una de las partes de presentación pública del conflicto con la contraparte, como forma incluso de reforzar la legitimidad de sus posiciones en cuanto que imputa a la otra parte la adopción de una conducta ilegal; más allá del mayor o menor fundamento de ese tipo de presentaciones, lo que no puede dejar de tenerse presente es que en reiteradas ocasiones las discusiones técnico-jurídicas son el cuerpo de formalización de un conflicto de intereses, contexto en el que se enmarca el conflicto jurídico más fácil de advertir y de tomar en consideración por sistemas más flexibles y no formalistas como son los procedimientos extrajudiciales. En muchas ocasiones los conflictos van entreverados de argumentos jurídicos con el deseable equilibrio de intereses entre las partes, realidad compleja y rica que es fácilmente atendible por un tercero que no se encuentra necesaria y exclusivamente atado por el razonamiento jurídico-formal.

De otra parte, incluso estos sistemas pueden presentar superiores alicientes respecto de la solución estrictamente jurisdiccional. Por ejemplo, la evitación de dilatados procesos judiciales, que bloquean la puesta en práctica de medidas de interés para ambas partes. Es generalizada la idea de que con ello siempre se busca reducir los excesivos niveles de judicialización de los conflictos en las relaciones laborales. Pues bien, esa situación de desbordada judicialización de la intervención judicial en las discrepancias laborales que se puedan presentar es mucho más elevada en el ámbito de la Administración Pública, particularmente cuando la misma se compara con la correspondiente al sector privado de las relaciones laborales; bien se deba a que en el ámbito de lo público no hay el temor a medidas de reacción negativas a quienes deciden reclamar judicialmente, que influye con notable fuerza en las relaciones laborales privadas, bien sea por razones de escape a problemas que se postergan en su solución con la remisión a la sede judicial, o por cualquier otro motivo, lo cierto es que el volumen de recursos por motivos vinculados con las condiciones de trabajo son abundantísimos en ese ámbito. Es probable que esa situación se haya convertido en un hábito tan extendido de parte de los empleados públicos y de los propios responsables administrativos en la gestión del personal al servicio de la Administración, que ello ni siquiera se perciba como un problema o como expresión de un funcionamiento

patológico de las relaciones laborales en el sector público. A pesar de ello, apenas se atiendan a las consecuencias variadas que ello tiene y a los correspondientes costes, se puede imaginar con facilidad que efectivamente ese escenario ha de valorarse negativamente. Más aún, que en particular ese escenario de excesiva judicialización de tales conflictos puede reducirse notablemente por medio de la implantación de ciertos mecanismos de mediación y arbitraje en ese sector.

Complementariamente a lo anterior puede indicarse también que en ese ámbito de la conflictividad funcional, se encuentra bastante extendido que esa excesiva judicialización se concentre en particular en reclamaciones de carácter individual. Cierto que la puesta en práctica de las experiencias de mediación y arbitraje suele arrancar de fórmulas enfocadas hacia los conflictos de naturaleza colectiva, con lo cual podría dar la impresión que en una primera fase la influencia de este tipo de mecanismo sería muy escasa sobre las grandes cifras de reclamaciones individuales. Sin embargo, ello depende de con qué enfoque ello se lleve a cabo y, sobre todo, con que perspectiva actúen las partes en este tipo de procedimientos de mediación y arbitraje. Por ser más precisos, a nuestro juicio 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, aunar múltiples reclamaciones individuales idénticas en una sola de carácter colectivo. Un acertado uso de este tipo de mecanismos de solución extrajudicial podría, pues, conjurar esos riesgos de microconflictividad individual acumulada, que vendría resuelta por una sola intervención a través de un conflicto de naturaleza colectiva que al propio tiempo diera una respuesta uniforme y con ello exentas de riesgos de respuestas contradictorias las unas respecto de las otras.

Igualmente merece la pena traer a colación la notable flexibilidad con la que se pueden abordar este tipo de conflictos con las técnicas propias de los procedimientos extrajudiciales. Precisamente, es en el ámbito de la intervención judicial de resolución de reclamaciones contencioso-administrativas donde más inmediatamente se advierte como el órgano judicial se ve forzado a actuar con superior condicionamiento a la aplicación de la regla legal aplicada al caso concreto. El juez de lo contencioso, por estar aplicando reglas de Derecho Administrativo, que refieren al régimen de funcionamiento de la Administración Pública, se ve obligado a desarrollar un silogismo estrictamente formal de aplicación de la norma abstracta al caso concreto, sin poder separarse un ápice de esa técnica hermenéutica, que le impide tomar en consideración el contexto y los precedentes que subyacen en el conflicto en cuestión. Frente a ello, la mayor adaptabilidad de la solución extrajudicial, particularmente cuando es el resultado del libre acuerdo entre las representaciones colectivas que intermedian en el litigio, posibilita además de una solución homogénea también una solución flexible concebida para el caso concreto.

A su vez esa rigidez propia de la solución judicial se ve acentuada cuando el contencioso se tiene que dilucidar a través de un procedimiento básicamente escrito. Cuando las partes se tienen que someter al texto escrito para exponer sus respectivas posiciones y fundamentos, las actitudes de las propias partes son poco propensas al acercamiento y a la búsqueda de la solución de equilibrio, al tiempo que invita a una exposición intensamente basada en la argumentación jurídico-formal. Esa otra rigidez puede ser evitada cuando el sistema de resolución del conflicto se desarrolla en sede extrajudicial, de carácter más maleable y, con ello, más propicio para buscar soluciones de equilibrio.

Esa rigidez de la solución judicial lleva a que en ocasiones la misma ni siquiera dé por zanjado definitivamente el conflicto que desencadenó la intervención judicial. En unas ocasiones, por la propia complejidad de las reglas de procedimiento, la respuesta judicial es de rechazo del asunto por motivos puramente formales o de tramitación, de modo que al no entrar en el fondo del asunto, dejan la cuestión material imprejuizada y, con ello, la discordancia entre las partes pendiente de afrontar en el futuro más o menos inmediato. Pero incluso ello puede presentarse cuando se llega a entrar en el fondo del asunto. En efecto, en otras ocasiones, se convierte en una mera respuesta del órgano judicial que no se percibe como la última palabra de quien goza de la auctoritas correspondiente; que puede ser asumida con mayor o menor desencanto por las partes en juego, pero que a la primera oportunidad y al primer resquicio que adviertan como posible, intentarán eludir o abrir la espita de nuevas reclamaciones judiciales. Nuevos recursos que se presentan como novedosos por enfocarse desde una perspectiva diversa, pero que a la postre son manifestación del mismo descontento o del mismo desacuerdo de fondo.

Por supuesto también el modelo de judicialización tan extendido en la función pública da lugar a un elevadísimo retraso en la respuesta de los órganos judiciales a los asuntos así planteados. Tal es el panorama que ya las partes asumen, que la sentencia se va a dictar tras un tiempo muy prolongado, asumiendo los cálculos de gestión y de actitud ante el trabajo dando por supuesto que la respuesta va a tardar mucho. Esa realidad está tan enquistada dentro del sistema que las propias partes actúan sabiendo de antemano que va a ser así, de modo que la propia Administración adopta sus decisiones sabiendo que la respuesta judicial va a tardar en llegar y lo mismo se hace desde la otra posición. Los cálculos de costes económicos se realizan también en función de que la tramitación del conflicto se va a dilatar en el tiempo, de modo que las sorpresas e incluso los propios desajustes económicos pueden surgir cuando la respuesta es inmediata. Tan es así que a veces tampoco se llega a percibir los reales efectos negativos que tiene una solución tardía en el tiempo. Sin embargo, si se tuvieran presente todo el conjunto de efectos negativos derivados de una resolución tardía y el enquistamiento de los conflictos que ello trae consigo probablemente la valoración fuera diversa y, con ello, se alentaría en mayor medida a buscar procedimientos más acelerados de resolver las discrepancias entre las partes.

En el mismo terreno debe hacerse hincapié en la enorme funcionalidad de futuro que puede imprimir la solución aportada a través de la mediación y el arbitraje, tan relevante para el desarrollo de las relaciones laborales. En efecto, para este tipo de actuaciones lo que haya sucedido en el pasado en las relaciones entre las partes constituye un factor relevante a los efectos de poder contextualizar mejor la discrepancia que haya surgido, pero su objetivo central no es solucionar un problema de pasado. La gran virtualidad y la superior eficacia de estos sistemas se encuentra en que la solución se concibe en su confección con voluntad de proyectarse en el futuro. Frente a otro tipo de relaciones que son puntuales en el tiempo, o que parten de un conflicto en el que es definitiva e irreversible la ruptura de la relación de confianza, en las relaciones laborales muchas de las situaciones de enfrentamiento se verifican dentro del iter de unas relaciones sociales que van a continuar, pues nos hallamos dentro de una expectativa de que las partes van a continuar vinculadas en el inmediato futuro y se van a seguir necesitando mutuamente. Esa realidad de proyección continuada de futuro resulta perfectamente atendible por un procedimiento flexible en cuanto a la solución a adoptar, que no pretende tanto compensar daños ya sufridos por las partes, como buscar el régimen de derechos y obligaciones mutuas que debe regir en sus relaciones futuras. En base a ello, la solución proyectada puede perfectamente desenvolverse dentro de unos esquemas que no tengan que transmitir una imagen de parte vencedora y parte vencida, o cuando menos están en condiciones de evitarlo en la mayor medida de lo posible, pues en ello va en juego el éxito de las relaciones de futuro de las partes que, quieran o no, van a tener que seguir colaborando entre ellas.

Finalmente, sin voluntad de agotar las bondades de estos procedimientos, los mismos parten de una presunción de mayor efectividad en su plasmación práctica. Más allá de su eficacia jurídica vinculante y de los instrumentos de coercibilidad legal que se puedan prever para exigir su cumplimiento, la mediación y el arbitraje tienen un punto de partida fuerte que afianza su eficiencia. Me refiero sobre todo al compromiso asumido por las propias partes al acudir a los mismos, compromiso que acentúa la aceptación de la solución alcanzada y con ello una asunción decisiva de responsabilidad en que esa es «su» solución: la que, por tanto, han de defender como propia, tanto ante sus representados como ante su contraparte. El principio voluntarista, que debe presidir el funcionamiento de estos sistemas, presenta notables incertidumbres acerca del desenlace que en cada caso concreto vaya a tener el procedimiento emprendido; pero, una vez que éste llega a buen puerto, se tienen fuertes garantías de que el producto es de calidad porque se va a cumplir, pues se presenta inmune a ciertos ataques externos o internos, al gozar de la legitimación derivada del consenso aportado por las partes en conflicto. En la conciliación y en la mediación son las propias partes las que finalmente alcanzan el acuerdo que supera el conflicto; en el arbitraje, aunque el laudo es impuesto por un tercero imparcial ajeno a las partes, el arranque es igualmente voluntario, basado en el compromiso arbitral celebrado entre las

partes, que incluye tanto el objeto de la discrepancia como la persona del árbitro y el tiempo de su actuación.

A la postre, todo ello redundará en el reforzamiento del protagonismo de los interlocutores sociales, razón por la cual se suelen denominar a estos procedimientos como «autónomos», de forma que en una estrategia macro del sistema de relaciones laborales afianza un modelo basado en la autonomía colectiva, que ha demostrado tanto su efectividad como su adecuación a los valores democráticos a propugnar.

### 3. UN DÉBIL RECONOCIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La primera, por no decir, la principal dificultad con la que nos vamos a enfrentar en la materia, se encuentra en la escasa regulación que existe sobre el particular. El mero hecho de que a los funcionarios públicos no les sea de aplicación el régimen jurídico propio del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL), que es justamente el aparato normativo donde se encuentran las reglas que permiten con mayor facilidad que estos procedimientos de solución desplieguen todas sus potencialidades, es suficiente como para tener que hacer un mayor esfuerzo de construcción jurídica y doctrinal.

Más aún, debe tenerse presente que el mecanismo por excelencia a través del cual hoy en día se vienen a implantar los procedimientos de resolución de conflictos es por medio de determinados acuerdos interprofesionales, a través de los cuáles las partes potencian y desarrollan los mecanismos apenas pergeñados en la Ley. Y precisamente, lo que nos interesa resaltar es que ese tipo de acuerdos interprofesionales, como no podía ser de otro modo, tienen su engarce con la normativa estatal reguladora del proceso de negociación colectiva. En concreto, tanto el acuerdo interconfederal de resolución de conflictos en el ámbito estatal como los correlativos otros 17 acuerdos colectivos que se han celebrado y se encuentran vigentes en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas, se reclama de la condición y categoría de los acuerdos interprofesionales contemplados en el art. 83 ET. Específicamente así lo hace el acuerdo andaluz por medio del cual se constituye el SERCLA: «En virtud de las previsiones contenidas en el apartado 3º del artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores, el presente acuerdo tiene la naturaleza de interprofesional, con la eficacia, valor jurídico y capacidad general de obligar, reconocida en el Título III del citado Texto Legal». Ello determina, como efecto derivado, que tal tipo de acuerdos interprofesionales tan sólo sean de aplicación a las relaciones laborales a las que les sea de aplicación el ET, de forma que si el art. 1.3.a de dicho cuerpo legal procede a excluir de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos y, en general, a cualquier otra relación de empleo subordinado sometida a régimen administrativo, ello implica que tales empleados

públicos implícitamente se encuentran fuera de los procedimientos de mediación y arbitraje contemplados en los mencionados acuerdos interprofesionales.

En segundo lugar, como ya apuntamos anteriormente, son capitales las diferencias entre situarse en el plano del Derecho Público y hacerlo en el Derecho Privado. Y, en particular, a los efectos que nos interesa insistir en este momento, la clave se encuentra en que la Administración Pública en la relación con sus empleados se encuentra particularmente limitada por el sometimiento al principio de legalidad. Qué duda cabe que, dentro de un ordenamiento presidido por un Estado de Derecho, todas las instituciones y entidades —públicas o privadas— se encuentran en su actuación sometidas en su actuación al imperio de la ley. Ahora bien, tradicionalmente, una de las señas de identidad del Derecho Administrativo es justamente la del establecimiento de una regulación de más estricta fijación de las reglas de actuación de los poderes públicos en todas sus facetas a las pautas dictadas por el Parlamento. Y la faceta relativa al desarrollo de las relaciones laborales, es decir, a la actuación de la Administración Pública en la posición de parte empleadora no constituye excepción alguna. Desde el punto de vista que estamos analizando, la conclusión a la que se ha de llegar necesariamente es que los caminos y procedimientos que se puedan emprender a estos efectos han de estar regulados o cuando menos autorizados expresamente por parte de la normativa estatal, entendido 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. El matiz diferencial es fácil de percibir, conforme a principios contrapuestos en las relaciones jurídico privadas respecto de las públicas: mientras que las partes cuando se desenvuelven en el ámbito de lo privado pueden realizar todo cuanto no les esté expresamente prohibido, pues actúan en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuando lo hacen en la esfera de lo público la Administración exclusivamente podrá actuar conforme a los procedimientos y las técnicas jurídicas que expresamente vengán contempladas por la legislación que le sea de aplicación. En definitiva, 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, sin que el silencio pueda considerarse como no prohibición, como legitimación suficiente para hacerlo. Con ello no queremos indicar que la normativa funcional de referencia haya de contener una regulación exhaustiva de todos los elementos de puesta en práctica de la mediación y el arbitraje en la resolución de los conflictos, pero sí que es imprescindible que el correspondiente sistema venga autorizado y diseñado en lo básico por la legislación funcional de aplicación.

2 Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, Resolución de 8 de abril de 1996, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, (BOJA 23 de abril).

Es desde esta premisa desde la que resulta obligado acometer la descripción y análisis de la regulación existente sobre el particular. Labor que procedemos a realizar a partir de ahora, sobre la técnica de ir estudiando de forma sucesiva cada una de las fuentes del Derecho en juego, de mayor a menor, en atención a la posición que ostentan en la jerarquía normativa.

### 3.1. Premisas constitucionales

Así, pues, comencemos por el texto constitucional español, si bien las consideraciones que debemos efectuar sobre el particular han de ser escasas necesariamente. Escasas por cuanto que las previsiones constitucionales al respecto son básicamente dejar imprejuizada la materia, de lo que se deduce una implícita voluntad de dejar un amplio margen de opción política a la legislación ordinaria que en cada instante, en función del contexto y del desarrollo de las relaciones laborales en el empleo público, opte por una u otra fórmula más o menos intensa en el desarrollo de estos mecanismos.

Ya con carácter general, el texto constitucional contempla escasas reglas respecto del modo o procedimiento de resolución de los conflictos laborales. Mientras que respecto de otras manifestaciones de la autonomía colectiva existe un perfil más detallado en el texto constitucional, no ocurre así en cuanto a los procedimientos de resolución de conflictos. Tanto la libertad sindical como el derecho de huelga encuentran una fuerte recepción constitucional como derechos fundamentales y libertades públicas, a través del art. 28 CE; aunque sin llegar a nivel tan intenso, algo similar sucede con el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva laboral, de cuyo art. 37.1 CE se han logrado construir las claves básicas del marco jurídico de nuestra negociación colectiva, al extremo que cabe entender que existe un modelo constitucional de negociación colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales. Es cierto que cabría apelar en esta materia al art. 37.2 CE, cuando el mismo se refiere al derecho a la adopción por parte de los representantes de trabajadores y empresarios de medidas de conflictos colectivos, por cuanto que algunos han interpretado dicho mandato constitucional como un referente inmediato a los procedimientos que estamos tratando en este momento. Al respecto podría también interpretarse de forma alternativa que este último apartado está redactado en clave de aludir a otras medidas de presión colectiva, diversas de la huelga contemplada en el art. 28.2 CE. A nuestro juicio, por su generalidad y, sobre todo, por su interpretación histórica en conexión con lo que tal expresión significaba en los momentos de redacción del propio texto constitucional, puede admitirse que el art. 37.2 CE llega a tener un valor omnicompreensivo, integrador tanto de las medidas de presión colectiva diversas de la huelga, como de los procedimientos de solución que analizamos en este estudio. El propio Tribunal Constitucional lo ha venido a interpretar en este sentido<sup>3</sup>.

Eso sí, la interpretación en este sentido omnicompreensivo del art. 37.2 CE solventa pocos interrogantes y establece escasos mandatos concretos respecto de la

materia que estamos tratando. El mencionado apartado se limita a reconocer en abstracto el derecho de los interlocutores sociales a adoptar este tipo de medidas, pero dejando abierta plenamente a la decisión del legislador ordinario cuáles puedan ser estos procedimientos, así como la forma de materializarse los mismos. Pero, sobre todo, la clave a nuestro entender se encuentra en el dato de que, por mucha influencia que deseemos otorgarle a este precepto, el mismo carece de valor jurídico por lo que refiere al empleo público. En efecto, lo más razonable es entender que la titularidad atribuida respecto de este derecho a favor de «los trabajadores y empresarios» va dirigida en exclusiva a las relaciones laborales sometidas a la legislación laboral *stricto sensu*, por tanto con exclusión de los funcionarios públicos.

Es cierto que nuestro Tribunal Constitucional, salvo error u omisión, hasta el presente no ha realizado un pronunciamiento explícito sobre el particular, pero a nuestro juicio la interpretación formulada en relación con el constitucionalizado derecho a la negociación colectiva resulta extensible también a los procedimientos de solución de conflictos colectivos. Ha de tenerse bien presente, que uno y otro derecho se encuentran ubicados dentro del mismo artículo, estableciéndose con ello una estrecha relación entre las instituciones contempladas en el apartado primero (negociación colectiva) y segundo (conflictos colectivos) de dicho precepto. Si en ambos se utiliza el término «trabajadores» para delimitar el ámbito de titularidad de ambos derechos, lo razonable es deducir que la interpretación del alcance del término deba ser idéntico en uno y otro apartado del mismo precepto. Y, en estos términos, nuestro Tribunal Constitucional sí que ha declarado expresamente que el término trabajadores del art. 37.1 CE referido al derecho a la negociación colectiva refiere exclusivamente a los sometidos a contrato de trabajo, lo que determina la exclusión de los funcionarios públicos del reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, lo que incluso llega a reforzarse con la correlativa lectura de la libertad sindical de los funcionarios deducida del art. 28.1 CE.

Así, de un lado, nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado con contundencia que «del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias, al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses, derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias, ya que el legislador puede optar en amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido, que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo, como lo demuestra el derecho comparado, en que existen diversos sistemas determinados por: las negociaciones

3. STC 217/1991, de 11 de noviembre (BOE 17 diciembre).

informales no previstas en la ley, que representan meros consejos sin fuerza de obligar; la presentación de sugerencias o recomendaciones; las consultas oficiales a organismos paritarios creados por la ley, que sólo asesoran o dictaminan sin vinculación alguna; o la participación en acuerdos negociados regulados por la ley, y que por regla generalizada, necesitan de una norma estatal o de una Autoridad superior que apruebe el convenio, que en todo caso sufre la exclusión en mayor o menor medida en materias importantes, sustrayéndolas del ámbito de la negociación»<sup>4</sup>. Complementariamente a ello, dirá que «tampoco surge el derecho de la negociación colectiva de las condiciones de empleo, de la igualdad de tratamiento de los trabajadores y los funcionarios deducida de la Constitución y desde la perspectiva del derecho de sindicación...toda vez que, prueba lo contrario el expresivo contenido de los arts. 28.1 y 37.1 de la Constitución y la propia dicción de sus arts. 35.2 y 103.3 CE que remiten respectivamente a la Ley para la regulación por un lado, del «Estatuto de los trabajadores» y, por otro, al «Estatuto de los funcionarios públicos» pues sin duda la Carta Fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiendo a regulaciones diferenciadas, que no parecen irrazonables»<sup>5</sup>.

Lo que se produce a partir de ese instante es un engarce de la negociación colectiva funcional exclusivamente a través de su regulación por medio de una legislación ordinaria, que no encuentra condicionantes constitucionales directos, a diferencia de lo que sucede con la negociación colectiva del personal sometido a la legislación laboral.

Tal resultado, a mi juicio, es referible en igual medida a los procedimientos de solución de los conflictos colectivos. En la medida en que, particularmente cuando refiere a conflictos de carácter colectivo, su fundamento y a la postre su eficacia deriva de la legitimación que ostentan los interlocutores sociales a los efectos de alcanzar compromisos vinculantes a través de la negociación colectiva, lo uno va unido a lo otro: tampoco del art. 37.2 CE, puede derivar un derecho constitucional a la instauración de procedimientos de resolución de conflictos. En definitiva, todo queda remitido a lo que libremente pueda estimar oportuno el legislador ordinario en cada caso.

Como contrapunto a lo anterior también cabe interpretar que tampoco del texto constitucional deriva un impedimento o prohibición que de raíz impida a ese legislador ordinario para establecer mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos que puedan formularse en el ámbito de sus relaciones con los empleados públicos.

4. STC 57/1982, de 27 de julio (BOE 18 de agosto).

5. STC 57/1982, de 27 de julio (BOE 18 de agosto).

En particular, por lo que refiere a la atribución a los Tribunales de Justicia de la actividad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la jurisprudencia general establecida al efecto para la resolución de los conflictos privados, es referible a nuestro juicio también a la actividad jurisdiccional de control de la actividad de la Administración Pública. Es cierto que el texto constitucional, presuntamente, parte de la premisa de que el control de la actividad de la Administración le corresponde efectuarlo al poder judicial, particularmente dentro de un modelo constitucional basado en el principio de división de poderes. Ahora bien, por lo que refiere a los conflictos que estamos comentando en esta sede, ello no entra en colisión o contraposición con los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, siempre que los mismos se basen sobre la voluntariedad de las partes que se ven involucradas en los mismos.

Desde luego, cuando los conflictos abordados por este tipo de procedimientos refieren a discrepancias de intereses, que no comportan un control de la legalidad, de interpretación o de aplicación de la legislación vigente, nos situamos por completo fuera del ámbito de lo que constituye actividad jurisdiccional. En esa tesitura, uno y otro procedimiento se desenvuelven en espacios diferenciados, al extremo que es inconcebible que la Administración de Justicia pueda tener intervención alguna cuando se trata de conflictos de intereses, particularmente cuando se trate de situaciones de bloqueos en los procesos de negociación colectiva. Ahí tienen, como indicamos anteriormente, todo su juego los procedimientos de mediación y arbitraje, de modo que ninguna objeción de constitucionalidad se puede efectuar al respecto.

Pero, es más, ni siquiera esa objeción puede formularse en el terreno más intrínseco de los conflictos jurídicos o de interpretación, cuando a los mismos se acude voluntariamente y, en particular, cuando los mismos dejan garantizado en todo caso el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos en los que vienen sancionados por el art. 24 de nuestra Constitución. Así, entendemos perfectamente aplicable también al ámbito de las relaciones laborales de empleo público, aquella jurisprudencia que, valorando las ventajas de los sistemas extrajudiciales, ha llegado a otorgar pleno marchamo de constitucionalidad a aquellos regímenes que prevén la necesidad de someterse a estos trámites con carácter previo a la vía judicial, cuando los mismos pretendan resolver la enorme sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia y con ello garantizar una mayor eficiencia de la propia actividad jurisdiccional. El Tribunal Constitucional, en un primer momento, ya había declarado la compatibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva con la imposición legal del requisito previo del sometimiento tanto a la conciliación preprocesal como a la reclamación administrativa previa. De un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extra-

procesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo<sup>6</sup>.

Pero, más relevante es la doctrina dictada en momento posterior respecto de la imposición de trámites previos que no son de carácter público, por no sustanciarse en sede administrativa, y además son incorporados como requisitos a través de la negociación colectiva. Así lo ha declarado expresamente en un caso en el que el convenio colectivo forzaba al planteamiento de la cuestión con carácter previo a plantear la cuestión en sede judicial: «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 sólo los fines generales expuestos de la conciliación o de la reclamación previa, sino también procurar una solución de la controversia por medios autónomos, propios de la autonomía colectiva y no jurisdiccionales que, por estar insertos en el ámbito del Convenio, conocen de primera mano las características y necesidades del medio en el que operan y se desenvuelven, lo que se refuerza y acrecienta cuando el conflicto en el que interviene la Comisión paritaria se plantea en torno a la interpretación del Convenio colectivo, pues dicha Comisión es designada por las partes negociadoras del mismo». La conclusión final de todo lo anterior no es otra que «el derecho a plantear conflictos colectivos se ha de ejercer «en los términos previstos en las normas correspondientes» [art. 2.2 d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical], normas que corresponde en principio interpretar exclusivamente a los tribunales ordinarios (art. 117.3 C.E.); y si éstos, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, han interpretado que es preceptiva la previa intervención de la Comisión paritaria si así está establecido en el Convenio colectivo aplicable, a ello habrá de estarse»<sup>7</sup>.

Ciertamente las resoluciones del Tribunal Constitucional traídas a colación, como hemos apuntado, refieren a mecanismos previos establecidos para el personal laboral sometido a contrato de trabajo, por convenios colectivos que se han celebrado conforme al régimen del ET y respecto de litigios que sucesivamente se interponen ante el orden social de la jurisdicción, con mención explícita por parte de tales sentencias de preceptos tanto del propio Estatuto como de la Ley de Procedimiento Laboral. Sin embargo, la perspectiva constitucional desde la que se analiza, así como los presuntos derechos constitucionales lesionados son los que permiten entender que ese criterio resulta perfectamente extensible al ámbito del

6. STC 60/1989, de 16 de marzo (BOE 19 abril); 162/1989, de 16 de octubre (BOE 7 de noviembre).

7. STC 217/1991, de 11 de noviembre (BOE 17 diciembre).

empleo público. En efecto, la duda en cuanto a la posible imposición de trámites previos, que sea fórmula de reforzamiento de los procedimientos de mediación y arbitraje en la resolución de los conflictos, proviene de en qué medida ello podría lesionar bien la titularidad de la actividad jurisdiccional a favor de los Juzgados y Tribunales de Justicia, o bien el contenido esencial del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Es en esa perspectiva en la que lo analizan tales sentencias y es en ella en la que concluyen que no hay objeción constitucional alguna que realice a la introducción de tales mecanismos. Si la conclusión a la que se llega es que tales asuntos se sitúan en el plano de la mera legalidad ordinaria, de forma que se pueden incorporar como condicionantes al acceso a la vía judicial, siempre que sean razonables y proporcionados, tal criterio se puede extender con total naturalidad también al ámbito de la función pública, incluso cuando los conflictos se puedan suscitar en fase previa a la vía contencioso-administrativa. A estos efectos resulta meramente circunstancial, y no tiene por qué alterar la conclusión el orden jurisdiccional en el que se residencien estas cuestiones, la naturaleza jurídica del vínculo profesional que una a las partes ni el que la negociación colectiva se encuentre sometida a un régimen legal diferenciado del propio del ET.

El argumento principal en esta sede es que lo relevante es que en última instancia el justiciable siempre tenga abierta al final la posibilidad de apelar a la intervención judicial, a los efectos de controlar la corrección en este caso de la Administración pública y de los interlocutores sociales, por cuanto que la dilación que se produce en el acceso a la vía judicial se entiende plenamente razonable y justificada, pues va enderezada a un fin adecuado de reducir la litigiosidad judicial indebida, al tiempo que con ello se refuerza la autonomía colectiva, que indiscutiblemente se encuentra sancionada a nivel constitucional tanto para el personal laboral como para los empleados públicos.

### 3.2. Criterios supranacionales

Por lo demás, el marco constitucional precedente es básicamente coincidente con los escasos compromisos asumidos a nivel internacional en esta materia. Perspectiva supranacional que lógicamente tiene su repercusión a la hora de la interpretación de las instituciones nacionales, en la medida en que el art. 10.2 CE afirma que los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre la materia

Con carácter general, los tratados internacionales firmados por España —tanto en materia de libertad sindical de los funcionarios públicos como de fomento de la negociación colectiva de éstos— son notablemente genéricos y ambiguos. Al respecto, el texto principal a referir es el Convenio nº 151 del la OIT, sobre protección del derecho de sindicatos y los procedimientos para determinar las con-

diciones de empleo en la Administración Pública<sup>8</sup>. Así su artículo 7 se limita a firmar que deberán adoptarse «de ser necesario» medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo o de cualquiera otro método que permita a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. Obsérvese, en particular, que se trata de un precepto que introduce más una recomendación que un mandato jurídico vinculante y, además, que deja abierta la posibilidad de optar por cualquier variante de interlocución entre las partes, sin imponer como única solución posible el establecimiento de un sistema de negociación colectiva. Ello se ve reforzado, en paralelo por el Convenio n.º 154 OIT, sobre fomento de la negociación colectiva<sup>9</sup>, que se refiere a la negociación colectiva en general, al tiempo que precisa que «en lo que se refiere a la Administración Pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio» (art. 1.3); con ello, una vez más, quedan autorizadas todo tipo de limitaciones o condicionantes a la participación sindical en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Esa fórmula de plena libertad se traslada, por ser resultado de lo anterior, a los propios procedimientos de resolución de conflictos. En concreto el art. 8 del Convenio 151 OIT, que es el que se dedica específicamente a la solución de conflictos en el ámbito de la función pública, lo hace con una redacción que otorga de nuevo a los Estados nacionales que ratifiquen este Convenio una amplísima libertad de articulación de los mecanismos más idóneos: «La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados».

Tiene, eso sí, el indiscutible aliciente de que menciona expresamente las fórmulas típicas de resolución judicial de los conflictos laborales —conciliación, mediación e incluso arbitraje—, dando con ello por admitido que es posible incorporar cualquiera de ellas aún cuando se produzca la circunstancia de que quien intervenga como parte empleadora sea una Administración Pública. Aunque en igual medida es consciente de que existe una diversidad de sistemas de configuración de las Administraciones Públicas en los diversos Estados, algunos de ellos refractarios a algunos de estos sistemas de composición de conflic-

8. Ratificado por España el 10 de diciembre de 1982 (BOE 12 diciembre 1984).

9. Ratificado por España el 26 de julio de 1985 (BOE 9 noviembre).

tos; motivo por el que remite a las condiciones nacionales particulares de cada uno de tales Estados, para no forzar la imposición de ninguna fórmula concreta.

### 3.3. Una escueta regulación estatal

La norma estatal por excelencia en esta materia se concentra en un precepto sencillo y aparentemente claro en cuanto a su alcance. Es en concreto el art. 38 de la Ley de participación y negociación de los funcionarios públicos (en adelante LPNFP)<sup>10</sup>. El precepto en cuestión se limita a contemplar la posibilidad de que las partes, de mutuo acuerdo, se sometan a un procedimiento de mediación, cuando se verifique un bloqueo en la negociación colectiva funcional, tanto aquella que va dirigida a la celebración de acuerdos como de pactos colectivos, o bien conflictos que refieran al cumplimiento de los mismos. En cuanto a los detalles de su régimen jurídico, poco se concreta, salvo precisar la posibilidad de nombrar uno o varios mediadores, la presunción de que corresponde al mediador efectuar una propuesta de solución a las partes en conflicto, frente a la cual las partes deberán hacer públicas de inmediato su respuesta caso de que se opongan a la misma.

Eso sí, a pesar de lo reducida que resulta la regulación prevista al efecto, como tendremos ocasión de desmenuzar más adelante, la referencia a una modalidad de solución de conflictos conceptualmente pacífica en cuanto a su alcance, la ubicación sistemática del precepto, junto con su conexión al resto de instituciones reguladas en el conjunto de la norma en la que se encuentra ese art. 38, permite configurar con facilidad el régimen jurídico casi completo de esta forma de mediación. Por ello, no va a ser necesario realizar un gran esfuerzo de interpretación y de lectura contextual del precepto para advertir inmediatamente que encontramos precisión exacta de multitud de los aspectos del régimen jurídico que se requieren para un funcionamiento efectivo de la mediación. Así, a título de ejemplo, por remisión o integración con otros preceptos de la Ley en cuestión podremos concretar asuntos múltiples y variados: el ámbito subjetivo de las relaciones de empleo cuyos conflictos pueden ser sometidos a este procedimiento; quiénes son las partes que pueden intervenir como tales en el procedimiento, qué tipo de conflictos laborales van a ser objeto de esta mediación, en qué momento y cómo se ha de iniciar el procedimiento de mediación; qué características personales y profesionales han de tener quienes actúen como mediadores; cuál es el margen de actuación y de protagonismo que le cabe asumir a los mediadores; cuáles son las hipótesis de conclusión posibles del procedimiento de mediación y qué consecuencias tiene cada una de ellas; qué eficacia jurídica puede llegar a tener un acuerdo o pacto alcanzado entre las partes en el curso del procedimiento de mediación; cuáles pueden ser los márgenes dentro de los cuales se puede

10 Ley 9/1987, de 12 de junio (BOE 17 de junio), de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

mover la avenencia resultado de la mediación; qué formalidades posteriores han de cumplirse para su plena eficacia jurídica, en lo que refiere a escrituración, aprobación por el órgano de gobierno ejecutivo de la Administración correspondiente, registro y publicación del propio acuerdo de avenencia; cuáles son las vías de impugnación judicial de los acuerdos de avenencia, etc.

En todo caso, la notable pobreza de contenido que se observa en la regulación de la materia en la norma, al propio tiempo que la elevada limitación de los posibles mecanismos a emplear, desde nuestro punto de vista, merece una fuerte crítica, pues a estas alturas se muestra insuficiente para actuar tal precepto como lo que debería ser: un instrumento de referencia a los efectos de facilitar, reforzar y fomentar la cultura de la composición de conflictos laborales entre los funcionarios públicos por la vía del protagonismo de los propios interlocutores sociales. Más aún esa pobreza de contenidos explícita, cuando menos de forma inconsciente, una escasa convicción por parte del legislador respecto de las potencialidades positivas de los sistemas extrajudiciales de resolución de los conflictos. El precepto ha resultado lacónico en exceso, de donde cabe presumir que se incorporó al modelo legal funcional sin gran convencimiento por parte del legislador y sin expectativa de que realmente las partes tuvieran una voluntad real de sacarle el debido partido al mismo; en definitiva, incorporado más por cumplir un requisito de contenido que se consideraba obligado políticamente en lo formal, pero sin predisposición auténtica a ponerlo en marcha.

La prueba más elocuente de esta dejadez se advierte en lo que refiere al desarrollo reglamentario del precepto. En efecto, el precepto que venimos comentando establece que esta mediación se efectuará conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine, remisión al desarrollo reglamentario que se introduce con ocasión de la reforma legislativa de 1990<sup>11</sup>. Algunos de los vacíos advertidos en la regulación legal podrían haber sido cubiertos con cierta inmediatez por parte del correspondiente Real Decreto que contemplara este desarrollo reglamentario. Es cierto que los aspectos sustanciales no refieren a los elementos procedimentales, aunque también debe tenerse presente esa tendencia de los aparatos administrativos públicos a sentirse inseguros, cuando no descartar directamente la puesta en práctica de determinadas prescripciones legales si las mismas no vienen complementadas en los aspectos de detalle por la correspondiente disposición reglamentaria; actitud de ciertos responsables administrativos que se acentúa en aquellos supuestos, como ocurre precisamente en este caso, en el que la propia norma legal hace un expreso llamamiento a la implementación normativa por parte de una concreta intervención reglamentaria. Pues bien, a estas alturas, transcurridos más de tres lustros de la entrada en vigor del art. 38 de la LPNFP en su actual versión, aún el Gobierno no ha procedido a aprobar el Reglamento anunciado, ni siquiera hay noticias de que haya emprendido las pre-

11. Ley 7/1990, de 19 de julio (BOE 20 julio).

vias tareas de elaboración de la disposición en cuestión. Puede que exista, aparte de ello, alguna duda de orden competencial, que haya influido también en orden a incrementar la falta de intervención reglamentaria en esta materia, pero esta otra perspectiva la dejamos meramente anunciada, pues la abordaremos más adelante en su debido momento.

Como hemos apuntado anteriormente, directamente de la Ley, en una lectura conjunta de la norma, cabe extraer el régimen completo de iniciación, desarrollo y conclusión de la mediación contemplada en el art. 38 de la Ley, al extremo que nos atrevemos a decir que la misma puede funcionar casi de forma autosuficiente; desde luego autosuficiente en el sentido de que no es norma imperfecta que requiera inexcusablemente del desarrollo Reglamentario. Sin aprobarse este Reglamento, las partes hoy en día pueden poner en marcha sin mayores dificultades el tipo de mediación contemplado en el art. 38 de la LPNFP, a mayor abundamiento cuando tienen otros instrumentos complementarios de desarrollo de tal tipo en los términos que veremos inmediatamente a continuación.

Al margen de lo previsto sobre la mediación precedente, ha de tenerse en cuenta además que existe un régimen general relativo a la terminación convencional de los actos administrativos, recogido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ)<sup>12</sup>. En concreto, su art. 88 establece que «las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendando, con el alcance, efectos y régimen jurídico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin». Eso sí, de la redacción del precepto se advierte inmediatamente que el mismo remite a la legislación específica de la materia en cuestión la concreción del régimen jurídico de terminación convencional de los correspondientes actos administrativos. En estos términos, la interpretación más convincente es la de entender que, respecto de la materia que estamos tratando aquí, la LRJ no añade ningún procedimiento diferenciado del ya contemplado en la LPNFP. Dicho de otro modo, ese art. 88 LRJ viene desarrollado por lo que refiere a los actos administrativos de estipulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a través del procedimiento de negociación colectiva y, en particular, de la mediación contenida en la LPNFP. En sentido contrario, a nuestro juicio, no es posible establecer una fórmula alternativa, sea complementaria o sea adicional a la contemplada en la LPNFP, basándonos para ello en la terminación convencional prevista con carácter general por la LRJ.

12. Ley 30/1992, de 27 de noviembre.

### 3.4. El margen de regulación autonómico

La materia que venimos analizando, en lo sustancial, al referir al régimen de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, puede interpretarse que debe ser regulada dentro del estatuto funcional. En estos términos, ha de recordarse que las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos constituye competencia exclusiva del Estado, en los términos en que así lo prevé expresamente el art. 149.1.18 CE. En ello ahonda el propio art. 103.3. CE, cuando establece una reserva de ley, se presupone que estatal, en lo que refiere al estatuto de los funcionarios públicos. Con mayor precisión, aún si cabe, también lo contempla la LPNFP; su disposición final declara, en concreto, que tienen la consideración de normas básicas, siendo de aplicación a todas las Administraciones Públicas, entre otros, su art. 38, precisamente el que va referido a la mediación frente a conflictos colectivos.

A mayor abundamiento, debe también tenerse presente que algunas vertientes de la regulación de esta materia pueden incidir sobre el alcance y ejercicio de determinados derechos fundamentales y libertades públicas; materia respecto de la cual, la reserva competencial a favor del Estado se refuerza en la medida en que su contenido ha de ser necesariamente regulado por el Parlamento español y además debe hacerse por medio de Ley Orgánica. De un lado, téngase presente que estos sistemas, a pesar de calificarse por algunos como «extrajudiciales», impactan sobre la capacidad de acceso a los Tribunales de Justicia, o bien tienen una vertiente final de cuál es la intensidad y la forma de impugnar judicialmente tanto su desarrollo como la legalidad de lo acuerdos alcanzados, elementos todos ellos que inciden sobre el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, de necesaria regulación por medio de Ley Orgánica. Incluso se interpreta que lo que no afecta al contenido directo de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, cuando menos refiere al régimen jurídico de los procesos judiciales, debiendo tenerse presente que el Derecho procesal en su conjunto constituye competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE), ahora no reducido a sus bases, tal como sucede respecto del estatuto funcional. De igual forma, ha de tenerse en cuenta también que algunas perspectivas de esta materia inciden sobre el ejercicio de la libertad sindical, contenido que igualmente está sometido a regulación por medio de Ley Orgánica y, con ello, implícitamente también reservado a la legislación estatal.

Todo lo anterior podría desembocar en la conclusión extrema de que en esta materia no cabe intervención adicional o complementaria por parte de la legislación autonómica, pues al respecto todo viene reservado a la legislación estatal. Sin embargo, a nuestro juicio tal conclusión es desmesurada, siendo obligado introducir elementos de matización, que sí pueden otorgar un cierto juego novedoso a la legislación autonómica. Ciertamente, lo anterior determina que el grueso de la regulación de los poderes públicos en esta materia ha de provenir de la normativa estatal, pero al mismo tiempo que ello no ciega por completo la posible innovación normativa por parte de la legislación autonómica. Dos consideraciones primordialmente permiten llegar a la tesis precedente.

De un lado, por lo que refiere a la reserva a favor de la Ley Orgánica, ha de recordarse que la interpretación formulada, y hoy en día consolidada por nuestro Tribunal Constitucional, es que dicha reserva lo es tan sólo por lo que afecta al desarrollo directo del correspondiente derecho fundamental, pues de lo contrario todo el ordenamiento jurídico en nuestro sistema tendría que ser de carácter orgánico<sup>13</sup>. En estos términos, toda la regulación contemplada al respecto estará condicionada a lo establecido en la vigente Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante LOLS), si bien en los aspectos de materialización del modelo general a los procedimientos de resolución de conflictos al no existir la referida reserva de Ley Orgánica, esta limitación no podrá aducirse como limitación a la regulación autonómica de ciertas concreciones de los procedimientos de resolución de conflictos.

De otro lado, por lo que refiere al Estatuto de los funcionarios públicos, debe recordarse que el texto constitucional tan sólo reserva al Estado la regulación de sus bases, de forma que todo lo que comporte regulación que no sea básica puede hacerse por las Comunidades Autónomas, naturalmente en la medida en que el correspondiente Estatuto de Autonomía atribuya tal competencia reguladora. Ahora bien, la totalidad de los Estatutos de autonomía comienzan por reconocer este tipo de competencias de desarrollo normativo. En concreto, por lo que refiere a nuestra Comunidad Autónoma, el Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que corresponde a la misma, en el marco de la regulación general del Estado, el desarrollo legislativo del «régimen estatutario de sus funcionarios» (art. 15.1.1ª).

Desde este punto de vista es obligado interpretar la declaración como básica del art. 38 de la LPNFP. Ante todo, lo básico es lo regulado estrictamente en dicho precepto en cuanto a la mediación frente a los conflictos referidos en el precepto. Como hemos indicado, su regulación es muy escueta, eso es exclusivamente lo básico, de modo que da pie para que de forma amplia la regulación en ella contemplada venga implementada por la sucesiva regulación autonómica. Ello supone también que la regulación que, en su caso, pudiera hacer el Gobierno en base a la remisión reglamentaria del procedimiento de desarrollo de la mediación no puede tener carácter de básico. Esto no lo derivamos de una comprensión puramente formal de la división competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues el Tribunal Constitucional ya ha afirmado con claridad que tal reparto ha de efectuarse conforme a un criterio material relativo al contenido de lo regulado, con independencia de cual sea desde la perspectiva formal el tipo de fuente del Derecho que procede a regular la materia<sup>14</sup>. Nos basta para ello, con una perspectiva meramente material, fijándonos en el hecho de que esos aspectos de procedimiento, interpretado en su sentido estricto, refieren a elementos puramente de tramitación de la mediación, que pueden fácilmente considerarse como no básicos y, con ello, regulables a su manera por cada concreta Comunidad Autónoma.

13 Por todas, STC 6/1982, de 22 de febrero (BOE 22 de marzo).

14 Por todas, STC 18/1982, de 4 de mayo (BOE 18 mayo).

De otro lado, lo declarado como básico a través del art. 38 LPNFP, en relación con su disposición final, es la mediación que refiere a determinados conflictos. Por ello, como veremos después, estos sistemas de solución de conflictos pueden afectar a otras discrepancias entre las partes, diversas de las relativas a los bloqueos negociales o al cumplimiento de los acuerdos y pactos, y en ese terreno no se ha producido la declaración como básico, con lo cual inicialmente no existe obstáculo alguno a que la Comunidad Autónoma pueda regular procedimientos de solución para esos otros aspectos.

La regulación actualmente vigente en esta materia en Andalucía no prevé nada en particular. En efecto, la misma se encuentra en la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, que se aprueba en momentos en los que difícilmente era previsible que la normativa autonómica entrara en materia, de un lado, por cuanto que apenas acababa de entrar en vigor la LOLS, a la que se cita como todavía no vigente, y, de otro lado, porque ni siquiera se había comenzado a abordar en el ámbito estatal la regulación específica sobre funcionarios públicos en materia de representación y negociación de condiciones de trabajo.

Eso sí, las consideraciones precedentes nos sirven para revalidar por anticipado una posible regulación que en el inmediato futuro acometa una nueva normativa para la función pública andaluza y que, en concreto, la misma pueda contener un desarrollo legislativo de los mecanismos de solución de conflictos colectivos por lo que refiere a los empleados públicos de la Administración autonómica.

Justamente esto es lo que se contempla en el proyecto de Ley de la función pública de Andalucía, elaborado por la Consejería de Justicia y Administración Pública, de 2 de junio de 2003. Precisamente, su artículo 167 lleva por título la materia que estamos analizando aquí: «procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos»; precepto que, a su vez, se ve completado con lo dispuesto en la disposición transitoria 4ª del mismo proyecto de Ley. Lo anterior no implica entrar en el detalle de la concreta regulación contenida en dichos preceptos; más aún, algunas de sus prescripciones pueden resultar contrarias a la reserva competencial establecida a favor del Estado por el texto constitucional, o bien no ser oportunas por limitar indebidamente el principio general de autonomía colectiva. Ahora bien, esos son aspectos de detalle que abordaremos más adelante, en el instante en el que procedamos al análisis de contenidos concretos del régimen jurídico de cada uno de los procedimientos de solución de los conflictos. Ahora nos basta con afirmar que con carácter general es viable que a través de la legislación autonómica se pueda producir una labor de regulación adicional, que implemente las bases establecidas en el estatuto de la función pública aprobado en el ámbito estatal.

### 3.5. Los acuerdos colectivos como vehículo de implantación

En el sector privado de las relaciones laborales, la negociación colectiva, en general, y los acuerdos interprofesionales, en particular, han desempeñado un

papel capital en el despliegue y consolidación de los procedimientos de mediación y arbitraje de resolución de los conflictos laborales. Si la pretensión general no es otra que la de reforzar la solución de los conflictos, con intensificación del protagonismo de los propios interlocutores sociales, ese reforzamiento se puede verificar desde el primer momento, desde el propio establecimiento del marco más idóneo de canalización de los propios conflictos colectivos.

Los mecanismos que se pretendan incorporar en el ámbito de la función pública no tienen por qué constituir una excepción a la premisa anterior. Por el contrario, las mismas razones que han animado a que sean los acuerdos interprofesionales en las relaciones sometidas a la legislación laboral quienes implementen estos sistemas, pueden aplicarse sin alteración por lo que refiere al ámbito de las relaciones colectivas en la función pública.

En el terreno práctico de los compromisos alcanzados entre los interlocutores sociales en este ámbito, lo primero que tenemos que referir es lo pactado en el V Acuerdo sobre Concertación Social de Andalucía. En el punto 5.3, en su último párrafo, se indica que durante su vigencia se analizará la viabilidad de ampliar el ámbito funcional del sistema de resolución de conflictos articulado a través del SERCLA al personal funcionario de la Junta de Andalucía. En la misma línea se sitúa el pacto sucesivo, el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, de 25 de enero de 2005, donde se indica que «igualmente, se continuará el proceso de implantación de un Sistema de Solución de Conflictos Colectivos para el personal funcionario de la Junta de Andalucía en el seno del SERCLA». (Cláusula III.3.3).

Otro de los textos negociados a citar en este contexto refiere a los acuerdos ya celebrados a estas alturas entre la Consejería de Justicia y Administración Pública y los sindicatos más representativos de los empleados públicos andaluces, en el concreto ámbito del desarrollo y fijación de sus condiciones de trabajo. En estos momentos, el último de ellos es el acuerdo celebrado en el seno de la Administración autonómica a finales de 2003, que precisamente recoge una atención particularizada sobre la materia. Este acuerdo colectivo dedica específicamente su apartado 14 a la «Comisión de Seguimiento y mediación de conflictos», que constituye un importante primer paso en orden a lo pretendido por las partes<sup>15</sup>. No obstante, su contenido es muy escueto, pues se limita en la materia de rigor a establecer dos cosas: de un lado, procede a atribuir a la Comisión de Seguimiento del acuerdo competencias de resolución de conflictos en lo que atañe a la interpretación y aplicación del propio acuerdo; de otro lado, afirma que las partes se comprometen a realizar las adaptaciones que sean precisas para

15. Acuerdo de 24 de octubre de 2003, entre la Junta de Andalucía y las organizaciones sindicales sobre mejoras en las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de noviembre de 2003 (BOJA 21 de noviembre).

someter los correspondientes procedimientos al SERCLA, en la medida en que se avance en la previsión del V Acuerdo de Concertación Social, antes comentada.

En definitiva, hasta el momento presente se trata de fórmulas casi inéditas en la práctica negociada, cuando menos por lo que se refiere a la Administración autonómica andaluza.

Frente a ello, debe advertirse que en sede teórica existen amplias posibilidades de que la negociación colectiva funcional se convierta en un decisivo instrumento de implantación de los procedimientos de solución de conflictos en este ámbito.

Para empezar, la propia legislación estatal relativa a la negociación colectiva funcional lo permite implícitamente, por mucho que no lo llegue a hacer con la misma precisión y desarrollo a la que figura en el ET. Uno de los rasgos identitarios de la negociación colectiva sometida legislación laboral es que ésta admite, de principio, que las partes puedan negociar todo cuanto estimen conveniente los negociadores y afecte a las relaciones mutuas entre ellos, siempre que sea respetuoso con la legalidad vigente (art. 85 ET); por contraste, el punto inicial de partida en la negociación funcional es la existencia de un listado de contenidos admisibles, que se considera cerrado, de forma que las partes no se encuentran autorizadas a negociar materias diferentes de las específicamente autorizadas por la correspondiente norma de regulación (art. 32 LPNFP). Ahora bien, la reforma de 1990 de éste último precepto, en varios de sus pasajes, con transcripción literal de la redacción del propio ET, ha conducido en la práctica a difuminar la diferenciación inicial, desde el instante en que se ha ampliado notablemente el listado de contenidos objeto de la negociación colectiva, al tiempo que lo ha hecho incorporando algunas apelaciones a materias genéricas que admiten una lectura escasamente limitativa, con resultados en esta vertiente bien próximas al modelo del ET. En concreto, varios apartados del vigente art. 32 LPNFP habilitarían en estos momentos para que, vía acuerdos colectivos se instituyeran mecanismos *ad hoc* de resolución de conflictos en la función pública. Así, por ejemplo, podríamos mencionar los apartados que permiten negociar en materias relativas a «las propuestas sobre derechos sindicales y de participación» (letra h), de índole «sindical» y en general cuantas otras afecten al ámbito de «las organizaciones sindicales con la Administración» (letra k).

Ni que decir tiene que esas reglas o procedimientos que se incorporen vía acuerdos colectivos, tendrán que ser respetuosos con el marco general establecido por la legislación, sea ésta la estatal o, en su caso, la correspondiente autonómica. Por tanto, si se refieren a los procedimientos autonómicos lo deberán hacer sobre las bases de la mediación fijada en el ya mencionado art. 38 LPNFP. Pero, igualmente, tal como referimos para la legislación autonómica, ello no supone encorsetar a la negociación funcional, de forma que el único procedimiento de solución sea el vinculado a los bloqueos negociales o al cumplimiento de los acuerdos, porque ésta sea la única previsión contemplada hoy en día en la legislación aplicable.

Por lo demás, intencionadamente hemos utilizado la expresión «acuerdos colectivos» relativa al tipo específico de compromiso que puedan alcanzar las partes en el ámbito de la función pública. La legislación aplicable también contempla la posibilidad de celebrar otra variedad, la que denomina expresamente «pactos colectivos». En concreto, los pactos se celebran sobre materias que corresponden estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscribe, vinculando directamente a las partes (art. 35 p. 2 LPNFP); mientras que los acuerdos colectivos versarán sobre competencias del órgano superior del correspondiente poder ejecutivo (Consejo de Ministros, Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales), de forma que para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo (art. 35 p. 3 LPNFP). Resulta cuando menos discutible poder afirmar si la materia que estamos analizando aquí se corresponde a la propia de un pacto o de un acuerdo, dado que se trata de una materia instrumental, que según los contenidos concretos de los conflictos que se desarrollen, así como según el contenido concreto de la solución que se pretenda alcanzar, comportará o no incidir sobre una competencia del órgano superior del correspondiente poder ejecutivo. Ante esta tesitura, por abarcar todos los aspectos que requiere una regulación lo más completa posible de los procedimientos de solución, al tiempo de no dejar duda alguna acerca de la corrección jurídica del instrumento negociado empleado, lo más razonable es optar por celebrar un acuerdo colectivo. El mismo es, sin lugar a dudas, el instrumento negociado de más amplio contenido, el que garantiza más plenamente la eficacia vinculante de lo pactado y, en definitiva, es el que realza la notoriedad política del acuerdo alcanzado entre las partes. Partiendo de la base de que la firma de un acuerdo colectivo de esta naturaleza nunca sería discutido, con independencia de que parte de su contenido pudiera firmarse con un simple pacto colectivo, la trascendencia del mismo sería mayor al venir avalado por un acuerdo formal del máximo órgano del poder ejecutivo. En definitiva, la trascendencia política que es aconsejable atribuir al pacto que se alcance entre los sindicatos y la Administración aconsejan utilizar el instrumento del acuerdo colectivo, en lugar del pacto colectivo.

Por lo demás, del texto de los dos últimos Acuerdos de Concertación Social cabe deducir ciertas pautas básicas orientadoras de lo que se quiere implantar y la filosofía de los procedimientos a desarrollar.

Estos Acuerdos de Concertación Social pueden entenderse como una expresión de voluntad política por parte de los interlocutores sociales de proceder a ampliar el sistema de resolución de conflictos, de forma que estando constreñido actualmente al ámbito de las relaciones laborales sometidas a la legislación laboral, por tanto a quienes se les aplica el ET, sean del sector privado o del público, pase a extenderse a los conflictos del personal funcionario de la Junta de Andalucía. Aunque literalmente pudiera parecer otra cosa, con ello realmente no se pretende

proceder a una extensión mecánica del SERCLA a los funcionarios públicos, ni siquiera establecer las pautas completas que representa ese modelo a los funcionarios públicos. A nuestro juicio, el alcance del compromiso refiere sobre todo a una voluntad política de extender lo que es la filosofía de composición de los conflictos colectivos laborales, con directo protagonismo de las propias representaciones colectivas en la resolución de sus discrepancias. El compromiso de los interlocutores sociales en el V Acuerdo de Concertación es enormemente cauto, centrándose en «analizar la viabilidad», lo que lleva implícito ser conscientes de que las claves en cierta medida son diversas y, en particular, que son diferentes los regímenes jurídicos que perfilan el marco en el que han de desenvolverse estos procedimientos de solución. Basta así con recordar que a los funcionarios públicos no les es de aplicación el ET, como expresamente advierte su art. 1.3.a, al propio tiempo que el SERCLA constituye un sistema implantado a resultas de un acuerdo interprofesional del art. 83 ET, lo que es suficiente como para descartar que se pueda verificar una ampliación del SERCLA a los funcionarios públicos. Por ello, en ningún momento ha estado en la mente de la concertación social andaluza proceder a una aplicación mimética del SERCLA a los funcionarios públicos, en la medida en que el contexto jurídico, sindical y social de uno y otro resulta bien diferente. Pero lo que sí es importante, y no puede minusvalorarse, es la voluntad de incorporar esa filosofía autocompositiva y de reducción en la medida de lo razonable de la excesiva judicialización de los conflictos en el ámbito de la función pública. Por su parte, el VI Acuerdo de Concertación Social, aunque no de mayores detalles, parece que parte de que el estudio de viabilidad ya se ha realizado, se han constatado las posibilidades de materializar la anterior voluntad política, de modo que ahora se reafirma y se decide ir durante su período de vigencia a desarrollar el sistema en sus aspectos prácticos.

Por otra parte, como tal acuerdo de concertación social, los compromisos alcanzados en ambos tienen un alcance eminentemente político, que requieren de una sucesiva plasmación y articulación jurídica, que es precisamente a lo que abren paso las cláusulas que venimos comentando. El desarrollo posterior de este deseo de ampliación de la filosofía compositiva a los funcionarios públicos, en unos casos puede requerir de la aprobación de una legislación del propio Parlamento autonómico, mientras que en otras ocasiones puede necesitar de un acuerdo colectivo entre las representaciones colectivas afectadas; incluso lo más probable es que por su amplitud y complejidad de contenidos va a requerir tanto de un intervención legislativa como de otra negociada, por cuanto que para determinadas materias no será suficiente con el vehículo de la negociación colectiva mientras que para otras el concurso de ésta será imprescindible por lo que ni será suficiente ni aconsejable la exclusiva vía de la regulación legal.

En todo caso, situándonos a partir de los anteriores compromisos políticos en la perspectiva de desarrollo a través de la negociación colectiva, que es justamente la que estamos analizando en estos momentos, debe advertirse que el

mismo ha de verificarse por las vías formales contempladas al efecto. Para empezar, cualquier articulación concreta, que vaya más allá del compromiso recogido en el actual VI Acuerdo andaluz, debe desbordar el ámbito estrictamente político de la concertación social, para situarse en la recepción de reglas estrictamente vinculantes. Ello comporta necesariamente atenerse a los parámetros previstos en la LPNFP y a todos los requisitos contemplados en la misma respecto de la negociación colectiva en la función pública.

En términos prácticos, ello tiene diversas consecuencias concretas nada desdénables. Por ejemplo, incide de manera inmediata sobre los sujetos que deben participar en la firma del correspondiente acuerdo. En la medida que nos estamos refiriendo al ámbito de la función pública, las partes han de ser las contempladas expresamente como sujetos legitimados en la LPNFP (art. 30, en relación con los arts. 6 y 7 LOLS). Dichas reglas son significativamente diferentes a las previstas en los acuerdos de concertación social, dado que éste último es un acuerdo que se celebra al margen tanto del ET como de la LPNFP, aparte de que se concierta para atender al conjunto de las relaciones laborales y de la actividad económica andaluzas. De este modo, el posible acuerdo colectivo a celebrar para el desarrollo de los procedimientos de solución de los conflictos colectivos en la función pública andaluza, debería celebrarse entre la Administración Autonómica andaluza, como parte empleadora, y las organizaciones sindicales más representativas en el conjunto de la función pública andaluza (art. 30 LPNFP). En sentido negativo, y comparativamente respecto de los firmantes del VI Acuerdo de Concertación Social, carece de sentido la intervención en esta sede de la Confederación de Empresarios de Andalucía, dado que los mismos representan conforme al ET a los empleadores que se rigen por la legislación laboral, pero no a las relaciones de empleo público sometidas a la legislación administrativa. De igual forma, las organizaciones sindicales firmantes deberían ser las representativas en el ámbito específico de la función pública andaluza y no las representativas en el conjunto de la población asalariada andaluza. Finalmente, aunque se mantenga inalterada la intervención de la Administración Andaluza, su condición se trastoca cualitativamente, por cuanto que en los acuerdos de concertación lo hace en su condición de poder ejecutivo, responsable de la gestión del conjunto de la política andaluza, mientras que en este caso lo realiza en su estricta condición de representación empleadora de sus empleados públicos sometidos a régimen funcional.

Si acaso, el único matiz que habría que realizar a todo lo anterior sería que existe una voluntad de que dichos procedimientos de solución se inserten dentro de la estructura del SERCLA, utilizando los medios humanos y materiales que a tal efecto pone a disposición la Junta de Andalucía a través del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Con independencia de que lo detallaremos más adelante, es cierto que estas instancias actualmente están gestionadas, además de por la propia Administración autonómica, por las organizaciones empresariales y sindicales en el

ámbito andaluz. De este modo, esta pretensión de incorporación de los medios de solución de los funcionarios dentro de la estructura del SERCLA requeriría de la aceptación de sus actuales gestores e incluso podría requerir de una cierta adaptación de su funcionamiento. Eso sí, ello a nuestro juicio debería materializarse a través de decisiones o acuerdos complementarios, pero no es oportuno que se lleve a cabo por la participación directa de esos otros sujetos en el concreto acuerdo colectivo de implantación del sistema, pues aparte de que ello contradiría las reglas de legitimación del art. 30 LPNFP, induciría a una cierta confusión en torno al rol e intervención de cada uno de los posibles firmantes de ese documento central. En definitiva, la formalización de ese documento central por quienes tienen legitimación para firmarlo conforme al art. 30 LPNFP, podría venir acompañado de otro complementario por esos otros sujetos para los aspectos instrumentales de gestión del sistema.

Por último, conviene advertir que en el contexto actual, a la vista de que la composición de conflictos se desea incorporar dentro de una Ley andaluza que pretende regular en su conjunto todo el régimen de la función pública andaluza, su devenir político es más incierto y, sobre todo, es previsible que discurra con notable lentitud. Frente a ello, puede resultar más fácil lograr el consenso relativo a la redacción de un texto convencional dirigido exclusivamente a regular el procedimiento de composición de conflictos en el ámbito de la función pública. De confirmarse este escenario, la propuesta más efectiva sería la de centrar los esfuerzos en la elaboración y negociación del referido acuerdo colectivo sobre composición de conflictos en la función pública. Desde el punto de vista de su viabilidad jurídica, lo que hay que afirmar es que no existe ningún tipo de obstáculo a que se haga de este modo, anticipando temporalmente la firma del acuerdo colectivo a la aprobación por el Parlamento Andaluz del texto de la Ley de la función pública de Andalucía. El escaso esqueleto de la legislación estatal sobre la materia es a nuestro juicio suficiente como para poder aprobar un sistema convencional de resolución de conflictos en la Junta de Andalucía. Indiscutiblemente la fórmula ideal y de mayor complementariedad jurídica sería la que derivaría de una legislación autonómica de apoyo y fomento a los sistemas de resolución de conflictos en la función pública. Pero, en igual medida, su ausencia no comporta la paralización de la voluntad política de implantarlos, pues con los elementos de legalidad vigentes actuales es suficiente como para que un acuerdo colectivo pueda diseñar el sistema completo del mismo.

Todo lo anterior quedaría definitivamente clarificado en la hipótesis de que el Parlamento apruebe el Anteproyecto de Ley del Estatuto del empleado público, conforme al cual "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 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" (art. 45.1).

#### 4. ÁMBITO SUBJETIVO DE ACTUACIÓN

Una vez que hemos marcado el contexto formal dentro del que pueden moverse los procedimientos de solución de conflictos en el empleo público, corresponde analizar los diferentes elementos que integrarían los aspectos fundamentales de su régimen jurídico, desmenuzando tanto las opciones legalmente posibles, como las más oportunas y efectivas igualmente desde una perspectiva estrictamente jurídica.

En tales términos, conviene arrancar por el elemento subjetivo, es decir, qué tipo de personal al servicio de las Administraciones Públicas, en particular en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma Andaluza, quedarían integrados en los mismos.

##### 4.1. Personal con régimen laboral

La primera diferenciación a realizar sería, aquella que distingue según el régimen jurídico básico de fijación de sus condiciones de trabajo, es decir, tomar en consideración que al servicio de las Administraciones Públicas se vinculan tanto empleados sometidos a la legislación funcionarial como a la legislación laboral. El V y el VI Acuerdo de Concertación Social, que son los que nos sirven de partida para conocer cuál es la voluntad de los interlocutores sociales al efecto, explicitan con claridad que su pretensión es la de incorporar a los funcionarios públicos dentro del sistema SERCLA. Qué duda cabe que tal objetivo va de suyo, a la vista de que actualmente el SERCLA ya incluye, y lo hace expresamente, al personal laboral. Como dice literalmente su estipulación tercera dos «Las Estipulaciones comprendidas en el presente acuerdo, serán de aplicación a los conflictos colectivos que afecten a empresas y trabajadores, que desarrollen su actividad en el marco territorial establecido en el apartado anterior, sin perjuicio de las especificidades previstas para el Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía». Como ya hemos tenido ocasión de indicar, la mediación y el arbitraje en el seno del SERCLA se ha desarrollado con naturalidad entre este personal laboral sin mayores objeciones, tanto respecto de empresas públicas, como de sus organismos autónomos e incluso directamente de la propia Administración Pública. Más aún, en algunos casos los procedimientos del SERCLA han sido utilizados para conflictos colectivos del personal laboral de otras Administraciones Públicas diversas de la propia Junta de Andalucía, en concreto por parte de las Administraciones locales, y ello se ha llevado a cabo sin mayores inconvenientes, incluida la utilización del procedimiento arbitral. Por tal razón, lo que hasta el presente se ha desenvuelto sin mayores obstáculos parece oportuno que siga por el mismo curso, sin mayores precisiones.

Pero es más, en tanto que permanezca la dualidad de regímenes jurídicos en nuestra legislación estatal por lo que refiere a la Administración Pública, la incorporación de los funcionarios a los procedimientos de solución de conflictos labo-

rales, debe hacerse con el objetivo de que sigan discurriendo por cauces paralelos las posibles discrepancias que surjan entre estos últimos y las que puedan producirse entre el personal laboral. Dicho en sentido inverso, no parece ni aconsejable ni viable jurídicamente por ahora pretender unificar los procedimientos de personal laboral y de funcionarios. Dado que el régimen jurídico de referencia es diverso, por mucho que la base que pueda sustentar determinados conflictos pueda ser común a todos aquellos que prestan servicios para un mismo departamento, servicio, Consejería o Administración, sin embargo su forma de exteriorización necesariamente ha de ser diversa, al mismo tiempo que distinto será necesariamente el soporte formal del acuerdo a través del cual se escenifique la solución entre las partes. Por supuesto, si se trata de un conflicto jurídico, éste referirá necesariamente a la interpretación de una norma diferenciada para el personal laboral y para el funcional; al propio tiempo que si se trata de un conflicto de intereses derivado de un bloqueo negocial, el acuerdo colectivo o convenio colectivo que se pretenda formalizar será en un caso bajo los auspicios de la LPNFP en tanto que en otro caso tendrá como referente de fundamentación el ET. Al mismo tiempo, teniendo en cuenta que se desea otorgar un importante protagonismo a la negociación colectiva en el momento de la implantación de tales procedimientos, el acuerdo colectivo que les dé vida, necesariamente, será en base a los requisitos de la LPNFP, lo que conlleva como presupuesto que únicamente sea de aplicación a los funcionarios públicos.

A la postre, en la medida en que la legislación vigente hasta hace muy poco no admitía la legalidad y eficacia jurídica vinculante de los acuerdos mixtos para funcionarios y personal laboral, no cabía otra alternativa que la de que discurrieron en paralelo las posibles discrepancias que afecten a los funcionarios públicos y aquellas otras que refieran al personal laboral. Diferente en parte va a ser el escenario posible a partir de la entrada en vigor de la reforma, de la LPNFP, conforme a la cual se prevé la creación de Mesas Generales para la negociación de condiciones de trabajo comunes al conjunto de los empleados públicos, sea personal funcionario, estatutario o laboral (Disp. Adic. 6ª de la LPNFP, conforme a la redacción dada por la Ley 21/2006, de 20 de junio, BOE 21 de junio). En todo caso, esa hipótesis de acuerdos mixtos una vez entrada en vigor, provocará notables dudas interpretativas en su aplicación práctica, en la medida en que la norma sólo contempla la existencia de las Mesas de negociación y la legitimación para formar parte como miembro de las mismas, pero deja muchos interrogantes abiertos; entre ellos, el más relevante, el relativo a la eficacia jurídica de tales acuerdos colectivos, en qué medida se trata de acuerdos para acordar, que requieren de su sucesiva traslación a la negociación colectiva específica de cada grupo (funcional y laboral), o bien pueden ser de inmediata aplicación. Por ello, incluso en dicha hipótesis, a la vista de que ya se encuentran bien desarrollados los sistemas de resolución de conflictos del personal laboral, sería aconsejable, cuando menos en una primera fase, seguir con la propuesta de Acuerdos colectivos para

los funcionarios públicos, sin explorar fórmulas más inciertas en estos momentos canalizadas a través de los mencionados Acuerdos mixtos.

#### 4.2. Administraciones locales

En segundo lugar, dentro del conjunto de funcionarios públicos que trabajan en Andalucía, su vinculación lo puede ser a diversas Administraciones Públicas, con lo cual conviene distinguir según la concreta Administración a la que se encuentran vinculados administrativamente en cada caso. El V y el VI Acuerdo de Concertación Social con clara voluntad limitativa se refieren literalmente a la incorporación al SERCLA del personal de la Junta de Andalucía, con lo cual es evidente que se dejan de lado, cuando menos a estos efectos, las posibles discrepancias que puedan surgir por funcionarios pertenecientes a otras Administraciones Públicas.

Con claridad, existen funcionarios integrados en Administraciones Públicas claramente diferenciadas de la correspondiente a la Junta de Andalucía, en particular por lo que afecta a los funcionarios públicos pertenecientes a los residuos de las Administración periférica de la Administración General del Estado en el territorio andaluz, así como a los funcionarios públicos integrados en las diversas Administraciones locales.

Los funcionarios públicos de la Administración General del Estado se sitúan por completo extramuros de la posible actuación en materia de condiciones de trabajo por parte de la Administración autonómica, motivo por el cual sus posibles conflictos laborales se remiten directamente a lo estipulado en la LPNFP, así como a lo que en su caso pueda contemplarse en los acuerdos colectivos para funcionarios públicos que puedan celebrarse en el ámbito estatal. Por tal razón, no han de tomarse en consideración en este contexto, por lo que hemos de excluirlos por completo y a todos los efectos.

Consideración parcialmente diversa es la que debe hacerse respecto de los funcionarios públicos dependientes de las Entidades locales. Parcialmente diversa si se tiene presente que nuestra Comunidad Autónoma ha asumido competencias de carácter legislativo en lo que refiere al régimen general de empleo de este personal, por mucho que su desarrollo haya de efectuarse dentro del marco general establecido a nivel estatal. Como expresamente afirma el Estatuto de Autonomía para Andalucía en su art. 13.3, la Comunidad Autónoma goza de competencia exclusiva en todo lo que refiere al «Régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución»; es decir, a los efectos que nos afecta en este momento, la Comunidad Autónoma puede proceder a establecer el régimen legal de los funcionarios públicos locales en todo lo que refiere a sus condiciones de trabajo, entre ellas las relativas a la composición de conflictos, siempre que sea respetuosa con la regulación estatal que fija las

bases de la función pública e igualmente las bases del régimen jurídico de las Administraciones locales.

Lo anterior legitima perfectamente para que la legislación autonómica de funcionarios públicos sea de aplicación indistinta, tanto a los funcionarios de la propia Junta de Andalucía como para los funcionarios de las Administraciones locales con incardinación territorial en Andalucía; y, por ende, si en esa legislación autonómica funcional se establece un régimen de desarrollo de la composición de conflictos, dicha regulación podría ser de común aplicación a ambos tipos de funcionarios. En todo caso, la solución más extensiva, de incorporación en una parte común de la norma de todos los funcionarios locales y autonómicos, con las matizaciones que se requieran, constituiría una de las grandes novedades diferenciales respecto de la precedente y todavía vigente Ley de la función pública andaluza, cuyo ámbito de aplicación es estrictamente el de los funcionarios públicos de la propia Junta de Andalucía (Ley 6/1985, de 28 de noviembre, BOJA 28 noviembre). Como indicamos, la propuesta extensiva sería plenamente conforme a Derecho, respetuosa con el actual reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma, al tiempo que es oportuna en la medida en que logra extraer toda la potencialidad competencial a nuestro Estatuto de Autonomía, con lo cual puede impulsar al máximo los procedimientos de composición de conflictos en el empleo público de las Administraciones Andaluzas.

El actual anteproyecto de Ley de la Función Pública de Andalucía parece optar inicialmente por una incorporación de los funcionarios locales a su régimen jurídico. Así, su art. 4.1.b en su última redacción establece que «La presente Ley es de aplicación...Al personal funcionario propio de las Entidades que integran la Administración Local, en aquellos aspectos no reservados a la legislación básica del Estado, en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local». No obstante, conviene también advertir que la redacción del anteproyecto de Ley no deja de introducir una dosis elevada de imprecisión, cuando no de directa contradicción. En efecto, junto a la precedente integración a todos los efectos de los funcionarios locales, el apartado cuatro del mismo precepto afirma que la presente Ley será de aplicación a tales funcionarios «cuando pasen a ocupar puestos en la Administración General de la Junta de Andalucía». A nuestro juicio, se aprecia una clamorosa contradicción entre lo dicho por el apartado 1 y lo limitado por el subsiguiente apartado 4. Para evitar tal contradicción sería recomendable una redacción más clarificadora de cuál es la pretensión final del legislador autonómico, pues de lo contrario la conflictividad interpretativa en esta materia está garantizada y, con ella, la subsiguiente litigiosidad. Bien es cierto que esta disyuntiva queda clarificada posteriormente, al diferenciar el texto del anteproyecto entre una regulación común para todas las Administraciones Públicas de Andalucía, correspondiente básicamente con todo el título II de la Ley, de una parte, y otra específicamente dirigida a la función pública de la Junta de Andalucía, correspondiente en principio al resto de los títu-

los, de otro lado. Sin embargo, parece oportuno traer esa distinción al propio art. 4 de la Ley a los efectos de una mayor precisión en lo que refiere a su ámbito de aplicación.

Por lo que refiere en concreto a la materia que estamos analizando, la regulación del anteproyecto relativa a la composición de los conflictos no resulta de aplicación a los funcionarios locales. En efecto, el precepto relevante a estos efectos es el ya citado en alguna ocasión artículo 167 del anteproyecto, que a su vez integra un capítulo que lleva por título «Solución extrajudicial de conflictos en la Administración de la Junta de Andalucía», con lo que manifiestamente se concentra en la composición de los conflictos de los funcionarios autonómicos.

Tal solución, inicialmente parece la más prudente y cautelosa. Sin lugar a dudas, el contexto de unas y otras Administraciones Públicas es diferente, motivo por el que resulta poco aconsejable establecer un modelo único, uniforme y cerrado de composición de conflictos aplicable para todas ellas. Ante todo, es fácil comprender que las especialidades propias de la función pública local impiden incluirla como un bloque unitario, junto con los funcionarios autonómicos; al propio tiempo, se ha de ser respetuosos con la autonomía política de la que gozan cada una de las entidades locales, circunstancia que ha de venir reflejada también en la articulación práctica de estos sistemas para los funcionarios locales. De este modo, la regulación más pormenorizada y detallada de los sistemas de composición de los conflictos en la legislación autonómica funcional debe ir dirigida al personal funcionario directamente vinculado a la Junta de Andalucía.

En todo caso, la conclusión precedente no se opone a que esa norma autonómica también contemple de alguna forma una regulación más amplia en lo subjetivo, que sea de aplicación indistintamente para funcionarios locales y autonómicos. Teniendo en cuenta la pobreza con la que se han recogido hasta el presente los medios de autocomposición de conflictos en la legislación estatal y a la vista de las potencialidades que alberga la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de la regulación del régimen del funcionariado local, sería conveniente aprovechar la ocasión. Aprovechar la ocasión cuando menos a los efectos de que la legislación autonómica sirviera de revulsivo, en el sentido de que pudiera funcionar como instrumento de impulso y apoyo al desarrollo de los mecanismos de autocomposición en el ámbito de cada una de las entidades locales. Al propio tiempo, a los efectos de que pudiera existir un mínimo de armonización del sistema, la Administración autonómica podría servir de cauce de puesta de disposición de la posible infraestructura necesaria en esta materia, con independencia de que la forma de hacer este ofrecimiento no tuviera que ser necesariamente el instrumento legal.

Por otra parte, en este ámbito, como por lo demás sucede hoy en día en todo el ensamblaje de las relaciones laborales, puede resultar de una enorme utilidad el reparto de actuaciones desde la ley y desde la negociación colectiva, que pue-

den establecer a estos efectos una útil relación de complemento. Teniendo presente que en cada una de las entidades locales se constituye una específica mesa general de negociación (art. 31.1 LPNFP), precisamente con competencias directa para la regulación de esta materia, es en esa sede donde se puede materialmente efectuar el diseño concreto más idóneo para cada entidad local en función de sus dimensiones y las particularidades de su funcionariado. Eso sí, insistimos, la propia legislación autonómica, con una regulación de fijación de las pautas básicas, puede actuar como incentivo para que los acuerdos colectivos de funcionarios locales en su mesa general respectiva pueda acometer con más facilidad esta tarea, pues con una labor pedagógica le puede indicar el camino a emprender.

Por último, convendría apuntar también que en una programación temporal, sería aconsejable empezar por experimentar los sistemas de composición en una Administración de mayores dimensiones, como es la correspondiente a los funcionarios públicos de la Junta de Andalucía; y, en fase sucesiva, a la vista de la puesta en práctica en el ámbito autonómico, proceder a realizarlo en el ámbito local.

#### **4.3. Organismos autónomos y otras entidades públicas de la Junta de Andalucía**

Centrándonos a partir de ahora en los funcionarios públicos integrados dentro de la Junta de Andalucía, también resulta necesario efectuar algunas aclaraciones respecto de los mismos, por cuanto que existen algunas entidades u organismos dentro de la propia Administración autonómica que presentan ciertas diferencias, lo que obliga aunque sea brevemente a efectuar algunos comentarios respecto de los mismos.

Como premisa metodológica al respecto, conviene hacer hincapié en la necesidad de que, cualquiera que sea el procedimiento por el que se opte en orden al establecimiento de los sistemas de resolución de conflictos, el texto correspondiente debe procurar ser muy preciso en cuanto al conjunto o grupo de funcionarios públicos y organismos acogidos o excluidos del sistema. La legislación autonómica al respecto tiende a ser bastante minuciosa. Pero igualmente se recomienda que lo sean el posible acuerdo colectivo que alcancen los interlocutores sociales en orden a implementar el modelo legal de solución de conflictos. Dado el fuerte contenido normativo que pueden tener estos acuerdos colectivos en la función pública es muy conveniente que, al margen de la delimitación indirecta que derive de la previsión legal o refleja del ámbito en el que se constituye la correspondiente mesa general o sectorial a tenor del art. 31 LPNFP, de forma directa y literal el propio acuerdo precise los sujetos a los que se dirige y aquellos otros a los que excluye.

A partir de la anterior premisa y entrando en el fondo del asunto, para empezar, aunque sólo sea por no dejar ningún cabo suelto, conviene tener presente que

la regulación estatal otorga a ciertos cuerpos de funcionarios públicos un tratamiento bien diverso en cuanto al ejercicio de la libertad sindical, que desemboca en su exclusión del ámbito de aplicación de la LPNFP y, con ello, de la aplicación del régimen común de los sistemas de composición de conflictos. Ahora bien, esos singulares cuerpos de funcionarios, por lo que refiere a la Junta de Andalucía, no se encuentran integrados en su Administración autonómica, por lo cual no suscitan dudas al respecto. En todo caso, comoquiera que existen respecto de algunos cierto tipo de dependencia funcional o relaciones de coordinación en el ejercicio de sus cometidos, merece la pena dejar constancia sobre cuál es su situación. Nos referimos, en concreto a los funcionarios pertenecientes a las fuerzas armadas, las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como los Jueces, Magistrados y Fiscales (art. 2 LPNFP). Los primeros, incluyendo dentro de ellos a la Guardia Civil, se encuentran a todos los efectos integrados dentro de la Administración General del Estado, con lo cual no es necesario hacer aclaración alguna aquí. Algunos miembros de la Policía Nacional se encuentran destacados al servicio de la Administración autonómica, si bien a efectos de condiciones de trabajo no se rigen por la legislación autonómica, por lo que igualmente han de marginarse de este estudio. Finalmente, los integrantes del poder judicial, dependen a los efectos que estamos tratando bien del Consejo del Poder Judicial bien del Ministerio de Justicia, por mucho que se haya transferido a la Junta de Andalucía la gestión de los servicios correspondiente a la Administración de Justicia; razón por la cual tampoco estos cuerpos de funcionarios pueden ser tomados en consideración a los efectos que estamos tratando aquí.

De este modo, las posibles dudas en cuanto al ámbito subjetivo no vienen referidas a cuerpos concretos de funcionarios públicos, pero sí a determinados organismos de la Junta de Andalucía que gozan de cierto grado de autonomía, lo que conduce a una gestión parcialmente independiente del personal funcionario a su servicio. Desde luego, no concurre duda alguna respecto de lo que constituye la Administración General de la Junta de Andalucía, cuyos funcionarios se verían afectados de forma directa por los procedimientos de autocomposición que estamos analizando, pero sin embargo se pueden suscitar algunas dudas respecto de otros organismos u entes integrados en la propia Administración autonómica, pero con grados diversos de autonomía en cuanto a su gestión de personal.

Dejamos al margen las empresas públicas, en la medida en que se rijan por un régimen de Derecho privado, que conduce a que el personal a su servicio se encuentra contratado en régimen laboral, por mucho que cierto personal del mismo conserve su condición de funcionario que le permite en cualquier momento reintegrarse como activo en la Administración autonómica.

Con carácter general, por lo que se refiere a los diversos organismos autónomos, regidos en cuanto a su personal por un régimen funcional autonómico a todos los efectos, entendemos que no es conveniente establecer compartimentos

estancos. Nos referimos a organismos tales como el Instituto Andaluz de Administración Pública, el Instituto de la Mujer, el Instituto de la Juventud, el Consejo Económico y Social y un largo etcétera de organismos dependientes de las correspondientes Consejerías. La legislación autonómica opta por incorporarlos a todos los efectos dentro del organigrama funcional de la propia Administración autonómica, motivo por el que respecto de esta materia carece también de sentido establecer distingos.

Sin embargo, aparecen otros organismos con un mayor grado de autonomía, si nos es permitido emplear esta expresión atécnica en lo jurídico formal, que presentan especialidades y pueden quedar excluidos del ámbito de los procedimientos de solución de los funcionarios de la Junta de Andalucía.

Dos elementos referenciales básicos deben guiar la delimitación de supuestos en esta materia. De un lado, el ámbito de aplicación de la legislación autonómica, con el régimen de inclusiones y exclusiones establecidas en la misma. De otro lado, la estructura de la negociación colectiva derivada de un régimen inicialmente cerrado de mesas de negociación conforme a la legislación estatal correspondiente.

Por lo que refiere a la primera de las técnicas, la contemplación de lo previsto en la legislación autonómica, atenderemos sobre todo a la perspectiva de futuro y por ello tomaremos como referente, una vez más el anteproyecto de Ley. En la misma, a su vez, cabe distinguir, situaciones de exclusión total de su aplicación, de otros supuestos para los que se prevé una aplicación parcial.

Cuando lo que se contemple sea una exclusión plena, con remisión a todos los efectos a su regulación específica, lo razonable es seguir por coherencia el mismo criterio respecto de los sistemas de composición de conflictos. Es decir, lo más razonable es que la configuración o no de los procedimientos de solución para los grupos excluidos quede a la plena opción legislativa de la norma singular que en cada caso pueda resultar de aplicación. Tal régimen sería el que correspondería a las siguientes instituciones. Para empezar a todos los funcionarios públicos vinculados directamente al Parlamento Andaluz, lo sea directamente o través de instituciones directamente anejas al mismo, es decir, tanto el Defensor del Pueblo como la Cámara de Cuentas de Andalucía. Para ellos, expresamente la norma se remite a su régimen propio (art. 5 anteproyecto) y al mismo hemos de remitirnos también nosotros. De otro lado, otros cuerpos que sin mencionarlos expresamente la norma, implícitamente quedan fuera de su ámbito aplicativo. Así sucede, por ejemplo, con el personal funcionario docente de las Universidades públicas andaluzas, por interpretación a sensu contrario de lo estipulado en el art. 4 del anteproyecto, singularmente del apartado 4.1.c y 4.2.

De otro lado, cuando lo que se contemple sea una incorporación parcial, lo aconsejable es una fórmula asimilada a la propuesta respecto de los funcionarios locales: la fijación de unas reglas básicas de impulso de las fórmulas de compo-

sición de conflictos, derivando el desarrollo material a las correspondientes mesas de negociación colectiva. Esta es la situación por ejemplo que se produce, respecto del personal funcionario de administración y servicios de las Universidades Públicas (art. 4.1.c anteproyecto), personal docente no universitario de la Administración educativa, así como personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Junta de Andalucía (art. 4.2 anteproyecto).

En concreto, por lo que refiere al personal sanitario, se ha aprobado recientemente una nueva norma de regulación general de su régimen laboral, con un contenido de notable aproximación al funcionariado público<sup>16</sup>. Expresamente el art. 1 de dicha Ley califica a estos vínculos de «relación funcional especial», de modo que en lo no previsto en dicha ley serán de aplicación las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (art. 2.2). Al propio tiempo se declara expresamente que dicha norma se dicta al amparo del título competencial que le concede al Estado el art. 149.1.8 CE, relativo a las bases del Estatuto de la función pública (disp. final 1ª). Ello determina reforzar la posibilidad de establecer una asimilación respecto al resto de los funcionarios en materia de ejercicio de los derechos colectivos y, en particular, por lo que afecta a los mecanismos de composición de conflictos. Desde luego, ya con anterioridad a los efectos que estamos tratando, a este personal estatutario le era y le seguirá siendo de aplicación la LPNFP (art. 1.1). La propia nueva Ley 55/2003 apela a la LPNFP, declarando expresamente la aplicación al personal estatutario sanitario de toda la normativa relativa a la negociación colectiva funcional (arts. 3 y 78), incluyéndose, por tanto, lo relativo a la mediación del art. 38 LPNFP. Llama, sin embargo, poderosamente la nula atención que se le presta en el nuevo texto legal a los medios de composición de conflictos, pues el mismo se limita a realizar un refrito resumido en un solo artículo de la regulación contenida en la LPNFP respecto de la negociación colectiva, pero sin mención alguna a esta materia (arts. 79 y 80). Mejor hubiera sido para ello limitarse a una remisión *in toto* a la LPNFP, estableciendo si acaso alguna concreta regla específica sobre la materia. Ante esas carencias, sería oportuna una intervención más incisiva por parte de la legislación autonómica, que además de integrar más plenamente el sistema desde el punto de vista técnico procediera a dar un impulso de incentivo a los procedimientos de solución de conflictos entre el personal estatutario del SAS. En correspondencia con el carácter de bases del estatuto funcional, las Comunidades Autónomas pueden proceder al correspondiente desarrollo legislativo de esta Ley, incluso la misma es consciente de ello y así se prevé expresamente (art. 3). En definitiva, aunque se deban establecer mecanismos normativos en paralelo para el personal estatutario de las instituciones sanitarias, en

16. Ley 55/2003, de 16 de diciembre (BOE 17 diciembre), del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud.

lo que afecta al sistema de composición de conflictos colectivos, es oportuno que su contenido sea convergente y presidido por la misma filosofía al del resto de los funcionarios públicos.

Por añadidura a lo anterior, y volviendo en general a referirnos a todo el conjunto de organismos excluidos parciales del régimen común autonómico, no es causal que los grupos u organismos a los que afecta esta situación intermedia vengan a coincidir en lo sustancial con las mesas de negociación colectiva específicas previstas en la LPNFP. En concreto, en la misma línea de separación de regímenes se desenvuelve el art. 31 LPNFP, que configura las mesas sectoriales de negociación colectiva funcional de los siguientes colectivos a los efectos que en estos momentos nos interesa destacar: personal docente en los centros públicos no universitarios; personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas, personal al servicio de la Administración de Justicia; personal funcionario de las Universidades.

Si se presta un poco de atención al grupo de funcionarios afectados por estas mesas sectoriales se observa inmediatamente que coinciden con aquellos ámbitos en los que, además de los sindicatos representativos en el conjunto de la Administración Pública, suele tener significativa influencia y representatividad un sindicato implantado en ese concreto ámbito; la garantía de efectividad y consolidación de los sistemas de composición de los conflictos, aconseja que su implantación en estos concretos sectores se verifique también en la correspondiente mesa sectorial, de forma que se materialice con el apoyo y complicidad de todas las organizaciones sindicales representativas en el mencionado ámbito específico.

Ahora bien, conviene llamar la atención también respecto de una diferencia palpable en materia de estructura negocial entre estos grupos y los funcionarios locales. En efecto, para estos últimos se constituye una mesa general propia en cada una de las Entidades locales, con lo que determina un régimen de regulación 'ad hoc', de todo punto diferenciado al propio del resto de las Administraciones Públicas. Por el contrario para los organismos, entidades y grupos específicos de funcionarios afectos al personal de la Junta de Andalucía lo que prevé la legislación estatal es un sistema de negociación articulada; quiere esto decir que lo pactado en el ámbito de la mesa general de la Junta de Andalucía de principio les resulta de aplicación también a ellos, de forma que la negociación en la correspondiente mesa sectorial lo es para las materias propias de ese organismo o grupo de funcionarios. Tal como expresamente establece el art. 31.1 in fine «La competencia de las mesas sectoriales se extenderá a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general».

A nuestro juicio, ello permitiría jugar a los interlocutores sociales con tres opciones posibles de concreción vía los correspondientes acuerdos colectivos que incorporaran los sistemas de composición de conflictos: primero, que la mesa general constituida en la Comunidad Autónoma procediera a establecer una regulación exhaustiva de los procedimientos de solución que fuera de aplicación a

todos los funcionarios de la Junta de Andalucía, sin distinción ni matices; segundo, que la mesa general estableciera tal sistema como de aplicación exclusiva a los funcionarios no integrados por ninguna mesa sectorial, dejando que sea ésta la que establezca en cada caso el modelo que considere más oportuno para los grupos específicos respecto de los cuales existe su propia mesa sectorial; tercero, un sistema de articulación escalonado, conforme al cual la mesa general fijaría un sistema completo respecto de los funcionarios sin mesas sectoriales, al mismo tiempo que para los que sí tienen mesa propia en la mesa general se desarrollara parcialmente las bases de la composición de conflictos en aquello que se pudiera considerar el tronco común que no precisa de especialidades, completándose con una regulación de los detalles y especificidades en cada una de las correspondientes mesas sectoriales específicas. Cualquiera de las tres variantes precedentes sería de todo punto lícita y conforme al régimen legal de estructura negocial recogido en la LPNFP, con lo cual la opción concreta por la que haya de decantarse es típica cuestión a decidir conforme a criterios de oportunidad política por los interlocutores sociales representativos en el ámbito de la mesa general de la Junta de Andalucía. Eso sí, nos atrevemos a indicar que a nuestro juicio personal la tercera de las opciones, la articulación escalonada, sería la que podría aportar mayores dosis de eficiencia y de impulso sustancial a los sistemas de composición, pues con ella se lograría de un lado eliminar las resistencias que se pudieran manifestar a ciertos concretos niveles, ofrecería un mínimo armazón de convergencia de los procedimientos, al tiempo que de otra parte sería respetuosa con las especialidades materiales propias de cada mesa sectorial al tiempo que daría el protagonismo que le correspondería a organizaciones sindicales representativas en el concreto ámbito sectorial pero que no tienen implantación suficiente en el conjunto del funcionariado de la Junta de Andalucía.

## 5. TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS

El siguiente aspecto de necesario análisis es el relativo al tipo de conflictos que pueden y es oportuno que constituyan el objeto de esta novedosa experiencia de autocomposición en el ámbito de la función pública.

En esta línea puede resultar bastante pacífico entender que en esta materia debe comenzarse por abordar no el máximo de lo legalmente admisible, sino concentrarse en aquellos asuntos más experimentados por sus resultados en otros ámbitos. En particular, es fácil presumir que la voluntad de los interlocutores sociales es la de poner en marcha el sistema exclusivamente por lo que refiere a los conflictos laborales de naturaleza colectiva, descartando por ahora los referidos a la litigiosidad individual. Por lo que refiere a ésta última, es bien sabido que los propios acuerdos interprofesionales dirigidos a la conflictividad en el sector privado en una primera fase han optado decididamente y de forma unánime por concentrar sus esfuerzos en los conflictos colectivos. Tan sólo en algunas con-

cretas Comunidades Autónomas se ha experimentado y con mucha cautela la incorporación de estos procedimientos a los conflictos individuales y además siempre referido a los conflictos en el ámbito de las relaciones laborales de empleo privado. Muy recientemente ello se ha llevado a cabo en el marco del SERCLA, que por primera vez ha incorporado la posibilidad de articular a través del mismo sistemas de resolución para conflictos individuales, eso sí siempre en el ámbito del personal laboral sometido a contrato de trabajo<sup>17</sup>. Ciertamente, el caldo de cultivo natural de la mediación y el arbitraje se sitúa en la esfera de los conflictos colectivos y es ahí donde alcanza su mayor efectividad, por no presentarse como vías alternativas a la solución judicial. Por contraste, la intervención judicial resulta más idónea para afrontar los conflictos de naturaleza individual, particularmente en aquellas ocasiones en las que no hay expectativa de continuidad de la relación laboral entre las partes. Dejamos al margen la fórmula tradicional de la reclamación administrativa preprocesal, que cumple una mera función de dar cumplimiento a un trámite previo meramente formal a la vía judicial entre los funcionarios públicos. Además, la litigiosidad más acentuada en lo individual presenta una complejidad muy superior, que no aconseja empezar por esos asuntos individuales; en esta materia incluir la conflictividad individual estaría abocada al fracaso, por lo que insistimos que debe recomendarse con insistencia que en ceñirse a los conflictos de carácter colectivo, ya de por sí suficiente campo de experimentación y de dificultad en la función pública.

El Anteproyecto de Ley citado se sitúa en esta línea al indicar que “los conflictos a que se refiere el apartado anterior podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de Ley” (art. 45.2).

A su vez, dentro de los conflictos colectivos, cabe diferenciar entre diversas manifestaciones o tipología de los mismos. A pesar de las reiteradas críticas que ha recibido la diferenciación clásica entre conflictos de intereses y conflictos jurídicos, estimamos que la misma conserva todo su valor y utilidad a los efectos de los procedimientos que estamos abordando, siendo prueba de ello la contrastada utilización práctica que se hace de la diferenciación tanto en la mediación como en el arbitraje. Es cierto que los textos de los acuerdos interprofesionales actualmente vigentes sobre resolución de conflictos, junto a esta diferenciación, utilizan otras categorías o mencionan otra serie de conflictos. Sin embargo, a nuestro juicio en ocasiones ello supone un solapamiento respecto de la dualidad precedente, lo que aconseja utilizar esta última como referente principal, sin perjuicio de que con carácter complementario se pueda hacer mención a los otros supuestos recogidos en los mencionados acuerdos interprofesionales. En suma, vamos a

17. Ver reglamento que desarrolla en Acuerdo Interprofesional de 4 de marzo de 2005 que establece un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del SERCLA (BOJA 22 de septiembre de 2005).

arrancar de dicha distinción para analizarla en su aplicación a los conflictos colectivos en la función pública.

### 5.1. Conflictos de intereses

Ésta es la situación expresamente prevista en la legislación estatal, con ocasión de la regulación del procedimiento de negociación colectiva de las condiciones de trabajo en la función pública. En concreto, el art. 38 LPNFP como hemos visto contempla un procedimiento de mediación posible para los supuestos en los que «no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación», lo que coloquialmente se denominan conflictos derivados de bloqueos negociales. Por utilizar la comparación con el sistema de los acuerdos interprofesionales del sector privado, como indica el ASEC, «los conflictos ocasionados por discrepancias surgidas durante la negociación de un convenio colectivo u otro acuerdo o pacto colectivo». De similar tenor es el art. 167.3 del anteproyecto de Ley andaluza, cuando se refiere a los conflictos surgidos en la negociación de los pactos y acuerdos «cuando debido a la naturaleza de las diferencias impidan la continuación del proceso negociador».

Es importante tener en cuenta que existe una diferencia significativa entre las situaciones de posiciones discrepantes de los negociadores en el sistema del ET y en el correlativo de la LPNFP. En particular, mientras que en la legislación laboral ello da lugar a un auténtico bloqueo negocial, en el sentido de que el respeto hasta sus últimas consecuencias del principio de autonomía colectiva deriva en que el ordenamiento no contemple una vía de respuesta alternativa a la propia negociación, en el caso de la función pública la Ley otorga a la Administración una capacidad de fijación unilateral de las condiciones de trabajo (art. 37.2 LPNFP), de modo que, si bien puede también hablarse de situaciones de bloqueos negociales en este ámbito, lo son más de carácter sociológico que jurídico-formal. En todo caso, ello no desmerece de la posibilidad de acometer una mediación en la hipótesis de que las partes en el ámbito de la función pública no logren un acuerdo en el curso de su negociación colectiva. Ciertamente que el incentivo legal a utilizar estos mecanismos es menor con la actual regulación estatal, pero no por ello pierde su valor el procedimiento de solución de conflictos en esta sede. Cuestión al margen, que analizaremos más adelante, es la relativa a qué tipo de medidas complementarias en la regulación del procedimiento de desarrollo cabría adoptar de reforzamiento de esta mediación, a los efectos de aproximarla al régimen laboral.

La vinculación directa del procedimiento del art. 38 LPNFP a los sistemas formalizados de negociación colectiva, puede provocar que surjan otra serie de conflictos de intereses intensos en el ámbito de las relaciones de los sindicatos con la Administración Pública que no tengan su origen en un estricto proceso de negociación de un determinado acuerdo o pacto colectivo. En base a ello, es obligado

tener presente estas otras posibles hipótesis, de forma que a la hora de implantar los procedimientos se sea consciente de qué respuesta se desea dar a este interrogante y, en particular, emplear una redacción del texto jurídico que marque con claridad el ámbito objetivo de los posibles conflictos objeto de atención.

Con carácter general, podría conformarse un cierto consenso en torno a la oportunidad de dar juego a estos otros posibles conflictos de intereses. Aunque de igual forma, si se tiene presente también que la variedad de hipótesis es bastante variada, al mismo tiempo que los sujetos implicados puede ser igualmente de distinto tenor, convendría no adoptar una fórmula tan onmicomprensiva que incluyera situaciones que realmente las partes preferirían que discurrieran por otros caminos.

Por ejemplo, en el ámbito de la función pública existe una separación, mucho más nítida a la que se produce en las relaciones laborales sometidas al ET, en lo que refiere a la disyuntiva entre actuaciones de participación en la gestión y los procesos de negociación colectiva. Los contenidos de la participación quedan perfectamente delimitados en el art. 9 LPNFP, como algo cualitativamente diverso de los contenidos de la negociación fijados en el art. 32 LPNFP; los procedimientos también difirieren, así como son distintos los sujetos que intervienen, pues en la función pública la negociación la protagonizan siempre y en todo caso los sindicatos (cosa que no ocurre en el modelo del ET), mientras que la participación se encomienda a las Juntas de Personal. En estos términos, y teniendo presente también que la redacción del texto debe abordar aquellos aspectos de mayor coincidencia en cuanto a su oportunidad, sería conveniente que quedaran al margen de los procedimientos de solución de conflictos las situaciones de desencuentro respecto de las materias que son meramente objeto de información y consulta a las Juntas de Personal. Así, a nuestro juicio, carecería de sentido en este ámbito incorporar alusiones asimiladas a las que figuran en el sistema SERCLA en relación con los conflictos surgidos en los períodos de consulta con los representantes de los trabajadores; para empezar por cuanto que en el modelo del ET esos períodos de consulta lo son literalmente «con vistas a alcanzar un acuerdo», lo que los aproxima notablemente al desarrollo de un proceso negociado, escenario que en absoluto se verifica en el ámbito de la función pública respecto de la intervención de la Junta de Personal.

Por contraste, nos parece que sí cabría ofrecer una fórmula algo más amplia de la estrecha conexión con un proceso formal de negociación de un acuerdo o pacto como es la que se recoge en el art. 38 LPNFP. La vía posible sería la de referirse adicionalmente a cualquier otro conflicto colectivo que de lugar a la convocatoria de una huelga. Son supuestos previstos en general en los acuerdos interprofesional y, en particular, en el modelo SERCLA, que admitirían dar juego a los procedimientos de solución ante situaciones de posible situación de tensión entre las partes, para las que el mero inicio de un procedimiento de mediación puede actuar como apertura de un período de enfriamiento, que facilite el encuentro entre las

partes. La situación actual de ausencia de una regulación estatal del ejercicio del derecho de huelga entre los funcionarios públicos provoca en muchas ocasiones una notable incertidumbre acerca del modo de actuación de las partes ante una huelga de estas características. El hecho de que ésta fórmula como tal no se contemple en la regulación estatal y, en particular, exceda del supuesto de hecho del art. 38 LPNFP, no se opone a que lo pueda hacer la legislación autonómica, en el ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo de complemento a las bases estatales. De igual forma, al tratarse de un elemento relativamente secundario respecto del ejercicio del derecho de huelga, no puede entenderse que ello afecte a reservas competenciales del Estado, por lo que no habría mayor dificultad en que ello se recoja igualmente en la legislación autonómica. En todo caso, lo que nadie discutiría es que ello se pudiera incorporar por vía de acuerdo colectivo celebrado entre las partes sociales, cuando éstas desarrollen por esta vía los procedimientos de autocomposición de conflictos colectivos. En esos términos, la fórmula técnica más completa a nuestro juicio sería que, de un lado, la legislación autonómica estableciera que por vía de acuerdo colectivo las partes determinaran el tipo de conflicto objeto de estos procedimientos de solución de conflictos, mientras que, de otro lado, vía ese acuerdo colectivo se incluyeran tanto los bloqueos negociales del art. 38 LPNFP como otros conflictos de intereses que den lugar a la convocatoria de una huelga.

## 5.2. Conflictos jurídicos

Los conflictos de interpretación y aplicación de los acuerdos y pactos colectivos en la función pública también figuran igualmente entre los posibles conflictos a resolver por una mediación. En concreto, es de nuevo el art. 38 LPNFP el que así lo contempla, cuando se refiere a los conflictos que surjan «en el cumplimiento de los acuerdos o pactos». El término «cumplimiento» puede ser interpretado de forma amplia, y así lo ha hecho en general la doctrina, comprensivo tanto de las discrepancias derivadas de una valoración de que se está incumpliendo lo que se ha pactado, como de desacuerdos en torno a cómo ha de interpretarse o aplicarse lo que se ha pactado.

Por ello, aunque con redacción diversa, el alcance resulta prácticamente idéntico en la redacción del anteproyecto de Ley andaluza, cuando se refiere a «los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos» (art. 167.3). Sin embargo, la redacción del proyecto de la norma autonómica introduce un añadido, que a nuestro juicio sólo provoca confusión, por lo que sería preferible suprimirlo. Lo que añade el precepto es referirse a la interpretación y aplicación de esos pactos y acuerdos «sobre la materia a la que se refiere el apartado 1 del artículo 162, excepto para aquellas en que exista una reserva de Ley». La primera parte, en su remisión al art. 162.1, constituye una pura obviedad, pues este otro precepto es el que recoge los contenidos objeto posible de la negociación

colectiva funcionarial, que a su vez no hace otra cosa que reproducir casi literalmente lo previsto por el art. 32 LPNFP, sin añadirle nada significativo. Pero, sobre todo, como es obvio que la labor de mediación se va a referir a una interpretación y aplicación de los acuerdos y pactos, se da por supuesto que se trata de compromisos que han sido concertados conforme a las prescripciones legales, pues no se trata de un conflicto en el que se vaya a discutir la legalidad de lo pactado. Con mucho mayor motivo no se entiende cual es el sentido de hacer una apelación a una presunta excepción respecto de las materias para las que existe una reserva de ley. Pues una vez más si se está en sede de resolver un conflicto de interpretación o aplicación de un acuerdo o pacto es inimaginable la hipótesis de que una regla de reserva de Ley impida a las partes someter la cuestión a una mediación. Tal reserva lo puede ser a los efectos de limitar lo que los negociadores puedan pactar, pero sobre la presunción de que ya se ha pactado y que el pacto es conforme a Derecho; la labor de interpretación es derivada de la anterior, de modo que no puede encontrarse afectada por la regla de reserva de ley.

Por lo demás, podría pensarse en la posibilidad de que se susciten entre las partes otra serie de conflictos de interpretación, diversos a los propios de un acuerdo o pacto negociado entre las partes. Puede, por ejemplo, derivar esa discrepancia interpretativa de un régimen jurídico más amplio, incluido el de carácter legal. Las redacciones de los acuerdos interprofesionales tienden a ser más amplias, de forma que permiten acoger esos otros conflictos de interpretación no estrictamente vinculados a un previo proceso de negociación. Así sucede en el caso del modelo SERCLA, donde junto a los conflictos de interpretación de los convenios colectivos y acuerdos de empresa, se alude más ampliamente a los de interpretación y aplicación de «normas jurídicas». A nuestro juicio, no existirían obstáculos jurídicos a que una fórmula similar se pudiera incorporar al ámbito de la composición de conflictos entre los funcionarios públicos, correspondiéndole a los sindicatos y a la Administración Pública decidir si en estos primeros momentos optan por un alcance más o menos amplio del tipo de conflictos que desean que se acojan a estos procedimientos.

Difícil es determinar la caracterización de los conflictos relativos a la fijación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de convocatoria de huelgas, que también suele ser materia típica de los conflictos delimitados por los acuerdos interprofesionales en el sector privado, entre los que se encuentra una vez más el correspondiente al modelo andaluz. No obstante, a nuestro juicio, por las peculiaridades de las huelgas en el sector público estimamos que carece de sentido incorporarlo al posible sistema a implantar en tal ámbito. De un lado, ha de tenerse en cuenta que la presencia en los acuerdos del sector privado traen su fundamento directo en la normativa contemplada en el RDRT regulador del derecho de huelga, pero que lo hace exclusivamente respecto de los trabajadores con contrato de trabajo, por tanto no aplicable a los funcionarios públicos. De otro lado, circunstancia mucho más influyente, en el ámbito de la función pública en

la práctica cualquier convocatoria de huelga incide sobre servicios esenciales de la comunidad, con lo cual la fijación de los servicios mínimos se coloca como perspectiva decisiva, que margina por completo cualquier discrepancia relativa a los servicios de mantenimiento, siempre de menor intensidad. Comoquiera que tales mínimos en servicios esenciales de la comunidad formalmente son responsabilidad de la autoridad gubernativa, correspondiendo a ella fijarla en última instancia, los mismos son refractarios a someterlos a unos procedimientos de composición que se basan en el acuerdo mutuo. Por ello, insistimos y concluimos, estos aspectos en el ámbito de la función pública no deben someterse a este tipo de procedimientos.

## 6. PROCEDIMIENTOS IDÓNEOS

### 6.1. El reforzamiento de la mediación

Como hemos visto en el apartado anterior, la mediación es el sistema al que específicamente se remite el único precepto estatal que contempla un sistema de composición de conflictos colectivos entre los funcionarios públicos (art. 38 LPNFP). El precepto en cuestión se limita a prever la posibilidad de que intervenga un mediador o varios de ellos con ocasión de los conflictos que hemos analizado anteriormente. Prácticamente lo mismo hace el anteproyecto de ley andaluza (art. 167.2). De este modo, el legislador viene a considerar que la institución de la mediación es suficientemente conocida por los destinatarios de la norma, de modo que no precisa detallar el significado del procedimiento ni en particular cuál es el alcance de la posición del mediador que va a intervenir en el conflicto con vistas a propiciar solventarlo y, sobre todo, que la mediación como categoría general ha de aplicarse sin particulares matices a los conflictos en la función pública.

Por recordar el concepto hoy pacíficamente extendido, la mediación comporta la designación de un tercero imparcial, ajeno por tanto a los intereses de las partes enfrentadas, que efectúa una labor de intermediación entre las mismas con vistas a lograr que las mismas alcancen un acuerdo. La labor del mediador y su grado de influencia práctica, depende en gran medida de sus habilidades personales y profesionales, de la capacidad de transmitir confianza a las partes y de hasta qué punto logre involucrarse en la búsqueda de la solución de fondo que permita encontrar una solución de equilibrio que satisfaga mínimamente a las partes en conflicto. En todo caso, habitualmente su labor es la de facilitar que las partes expongan sus respectivas posiciones, clarificar los puntos de encuentro y desencuentro, desembocando en proponerles una concreta fórmula que pudiera constituir la solución que podrían aceptar ambas partes. Como elemento de contraste negativo, lo que define al mediador es que carece de cualquier tipo de facultades resolutorias del conflictos, en la medida en que las representaciones de sindicatos y Administración conservan la última palabra de aceptación o rechazo,

siempre voluntaria, de las propuestas que les pueda ir formulando el mediador. Este es el dato clave que marca la frontera entre la mediación y el arbitraje, idea bien conocida y pacífica entre todos. Tal y como señala expresamente el anteproyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, "las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las partes". (art. 45.3).

Esta circunstancia de la carencia de poderes resolutorios del mediador es precisamente la que hace más fácil su incorporación al ámbito de la Administración Pública. En efecto, la posición singular que ostenta la Administración Pública, en los términos descritos en el apartado primero de este estudio, que manifiestan ciertas resistencia a la incorporación de mecanismos de intervención de terceros frente a la posición habitualmente de supremacía del poder ejecutivo, se liman cuando no se superan con facilidad cuando se le reconoce a la propia Administración que ella conserva al final de todo el procedimiento la libre decisión de acoger o no la solución buscada o facilitada por el mediador. Cabe establecer un paralelismo bien simple con el sistema de negociación colectiva o, en general, de los procedimientos de terminación convencional de los actos administrativos: allí donde, respecto de una determinada materia, la legalidad vigente le permita a la Administración Pública poner en marcha un procedimiento negociado, que concluye con el acuerdo entre las partes, es perfectamente viable incorporar un mecanismo de mediación. Desde el punto de vista cualitativo el acuerdo de avenencia alcanzado con el apoyo de un mediador en nada difiere de un acuerdo colectivo alcanzado en el paralelo proceso de negociación colectiva; al carecer de facultades resolutorias, el mediador nada añade ni quita al valor del acuerdo entre las partes, de modo que en términos jurídicos formales sólo es un instrumento accesorio para el resultado final; naturalmente, todo ello, con independencia de la trascendencia o influencia real que ello tenga desde la perspectiva sociológica.

Eso sí, puesto que una de las partes es sujeto investido de autoridad pública, al tiempo que el mediador como tal carece de poderes jurídicos sustanciales, es decisivo el perfil que se prefigure de la persona o personas a elegir como mediadores. Desde luego, ni que decir tiene que es requisito consustancial al mediador que no tenga vínculos personales o profesionales con las partes que condicionen objetivamente su imparcialidad, incluso que proporcione confianza en ambas partes de que no hay riesgos de condicionamiento alguno en su actuación por la otra parte. Esta circunstancia se presenta especialmente compleja en lo que refiere a los conflictos en los que actúa como parte la Administración Pública, pues puede resultar más difícil encontrar al propio tiempo un profesional de prestigio con el nivel de reconocimiento para actuar en este tipo de conflictos y que goce de la neutralidad suficiente reconocida por ambas partes. La premisa ineludible de lo anterior es que se echa en falta en la escasa regulación vigente algún tipo de precisión al respecto, tanto en la concreción del alcance de la neutralidad en la persona elegida como al procedimiento de llevarlo a cabo. Cualquiera de las redac-

ciones al uso en la legislación procesal, sobre arbitraje o en la legislación laboral sobre el particular, podría trasladarse a la regulación de la presente materia, aunque también sería oportuno adaptarlo con precisiones 'ad hoc' al caso. Por ejemplo, aclarar expresamente que no podrán intervenir como mediadores ni quienes ostenten cargos públicos ni quienes sean funcionarios públicos vinculados a la Administración Pública que es parte del conflicto.

Pero es más, la dificultad no deriva exclusivamente de seleccionar a un mediador que intervenga con elevadas dosis de imparcialidad respecto de las partes en conflicto, sino que además posea una capacidad de influencia efectiva sobre el desenvolvimiento final del conflicto, lo que requiere de un importante reconocimiento de 'auctoritas' por las partes. Ello depende en gran medida de sus características personales y profesionales, pero en igual medida depende también del 'status' que le lleguen a reconocer las partes en conflicto, faceta ésta última que no es fácil de lograr cuando interviene de por medio la Administración Pública. El mediador, sin llegar a tener facultad jurídica alguna de imposición a las partes, sí que precisa de un reconocimiento de autoridad social sobre las mismas, a los efectos de que su actuación y sus propuestas sean percibidas con esa 'auctoritas' por ellas. Naturalmente esto puede entenderse como datos presupuestos en cualquier tipo de mediación, incluidas en las que se desarrollan en las relaciones laborales privadas. Lo que queremos sugerir aquí es que esa posición de 'auctoritas' efectiva puede resultar mucho más delicada, cuando es una autoridad pública quien se presenta como una de las partes del conflicto, que no deja de estar investida de la posición de Administración pública, pues sigue actuando como tal en el curso del conflicto laboral, con lo cual tiene una enorme resistencia a considerar que ese tercero puede actuar en una posición de mediador, haciéndolo respecto de un conflicto en el que la Administración en parte actúa en defensa de sus intereses como empleador pero también como garante del interés público. A la postre, estas cuestiones afectan más a la voluntad política con la que las partes se incorporan al procedimiento de mediación, así como a la capacidad de adaptar su conducta de modo tal que otorguen un efectivo voto de confianza en la capacidad del mediador de proporcionar la solución adecuada, con sensibilidad a los intereses en juego. En sentido contrario, ello difícilmente se puede garantizar a partir de reglas formales de carácter jurídico, por lo que el texto legal o convencional que incorpore la mediación no puede ir mucho más allá de lograr una descripción de perfiles profesionales que garanticen el prestigio profesional, la neutralidad e imparcialidad del mediador.

Por otra parte, como hemos indicado, al mediador le cabe como facultad máxima la de efectuar una propuesta a las partes, que las mismas podrán aceptar o rechazar; el modo o procedimiento a través del cual se materialicen esas actuaciones del mediador queda a las peculiaridades de cada procedimiento de mediación y a cómo se vayan desarrollando los acontecimientos en el curso de la mediación. Por esta razón, ni es necesario ni resulta conveniente que el texto a través del cual se instau-

re la mediación, sea la legislación estatal o sea un acuerdo colectivo, proceda a definir los actos o facultades que corresponden al mediador, ni tampoco precisar los detalles del desarrollo en trámites de la labor mediadora. Cualquier concreción en este orden le quitaría frescura y flexibilidad al procedimiento de mediación. Esto es algo obvio de por sí, pero probablemente conviene recalcarlo en esta sede, cuando se trata de procedimientos en los que va a intervenir la Administración Pública, puesto que cuando interviene ésta hay una fuerte tendencia al reglamentismo, a no dejar ningún cabo suelto y, por ello, que quede perfilado al detalle que es lo que debe hacer el mediador, como si se tratase de una fase más de un procedimiento administrativo perfectamente reglado. Por ello, mejor es no decir nada, dejándolo al buen hacer y capacidad de maniobrar en el caso concreto del mediador en cuestión.

Aparte de ello, lo anterior no tiene que estar reñido con la introducción de algunas reglas que empujen a las partes a un determinado comportamiento de aproximación de posiciones o, cuando menos, de incentivo a una actitud propicia para el acuerdo final. Algo de ello, aunque sea de forma tímida, parece intuirse en la Ley, cuando precisa que «Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato» (art. 38.3 LPNFP). La idea que puede estar subyaciendo en esa previsión legal de sacar a la luz pública el iter final de la mediación, es la de buscar colocar a las partes en la tesitura de no rechazar a la ligera las propuestas que le pueda formular el mediador, entendiéndose que la publicidad de una oposición no suficientemente trabajada por una de las partes, les puede desacreditar exteriormente. Si se le exige tal publicidad, el legislador confía en que ello obligue a las partes a no presentarse ante el procedimiento de mediación como si de un mero trámite formal más se tratara, presumiendo de antemano que la mediación sólo va a servir como un acto más de escenificación del bloqueo negocial o de requisito formal previo a la vía judicial.

Ahora bien, quizás el método ideado por el legislador puede que no siempre sea el más acertado, por cuanto que ese tipo de publicidad puede convertirse en un arma de doble filo. Si las partes interpretan esta regla como que al final del procedimiento y de forma «inmediata» como dice el propio precepto, se va a conocer públicamente con todo tipo de detalles cuales han sido las ofertas y alegaciones de cada una de las partes, cabe el riesgo de que éstas actúen condicionadas por ello, más pensando en la interpretación pública que se va a hacer de su desacuerdo que lo dan por garantizado por anticipado, introduciendo un fuerte encorsetamiento formal a la mediación y, a la postre, dificultando enormemente la predisposición al acercamiento de las partes. Como si se tratara de un expediente administrativo, que se expone en todas sus fases al conocimiento público, acabarían primando los elementos o requisitos formales frente al logro del objetivo relevante del consenso entre las partes.

Por ello, sería oportuno que, bien en sede de legislación autonómica o bien en sede de acuerdo colectivo, se limitarán esos posibles efectos negativos de la regla

contemplada en el art. 38.3 LPNFP. Ello se materializaría, a nuestro juicio, en lo siguiente. Ante todo, debería indicarse que esa publicidad de propuestas y respuestas de rechazo de las partes, refiere exclusivamente al momento final de lo que constituiría la propuesta o propuestas últimas formuladas por el mediador. Se trataría de indicar expresamente que frente a esa fase final formalizada, se desarrollaría otra informal que duraría el tiempo que estimaran oportunas las partes y el mediador, que constituirían meros tanteos de aproximación, respecto de la cual no se requeriría publicidad alguna.

A ello se podría añadir otra serie de principios genéricos que instara a una determinada predisposición de las partes. Por ejemplo, se podría reafirmar que las partes deberán actuar en el curso de la mediación con conductas correspondientes a la buena fe, que se les requerirá suministrar la información útil para un mejor conocimiento de la situación determinante de las posiciones respectivas, que deberán actuar con vistas a lograr un acuerdo o avenencia en el curso de la mediación, que deberán transmitir sus posiciones y ofertas con suficiente claridad, que deberán motivarlas, etc. Este último elemento puede ser de particular utilidad en algunas mediaciones, incluso podría inducir a las partes a precisar sus ofertas con mayor conocimiento de causa.

La versión inicial del art. 38 LPNFP exigía expresamente que «la negativa de las partes a aceptar las propuestas presentadas por el mediador habrá de ser razonada y por escrito, del que se enviará copia a ambas partes en el plazo de quince días». No obstante, esta redacción desapareció con la reforma de la Ley que se verificó en el año 1990, sustituyéndose por la ya referida remisión a una disposición reglamentaria para que desarrollara el procedimiento de mediación. En estos términos, la interpretación histórica nos lleva a entender que la legislación actualmente vigente, aunque exige la publicidad de la oposición de cualquiera de las partes, no se exige que la misma sea motivada. Eso sí, en iguales términos, ha de interpretarse que esa ausencia de exigencia legal de motivación no la está prohibiendo y que, en concreto, ello no se opone a la posibilidad de que a través tanto de acuerdo colectivo como de la legislación autonómica se pueda imponer como obligatoria la motivación del rechazo, cualquiera que sea la parte que se oponga a la propuesta de solución formulada por el mediador.

A estos efectos sería viable incluso incorporar dos modalidades de mediación, en función del grado de impacto que se le quiera otorgar a las propuestas formuladas por el mediador. Se trataría de diseñar, junto a la fórmula ordinaria o clásica de la mediación, una mediación «reforzada» que, sin llegarse a configurar como un arbitraje, pues insistimos la última palabra la conservarían las propias partes en conflicto, se aproximaría en cierto modo a ello, a una especie de laudo de voluntario cumplimiento, cuyo rechazo requeriría de la correspondiente motivación. Ello enlaza con las dificultades de introducción del arbitraje en el momento actual, que pasamos a analizar inmediatamente a continuación. Esta

mediación «reforzada» podría desarrollarse en las hipótesis en las que, tras haberse agotado las fases previas de tanteo e intuido el riesgo de fracaso de la mediación. Ante tal escenario, se podría prever un compromiso explícito de las partes de acudir a este sistema de mediación «reforzada». En tal caso, el mediador debería proceder a presentar a las partes su propuesta por escrito, acompañado de las razones y fundamentos que le han determinado a formular dicha propuesta. Frente a la propuesta escrita del mediador, las partes deberían contestar en un plazo perentorio previsto de antemano, con un respuesta que igualmente debería efectuarse por escrito y motivadamente. El pronunciamiento de rechazo podría exigirse que se formulase expresamente, de forma que el silencio podría interpretarse como aceptación tácita de la propuesta del mediador. Como última indicación, debe tenerse en cuenta que no siempre éste sistema puede ser el más favorable para la resolución del conflicto concreto, aparte que la disposición de las partes puede ser muy diversa, de modo que forzar la intervención del mediador hasta esos extremos puede ser contraproducente, no facilitando superar la situación de conflicto al tiempo que se erosiona el prestigio de la mediación. Por ello, la fórmula más apropiada sería la de que el texto que estableciera el régimen general de la mediación contemplara las dos hipótesis referidas (mediación ordinaria y mediación reforzada), remitiendo a las partes en conflicto para que en cada caso y de mutuo acuerdo decidieran si desean utilizar la una o la otra. Cabría establecer que la voluntad expresa de someterse ambas partes a la mediación reforzada se podría verificar tanto al inicio del procedimiento como posteriormente en el curso de una mediación ordinaria que se transformaría en reforzada.

## 6.2. La inicial exclusión del arbitraje

Con carácter general el arbitraje es el procedimiento que muestra dificultades más intensas de incorporación a la lógica ortodoxa de expresión de las decisiones o voluntades de la Administración Pública. Es algo cualitativamente diferente a una mera terminación convencional de la intervención administrativa, por cuanto que comporta una delegación en un tercero de la decisión material sobre la materia objeto de discrepancia entre las partes. Supone trasladar al árbitro la decisión final y, con ello, remitir fuera del ámbito de la propia esfera de decisión de la autoridad pública cuestiones en las que con seguridad se ven afectados intereses públicos y generales de la comunidad. Con ello no quiero indicar que existan dificultades insuperables de raíz, de forma que llegue a resultar imposible incorporar fórmulas arbitrales en esta materia. Valga para ello la simple constatación de que los conflictos colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, por vía de su incorporación al ámbito de aplicación de los acuerdos interprofesionales de referencia, pueden someterse a procedimientos arbitrales y así se ha verificado en la práctica en algunos casos, sin mayo-

res obstáculos técnicos ni jurídicos<sup>18</sup>. Pero desde luego tampoco se pueden ocultar las dificultades, lo que nos determina a ser mucho más cautos en cuanto a las expectativas de introducir este procedimiento en lo que refiere a los arbitrajes referidos a los funcionarios.

Para empezar el dato más relevante y decisivo a nuestro juicio se encuentra en el dato de que la legislación actualmente vigente no contempla expresamente la posibilidad de incorporar un procedimiento de arbitraje para resolver estos asuntos. Si bien pueden identificarse materias concretas para las que sí se aprecian fórmulas próximas al arbitraje, ni se prevé con carácter general para el régimen de actuación de la Administración Pública, ni específicamente para los conflictos de naturaleza laboral. Para el contexto general, la Ley de arbitraje no los contempla expresamente, al mismo tiempo que la legislación administrativa común no contempla dentro de la terminación convencional el sistema arbitral. Así, la nueva Ley de arbitraje mantiene la exclusión de su ámbito de aplicación de los arbitrajes laborales, al tiempo que lacónicamente afirma que sólo son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho; más significativo aún, es que se trata de una norma concebida en el marco sobre todo de los arbitrajes comerciales, que las impugnaciones frente a dichos laudos se prevén se canalicen ante el orden civil de la jurisdicción, al tiempo que la norma apela a la legislación mercantil, civil y procesal como título competencial de la legislación estatal al respecto, sin mención en nada a su entronque con la legislación administrativa o a la laboral; eso sí, dicha Ley de arbitraje se declara supletoria en su aplicación, respecto de los arbitrajes previstos en otras leyes, circunstancia que puede ser útil a efectos de integración normativa de los arbitrajes laborales con carácter general<sup>19</sup>. En definitiva, para poder reconocer la posibilidad de articular un arbitraje en el ámbito de conflictos con las Administraciones Públicas será preciso que la propia legislación administrativa así lo contemple expresamente.

18. Cfr., por todos, en el seno del SERCLA, Laudo de 14 de febrero de 2001, expediente 11/2001/1, sobre forma de llevar a cabo un incremento salarial acordado en la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales de la Junta de Andalucía; Laudo de 22 de junio de 2001, expediente 21/2001/19, sobre los efectos económicos de la obligación del empleador de abonar la cantidad correspondiente al plan de pensiones de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Huelva. En situaciones muy próximas se encuentran empresas públicas de titularidad completa de la Administración Pública; sobre esto último, cfr., en el ámbito del SIMA, los Laudos que se han dictado en relación con Paradores de Turismo: Laudo de 20 de enero de 2000 (BOE 24 marzo), sobre jornada anual ordinaria fijada en el convenio colectivo; Laudo de 17 de julio de 2000 (BOE 15 de septiembre), sobre determinación de los supuestos de licencias retribuidas y de suspensión del contrato de trabajo a los efectos del cómputo de la jornada anual efectiva; Laudo de 30 de octubre de 2003 (BOE 11 de diciembre), sobre legalidad de la composición del comité intercentro prevista en el convenio colectivo.

19. Ley 60/2003, de 23 de diciembre (BOE 26 de diciembre de arbitraje).

Ello no se puede deducir de la regulación general del procedimiento administrativo, pues los preceptos que lo podrían contemplar no lo hacen; el art. 88 de la LRJ relativo a la terminación convencional del procedimiento administrativo sólo se refiere a la posibilidad de celebrar «acuerdos, pactos, convenios o contratos», sin mención expresa a la fórmula arbitral, hecho que no puede interpretarse como un mero olvido; más aún, ni siquiera se podría entender incluido implícitamente dentro de la amplia fórmula convencional con diversa terminología empleada por el precepto, en el sentido de que también constituye un «acuerdo» de los mencionados por el precepto el compromiso arbitral por medio del cual las partes aceptan someter la cuestión a un tercero, pues ello podría ir en contra del art. 88.4 LRJ, cuando estipula que los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos. Dicho de otro modo, la norma es referible a manifestaciones directas de voluntad sobre el contenido de la discrepancia entre las partes, sin vislumbrarse que dentro de sus variantes quepa la remisión a un tercero de la decisión final. Podría advertirse también que el mismo precepto exige la aprobación del Consejo de Ministros, es decir, del órgano superior de la Administración Pública correspondiente respecto de los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano; en definitiva, incluso en la hipótesis de que aceptáramos la celebración de un compromiso arbitral por parte de la Administración Pública, si ésta versara sobre aquellas materias relativas a un acuerdo colectivo, para cuya validez es necesaria la aprobación *a posteriori* de ese órgano de Gobierno superior, nos encontraríamos con que lo que se dictaría sería un laudo de «voluntario» cumplimiento para la Administración Pública, pues en última instancia quedaría a la libre decisión de tal órgano de Gobierno la decisión de aprobarlo o no; en la medida en que ese hipotético laudo a lo más tendría eficacia jurídica asimilada a la del correlativo acuerdo colectivo que las partes no han logrado celebrar por sí mismas, su tramitación sucesiva se debería someter a idénticos requisitos formales, entre ellos la aprobación en nuestro caso del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

En todo caso, el propio art. 88 LRJ se remite a la normativa específica que contemple esas fórmulas convencionales de terminación del procedimiento administrativo, en lo que se refiere al alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule. A la postre habrá que estar a lo que se prevea en la legislación sobre funcionarios públicos, para comprobar si en esa sede se abre paso al arbitraje para la resolución de conflictos; dicho de otro modo, la legislación general contenida en la LRJ, ni faculta ni prohíbe el arbitraje como forma de resolución de conflictos en cada materia, sino que habrá que estar a la legislación específica sobre el particular.

También cabría traer a colación lo dispuesto en el art. 107.2 LRJ. En dicho precepto sí que hay una mención expresa a la posibilidad de establecer un sistema de

arbitraje respecto de discrepancias con la Administración: «Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos y ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo». La finalidad en este caso es la de intentar resolver extrajudicialmente las controversias de Derecho Administrativo, sin perjuicio del Derecho a acceder posteriormente a la tutela judicial. Literalmente aquí se habla de arbitraje como forma de solucionar discrepancias de los ciudadanos frente a resoluciones previas de la Administración Pública. Y precisamente este último dato es el que reduce notablemente la posibilidad de utilización de este tipo de arbitrajes al ámbito de los conflictos laborales con los funcionarios públicos. Obsérvese por añadidura que ese hipotético arbitraje a lo que sustituiría sería al recurso de alzada, con lo cual es ajeno a un procedimiento previo de diálogo social o interlocución entre los sindicatos y las Administraciones Públicas. Desde luego, en la medida en que se contempla como alternativa a un recurso de alzada y para reaccionar frente a una decisión ya adoptada en Derecho por la Administración Pública, quedarían fuera por completo cualquier expresión de conflicto de intereses entre las partes y, en concreto, sería inviable respecto de los bloqueos negociales. A lo más podría referirse a conflictos de interpretación y aplicación, dándose la circunstancia además de que se trate de condiciones de trabajo de carácter colectivo para las cuales previamente la Administración Pública hubiera dictado un acto administrativo resolutorio del asunto y susceptible en su caso de recurso de alzada. Pero, sobre todo, lo decisivo una vez más, al igual que sucede con el desarrollo de la terminación convencional del art. 88 LRJ, es que la Ley no contempla ese posible sistema de arbitraje como un régimen de aplicación generalizada y directa, sino que lo hace depender de su contemplación específica para supuestos y ámbitos sectoriales determinados, siendo en ese ámbito concreto donde se especifique su régimen jurídico.

Un ejemplo significativo del desarrollo del art. 107.2 LRJ en materia funcional se ubica en las resoluciones denegatorias del registro de las actas electorales relativas a los representantes del personal funcionario al servicio de las Administraciones Públicas; a diferencia de lo que sucede con las denegaciones de las actas del personal laboral que son impugnables directamente en vía judicial, para los incluidos dentro del ámbito de la LPNFP, frente a las denegaciones de registro se prevé la opción, a juicio del impugnante, entre la promoción del arbitraje o el planteamiento directo de la impugnación ante el orden social de la jurisdicción<sup>20</sup>. Se trata de un supuesto muy singular, particularmente si se advierte que se trata de un sistema arbitral que se pone en marcha opcionalmente a instancia de

20. art. 28.1 LPNFP, redactado conforme a la Ley 18/1994, de 30 de junio (BOE 1 julio).

una de las partes, sin necesidad de celebración de un compromiso arbitral previo, como sucede en general con todos los arbitrajes laborales en materia electoral; eso sí, fórmula perfectamente conforme a Derecho, desde el instante en que siempre queda abierta la posibilidad de impugnación judicial a todos los efectos, tanto por razones de forma como de fondo en cuanto al fallo material del laudo.

En todo caso, desde la perspectiva que estamos analizando en estos momentos, lo más relevante es que se trata de un supuesto muy singular y ciertamente aislado en cuanto a sus posibilidades de uso. En sentido contrario, que no es posible localizar en la legislación estatal un supuesto de conflicto colectivo, de intereses o jurídico, diverso, en el que se abra paso a un procedimiento arbitral.

Si ha de estarse a la legislación específica en material funcional, tanto por lo que refiere al art. 88 como al 107.2 LRJ, una vez más, ésta no es otra que la LPNFP. Y, de nuevo, hemos de acudir al único precepto que hace alusión a la materia, el art. 38 cuando contempla la posibilidad de que ambas partes de mutuo acuerdo sometan sus discrepancias a un procedimiento de mediación, referido tanto a los bloqueos negociales como a los conflictos de interpretación de los acuerdos y pactos. El precepto en este sentido es taxativo, contemplando tan sólo el procedimiento de mediación. Ello a nuestro juicio tan sólo puede ser interpretado en el sentido de que es voluntad del legislador no admitir la fórmula arbitral hoy en día para resolver los posibles conflictos colectivos en el ámbito de la función pública. El precepto no puede ser leído, como hacen algunos, en el sentido de que el silencio del legislador no tiene carácter prohibitivo, lo que permitiría por vías alternativas integrar la regulación de la legislación estatal incorporando sucesivamente el arbitraje. Aquí no nos movemos en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas presididas por el principio de autonomía de la voluntad, en términos tales que se puede pactar cuanto se desea siempre que no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público. Aquí juega primordialmente el principio de legalidad y de actuación reglada de la Administración Pública conforme a los cauces expresamente contemplados por la legislación administrativa. De este modo, si la Ley en asunto de tal relevancia no contempla expresamente el sistema arbitral, ni lo puede introducir con carácter general un acuerdo colectivo celebrado en el ámbito de la función pública, ni lo puede hacer respecto de un específico conflicto un determinado acuerdo o compromiso entre partes en la que está involucrada la propia Administración Pública.

A mayor abundamiento, y por cerrar todo el abanico de posibilidades imaginables, a nuestro juicio ni siquiera ello es viable que se lleve a cabo a través de la legislación autonómica de desarrollo de las bases del estatuto de la función pública establecida por la legislación estatal. Además, no lo referimos como mero supuesto de laboratorio, sino al hilo de una hipótesis concreta, la posible aprobación en su día del anteproyecto de ley andaluza que hemos comentado en otros pasajes de este estudio. En efecto, su art. 167.5 contempla una regulación algo

detallada de un procedimiento de arbitraje, con la importante advertencia de que el mismo «deberá ser en Derecho». Desde luego, lo restringe al ámbito de los conflictos jurídicos, de interpretación y aplicación, con obvia exclusión de los conflictos de intereses. Pero incluso dentro ese reducido espacio de los conflictos de interpretación, estimamos que en el contexto actual ello no lo puede introducir la legislación autonómica, por lo que sugerimos su desaparición del anteproyecto. Tal materia, a nuestro juicio es de la suficiente trascendencia como para formar parte de las bases del régimen estatutario funcional y, por tanto, requiere de una expresa contemplación en la legislación estatal; insistimos, debiendo interpretarse el actual art. 38 LPNFP como una prohibición implícita de los arbitrajes en los conflictos colectivos entre funcionarios, tanto en lo que refiere a los bloqueos negociales como a los conflictos relativos al cumplimiento de los acuerdos y pactos colectivos. A mayor abundamiento, cualquier sistema arbitral relativo a conflictos jurídicos está basado sobre el principio dispositivo, de modo que las partes dejan de acudir a la vía judicial como fórmula de resolución de los conflictos jurídicos; principio dispositivo que es consustancial al proceso laboral, pero que no lo es menos respecto del proceso contencioso-administrativo, ámbito en el que se desenvuelven los litigios que afectan a los funcionarios públicos. Desde este otro punto de vista, el arbitraje en Derecho, siendo posible establecer con escrupuloso respecto a los principios constitucionales en materia de tutela judicial efectiva, inciden sobre el régimen procesal y, por tanto, afectan también a competencia exclusiva del Estado, a tenor del art. 149.1.5 CE, lo que desemboca en la misma conclusión de la imposibilidad de introducirlo por vía de la legislación autonómica, sin la previa contemplación expresa en la legislación estatal.

En definitiva, lo que proponemos es estar a la expectativa de un posible cambio en la regulación estatal sobre la materia y, entre tanto, centrar todos los esfuerzos en la puesta en marcha y consolidación de las prácticas de mediación respecto de los conflictos colectivos. Y, precisamente en ese contexto, volver a traer a colación la propuesta de la variante que hemos denominado de «mediación reforzada», que puede ser un paso previo a futuras posibles experiencias en el campo del arbitraje.

Un escenario, eso sí, completamente distinto se presentaría caso de que se atendieran las propuestas formuladas por el Comité de expertos que ha elaborado el informe relativo al posible futuro Estatuto Básico del Empleado Público. En el mismo sí que se propugna la inclusión del arbitraje como vehículo de resolución de los conflictos colectivos del conjunto de los empleados públicos, incluidos los funcionarios públicos: «a juicio de la Comisión, resulta conveniente introducir en el Estatuto Básico la posibilidad de acudir a procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, como el arbitraje»<sup>21</sup>.

21. Cfr. la página web del Ministerio de Administraciones Públicas, en el siguiente sitio: [http://www.map.es/iniciativas/mejora\\_de\\_la\\_administracion\\_general\\_del\\_estado/funcion\\_publica/estato\\_funcion\\_publica.html](http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/funcion_publica/estato_funcion_publica.html)

Así se recoge en el Anteproyecto de Ley elaborado por el Gobierno y consensado con las organizaciones sindicales más representativas: «mediante el procedimiento de arbitraje las partes podrán acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido del mismo» (art. 45.3).

## 7. ASPECTOS DE TRAMITACIÓN

### 7.1. La posible incorporación dentro de la estructura SERCLA

Hay una expresa voluntad de los interlocutores sociales de que el posible sistema de solución de conflictos en el ámbito de la función pública se integre dentro del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA). Así lo prevé, ante todo, el V Acuerdo de Concertación Social, cuando se refiere al análisis de la posibilidad de ampliar el ámbito funcional del SERCLA a personal funcionario de la Junta de Andalucía. En parecidos términos se pronuncia el Acuerdo de 24 de octubre de 2003, entre la Junta de Andalucía y las organizaciones sindicales sobre mejoras en las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía, en cuya estipulación 14 las partes acuerdan que en la medida en que se avance en el desarrollo del V Acuerdo precedente en lo aquí referido, las partes se comprometen a realizar las adaptaciones que sean necesarias para someter los conflictos que puedan surgir en la interpretación y aplicación del presente acuerdo al SERCLA como sistema de mediación y conciliación. Finalmente se vuelve a recoger en el anteproyecto de Ley Andaluza de la función pública, cuando en su disposición transitoria cuarta se prevé que los conflictos colectivos que «deban resolverse por los procedimientos de mediación o arbitraje se someterán con carácter preferente al Servicio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA)».

Es clara al respecto, pues, la voluntad de los interlocutores sociales de que no desean crear una estructura de gestión diferenciada y específica de los procedimientos de resolución de conflictos en el ámbito de la función pública, pues creen que es más efectivo y útil acudir a la experiencia y medios ya existentes en el ámbito de la propia Administración autonómica.

Esta opción nos parece ciertamente oportuna, por muy diversos motivos, entre los cuales resaltaríamos los siguientes. Ante todo, el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en cuyo seno se inscribe el SERCLA es el organismo competente en la materia, pues conforme a su Ley de Creación, son funciones del Consejo, «facilitar y promover la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo»<sup>22</sup>. A lo anterior se añade la existencia y rodaje de una estructura

22. art. 3.2.e Ley 4/1983, de 27 de junio, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

organizativa en el seno de dicho organismo. A su vez dicha estructura se puede adaptar sin mayores dificultades al ámbito de la función pública, de forma que la puesta en práctica de los procedimientos de mediación puede ser inmediata desde el instante en que las partes que celebren el correspondiente acuerdo diseñen el modelo de solución de conflictos que consideran viable en el ámbito de la función pública. Los medios materiales y humanos existentes en el seno del SERCLA comportan un bagaje de experiencia indiscutible cuya utilidad será manifiesta para el arranque y desarrollo del correlativo sistema en el ámbito de la función pública, sin que los cambios que hayan de realizarse al respecto sean relevantes en el conjunto. La gestión autónoma en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales garantiza la imparcialidad de quienes intervengan al efecto y, sobre todo, teniendo en cuenta que la labor de apoyo de los funcionarios del CARL y de sus responsables políticos sería de carácter exclusivamente técnico, ello no afectaría a la necesaria neutralidad de los mediadores que intervengan en los conflictos que refieran a la función pública; mediadores que, como indicamos en su momento han de ser ajenos a la propia Administración autonómica y, por tanto, no podrían ser funcionarios del CARL. El previsible número reducido de asuntos a resolver en el ámbito de la función pública andaluza no justifica el establecimiento de una estructura propia, con gastos innecesarios de medios y personal que puede perfectamente atender la propia estructura del SERCLA.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento técnico de incorporación de los conflictos del personal funcionario de la Junta de Andalucía al SERCLA, estimamos que los textos mencionados al inicio incurren en errores de carácter jurídico, que deben ser eludidos.

Ante todo, de verificarse esta ampliación del ámbito de actuación del SERCLA, la misma de principio habría de tener carácter permanente, razón por la que es fácil comprender que carece de todo sentido su previsión dentro de una disposición «transitoria» como hace el anteproyecto de Ley andaluza de la función pública. Debe ser, a nuestro juicio, una norma de vigencia indefinida, con independencia de que a resultas de la experiencia de varios años de funcionamiento, se valore la necesidad de alterar el procedimiento.

Asimismo, lo más razonable es que los procedimientos de mediación se canalicen todos haciendo uso de la misma estructura organizativa. Por ello, introduce un elevado grado de confusión y de inseguridad determinar, como hace la citada disposición transitoria, que la mediación y arbitraje se someterán «con carácter preferente». A nuestro juicio, debe evitarse abrir una posibilidad teórica alternativa, por el portillo dejado abierto a través de esa expresión «con carácter preferente», pues el cúmulo de dudas que se abren con ello es enorme: cuándo y en base a qué motivos se puede someter la mediación a una vía diferente de la del SERCLA, quién decide ir a esa fórmula diversa, cuáles serían esos otros procedimientos diversos utilizables alternativos al SERCLA. Teniendo en cuenta que se trata de conflictos en los que

interviene la Administración Pública y, además, está regida en su actuación por el principio de legalidad, lo más razonable es remitir todas las mediaciones al procedimiento que se articula en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

De otra parte, comoquiera que su incorporación dentro del SERCLA es el resultado de la voluntad conjunta de la Administración Pública y de las representaciones sindicales, no exclusivamente de parte de la Junta de Andalucía, dicha incorporación no es conveniente que se produzca a través de una Ley de Parlamento, por mucho que con ello parezca resaltar la trascendencia que se le atribuye a los sistemas de composición de conflictos en la función pública. En la medida en que el SERCLA tiene su origen y regulación en un acuerdo interprofesional, parece oportuno que la ampliación de actuaciones del CARL se verifique también a través de un proceso de negociación colectiva; en concreto, que se lleve a cabo a través del oportuno acuerdo colectivo de constitución de los procedimientos de solución de conflictos en este ámbito. De este modo, la Ley andaluza de la función pública se limitaría a fijar la posibilidad del establecimiento del procedimiento de mediación a través del acuerdo colectivo, en tanto que sería éste quien encomendaría la gestión del mismo al SERCLA.

Finalmente, ha de tenerse presente que el SERCLA en el sentido estricto del término es el resultado de un acuerdo interprofesional celebrado en base al art. 83 ET, por tanto limitado en cuanto a su ámbito de aplicación a los conflictos colectivos que se desarrollan en el ámbito de las relaciones laborales sometidas a la legislación laboral. Tanto el acuerdo de creación como su reglamento se insertan en el ámbito subjetivo estricto de quienes establecen sus vínculos laborales a través de un contrato de trabajo. En estos términos, desde el punto de vista técnico jurídico sería de todo punto incorrecto afirmar que se procede a ampliar el ámbito de aplicación de los referidos acuerdos interprofesionales. La Administración de la Junta de Andalucía intervino como parte firmante del referido acuerdo interprofesional, pero los Tribunales de Justicia que se pronunciaron a favor de la legalidad de esa presencia de la Administración en la firma del acuerdo interprofesional, aclararon que se trataba de una presencia secundaria no en la posición de parte firmante del acuerdo en el sentido estricto del término. Por ello, la correspondiente sentencia precisó que la anterior «afirmación no se desvirtúa, en absoluto, por el hecho de que en él también haya intervenido una Administración Pública, como es la Junta de Andalucía, pues tal intervención es meramente instrumental. Estos es obvio por cuanto que en el texto de tal acuerdo queda claro que los principales intervinientes en el mismo son los representantes de las asociaciones empresariales y sindicales, y que el Presidente de la Junta de Andalucía y el Consejero de Trabajo y Asuntos Sociales de la misma actúan 'como garantes de los compromisos que sobre la puesta en marcha y desarrollo de este sistema se derivan' para dicha Junta de lo establecido en estos Acuerdos»<sup>23</sup>.

23. STSJ, Andalucía, 22 diciembre 1997, Ar. 4631, STS 30 enero 1999, Ar. 1118.

Lo anterior nos lleva a concluir que el instrumento idóneo para realizar esta incorporación es un acuerdo colectivo celebrado de conformidad al régimen jurídico de la LPNFP. La presencia en estos casos de la Administración Pública es mucho más que la de un garante instrumental del sistema, pues ella va a ser parte directamente implicada en los conflictos que se instrumentalicen por este medio. En términos concretos ello comporta que el firmante principal como representante de la parte empleadora será la Consejería de Justicia y Administración Pública, sin que sea la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, ni tenga sentido tampoco la presencia de la Confederación de Empresarios de Andalucía. De otro lado, como indicamos en su momento, nuestro Tribunal Supremo no admite los acuerdos mixtos, de aplicación indistinta para el personal laboral y para los funcionarios públicos, circunstancia que una vez más redundaría en el resultado de proponer la celebración de un acuerdo colectivo puro, a la luz de la LPNFP, no mezclándolo con el acuerdo interprofesional de creación del SERCLA.

En coherencia con todo lo dicho anteriormente, también se debe ser muy cuidadosos en cuanto al contenido de ese acuerdo. En lo que refiere a su redacción material se debe huir, pues, de expresiones que indiquen que se produce una ampliación del ámbito del SERCLA, pues éste como tal no se extiende a los funcionarios públicos. Se trata de un sistema que discurrirá en paralelo para los conflictos colectivos de la función pública, con un régimen propio y diferenciado, sólo que opta por utilizar la estructura del SERCLA exclusivamente por lo que refiere a sus medios personales y materiales. Por ello, en el acuerdo colectivo dirigido a los conflictos de la función pública, lo único que se debe decir y con exquisita precisión es que para la gestión material del sistema, se utilizarán los medios personales y materiales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales adscritos al funcionamiento del SERCLA; con ello se diferencia entre el SERCLA nacido de un acuerdo interprofesional a tenor del ET y un uso de tales medios para los conflictos de la función pública. Desde el punto de vista interno del SERCLA bastaría con la formalización de un acuerdo del Pleno del CARL de acoger en su seno los procedimientos de conflictos del personal funcionario, poniendo sus medios personales y materiales al servicio de tales procedimientos. A tal efecto, bastaría con adaptar la redacción del art. 6 del Reglamento SERCLA a este supuesto<sup>24</sup>.

Eso sí, ha de tenerse en cuenta que actualmente no existen representantes de la Administración autonómica responsable de la gestión del empleo público fun-

24. Literalmente dicho art. 6 determina los siguientes: «...la gestión del SERCLA se sitúan en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, como órgano de participación institucional y de concertación permanente, en cuya sede quedará residenciado. Para una mayor seguridad jurídica los Servicios Administrativos de la Secretaría General del CARL, actuarán como soporte técnico en la tramitación de todas las fases de los procedimientos de Conciliación Mediación y Arbitraje, a efectos de su correcto funcionamiento. Con el mismo fin, corresponde al CARL impulsar la actividad del Sistema y recabar por sí o a instancias de la CCM, el auxilio personal y material de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Trabajo e Industria».

cionarial, es decir de la Consejería de Justicia y Administración Pública, ni en el seno del CARL ni tampoco en la Comisión de Seguimiento del SERCLA. Ha de tenerse en cuenta que el CARL hasta el momento presente despliega sus ámbito competencial y de gestión en el ámbito estricto de las relaciones laborales sometidas a la legislación laboral, con exclusión de la legislación administrativa funcionarial, sin que exista pretensión de que con el ofrecimiento de su estructura de medios para el desarrollo de la mediación en los conflictos colectivos del personal funcionario se pretenda alterar la acción del mencionado Consejo. Por ello, carece de toda lógica alterar la composición del CARL. De igual forma, ha de insistirse también en que en la Comisión de Seguimiento del SERCLA, al ser resultado de un acuerdo interprofesional, la presencia en la misma de la Administración Pública lo es de hecho por representantes de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, en su condición de garantes de funcionamiento del sistema. Desde este punto de vista, también carece de toda lógica alterar la composición de la citada Comisión de Seguimiento por lo que afecta a la representación de la Administración Pública. En los mismos términos, las representaciones sindicales tanto en el CARL como en la Comisión de Seguimiento del SERCLA lo son de las organizaciones sindicales a nivel del conjunto de Andalucía y sin representación específica por sectores.

Sin embargo, lo anterior debe conciliarse con un sistema que permita el seguimiento del procedimiento por lo que a ellos afecta, tanto en lo que refiere a la Consejería de Justicia y Administración Pública, como a las organizaciones sindicales representativas en el conjunto de la Junta de Andalucía. Ello se podría llevar a cabo por medio de la constitución de una Comisión de Seguimiento específica del acuerdo colectivo celebrado conforme a la LPNFP de establecimiento de los procedimientos de solución de conflictos en el ámbito de la función pública andaluza. Comisión de Seguimiento que estaría compuesta por los sujetos antes referidos y que serían el puente de conexión con el CARL a los efectos de articulación práctica de la estructura de este último para el funcionamiento práctico de estos procedimientos.

## 7.2. Partes del procedimiento de mediación

Es conveniente que el acuerdo colectivo de constitución del procedimiento de resolución de conflictos precise con exactitud las partes que pueden intervenir en el mismo, pues con ello también se clarifica notablemente el marco en el que se desenvuelva el conflicto. Al mismo tiempo con esa precisión se eluden riesgos de seguridad jurídica, se integra normativamente el sistema respecto de ciertas carencias que se aprecian en la Ley y, a la postre, se dan garantías de pleno cumplimiento de la LOLS.

El art. 38 LPNFP se limita a remitirse a los sujetos legitimados para negociar los acuerdos y pactos colectivos, para por remisión precisar quienes podrán par-

ticipar en estos procedimientos de solución de los conflictos. En concreto, se lo reconoce a los sindicatos y Administraciones Públicas legitimados para la negociación colectiva del personal funcionario, con remisión a los artículos 30 y 31 LPNFP, preceptos que a su vez se remiten a los arts. 6 y 7 de la LOLS.

La regla deducible de lo anterior, en principio, resulta bastante simple e indiscutible: tanto si se trata de un supuesto de bloqueo negocial, como de un conflicto de interpretación de un acuerdo o pacto colectivo ya vigente, serán los componentes de la mesa sectorial de esa negociación quienes estarán legitimados para intervenir como partes en el procedimiento de mediación. Si se trata de un bloqueo negocial, la mesa de negociación está todavía constituida y funcionando, de forma que se conoce con precisión sus integrantes. Si se trata de un conflicto de interpretación de un pacto o acuerdo, aunque la mesa de negociación concluyó en su día su labor y quedó formalmente disuelta, por quienes formaron parte de la misma se puede determinar quienes han de ser llamados al procedimiento de mediación; cabría la alternativa en esta hipótesis de conflicto de interpretación llamar al procedimiento a los integrantes de la Comisión de Seguimiento, si bien a nuestro juicio es mejor la primera de las opciones, por cuanto que quienes deben intervenir son las representaciones sindicales como tales y a ellas alude expresamente el art. 38 LPNFP.

A pesar de la sencillez de lo anterior, no sería conveniente ni suficiente con que el acuerdo colectivo de constitución de los procedimientos para los funcionarios de la Junta de Andalucía procediera a una nueva remisión a los preceptos de la LPNFP y de la LOLS. Para empezar, debe recordarse que hemos propuesto un ámbito objetivo de los conflictos que desborda en parte la tipología definida en el art. 38 LPNFP y, en particular, que no se ciñe exclusivamente a los conflictos con ocasión de la celebración o cumplimiento de los acuerdos y pactos colectivos, aun cuando los incluya también.

Para empezar, y por lo que refiere a la representación colectiva de los funcionarios, su precisión con exactitud en el texto correspondiente debe servir para dejar meridianamente claro que en ámbito de la función pública en este tipo de conflictos sólo pueden intervenir las organizaciones sindicales. En sentido negativo, por omisión debe excluirse la intervención en los mismos de las Juntas de Personal. Las funciones y competencias de éstas Juntas de Personal se desenvuelven en otro ámbito, se sobreentiende que en el de la participación vía información y consulta, pero en ningún caso en los conflictos colectivos. Siendo éste un rasgo diferencial relevante, comparativamente con lo que sucede respecto del doble canal representativo en el sector privado de las relaciones laborales, debe quedar explícita tal diferencia a los efectos de que no se pretendan establecer reglas de asimilación a lo que es el modelo SERCLA.

En segundo lugar, a la vista de la existencia de un acentuado pluralismo sindical en el ámbito de la función pública andaluza, sería oportuno precisar qué

concretas asociaciones sindicales estarían legitimadas para intervenir en los procedimientos de mediación, tomando como referencia su representatividad en el conjunto de la Administración Autónoma y en el específico en el que se desenvuelve el concreto conflicto. Para ello, necesariamente habrá de acudirse y respetarse las reglas relativas a la representatividad sindical establecidas en la LOLS. En concreto, la regla podría ser muy simple, con mención expresa de los art. 6 y 7 LOLS se le debe reconocer legitimación para intervenir en estos conflictos a los sindicatos que superen un 10 % de representatividad tanto en el conjunto de la Administración autonómica andaluza, como específicamente en el concreto ámbito en el que se exteriorice el conflicto.

Debe tenerse en cuenta que en algunos supuestos el conflicto puede afectar a un grupo específico de funcionarios, por pertenencia a una mesa sectorial o por tratarse de un conflicto específico que refiere tan sólo a un determinado ámbito funcional, territorial o personal, de forma que será obligado hacer esa doble referencia a las organizaciones representativas en el conjunto de la Administración autonómica o de un ámbito más restringido. En todo caso, sería oportuno también establecer un principio de correspondencia entre el ámbito de representatividad de la organización sindical que interviene y el correlativo ámbito en el que se va a desenvolver el conflicto colectivo en cada supuesto concreto.

Asimismo, sería preciso diferenciar a estos efectos entre, de un lado, la facultad de plantear o iniciar el conflicto y, de otro lado, la facultad de estar presente en el correspondiente conflicto una vez iniciado. En concreto, la facultad de planteamiento del conflicto debe reconocerse por sí solo y aisladamente a cualquiera de los sindicatos representativos en el ámbito del conflicto. Ello deriva de que la iniciación del conflicto no tiene por que requerir de la firma de todos los sindicatos representativos en el ámbito del conflicto, pues de lo contrario supondría otorgarle una capacidad de veto a una determinada organización sindical respecto de la actividad sindical de las restantes; aparte de que sería contraproducente para el encauzamiento de concretos conflictos colectivos ya vivos en el ambiente y lo mejor es canalizarlos sin objeciones formales a través de los procedimientos de mediación. Eso sí, una vez puesto en marcha el procedimiento de mediación por un determinado sindicato, debe citarse de comparecencia al resto de los sindicatos representativos en el ámbito del conflicto, a los efectos de que los mismos tengan protagonismo idéntico al de quien ha iniciado el procedimiento, al tiempo que se sea rigurosamente respetuoso con el reconocimiento de su derecho de participación en los procedimientos de solución de conflictos (art. 6.3.d LOLS). Éstos, a su vez, con plena libertad de criterio, podrán optar por incorporarse o no al procedimiento de mediación, en términos tales que ni se lo podrá impedir el resto de los sindicatos representativos ni podrá oponerse al desarrollo del procedimiento si él no quiere participar en el mismo.

Diferente a todo lo anterior, será la precisión de cómo se perfeccionará jurídicamente el acuerdo de avenencia propuesto por el mediador cuando en la repre-

sentación sindical concurre una pluralidad de organizaciones. Es cuestión que remitimos a momento posterior de la tramitación de la mediación, en el momento final de la consecución o no del acuerdo de avenencia.

Por lo que refiere a la representación de la Administración Pública, también es oportuno que exista una previsión mínima sobre el particular, a los efectos de que exista seguridad jurídica respecto de quien ha de ser el interlocutor de los sindicatos en los respectivos conflictos. Comoquiera que es presumible que en algunos casos no siempre sea la misma la instancia quien actúe en representación de la Administración Pública, sería conveniente un mínimo de claridad al respecto, cuando menos a los efectos de que si el procedimiento lo inicia la representación sindical, ésta pueda conocer frente a quien ha de interponer el escrito de iniciación del procedimiento de mediación. Ello puede depender de que el conflicto vaya en función de una negociación que afecta al conjunto de la Administración andaluza o a un concreto sector de la misma. Por otro lado, la regla ha de ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a las diversas hipótesis imaginables y, particularmente, a los cambios organizativos que puedan verificarse en la estructura organizativa de la propia Administración Andaluza. Podría tratarse de una regla simple de interlocución, inicialmente, con la Secretaría General para la Administración Pública, derivándola ésta si lo considera oportuno a otra instancia administrativa, aquella que sea la competente en el conflicto concreto.

### 7.3. Iniciación del procedimiento

Los acuerdos interprofesionales suelen exigir algún requisito previo al inicio de la tramitación de los procedimientos de solución de conflictos. Particularmente, muchos de ellos requieren que se sustancie un trámite previo ante la Comisión Paritaria del convenio colectivo cuando se trata de conflictos de interpretación normativa. Así, por ejemplo, la estipulación 4ª del acuerdo del SERCLA establece que «En los conflictos colectivos derivados de la interpretación o aplicación de convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o práctica de empresa, se habrá de instar con carácter previo la intervención de la Comisión Paritaria del convenio, siempre que estuviese constituida y se reuniese, y sólo tras la falta de acuerdo en la misma, que en todo caso se habrá de producir en el plazo máximo del número de días que reglamentariamente se establezca, entrará en vigor los mecanismos de actuación del Órgano de Conciliación-Mediación». En parecidos términos se expresa el ASEC, conforme al cual «en los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de un Convenio Colectivo será preceptiva la intervención previa de la Comisión Paritaria del mismo» (art. 8).

La especialidad en el ámbito de la función pública reside en que la Comisión de Seguimiento de los acuerdos colectivos se encuentra regulada con mucho mayor debilidad comparativamente a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores. El

apartado final del art. 35 LPNFP se limita a permitir que por acuerdo de las partes se puedan establecer comisiones de seguimiento de los pactos y acuerdos. De este modo, se hace voluntaria la constitución de estas Comisiones de Seguimiento, en tanto que en el ET las Comisiones Paritarias son de obligatoria constitución y regulación a través del clausulado de los convenios colectivos; de igual forma en el sistema funcionarial no se especifica ni se orienta acerca de cuales hayan de ser los cometidos y funciones de estas Comisiones, en tanto que en el ET se apunta con claridad que éstas se enfocan hacia la interpretación y aplicación del propio convenio colectivo. En particular, ante esa debilidad reguladora de las Comisiones de Seguimiento, no se establece conexión alguna entre la actuación de éstas y el procedimiento de mediación ante conflictos colectivos al que se refiere el art. 38 LPNFP. Ello desemboca en que para la Ley el procedimiento de mediación se inicie a resultas de la promoción directa de las representaciones sindicales y Administración, sin prever trámite previo ante la Comisión de Seguimiento. Por su parte el anteproyecto de Ley andaluza no innova nada significativo al respecto, limitándose en su art. 167.1 a prever la posibilidad de establecimiento de las Comisiones de Seguimiento, con la única singularidad de que precisa que las funciones de la misma serán las relativas a «vigilancia, interpretación, conciliación y resolución de conflictos derivados de la aplicación e interpretación de lo acordado».

Eso sí, la práctica negocial en el ámbito de la función pública muestra una fuerte tendencia hacia la reproducción del modelo del ET, de forma que tales Comisiones de Seguimiento se generalizan en su creación por los pactos y acuerdos colectivos, siendo igualmente habitual que se le atribuyan competencias en esa perspectiva de interpretación y aplicación de lo negociado. Así, a título de ejemplo, el reciente acuerdo en la función pública andaluza de 24 de octubre de 2003, no por pura coincidencia, incluye dentro del mismo apartado 14 la regulación de la Comisión de Seguimiento y la mediación de los conflictos. En concreto, a dicha Comisión de Seguimiento se le atribuye la vigilancia del cumplimiento de lo pactado, así como la interpretación y desarrollo del mismo acuerdo. Al mismo tiempo que se aclara que dichas funciones se ejercerán, sin perjuicio de lo dispuesto sobre solución extrajudicial de conflictos. Finalmente, con vistas a garantizar la plena conexión entre uno y otro mecanismo, las partes se comprometen a realizar las adaptaciones que sean precisas del acuerdo colectivo, al objeto de que el mismo se integre con el sistema de solución extrajudicial que se pacte.

A la vista de que la tendencia es a que todos los acuerdos y pactos colectivos en la función pública contemplen la correspondiente Comisión de Seguimiento, al tiempo que a la misma se le atribuyan funciones de resolución de conflictos aplicativos de los mismos, parece obligado establecer el debido engarce entre tales Comisiones de Seguimiento y los procedimientos de mediación en la resolución de los conflictos. Más aún, estimamos que ha de valorarse positivamente ese proceso de consolidación de tales órganos que dan continuidad a lo pactado, aparte de que refuerzan el protagonismo de los interlocutores sociales y elevan los niveles de diálogo social en el ámbito de la función pública.

En esa perspectiva, sería conveniente que la Ley andaluza de la función pública potenciara aún más este órgano de seguimiento, en concreto exigiendo su regulación como contenido mínimo de los correspondientes acuerdos y pactos, al modo como lo hace el art. 85 ET. Adicionalmente que fuera la propia legislación autonómica la que expresamente le atribuya a la Comisión de Seguimiento funciones de interpretación, en primera instancia, respecto de los conflictos colectivos que pudieran surgir en la aplicación del acuerdo o pacto colectivo. Finalmente, el puente de conexión entre la actuación de la Comisión y la mediación se fijaría en la propia Ley autonómica, en términos de exigir, cuando se trate de conflictos de interpretación de los acuerdos y pactos, que previamente se acuda a la Comisión de Seguimiento, concediéndole un plazo perentorio para resolver el asunto, y sólo una vez que se haya agotado dicho trámite se pueda acudir a la mediación colectiva que estamos analizando.

Por el contrario, cuando se trate de conflictos de intereses, el procedimiento de mediación se puede poner en marcha de forma automática, desde el instante en que se constate que efectivamente se ha producido una imposibilidad de llegar a un acuerdo en el seno de la mesa de negociación del acuerdo o pacto colectivo. Ahora bien, el texto correspondiente debe dejar constancia fehaciente de que se ha verificado el citado bloqueo de negociación y, sobre todo, establecer algún tipo de regla de garantía. Regla de garantía en el sentido de que en la tramitación se inste a las partes a realizar todos los esfuerzos necesarios para agotar la negociación posible en el seno de la mesa sectorial, de modo que se evite que a la primera dificultad en la mesa de negociación cualquiera de las partes coloque el asunto fuera de su sede natural de negociación, por la vía por ejemplo de instar el procedimiento de mediación. Dicho de otro modo, debe quedar meridianaamente claro que la mediación en estos casos comporta ya un cierto fracaso por parte de los negociadores, en la medida en que tienen que acudir al auxilio de un tercero, ante la imposibilidad de encontrar el equilibrio de acuerdo por ellos mismos. Por ello, ha de exigirse que sólo se acuda a la mediación cuando efectivamente se ha producido un bloqueo negocial.

Es cierto que lo anterior no resulta fácil trasladarlo al texto de un documento jurídico que regule los trámites del procedimiento de mediación, pues son las mismas partes las que son conscientes de cuando efectivamente se ha llegado a ese punto de desencuentro que se calificaría de bloqueo negocial. Pero, al mismo tiempo, carece de todo sentido exigir la certificación por escrito de ese bloqueo negocial y, particularmente, imponer que dicho escrito vaya firmado por los propios integrantes de la mesa de negociación del acuerdo o pacto. Carecería de sentido por muchas razones, pero basta con indicar que con ello se deja en manos de una sola de las partes paralizar el inicio de la mediación, fórmula que como veremos a continuación no parece muy favorable para fomentar los procedimientos de mediación.

A tenor de todo lo anterior, y a los efectos de incorporar un criterio objetivo, estimamos que la fórmula más eficaz sería la prevista en algunos acuerdos interprofesionales, conforme a los cuales el bloqueo queda constatado con el transcurso de un determinado lapso de tiempo desde el inicio de las negociaciones sin que las partes logren alcanzar el pacto final respecto de su contenido. La fórmula más acaba al respecto es la que se contempla en el art. 5.1.b del Reglamento del ASEC, conforme al cual serán objeto de resolución por los procedimientos en el contemplado, «los conflictos surgidos durante la negociación de un convenio colectivo u otro acuerdo o pacto colectivo, debidos a la existencia de diferencias sustanciales debidamente constatadas que conlleven el bloqueo de la negociación correspondiente, por un período de cinco meses a contar desde la constitución de la Mesa Negociadora. No será preciso el transcurso de este período cuando la mediación sea solicitada conjuntamente por quienes tengan capacidad para suscribir el Convenio con efectos generales».

Lo anterior conecta directamente con los sujetos que ponen en marcha el procedimiento de mediación. El art. 38 LPNFP establece que para que se inicie el procedimiento de mediación será imprescindible el mutuo acuerdo de las dos partes. Si tenemos en cuenta que habitualmente en este tipo de conflictos quien toma la iniciativa suele ser la representación sindical de los funcionarios, al mismo tiempo que la Administración Pública suele ostentar una capacidad de fijación unilateral de condiciones ante bloqueos negociales o de imponer unilateralmente su interpretación en tanto que se resuelve el hipotético litigio judicial, en el fondo se le está otorgando a la Administración Pública una capacidad de oponerse al inicio del procedimiento de mediación cuando no lo estima oportuno. Frente a ello, la Comisión de expertos que ha elaborado la propuesta de Estatuto Básico del Empleado Pública proponer reforzar este mecanismo por la vía de transformar de forma generalizada el actual carácter voluntario de la mediación, por un sistema de mediación obligatoria: «La mediación sería obligatoria siempre que una de las partes la solicitara, salvo cuando se trate de negociar proyectos de ley»<sup>25</sup>. En una línea similar se sitúa el anteproyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: «La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes». (art. 45.3).

Frente a lo previsto en estos momentos por el vigente art. 38 LPNFP, el anteproyecto de Ley andaluza de la función pública establece un sistema más intenso, por cuanto que admite la iniciación unilateral de la mediación, a instancias de una de las partes. El art. 167.4 del anteproyecto dice literalmente que «La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes negociadoras por mayoría de sus componentes». La fijación de un mecanismo de iniciación unilateral por una de las partes, que obliga a la otra parte, a someterse al referido procedimiento, es la fórmula generalizada en los acuerdos interprofesionales del sector

<sup>25</sup> Cfr. página web referida en nota 20.

privado. En ese ámbito, no hay mayores dificultades en aceptar la legalidad de este sistema de obligatoriedad, aunque la misma no venga prevista por la norma estatal, siendo resultado del pacto de las partes a tenor de la negociación colectiva. La norma estatal en el sector privado implícitamente autoriza a que las partes lo hagan a través de los acuerdos interprofesionales, en ese ámbito rige como regla general el principio de autonomía tanto individual como colectiva y, finalmente, las partes a lo único a lo que se obligan es a someterse al procedimiento pero obviamente en ningún caso a alcanzar ningún tipo de avenencia en el procedimiento de mediación.

Más delicada puede parecer que se presenta la cuestión desde el punto de vista de los conflictos con la Administración Pública, pues ésta se encuentra parcialmente limitada en su autonomía de asunción de compromisos en función de lo dispuesto legalmente. Más aún, cuando el sistema en cuestión viene regulado legalmente y lo hace en términos taxativos de exigir el acuerdo concreto de ambas partes para cada concreto conflicto colectivo.

Sin embargo, al propio tiempo, a nuestro juicio se trata de una cuestión secundaria de la tramitación de la mediación, que puede entrar en el ámbito de la legislación complementaria, no considerándose como elemento integrador del estatuto básico de la función pública, a tenor del art. 149.1.18 CE. En definitiva, puede considerarse como correcto que la legislación autonómica, en su labor de desarrollo complementario, pueda fomentar el desarrollo de los procedimientos de composición de los conflictos colectivos, y hacerlo por la vía de propiciar su iniciación a requerimiento de una sola de las partes. Teniendo siempre bien presente que ello sólo obliga a las partes a someterse al procedimiento de mediación, pero ostentando en el momento final plena libertad de alcanzar un acuerdo de avenencia conforme a la propuesta del mediador o bien rechazarla, es de alcance menor en lo cualitativo que se tenga que desarrollar el procedimiento de mediación a instancia de sólo una de las partes. Si en el caso de los conflictos de interpretación el asunto ya se ha sometido al trámite previo de la Comisión de Seguimiento, donde no se ha logrado fruto alguno, puede resultar oportuno iniciar el procedimiento de mediación a requerimiento tan solo de una de las partes. Complementariamente a ello, si se trata de un bloqueo negocial, y éste ha quedado comprobado a results del plazo propuesto asimilado al del ASEC de 5 meses desde la constitución de la mesa de negociación sin acuerdo entre las partes, igualmente parece razonable otorgar una oportunidad al procedimiento de mediación, requiriendo para ello tan sólo de la propuesta de una sola de las partes. Por añadidura, si se tiene en cuenta que la norma en cuestión sería sólo de aplicación a los conflictos referidos al personal funcionario de la Junta de Andalucía, en el fondo se trataría de una autocompromiso de la propia Administración Autonómica de someterse al procedimiento de mediación cuando lo solicite la representación sindical.

Por lo demás, puede producir más dificultades que facilitar el procedimiento la exigencia contemplada en el anteproyecto de ley en el sentido de que esa iniciativa sea a solicitud de «una de las partes negociadoras por mayoría de sus componentes» (art. 167.4). El precepto está pensando con toda seguridad en la iniciativa sindical, que es justamente donde se verifican las situaciones de pluralidad representativa. En coherencia con lo que dijimos en el apartado correspondiente a las partes del procedimiento de mediación, debe diferenciarse entre quienes pueden comparecer como partes en el desarrollo de la mediación y los sujetos que pueden ponerlo en marcha. A nuestro juicio, si se opta por un sistema de reforzamiento de la mediación por vía de concederle a una de las partes la iniciativa del procedimiento, no es necesario la exigencia de esa mayoría de componentes. Ello ya de por sí suscitaría problemas técnicos en orden al computo de esa mayoría, pues obligaría a precisar si la mayoría lo sería en el número de organizaciones sindicales, cuales se contarían en ese caso, o bien al porcentaje de representatividad que éstas ostentan en el ámbito en el que se suscita el conflicto. En esta materia, no parece que haya mayores objeciones para reproducir el sistema de los acuerdos interprofesionales, donde un sindicato representativo por sí sólo tiene legitimación para iniciar el procedimiento, sin perjuicio de que deban ser citados a incorporarse al mismo el resto de las organizaciones sindicales representativas en el ámbito del conflicto.

Para reforzar la fórmula de atribución de legitimación a una sola de las partes, sería oportuno que esa regla, aparte de recogerse en la legislación autonómica, también el acuerdo colectivo que establezca el sistema de composición de conflictos en la función pública lo debería hacer. Más aún, ante la eventualidad de que se retrase la aprobación del texto de la futura Ley andaluza de la función pública, es posible que esa regla se incorpore por vía de acuerdo colectivo, sin necesidad de que lo anticipe la legislación autonómica y sin que tal regla haya de entenderse contradictoria con el art. 38 LPNFP, sino exclusivamente como un elemento añadido que las partes han deseado incorporar como compromiso adicional de aceptar por anticipado el sometimiento a la mediación en cuanto lo solicite una de las partes. La redacción de la cláusula del referido acuerdo colectivo debería efectuarse en esos términos de compromiso anticipado, de forma que no pueda tacharse por ello de ilegal por contrario al art. 38 LPNFP.

#### 7.4. Desarrollo formal del trámite

Los procedimientos de composición autónoma de los conflictos y, en particular, el procedimiento de mediación pretenden basarse en la libertad de las partes con vistas a lograr un acuerdo y en reforzar la flexibilidad procedimental de las relaciones entre el mediador y las partes. Eso determina que las reglas relativas a los trámites formales del procedimiento sean en general las mínimas indispensables. Lo decisivo es que se le otorgue un amplio margen de confianza al mediador

para que éste organice el desarrollo de la mediación, bastando con que se establezcan expresa o tácitamente ciertos principios generales de desarrollo del procedimiento: fomentar la oralidad frente al intercambio de documentos escritos, la igualdad de trato a ambas partes intervinientes con posibilidades paritarias de formular alegaciones y en caso necesario de prácticas de pruebas, evitar dilaciones indebidas en la búsqueda de la solución idónea y caso de que el debate se dé por agotado exponer de forma inmediata la propuesta de solución que estime razonable y mejor fundada, etc. Ha de recalarse, en particular, que muchos de estos principios son implícitos, deducidos con naturalidad de los principios generales del ordenamiento jurídico, lo que hace innecesario que todos ellos se recojan con minuciosidad en el texto legislativo o convencional que proceda a desarrollarlos. Basta con una lectura de los textos de los acuerdos interprofesionales vigentes para el sector privado para comprobar que se trata de una regulación escueta, a los efectos de mera clarificación y otorgar seguridad jurídica al procedimiento.

A efectos puramente ilustrativos, indicaríamos los elementos que sería aconsejable que constaran en el texto que procediera a implantar y desarrollar la mediación en el ámbito de la función pública.

En cuanto a los requisitos formales del documento de iniciación del procedimiento de mediación, por supuesto habría que exigir que la solicitud de iniciación de la mediación se efectúe por escrito, documento al que se tendría que exigir la constancia de datos identificativos del conflicto y de las partes intervinientes: 1) sujeto que lo interpone y legitimación para hacerlo; 2) objeto del conflicto, con precisión circunstanciada de tratarse de un conflicto jurídico o de intereses; 3) antecedentes del mismo, con constancia del cumplimiento del trámite previo ante la Comisión de Seguimiento si se trata de un conflicto jurídico, y del bloqueo negocial caso de tratarse de un conflicto de intereses; 4) sujetos frente a los que se interpone y resto de partes interesadas en el procedimiento de mediación, con mención expresa de la Administración Pública y de las organizaciones sindicales representativas en el ámbito del conflicto, con identificación caso de tratarse de un bloqueo negocial de los integrantes de la mesa de negociación correspondiente.

El anteproyecto de Ley andaluza prevé, como efecto derivado de la iniciación del procedimiento de mediación, la suspensión entre tanto de aquellos contenidos de los pactos y acuerdos que hayan originado el conflicto sometido a mediación, paralización que se verificaría hasta tanto que se adopte el acuerdo de avenencia (art. 166.6). Aunque se trata de una regla que ha de entenderse referida exclusivamente a los conflictos de interpretación de los acuerdos y pactos, tal regla por su carácter general y omnicompreensiva nos parece peligrosa en exceso, pues es probable que el legislador no haya ponderado las graves consecuencias que puede suponer este tipo de suspensión. En efecto, cabe pensar que en ciertas ocasiones la suspensión del acuerdo o pacto resulta inviable de todo punto de vista, pues refiere a una condición de trabajo que en todo caso se ha de cumplir, en tanto que

las partes lo que discuten es el modo de ejecución, pero no la sustancia de la misma; en otras ocasiones la regla del pacto, puede ir anudada al desarrollo o ejecución sobre una norma estatal o autonómica de rango superior, respecto de la cual también resultaría un contrasentido proceder a suspenderla como efecto dominó derivado de la suspensión misma de los contemplado en el pacto; finalmente, por sólo citar las hipótesis más evidentes, la suspensión prevista del pacto o acuerdo puede incidir sobre el correcto funcionamiento de un determinado servicio público, puede afectar a intereses generales de la comunidad o incluso puede comportar limitación u obstrucción de derechos de los ciudadanos. En base a todo lo anterior, consideramos que lo más oportuno es eliminar esa previsión del anteproyecto, o bien alternativamente perfilar con detalle el alcance de la suspensión del acuerdo o pacto, con la incorporación de las excepciones que sean precisas formular al respecto. En todo caso, como fórmula más idónea nos inclinamos por proponer la suspensión a todos los efectos, en base a un argumento adicional a los anteriores: debe tenerse en cuenta que si se trata de una discusión acerca de la interpretación de un acuerdo o pacto, éste se encuentra en vigor en ese instante, de forma que a tenor de la legislación vigente resulta plenamente vinculante para ambas partes; comoquiera que se desea introducir un sistema de mediación que se inicia a instancia de una sola de las partes, el resultado material sería que a voluntad de una de ellas, y sin el consentimiento de la otra, se produciría una suspensión del correspondiente acuerdo o pacto; en definitiva, se atentaría a un principio general del ordenamiento jurídico que, aunque formalmente recogido en el Código Civil, entendemos referible también a este tipo de acuerdos y pactos colectivos: el cumplimiento de los contratos no puede quedar a voluntad unilateral de una de las partes.

La designación del mediador requiere de reglas precisas por parte de la norma correspondiente. Comoquiera que se ha propuesto un sistema de iniciación del procedimiento a requerimiento de una sola de las partes, la designación del mediador debe producirse posteriormente y como acto inmediatamente sucesivo a la presentación del escrito de iniciación. En esta materia se debe jugar con una doble circunstancia: de un lado, el procedimiento de designación debe ser suficientemente ágil como para que no provoque dilaciones indebidas en el desarrollo de la mediación; de otro lado, propiciar el acuerdo entre las partes a la hora de designar de común acuerdo el mediador, sin que ello se convierta en un factor más de disenso entre los interlocutores sociales. A tal efecto, cabría establecer un doble sistema, el primero que otorgaría plena libertad de criterio a las partes, con una fórmula alternativa y secundaria para la hipótesis de que fallara el primero de ellos. En concreto, conforme al primer sistema se trataría de propiciar que las partes lograran de mutuo acuerdo nombrar uno o varios mediadores, para lo cual se les notificaría a todas ellas el escrito de iniciación del procedimiento de mediación, instándoles para que se pusieran de acuerdo en torno a la personas o personas que deberían actuar como mediadores, concediéndoles para ello un breve

plazo improrrogable. En caso de que transcurriera dicho plazo sin lograrse nombrar el mediador de mutuo acuerdo, el servicio de gestión del procedimiento de mediación dispondría por anticipado de lista de mediadores, que se habría elaborado previamente y con carácter general de común acuerdo entre la Consejería de Justicia y Administración Pública, de un lado, y las organizaciones sindicales más representativas en el conjunto de la Junta de Andalucía, de otro lado. En esa segunda fase, la designación del concreto mediador que vaya a actuar se realizará de forma automática, bien por un procedimiento mecánico de rotación o bien conforme a un sistema de insaculación pública.

Designado el mediador, se procedería a notificarle su nombramiento y a remitirle la documentación pertinente al caso. A partir de ese instante el desarrollo del procedimiento debe ser dirigido y organizado por el mediador, quien a su criterio deberá valorar la oportunidad de desarrollar los actos de comparecencia que estime oportunos. En todo caso, la normativa de rigor deberá imponer como necesarios dos trámites. De un lado, siempre sobre la idea de que la mediación se inicia a instancia de una de las partes, deberá procederse a notificar al resto de las partes interesadas y de sujetos frente a los que se interpone el procedimiento de mediación. De otra parte, será también necesario que se celebre una comparecencia a presencia conjunta y simultánea de todas las partes interesadas. La realización de actos adicionales quedaría a criterio del mediador, según la naturaleza del conflicto, su complejidad y las posiciones de las partes. Bastará con el que texto correspondiente advierta que las partes habrán de comparecer cuantas veces sean requeridas al efecto por el mediador, aportando la documentación que les sea requerida, así como la que estimen necesaria o conveniente en apoyo de sus posiciones. Se le reconocerá a las partes la facultad de asistir acompañadas de asesores en esos trámites de comparecencia, si bien precisando que deberán ponerlo en conocimiento con la finalidad de que se comunique tal extremo a las otras partes interesadas.

El mediador podrá formular propuestas tentativas e informales, que no tendrán por qué quedar reflejadas en la documentación del expediente. En todo caso, la norma deberá contemplar un período máximo de actuación del mediador, que podrá ser ampliado de común acuerdo entre las partes a solicitud del propio mediador.

La labor del mediador concluye con la formulación de una propuesta final a las partes. La versión original del art. 38 LPNFP lo que decía literalmente es que el mediador «podrá» formular la correspondiente propuesta. Ello fue interpretado en su momento en el sentido de que el mediador no estaba constreñido a formular propuesta alguna, de no estimarlo necesario o simplemente valorarlo como inútil. Eso sí, en esa hipótesis de no exposición de propuesta alguna el mediador se habría transformado en un mero conciliador. Por tal razón, al desaparecer esta redacción y, en particular, al suprimirse el «podrá», a partir de la reforma legislativa de 1990, ha de entenderse que el mediador asume el perfil clásico asignado

al mismo, en el sentido que no se limita a facilitar un acercamiento entre las partes, sino que adicionalmente lo ha de hacer a través de la proposición a los mismos de ofertas o soluciones concretas. Todavía pervive en el art. 38.3 LPNFP una coetilla, bajo la expresión de «en su caso», que refiere a una posibilidad alternativa diversa, si bien actualmente entendemos que ello refiere exclusivamente a la oposición de las partes a la propuesta del mediador, que puede que no merezca tal rechazo, pero no a la propuesta misma del mediador. En todo caso, por si concuerriera cualquier tipo de dudas al respecto, sería oportuno que el acuerdo colectivo de rigor que estableciera el sistema, exigiera taxativamente en todo caso que el mediador entre sus funciones se encontrara la de formular propuestas de solución a las partes, que deberán publicarse en caso de oposición de una de ellas a las mismas. A efectos de clarificación, también sería útil que se precisara que la propuesta del mediador en ningún caso podrá comportar un reconocimiento de derechos superior a lo solicitado por una parte ni inferior a lo admitido por la contraparte, de forma que con ello quede garantizado el respeto al principio de congruencia en la actuación del mediador respecto de las posiciones de cada una de las partes.

De otra parte, las propuestas finales del mediador y la aceptación o rechazo de las mismas por las partes presentarán una forma de exteriorización diversa, según que se trate de una mediación ordinaria o de una mediación reforzada, en los términos referidos en el apartado 6.1 del presente estudio. Debe quedar claro que, al tratarse de una avenencia la propuesta que en su caso pueda presentar el mediador no tiene el carácter de rígida; son las partes quienes libremente adoptan el acuerdo que estimen oportuno, por lo que en cuanto a su contenido siempre serán libres de alterar el tenor literal de la propuesta formulada por el mediador; lo decisivo, a la postre, será el documento que firmen las partes como avenencia que da por concluido el procedimiento de mediación.

En todo caso, habrá de hacerse expresa mención al art. 38.3 LPNFP, cumpliéndose en todo caso la exigencia de publicidad inmediata que en el mismo se exige. Sería conveniente que la inmediatez en la publicidad se concretara en el acuerdo colectivo de rigor en un plazo concreto, especificando igualmente cual sería el canal preferente a través del cual se daría tal publicidad, que podría ser incluso su inserción en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Caso de que las partes alcancen el correspondiente acuerdo de avenencia, el mismo se documentará por escrito, con la firma de las partes que lo aprobaron y del propio mediador como fedatario de la avenencia lograda.

Caso de que se trate de desbloquear la negociación de un acuerdo colectivo, se deberá aclarar que sucesivamente será necesaria la aprobación expresa y formal de la avenencia por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en los términos exigidos por el art. 35 LPNFP.

Cualquiera que sea el contenido de la avenencia, será oportuno que se establezca para cualquier avenencia de una formalización idéntica a la prevista en el art. 36 LPNFP: remisión a la oficina pública de registro prevista en la LOLS y su inmediata publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

#### 7.5. La incidencia sobre otras medidas de reclamación o presión colectiva

El desarrollo de los procedimientos de mediación requiere de un mínimo de disposición de las partes a lograr un acuerdo de avenencia entre ellas por la vía del consenso, con las posibilidades de aproximación que le pueda facilitar el mediador. De este modo, suele considerarse que no es posible simultanear el procedimiento de mediación con medidas coetáneas de presión entre las partes, particularmente por vía de la convocatoria y desarrollo de huelgas que precisamente tengan su origen en el mismo conflicto que se resuelve ante el procedimiento de mediación. Ello comporta un cierto compromiso entre las partes de no acudir a este tipo de medidas de presión en tanto que se sustancia el procedimiento de mediación. Ello no supone una negación del ejercicio del derecho de huelga, por varias circunstancias. De un lado, porque en los momentos antecedentes y posteriores a la mediación, las organizaciones involucradas podrán acudir a adoptar tales medidas de presión huelguística: el origen de una mediación puede encontrarse precisamente en un conflicto que ha desembocado en una convocatoria huelguística por una determinada organización sindical, del mismo modo que la conclusión de la mediación sin avenencia puede provocar el afloramiento de una nueva convocatoria huelguística. De otro lado, por cuanto que se sobreentiende que son las propias partes las que voluntariamente deciden aceptar someterse al procedimiento de mediación, con lo cual también voluntariamente aceptan suspender durante su tramitación la presión colectiva mediante la paralización de su actividad de servicios.

Es en ese contexto en el que se puede entender la regla prevista en el anteproyecto de ley andaluza de la función pública, conforme al cual iniciado el procedimiento «las partes quedan obligadas a no acudir a otras medidas, incluida la huelga, mientras se desarrolle». Sin embargo, a nuestro juicio el texto, por su condición de norma autonómica, es inapropiado para recoger este tipo de estipulación. Debe advertirse que una regla tan tajante no llega a establecerse en la regulación estatal actual en materia de huelga del sector privado. En la misma lo que se prevé básicamente es la posibilidad de que sean los convenios colectivos los que podrán establecer procedimientos de renuncia parcial al ejercicio del derecho de huelga (art. 8.1 RDLRT y art. 82.2 ET). Precisamente, por ello, quien recoge esa imposibilidad de solapamiento temporal entre la convocatoria de una huelga y los procedimientos de solución son los acuerdos interprofesionales que los regulan. Es esto precisamente lo que hace el SERCLA a nivel andaluz y el ASEC a nivel de España. Pero es más, no sólo es que este tipo de reglas sea inapropiado que se recojan en la normativa pública, sino que de hacerse algo sobre el par-

particular entendemos que debe realizarse en el ámbito estatal, dentro de las bases del estatuto de la función pública; en otros términos, la reserva a favor del Estado bien de dichas bases (art. 149.1.18 CE), bien de la reserva de Ley Orgánica de la regulación de un derecho fundamental como es tanto el derecho de huelga como la libertad sindical (art. 28 CE), impiden que tal regulación se contemple en una norma autonómica. En definitiva, todo lo anterior nos conduce a proponer la directa supresión de la previsión contenida al efecto en el art. 167.6 del anteproyecto andaluz de función pública.

A la luz de tal conclusión, y manteniendo el criterio de fondo de la inoportunidad del desarrollo de huelgas mientras se sustancia el procedimiento de mediación, estimamos que lo más correcto es recoger una regla de este tenor en el acuerdo colectivo que en base a la LPNFP proceda a regular el procedimiento de mediación para la resolución de los conflictos en el ámbito de la función pública. Incorporándolo en el acuerdo colectivo ninguna de las objeciones precedentes se podrían oponer ahora. La letra k del art. 32 LPNFP constituiría fundamento suficiente para entender lícita la incorporación de este tipo de cláusulas al tenor de un acuerdo colectivo de estas características. En todo caso, habría que cuidar técnicamente la redacción de la correspondiente cláusula, con precisiones que dejaran salvada la voluntariedad de las partes, con vistas a que no se le pueda formular tacha alguna de legalidad. Redacción en la que debería constar lo siguiente: en primer lugar, que esa limitación del ejercicio de huelga y su correlativa convocatoria afectaría exclusivamente a los sindicatos que iniciaran el procedimiento de mediación, así como a aquellos otros que voluntariamente aceptaran incorporarse al mismo; en segundo lugar, que en la hipótesis singular pero posible en sede teórica de que fuera la Administración Pública quien instara el procedimiento de mediación, las organizaciones sindicales firmantes del acuerdo colectivo que establezca el procedimiento se comprometen a aceptar acudir al procedimiento de mediación suspendiendo entretanto la posible huelga que tengan convocada.

## 8. EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE AVENENCIA

Nada se estipula en la legislación estatal respecto a la eficacia de la avenencia en el procedimiento de mediación. De este modo, su eficacia jurídica ha de deducirse por asimilación a la eficacia propia de los acuerdos que pueden alcanzar las partes en un proceso de negociación colectiva en el ámbito de la función pública. Ha de tenerse en cuenta que el valor jurídico de la avenencia se lo otorgan a todos los efectos las partes interesadas que participan en el propio procedimiento de mediación; a estos efectos, la intervención del mediador en el desarrollo del procedimiento ni añade ni quita nada al resultado final de la solución alcanzada, que insistimos deriva estrictamente de la capacidad representativa de las partes que intervienen en el mismo. Comoquiera que tanto en los conflictos jurídicos como en los de interpretación las partes que van a intervenir son las mismas que lo

hacen para la concertación directa de un pacto o acuerdo colectivo, no hay mayor dificultad en concluir que la eficacia de la avenencia es plenamente coincidente con la eficacia jurídica de los correspondientes pactos y acuerdos. Como indica el Anteproyecto de Ley del Estatuto del empleado público en su artículo 45.4: "El acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución de arbitraje tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los pactos y acuerdos regulados en el presente estatuto, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un pacto o acuerdo conforme a lo previsto en este estatuto".

Por ello es correcto y adecuado que en la ley andaluza de la función pública se establezca, tal como figura en el texto actual de su anteproyecto, que el acuerdo de avenencia en la mediación si es aceptado por ambas partes tendrán la misma eficacia que el pacto o acuerdo del que deriven.

Una redacción similar se suele recoger, en el ámbito del sector privado, en los acuerdos interprofesionales reguladores de los correlativos procedimientos de solución de conflictos. Sin embargo, desde el punto de vista técnico jurídico, es de todo punto irrelevante que tales acuerdos interprofesionales establezcan nada respecto de la eficacia jurídica de las soluciones alcanzadas, pues la eficacia jurídica de las mismas deriva de lo que en su caso disponga la legislación estatal o autonómica de forma expresa, o bien lo que derive por esencia de la propia naturaleza jurídica de tales avenencias. En otros términos, los acuerdos colectivos carecen de la capacidad jurídica de determinar la eficacia jurídica de otros acuerdos alcanzados por los mismos sujetos que han negociado los primeros. Por ello, mientras que es oportuno y recomendable que esa mención respecto de la eficacia jurídica de la avenencia se recoja en la legislación autonómica, carece de todo sentido que se reproduzca en el acuerdo colectivo que diseñe el sistema final de mediación en la función pública.

De otra parte, para que alcance la referida eficacia jurídica, como es obvio y no podía ser de otro modo, la avenencia en la mediación habrá de ser aceptada por ambas partes. Sin embargo, nada se precisa en la legislación estatal en cuanto a las mayorías que deben aprobar la correspondiente avenencia; ello provoca una notable incertidumbre respecto a cuando se entiende lograda la aprobación de la avenencia por parte sindical, teniendo en cuenta que en la práctica totalidad de las situaciones en el ámbito funcional existe una pluralidad de organizaciones sindicales más representativas que, como tales, están legitimadas y son llamadas a intervenir en el procedimiento de mediación. Ninguna duda se suscitará cuando la totalidad de las organizaciones sindicales actúen al unísono, asumiendo idénticas posiciones de aceptación o rechazo de la avenencia en la mediación. Sin embargo, nada se establece para la hipótesis de que unas organizaciones sindicales más representativas alcancen un acuerdo con la Administración Pública, en tanto que el mismo es rechazado por otras organizaciones sindicales más repre-

sentativas. El problema es de mayor envergadura, por cuanto que la Ley nada dice acerca de las mayorías necesarias para la aprobación de los acuerdos y pactos colectivos en el ámbito de la función pública. El art. 35 LPNFP se limita a decir que las representaciones legitimadas para integrar la mesas de negociación podrán llegar a acuerdos y pactos para la determinación de las condiciones de trabajo en la función pública, pero sin precisar cuáles son las mayorías que se han de alcanzar en el seno de las correspondientes mesas negociadoras. De este modo, carece de todo contenido la precisión por parte del anteproyecto de ley andaluza cuando la asimilación de la eficacia de la avenencia a los acuerdos y pactos colectivos la viene a condicionar a que se den «los mismos requisitos de legitimación legalmente exigidos»; cuando legalmente no se sabe con certeza cuales son esos requisitos de legitimación exigidos, la previsión autonómica puede introducir más dudas que aclaraciones, por lo que mejor sería omitir toda referencia a tal aspecto en dicho texto legal. La única forma solvente y definitiva de resolver el asunto sería por vía de reforma de la legislación estatal. En tanto que ello no sucede, no habrá más remedio que acudir a los principios generales de funcionamiento de las mayorías en un sistema democrático. Dicho en términos comparativos, en la LPNFP no aparece regla asimilada al art. 89.3 ET, conforme al cual los acuerdos de la comisión negociadora de los convenios colectivos requieren en cualquier caso el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones.

Esa regla mayoritaria sería trasladable al ámbito de la negociación funcional, a la vista de que no existe regla precisa en la LPNFP, al mismo tiempo que la misma parece que se deduce con naturalidad de lo que la opinión común consideraría como principio general deducible del juego de mayorías y minorías propio de un sistema democrático. Exigir la aprobación de la totalidad de las organizaciones sindicales representativas, comportaría otorgarle un derecho de veto poco justificado a un único sindicato que puede tener una representatividad minoritaria comparada con el resto; entender como suficiente la aprobación de un solo sindicato con oposición del resto, supondría desconocer en paralelo que la mayoría se opone al acuerdo. En definitiva, ello desembocaría en la conclusión de que el acuerdo se puede adoptar con la aprobación conjunto de aquellos sindicatos cuya representatividad por los resultados de las elecciones sindicales supere a la mayoría absoluta. Esta regla que puede referirse al perfeccionamiento de la voluntad sindical en la aprobación de un pacto o acuerdo colectivo, entendemos que es referible y aplicable en igual medida al acuerdo de avenencia en el procedimiento de mediación.

Ahora bien, ha de advertirse que existe una diferencia sustancial entre el modelo negociador sometido al Estatuto de los Trabajadores y el correspondiente a los funcionarios públicos. En la legislación laboral la regla de la mayoría es la que marca la diferencia entre el convenio colectivo estatutario y el extraestatutario: si se logran las mayorías exigidas por el art. 89.3 ET el convenio colectivo será estatutario y gozará de eficacia general respecto del conjunto de trabajadores y empresarios incluidos dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo; si

no se logran dichas mayorías el convenio será extraestatutario y alcanzará exclusivamente eficacia limitada, vinculante exclusivamente para los trabajadores y empresarios afiliados a las organizaciones firmantes del mismo. A nuestro juicio, por lo que refiere a la negociación colectiva para el personal funcionario, resulta imposible que se desarrolle un proceso negociador que desemboque en un acuerdo o pacto colectivo de eficacia limitada, pues el convenio colectivo extraestatutario resulta de imposible traslación al ámbito del empleo público. Por lo que refiere a los acuerdos y pactos para los funcionarios, la cuestión es tan indubitada que la LPNFP ni siquiera se molesta en precisar que los mismos gozan de eficacia *erga omnes*, a diferencia de lo que se ve obligada a establecer la normativa laboral para romper con la premisa civil de que los contratos obligan a las partes que los conciertan y a las que éstos representan. La igualdad de tratamiento, con la que la Administración ha de regirse en el establecimiento de las condiciones de trabajo de su personal, impide la celebración de acuerdos que comporten diferencias de tratamientos por razón de la afiliación sindical y, aunque con carácter general se acepte la virtualidad de la celebración de pactos extraestatutarios en el ámbito de la aplicación de la legislación laboral, ello resulta inviable por lo que refiere a la Administración; a mayor abundamiento junto al principio de igualdad, también lo impide el principio de legalidad: la Administración debe intervenir en los procesos de negociación colectiva conforme al marco legalmente estipulado, sin que pueda remitirse supletoriamente a criterios ambiguos de contratación atípica conforme a la contratación civil.

El resultado final será que en el ámbito del empleo público sólo será viable la celebración de un acuerdo o pacto colectivo conforme a los procedimientos y requisitos establecidos legalmente, siendo dicho producto negociador de eficacia general para todos los empleados públicos sin diferencias por razón de afiliación. En definitiva, o se logran las mayorías sindicales representativas para la celebración de la avenencia en el procedimiento de negociación, o de lo contrario la Administración Pública no podrá lograr acuerdo alguno de avenencia.

Diverso a lo anterior, y situándonos en otra perspectiva, es que la Administración, ante la eventualidad de que al final no lograra el apoyo de organizaciones sindicales que representen la mayoría exigible legalmente, opte por firmar un documento con alguna concreta organización sindical. Dicho texto, aunque sin eficacia jurídica positiva alguna, puede tener un valor de carácter político, y es ello lo que le conduce a firmarlo. Ese documento no podría calificarse de avenencia en el procedimiento de mediación, pero la Administración podría proceder a darle rango jurídico, a través de su facultad unilateral de fijación de condiciones de trabajo, en los términos que le habilita el art. 37.2 LPNFP.

En todo caso, este tipo de reglas de mayorías, en la medida en que derivan directamente de principios generales del ordenamiento jurídico en conjunción con lo dispuesto en la legislación estatal sobre negociación colectiva funcional, no precisan

de mayor precisión. Ni siquiera nos parece aconsejable su recepción a efectos de clarificación normativa en otro tipo de disposiciones. De realizarse esta clarificación debe producirse por vía de una reforma legislativa de la LPNFP o bien de la conformación de la correspondiente jurisprudencia por parte de nuestro Tribunal Supremo. En sentido negativo, no nos parece prudente recoger en la ley andaluza de la función pública estas reglas de mayoría y sus efectos, que estimamos corresponden a las bases del estatuto de la función pública. Del mismo modo que carece de sentido incorporarlas al acuerdo colectivo de implantación del sistema de resolución de conflictos en la función pública, dado que la negociación colectiva no es en modo alguno el instrumento idóneo para regular la propia eficacia de los acuerdos colectivos; en los mismos términos que indicamos anteriormente, un acuerdo colectivo no tiene rango jurídico suficiente para recoger este tipo de reglas, de modo que si lo hacen algunos acuerdos interprofesionales en el sector privado es a título meramente pedagógico pero excediéndose de lo que pueden recoger en su contenido negocial.

### 9. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA MEDIACIÓN

Los procedimientos de composición de conflictos, tal como hemos indicado al inicio, pretenden que sean los propios interlocutores sociales quienes protagonicen la resolución de sus propias discrepancias, motivo por el que tienen entre sus objetivos el de evitar o hacer innecesaria la intervención judicial. Precisamente uno de los calificativos que reciben es el de procedimientos «extrajudiciales». A pesar de ello, no puede descartarse que en determinados casos puntuales se pueda desarrollar el procedimiento contraviniendo la legalidad vigente, o bien simplemente que alguien se considere lesionado en sus derechos, por lo que pretenda acudir a la vía judicial. Consustancial a cualquier Estado de Derecho es que se establezcan los debidos cauces que permitan el control judicial de la legalidad. El derecho a la tutela judicial efectiva, por tanto, requiere el reconocimiento de cauces de impugnación judicial tanto de la legalidad de lo acordado entre las partes a través de una avenencia en una mediación, como de la licitud del procedimiento que le ha antecedido y por el que discurre el procedimiento mismo de mediación. Este control de legalidad propio de un Estado de Derecho se presenta particularmente relevante cuando se trata de revisar las conductas de la Administración Pública, que es justamente lo que sucede en estos casos pues la Administración es parte que necesariamente interviene en el curso del procedimiento de mediación.

Algo de ello sí que contempla el anteproyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, conforme al cual en su artículo 45.4 recoge que: “estos acuerdos serán susceptibles de impugnación. Específicamente cabrá recurso contra la resolución arbitral en caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente”.

Paradójicamente, una vez más, se aprecia la pobreza de regulación al efecto, de forma que nada se prevé en la legislación vigente en relación con la impugnación de las mediaciones, del mismo modo que tampoco se establece respecto de la impugnación judicial de los acuerdos y pactos colectivos, así como de los procesos negociales de los que derivan básicamente las mediaciones que estamos analizando. La normativa de rigor debería precisar aspectos clave, como serían los relativos a la jurisdicción competente, plazos de interposición de la demanda, legitimados para la impugnación, efectos suspensivos o no de la avenencia a resultas de la impugnación judicial, procedimiento idóneo, contenidos y efectos de la resolución judicial, etc. Sin embargo, nada se recoge sobre el particular ni en la LPNFP, ni en la legislación procesal actualmente vigente.

Al tratarse de la regulación de una materia que afecta a la actividad jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, es competencia exclusiva del Estado establecer el régimen jurídico correspondiente, a tenor de la reserva derivada de lo dispuesto en el art. 149.1.6 CE. A mayor abundamiento, al existir una reserva de ley en la materia, conforme al art. 117.3 CE, tampoco es viable que su regulación se desarrolle a través de disposición de rango reglamentario. Del mismo modo que al afectar a materia de orden público y referir a la actuación de órganos del Estado, tampoco cabe su integración normativa a través de la negociación colectiva. En definitiva y, a *sensu contrario*, ni es esperable que la presente laguna sea cubierta por el Reglamento regulador del procedimiento de mediación anunciado y nunca actuado en los términos del art. 38.2 LPNFP, ni es posible que la legislación autonómica a través de su competencia de desarrollo de la legislación funcionarial o los acuerdos colectivos en la función pública al implementar los procedimientos de mediación puedan acometer esta tarea.

En definitiva, no es oportuno que el anteproyecto andaluz de la función pública innove nada al respecto. Ni es viable que los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública precisen nada, por mucho que los acuerdos interprofesionales del sector privado una vez más extralimitándose en sus cometidos establezcan nada sobre el particular. No cabe, pues, otra cosa que hacer un llamamiento para que se produzca una reforma de la legislación estatal, bien sea de la LPNFP bien de la legislación procesal, que precisen y detallen el régimen de impugnación de los procedimientos de mediación.

Obvio es que, a falta de dicha regulación estatal, la impugnación judicial es posible plantearla en estos momentos, caso de desarrollarse un procedimiento de mediación, por cuanto que está en juego nada menos que el derecho a la tutela judicial efectiva, considerado como derecho fundamental a tenor del art. 24 CE. Por tanto, no hay más remedio que acudir a reglas y principios generales para resolver los interrogantes principales que se pueden suscitar en el modo de articular jurídicamente la impugnación judicial correspondiente.

Será orden jurisdiccional competente para conocer de la materia el contencioso-administrativo. Tal conclusión se basa en dos razones: por un lado, en la circunstancia de que se excluye del conocimiento del orden social los asuntos relativos a la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga de los funcionarios públicos (art. 3.1.a LPL); por otro lado, en el dato de que el orden contencioso-administrativo es competente para conocer de todo lo relativo a la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho administrativo<sup>26</sup>. En concreto, así lo ha fallado el Tribunal Supremo en relación con la impugnación de los acuerdos y pactos colectivos<sup>27</sup>, pudiendo entenderse por identidad de naturaleza y eficacia jurídica que el mismo criterio cabe extender a las avenencias de una mediación.

Una vez identificado al contencioso-administrativo como el orden jurisdiccional competente, de ello también deriva la aplicación a este tipo de impugnaciones del conjunto de la legislación procesal reguladora de ese orden jurisdiccional, de modo que ha de ser conforme a la misma como se sustancie todo el proceso judicial y, con ello, se de respuesta a todo el régimen jurídico de tramitación del mismo.

---

26. art. 1.1 Ley 22/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

27. STS, 3ª, 1 diciembre 1992, Ar. 9881. Este criterio se extiende también a los acuerdos colectivos del personal estatutario (STS, social, 29 de abril de 1996, Ar. 4137; 23 de enero de 1998, Ar. 1007). Aunque alguna sentencia considera competente al orden social por el cauce del proceso de conflictos colectivos cuando se trata de impugnación de pactos colectivos del personal estatutario (STS, social, 22 de enero de 1998, Ar. 1006), entendemos que ese criterio se basa en la redacción vigente en ese momento del art. 3 LPL, pero que no se puede mantener a partir de la reforma de 1998.