

Negociación colectiva y retribución de los funcionarios públicos (a propósito de la STS 21 marzo 2002 [RJ 2002, 4319])

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Profesor Titular Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. EL ACUERDO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1994 Y LA SAN DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2000
2. LA DOCTRINA DEL TS AL RESPECTO: LA STS DE 21 DE MARZO DE 2002 (RJ 2002, 4318)–A) *Carácter automático del incremento retributivo*–B) *Eficacia de lo negociado*–C) *La obligación de negociar*
3. EL CARÁCTER AUTOMÁTICO DEL INCREMENTO PACTADO EN EL ACUERDO SOBRE CONDICIONES DE TRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA
4. LA EFICACIA DE LO PACTADO EN ACUERDOS SOBRE MATERIA RETRIBUTIVA
5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE FUNCIONARIOS Y DEBER DE NEGOCIAR

1. EL ACUERDO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1994 Y LA SAN DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2000

El origen de los problemas jurídicos que analizamos residen en el Acuerdo entre Administración-Sindicatos de 16 de septiembre de 1994 (BOE de 20 de septiembre), que establecía la regulación sobre condiciones de trabajo para el 1995-1997. Dentro del mismo se establecía, como es lógico, una regulación sobre la retribución de los funcionarios, distinguiéndose entre el incremento de 1995 y los del bienio 1996-1997.

Para el primero de los años se establecía una regulación perfectamente cerrada, contenida en el Capítulo II del Acuerdo, que introducía un incremento en base al IPC previsto en la LPGE para dicho año:

«1. Teniendo en cuenta la previsión de crecimiento del PIB y los objetivos de reducción del déficit presupuestario para 1995, se acuerda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio un incremento de las retribuciones de los empleados públicos igual al incremento del IPC previsto en el Proyecto de Presupuestos para 1995.

2. Este incremento se aplicará al personal funcionario y estatutario de forma proporcional sobre todos los conceptos retributivos de carácter fijo y periódico y sobre los créditos que financien los incentivos al rendimiento.

Para el personal laboral el incremento retributivo se aplicará a la masa salarial correspondiente».

En cuanto al resto del período, la regulación se contenía en el Capítulo VII, que tenía un carácter más complejo y que establecía lo siguiente:

«1. Las retribuciones de los empleados públicos para 1996 y 1997 experimentarán un incremento según la previsión presupuestaria del incremento del IPC para dichos ejercicios.

Se tendrán además en cuenta:

El grado de cumplimiento de las previsiones y de los compromisos sobre los que se hubiera basado el incremento retributivo del ejercicio anterior.

La previsión de crecimiento económico y la capacidad de financiación de los Presupuestos Generales del Estado determinada en función de la previsión del déficit presupuestario del conjunto de las Administraciones Públicas.

La valoración del aumento de productividad del empleo público derivado del desarrollo de acciones o programas específicos.

La evolución de los salarios y del empleo del conjunto del país.

2. La aplicación de los incrementos retributivos será objeto de negociación entre Administración y Sindicatos.

3. Para cada ejercicio se preverá la constitución de un Fondo para el manteni-

miento del poder adquisitivo con las características previstas en el capítulo III de este Acuerdo y con los condicionamientos de evolución del PIB y del déficit presupuestario de cada año».

Durante 1995 y 1996 el incremento de retribuciones no planteó problema alguno, pero al negociarse el de 1997, el nuevo Gobierno comunicó a los Sindicatos en la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado, la decisión de no incrementar para ese año las retribuciones de los funcionarios. Ante esta actitud se demandó solicitando el incremento idéntico al IPC, en base al Acuerdo firmado en 1995. Esta cuestión se resuelve inicialmente por la SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585), que resolvió a favor de los demandantes. Simplemente a los efectos de recordar superficialmente una Sentencia bastante conocida, podemos señalar que la SAN reflexionó fundamentalmente sobre tres aspectos diferentes

—En primer lugar, sobre la existencia de una obligación de negociar la materia retributiva. A través de una interpretación sistemática de los artículos 32 a), b), k) y 34 LOR (RCL 1990, 1505) estima que existe una obligación de negociar¹, luego, consecuentemente, la negativa del Gobierno a discutir sobre el incremento retributivo supuso una violación de la obligación de negociar². Además, la SAN estima que rige en el ámbito de la negociación colectiva de funcionarios el deber de negociar en base a la buena fe³, a tenor del cual, si bien no hay una obligación de llegar a un acuerdo, si supone que las partes de la negociación no pueden obstruirla, desarrollando un «intento serio y razonado de llegar a acuerdos».

—En segundo lugar, en cuanto a la eficacia, la SAN entiende que una vez aprobado el Acuerdo por el Gobierno, tiene carácter vinculante. Pese a dicha eficacia el Gobierno se negó a plasmar el Acuerdo en el Proyecto de LPGE, aludiendo a «superiores intereses sociales» (el saneamiento de la economía española para lograr la convergencia europea) y la superior jerarquía de la LPGE que se impone al Acuerdo. Para la SAN tal razonamiento no es aceptable, pues el artículo 35 LOR otorga al Acuerdo fuerza vinculante, obligando a la Administración⁴. El problema no sería de relación entre negociación colectiva y ley (es decir, un problema de jerarquía⁵), sino que un problema entre dos normas legales⁶. Para la SAN tanto las Cortes Generales

1. SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585), F. 2: «De la regulación legal expuesta podemos extraer las siguientes conclusiones: 1.-Que las cuestiones relativas al incremento de retribuciones son objeto de negociación colectiva. 2.-Que existe una obligatoriedad de negociar sobre tal cuestión en cuanto existe una obligatoriedad de negociar sobre todas las materias contenidas en el art. 32. Así resulta del art. 34, "a contrario sensu"».
2. «(...) la exclusión del incremento retributivo de la negociación que nos ocupa, por decisión del órgano administrativo competente en materia de relación funcional, vulneró los arts. 32, 33 y 34 de la Ley 7/1990».
3. Para esta Sentencia los principios laborales «han de servir de criterio inspirador en la solución de los conflictos de los funcionarios en sus relaciones de trabajo con la Administración», SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585), F. 3.
4. SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585), F. 5.
5. Sobre esta cuestión vid. DEL REY GUANTER, S.: «Comentarios a la Ley de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas», en MAP, Madrid, 1988, pg. 237. También GÓMEZ CABALLERO, P.: «La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública», en RL, núm. 13 de 2001, pg. 55. Con carácter más general en la relación convenio-ley, vid. AA VV: «Negociación colectiva y fuentes», en *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, coords. por OJEDA AVILÉS, A. Tecnos. Madrid 2001, pgs. 58 y ss.
6. Sobre esta cuestión vid. ROQUETA BUJ, R.: «La negociación del incremento de las retribuciones de los

en la aprobación de la LPGE como el Gobierno en la elaboración del proyecto de LPGE, están vinculados por los compromisos previamente adquiridos, ya que es otra norma legal la que reconoce la eficacia a dichos acuerdos⁷. Por otra parte, la propia SAN realiza una interpretación favorable a desvirtuar el carácter de norma legal sustantiva de la LPGE⁸, entendiéndolo que la competencia presupuestaria atribuida a la LPGE no se ejerce en desarrollo de la actividad legislativa⁹. Desde este punto de vista lo dispuesto en la LOR (y el Acuerdo que encuentra su eficacia en esta norma) podrá imponerse a la LPGE.

Es esta, desde luego, una argumentación difícil, que pretende defender a ultranza que la eficacia vinculante a los Acuerdos, no quede sin efectos por la LPGE¹⁰. Basta pensar tan sólo en la jurisprudencia del TC en torno a la incidencia que tienen las Leyes de Presupuestos que fijan determinados límites a los incrementos retributivos, sobre los Acuerdos que superan tales límites¹¹ para darnos cuenta de los problemas que puede plantear un argumento de este tipo. A mi modesto modo de entender estimo que, en base al reparto constitucional de competencias entre Gobierno y Parlamento, considerar que el poder legislativo está vinculado por el Acuerdo Sindicatos-Administración en materia de fijación de la retribución de funcionarios, es una apreciación errónea¹². En este sentido hay que señalar como existe un Voto Particular a la SAN de uno de los Magistrados de la Sala, en el que se estima que a tenor del artículo 32 LOR se puede negociar el incremento de la retribución que proceda

funcionarios públicos (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», en *Justicia Laboral*, núm. 6, pg. 50.

7. «(...) lo que no es posible es que, "so pretexto" de la elaboración de los Presupuestos, se eliminen compromisos de gastos válidamente asumidos por la Administración, y cuya exigibilidad viene establecida en la Ley; puesto que los Presupuestos, en su vertiente de gasto público, han de ordenar el mismo, pero desde el respeto a la legalidad y los compromisos asumidos válidamente, pues no innovan el Derecho, ni alteran las obligaciones jurídicas de la Administración, sino que establecen el destino de las partidas presupuestarias, atendiendo al Derecho y las obligaciones jurídicas exigibles a la Administración».
8. Esta desvirtuación del papel del legislativo en materia de LPGE supone, según la SAN, negar que las Cortes Generales ejerzan su potestad legislativa al aprobar dicha LPGE, así se afirma con toda claridad en su F. 4 de la SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585): «Que las Cortes Generales al aprobar el gasto público lo hacen con sometimiento a las Leyes por las mismas aprobadas, y ello porque tal acto no es más que la determinación de la finalidad que ha de aplicarse a lo ingresado por el Erario, realizado al margen de la potestad legislativa, y que como acto del poder público, se encuentra sometida a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico -art. 9.1 de la Constitución-. Por la misma razón el Gobierno, en su elaboración de los Presupuestos, ha de respetar igualmente el ordenamiento».
9. Vid. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000», en *RL*, núm. 13 de 2001, pg. 27; también GÓMEZ CABALLERO, P.: *La vinculación de los acuerdos colectivos ...*, op. cit., pgs. 47 a 49.
10. MARÍN ALONSO, I.: «La congelación salarial de los funcionarios públicos mediante determinación unilateral del correspondiente ministro para las Administraciones Públicas», en *AS*, núm. 20 de 2001, pg. 61.
11. Sobre esta cuestión vid. las SSTC 6./1986 (RTC 1986, 63), 96/1990 (RTC 1990, 96) o 237/1992 (RTC 1992, 237). Vid. también AA VV: coords. por OJEDA AVILÉS, A. op. cit., pgs. 62 y 63. También MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: crónica de un conflicto anunciado», en *AS*, núm. 2, abril de 2001, pgs. 76 y 77. En estos casos el TC ha puesto de manifiesto en estos casos como es parte esencial de su razonamiento la necesidad de facilitar la protección de intereses sociales superiores, lo cual se logra si el Gobierno pueda ejercer sus competencias para fijar la política económica, intereses generales que requieren a veces de políticas públicas no expansivas, dirigidas a lograr mayores cuotas de saneamiento de la economía, siendo imprescindible una política de ahorro en el gasto público, de contención del mismo y de la inflación. En este sentido MARÍN ALONSO, I.: op. cit., pgs. 61 y 62.
12. Sobre esta cuestión vid. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: Op. cit., pg. 25; también GÓMEZ CABALLERO, P.: *La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito ...*, op. cit., pg. 50.

incluirse en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año. El Gobierno tan sólo puede comprometerse a incluir lo pactado en el Proyecto, lo cual no significa, necesariamente, que el incremento acordado resulte aprobado al tramitarse la LPGE. Esto es así, pues la potestad de aprobación de los Presupuestos Generales corresponde al poder legislativo (art. 134 de la Constitución, que expresamente prevé que al Gobierno le corresponde la elaboración de los mismos, y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación)¹³. Esto supone que una LPGE contraria a lo negociado deja sin efectos la materia retributiva del Acuerdo¹⁴.

-Por último, resaltar que la SAN interpretaba que la regulación contenida en el Acuerdo, configuraba un incremento económico para 1997 de manera automática, por lo que la negativa del representante del Gobierno a incluirlo en la LPGE es un incumplimiento del Acuerdo. Por contra, el Voto Particular entiende que la dicción de los Capítulos II y VI del Acuerdo establece una clara distinción: mientras que para 1995 se establecía el incremento retributivo que debería incorporarse al Proyecto de LPGE, para los años posteriores se regulaba unas líneas generales, orientaciones o directrices para negociar el incremento de tales años; de ahí que el incremento de 1997 no tuviese eficacia directa¹⁵.

2. LA DOCTRINA DEL TS AL RESPECTO: LA STS DE 21 DE MARZO DE 2002 (RJ 2002, 4318)

El último Acto de este drama (al menos por ahora) lo aporta el TS, que ante el recurso interpuesto por el Gobierno ante la SAN ofrece una interpretación, que sobre todo en cuanto a lo que afecta a la cuestión de la eficacia jurídica de los Acuerdos negociados en el marco de la función pública, son más acertados que los que se plasmaban en la SAN; pero que en líneas generales introducen algunas interpretaciones, a mi juicio, bastantes reductivas de la negociación colectiva de los funcionarios¹⁶. Desde este punto de vista podemos señalar que tan susceptible de crítica fue la SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585), como lo es esta STS, que no obstante, y a diferencia de la primera, ha pasado prácticamente desapercibida por la doctrina laboral española.

Veamos ahora los aspectos esenciales que se afirmaban a través de la misma:

A) Carácter automático del incremento retributivo

La STS analiza en primer lugar si establecía o no un incremento automático para el bienio 1996-1997. La respuesta va a ser rotundamente negativa y ello en base a dos argumentos:

-En primer lugar, por la propia literalidad del Acuerdo, que distinguía entre el Capítulo II, que regulaba un concreto y determinado incremento retributivo para

13. F. 4 del Voto Particular a la SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585).
14. MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Retribuciones de los funcionarios públicos, acuerdos políticos y leyes de presupuestos», en *AS*, núm. 20, febrero 2001, pg. 50.
15. F. 5 del Voto Particular a la SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585).
16. Digamos, en su descargo, que con toda probabilidad han pesado enormemente las implicaciones de orden político y económico; así RUIZ CASTILLO, M. M.: «Los acuerdos sobre retribución de los funcionarios públicos», en *TL*, núm. 64, pg. 160.

1995, y el Capítulo VI que establecía realmente unos criterios orientadores para negociar el incremento para 1996 y 1997¹⁷. Es decir, el TS se mueve aquí en la misma dirección que la establecida en el Voto Particular¹⁸.

—Un segundo argumento gira en torno a la imposibilidad de negociar incrementos retributivos con una cadencia temporal superior a la anualidad. La posición del TS es entender que no cabe la negociación de incrementos «ad futurum», pues la negociación de esta materia es claramente anual, no admitiéndose una duración superior¹⁹. La propia anualidad de los Presupuestos Generales (art. 134.2 de la Constitución) y a la obligación de negociar el incremento que cada año haya de incluirse en el Proyecto de LPGE (art. 32 a LOR [RCL 1990, 1505]) son las bases de esta interpretación²⁰.

En conclusión, no es viable negociar por períodos de duración superior a la simple anualidad²¹. Estaríamos aquí ante una de las especialidades de la negociación colectiva de funcionarios²². Aunque la regulación presupuestaria permite al Gobierno obligarse con carácter plurianual, tal como se establece en el artículo 61 del RDLeg 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, estos supuestos son excepcionales, y se encuentran regulados expresamente, y entre tales excepciones no se menciona la posibilidad de una obligación plurianual derivada del incremento retributivo de los funcionarios²³.

B) Eficacia de lo negociado

Tal como hemos visto el Gobierno se negó a aceptar el incremento retributivo

17. STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318), F. 4.
18. En este sentido existían diversas interpretaciones doctrinales previas a la STS; así MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000», en *RL*, núm. 13 de 2001, pgs. 22 y 23; también ROQUETA BUJ, R.: *La negociación del incremento de las retribuciones ...*, op. cit., pgs. 62 y 63; y GÓMEZ CABALLERO, P.: *La vinculación de los acuerdos colectivos ...*, op. cit., pgs. 53 y 54.
19. En este sentido se afirma que «cuanto se acaba de exponer resulta corroborado por el carácter anual que, en armonía con el mandato del art. 134.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875), el art. 32 de la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) atribuye especialmente a la negociación en esta materia, al referirse en su ap. a) al incremento de las retribuciones de funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el «Proyecto de Presupuesto de cada año».
20. En este sentido la propia STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318), cuyo F. 10. Doctrinalmente vid. ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1996, pg. 413.
21. Así, la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318) afirma en su F. 5 que «podía acordarse y se acordó para 1995 un incremento de las retribuciones de los empleados públicos en los términos que establece el Capítulo II del Acuerdo Administración-Sindicato de 1994, pero no podía acordarse en ese año y efectivamente no se acordó, un incremento automático de las retribuciones de aquéllos, como resulta de los términos del Capítulo VI de dicho Acuerdo y del carácter anual que el art. 33 de la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) atribuye al proceso negociador en todas las materias relacionadas en el art. 32 y especialmente en el ap. a) de éste a la negociación de los incrementos retributivos».
22. Sobre esta cuestión vid. ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia 1996. Valencia pgs. 59 y 60; también DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *RL*, t. II de 1997, pg. 310. Recordemos, no obstante, como también se ha defendido que el origen del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios reside en el desarrollo por ley del art. 103.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875). Sobre tal cuestión vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs Editorial. Barcelona, 1996, pgs. 58 y ss.
23. ROQUETA BUJ, R.: *La negociación del incremento de retribuciones...*, op. cit., pg. 64.

planteado de conformidad al Acuerdo. Esto nos va a plantear la cuestión de cual es la eficacia jurídica del Acuerdo y si el Gobierno respetó o no la obligación de negociar, y la eficacia jurídica de lo negociado.

En cuanto a lo primero, la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318) responde en el sentido de negar su eficacia jurídica directa. Estima que ello se deduce de la superior jerarquía de la norma legal (en concreto la Ley de Presupuestos Generales del Estado)²⁴. De otro lado, en materia de función pública rige el principio de reserva de ley tal como se deduce del artículo 103.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875). Dentro del régimen estatutario se incluyen las retribuciones de los funcionarios; más aún, la materia retributiva es una cuestión que debe fijarse en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, siendo una doctrina jurisprudencial consolidada la nulidad de las disposiciones o cláusulas que se opongan a lo establecido en la LPGE²⁵. Dicho de otra manera, debe producirse una subordinación del gasto público a lo previsto en la LPGE, de manera que lo establecido en el Acuerdo Administración-Sindicatos no tiene efectos vinculantes para el legislador²⁶.

C) La obligación de negociar

En cuanto a la obligación de negociar, desde el primero de los Fundamentos Jurídicos de la STS de 21 de marzo de 2002 se comienza asegurando que existió una manifestación de voluntad del Gobierno de mantener el diálogo. De otro lado, se puntualiza que si bien es cierto que existe una obligación de negociar, esto no significa que la negociación deba desembocar forzosamente en la consecución de un aumento de las retribuciones²⁷, aceptando que la obligación de negociar se cualifica en base al principio de buena fe²⁸. Lo que ocurrió, según esta STS, es que no se logró un acuerdo, de modo que el Gobierno procedió a hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 37.2 LOR para establecer de manera unilateral la regulación sobre retribución de los funcionarios²⁹.

Una vez que hemos analizado las principales líneas argumentales de esta importante Sentencia, hemos de realizar un análisis crítico de los mismos, pues en muchos de ellos se plasma una interpretación, a nuestro juicio, excesivamente reductiva de la negociación colectiva en la función pública.

24. Si la norma legal, a través de la cual el poder legislativo ha de establecer anualmente los gastos del Estado, es contraria a lo establecido en el Acuerdo, se impone la norma de rango legal: «no cabe pedir que se cumpla lo previsto en el Convenio, pues el principio de jerarquía de fuentes hace que lo establecido en el Convenio no sea de aplicación. c) Se subraya la sujeción jerárquica del convenio a la ley, que se conecta en última instancia con el art. 9.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875), pues existe una primacía de la norma de origen legal respecto de la norma de origen convencional en materia de derecho necesario».
25. STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318), F. 7.
26. STS de 21 de marzo de 2002, F. 10.
27. STS de 21 de marzo de 2002, F. 5.
28. «La Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación, ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe. Lo que ocurrió fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el art. 37.2 de la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450)».
29. STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318), F. 8.

3. EL CARÁCTER AUTOMÁTICO DEL INCREMENTO PACTADO EN EL ACUERDO SOBRE CONDICIONES DE TRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Tal como hemos visto antes la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318), rechaza la existencia de un incremento automático regulado en el Acuerdo. El primer argumento consiste en entender que a diferencia del incremento de 1995, los de 1996 y 1997 dependían de unos criterios orientadores fijados en el Capítulo VI del Acuerdo, por lo que no se establecía un incremento de carácter automático. El argumento es discutible, pues de la literalidad de los Capítulos II y VI del Acuerdo de 19 de septiembre de 1994 pueden encontrarse argumentos tanto a favor como en contra de entender que el incremento era automático.

No obstante, hay que ser críticos con la opinión del TS, pues limita su análisis a muy concretas reglas del Acuerdo, dejando fuera del mismo otros Capítulos del mismo, siendo necesario una interpretación sistemática de todo el entramado que en materia retributiva establecía el Acuerdo en su Título II (Caps. II a VIII). Si lo hacemos desde este punto de vista podemos constatar como se establecía una regulación relativa al incremento de retribuciones en el período 1995-1997, vinculadas a un programa de aumento de productividad (fundamentalmente los Caps. VII y VIII). A este respecto es importante resaltar como el apartado 2º del Capítulo VIII establecía una revisión global de los incrementos retributivos al finalizar el período 1995-1997. Para dicha revisión se tendría en cuenta «la masa salarial del conjunto de empleados públicos incluidos en el ámbito del presente Acuerdo a 31 de diciembre de 1994 actualizada con la evolución acumulada del IPC real a 31 de diciembre de 1997, y por otra, la masa salarial real de dicho colectivo a esta última fecha. La diferencia resultante se aplicará en los términos previstos para el Fondo para el mantenimiento del poder adquisitivo». Más aún, el apartado 3º del citado Capítulo afirma que «entre los objetivos de este Acuerdo y en función de los criterios previstos en este título, se persigue que no se produzca pérdida de poder adquisitivo al final del período ...». Por otra parte, el Capítulo VI en su apartado 3º se establece expresamente la necesidad de constituir un Fondo para el mantenimiento del poder adquisitivo, en cada ejercicio.

El significado de estas normas parece apuntar a que la base de cálculo del incremento retributivo anual es el IPC anual *previsto*, y dado que el IPC *real* puede ser distinto (más alto), es necesario un mecanismo de compensación para evitar la pérdida de poder adquisitivo. Dicho de otra manera, la regulación del Capítulo VIII presupone que el incremento anual es automático en base al IPC, de modo que se consolida anualmente, y el resto de factores que menciona el Capítulo VI serían elementos añadidos que podrían generar, en sus casos, incrementos retributivos complementarios³⁰; en definitiva, existiría un sistema de incrementos cuasiautomático. Lógicamente, estimo que esta interpretación es posible, tanto como la que ha realizado el propio TS limitándose tan sólo a los Capítulos II y VI del Acuerdo.

Por otra parte, estima la STS que los incrementos retributivos han de pactarse con carácter anual, en base a la propia anualidad de los PGE y a lo dispuesto por el artículo 32 a) LOR (RCL 1990, 1505) (a tenor de este precepto, es materia objeto de negociación, el incremento de la retribución de los funcionarios «que procede incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado cada año ...»).

30. En esta dirección ALFONSO MELLADO, C. L.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *Revista de Derecho Social*, núm. 13, pg. 29.

Desde mi punto de vista creo que no debe darse una respuesta negativa tan tajante como la que se extrae de la STS de 21 de marzo de 2002³¹. Ciertamente la literalidad del artículo 33 de la LOR señala que «El proceso de negociación se abrirá, con carácter anual (...)». Ahora bien, esto no significa que los Acuerdos o Pactos hayan de tener necesariamente una vigencia anual. Más bien estimo que la intención del legislador es la de establecer una obligación de negociar de carácter anual, lo cual no tiene nada que ver con la vigencia de lo negociado. Por otra parte, esta anualización apunta más en la dirección de que la LPGE tiene necesariamente carácter anual, lo cual estimo que no impide la negociación de pactos sobre retribución de duración superior a la anual: el Acuerdo puede ser plurianual, y cada año se incluirá en el Proyecto de LPGE la parte de incremento acordado para ese año en concreto.

En realidad entiendo que el problema de fondo es diferente. Me refiero al hecho de que el Acuerdo comprometido cabalgaba entre dos períodos en los que han gobernado ejecutivos sostenidos por partidos políticos diferentes. Dicho de otro modo, el problema que realmente late en el fondo de esta cuestión, es que al extenderse el Acuerdo a un período posterior al que dejó de gobernar el PSOE, se producía un efecto de limitación de la autonomía en materia de política económica del gobierno del PP. Pues bien, es justamente esta cuestión la que late bajo la Sentencia, pero que no se quiere afrontar de manera expresa, utilizando argumentos tangenciales para resolver la cuestión, pero sin entrar en el fondo de la misma. En este sentido, algún autor ha estimado que en caso de Acuerdos de duración superior al año, el hecho de un cambio de Gobierno debería interpretarse en función de la cláusula «rebus sic stantibus», de modo que los compromisos cedan ante tal cambio³²; en definitiva, algo muy parecido a defender que en estos casos no se aplicaría la lógica laboral que deriva del artículo 44 ET (RCL 1995, 997).

4. LA EFICACIA DE LO PACTADO EN ACUERDOS SOBRE MATERIA RETRIBUTIVA

¿Cuál es la eficacia del Acuerdo que alcanzaron Administración y Sindicatos? A tenor del artículo 35 LOR (RCL 1990, 1505) hay una importante diferencia entre Pactos y Acuerdos. Mientras el Pacto vincula directamente a las partes una vez que se ha suscrito; los Acuerdos, al versar sobre materia que es competencia de Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de CC AA, u órganos correspondientes en las EE LL, requerirán para su validez y eficacia, la aprobación expresa y formal de tales órganos. En el caso de los Acuerdos, quien representa a la Administración no tiene competencia real para aprobar lo negociado; de ahí que sea necesaria la aprobación del Consejo de Ministros, cuyo consentimiento es el que va a dotar de fuerza normativa a lo negociado³³.

Una vez aprobado el Acuerdo se incorpora al ordenamiento jurídico y tiene

31. Vid. nota núm. 28.

32. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: op. cit., pg. 74.

33. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», en *REDT*, núm. 86, pg. 856; ROQUETA BUJ. R.: *La negociación colectiva ...*, op. cit., pg. 371.

eficacia normativa³⁴ y eficacia subjetiva general³⁵, configurándose como fuente del Derecho de origen convencional³⁶. Es decir, antes de su aprobación expresa y formal, el Acuerdo carece de eficacia normativa, no tiene eficacia directa en el sentido de obligar al Gobierno a su aprobación.

Si bien hasta su aprobación no surge una verdadera eficacia jurídica, hemos de señalar que el Acuerdo, aún no aprobado, genera un efecto obligatorio para el Consejo de Ministros, expresión de la obligación de negociar de buena fe³⁷: en plazo razonable deberá someterse a su aprobación o no para incluirlo en el Proyecto de LPGE³⁸.

Ahora bien, ¿está obligado el Gobierno a aceptar el Acuerdo tal cual se le somete, o puede realizar un control del mismo? Diferentes autores estiman que el Gobierno está capacitado para realizar un auténtico control de lo acordado, tanto de legalidad, como de oportunidad política y económica (es decir, si lo acordado es o no conforme a la política económica que se sigue en ese momento)³⁹; en hipótesis podría incluso rechazar el acuerdo alcanzado en la Mesa. Desde mi punto de vista tales posibilidades de control han de entenderse de una manera restrictiva: sólo cuando el Acuerdo resultase contrario a la legalidad vigente, cuando la representación gubernamental se haya apartado gravemente de las instrucciones recibidas, o en un claro supuesto de aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», podría rechazarse lo acordado⁴⁰. Salvo estas situaciones excepcionales el único control que puede realizarse es el relativo a la legalidad o no del Acuerdo, debiendo limitarse lo más posible la posibilidad de un control de oportunidad⁴¹.

El Acuerdo en cuestión había sido debidamente aprobado por el Gobierno en su momento, siendo publicado también en el BOE. En definitiva, nos encontramos ante un Acuerdo con eficacia normativa. No obstante, el artículo 32 a) LOR señala que es objeto de negociación colectiva el incremento retributivo de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas, «que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado». La Administración negocia con los representantes del personal cuales son las retribuciones que el Gobierno, en base a sus competencias constitucionales (art. 134.1 y 2 de la Constitución [RCL 1978, 2836; ApDNL 2875]), debe incluir en el Proyecto de Presupuestos. Dicho Proyecto se tramita como una Ley, convirtiéndose, tras las enmiendas pertinentes, en la Ley

de Presupuestos Generales del Estado. La competencia para aprobar dicha Ley es del poder legislativo, de las Cortes Generales. Dicho de otra manera, la materia retributiva [art. 32 a) LOR] está afectada por el principio de reserva de ley, y requiere de un desarrollo legal⁴².

Desde este punto de vista hay que afirmar que esta parte del Acuerdo no puede tener eficacia normativa, pues la competencia para su regulación es del Parlamento, que no es sujeto obligado por el Acuerdo. Este mismo artículo 32 a) LOR señala que en materia de retribuciones, el compromiso de la Administración conduce simplemente a la inclusión de lo acordado en el Proyecto de Presupuestos; a partir de ahí la competencia deja de ser del Gobierno para pasar al poder legislativo.

Estamos ante un supuesto de negociación «prelegislativa», en la que se negocia el texto del Proyecto que va a presentarse al Parlamento, que tiene la facultad de rechazarlo pues no está vinculado por lo acordado⁴³. Dicho de otra manera, si bien nuestro ordenamiento reconoce la eficacia jurídica a la negociación colectiva de funcionarios, ésta se limita a aquellas materias que no son objeto de reserva de ley, siendo justamente el ejemplo más característico el incremento retributivo⁴⁴. Desde este punto de vista resalta como en materia retributiva los Acuerdos tienen realmente una escasa eficacia⁴⁵, pues la potestad real para fijar el incremento retributivo de los funcionarios le corresponde al Parlamento⁴⁶.

Ahora bien, el hecho de que no pueda reconocérsele eficacia normativa a la regulación sobre retribución, no significa que no exista ningún efecto obligatorio; al contrario, recordemos como el artículo 32 a) LOR nos dice que va a ser objeto de la negociación colectiva el incremento retributivo «que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos General del Estado». A mi juicio hay un claro efecto vinculante para el órgano competente en la elaboración del Proyecto de Presupuestos⁴⁷: el Gobierno, poder que aprueba el Acuerdo en última instancia, tiene la obligación de incluir lo acordado dentro del Proyecto de LPGE⁴⁸. En definitiva, la principal virtualidad que, en materia retributiva, tiene un Acuerdo, es que el incremento negociado se incluya dentro del Proyecto de la LPGE. Se trata, y esto hay que subrayarlo, de una obligación de carácter legal, pues así se recoge de manera expresa en el artículo 32 LOR⁴⁹.

Todo ello deberá ser cumplido con independencia de que el Proyecto sea aceptado o rechazado por las Cortes Generales⁵⁰. En este punto hemos de advertir que el Gobierno se negó a incluir incremento alguno en el Proyecto, pues su postura desde el principio había sido la de establecer un incremento retributivo cero. La negativa

34. CARRERA ORTIZ, C.: «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», en *REDT*, núm. 38, pgs. 268 y 269; GÓMEZ CABALLERO, P.: «Los derechos colectivos de los funcionarios», en *CES*, Madrid, 1994, pg. 329.

35. CARRERA ORTIZ, C.: *Naturaleza y eficacia jurídicas ...*, op. cit., pg. 273; también PERONA MATA, C.: Op. cit., pg. 217.

36. Sobre su consideración como fuente del derecho vid. la STS de 25 de junio de 2001 (RJ 2001, 5738). En definitiva, siguiendo a OJEDA AVILÉS, a tenor de nuestra regulación sobre eficacia de lo negociado en el ámbito de la función pública, podemos encuadrarla dentro del modelo decisorio. «Validez y eficacia de la negociación colectiva», en *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, en AA VV. Sevilla, 1989, pg. 286.

37. ASÍ ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva ...*, op. cit., pg. 339.

38. En este sentido ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pg. 17.

39. CARRERA ORTIZ, C.: *Naturaleza y eficacia jurídicas ...*, op. cit., pg. 270; también PERONA MATA, C.: «Reflexiones a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los empleados públicos», en *Revista de Derecho Social*, núm. 13, pg. 21.

40. Sobre esta cuestión vid. GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los derechos colectivos ...*, op. cit., pgs. 332 y 333.

41. En este mismo sentido OJEDA AVILÉS, A.: «Validez y eficacia de la negociación colectiva funcional», en *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, en AA VV. Sevilla, 1989, pg. 302.

42. GÓMEZ CABALLERO, P.: «Los derechos colectivos de los funcionarios», en *CES*, Madrid, 1994, pg. 310. Sobre esta misma cuestión vid. la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318), F. 7.

43. ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pgs. 12 y 13.

44. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: *La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios ...*, op. cit., pg. 26.

45. Sobre la cuestión VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Los derechos de negociación ...*, op. cit., pg. 857; también RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.: «Érase una vez (...) la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *AS*, núm. 20, febrero de 2001, pg. 37.

46. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: op. cit., pg. 58.

47. En este sentido ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pg. 13.

48. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: op. cit., pgs. 26 y 27. Este autor habla así de una «eficacia obligacional interna de los acuerdos aprobados».

49. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: *La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios ...*, op. cit., pg. 26.

50. GÓMEZ CABALLERO, P.: *La vinculación de acuerdos colectivos ...*, op. cit., pg. 49.

del Gobierno a incluir en el Proyecto los incrementos acordados configura un incumplimiento de una obligación que emana directamente del artículo 32 a) LOR, hurtando al Parlamento la posibilidad de mostrarse a favor de lo pactado⁵¹.

¿Qué repercusión va a tener ese incumplimiento? De entrada, estimo que el hecho de que una LPGE haya venido a establecer una regulación específica sobre la retribución de los funcionarios no subsana el incumplimiento del Gobierno⁵², pues su obligación tiene carácter autónomo respecto de la posterior regulación parlamentaria.

Pero tampoco es posible la condena al Gobierno a abonar a los empleados públicos los incrementos previstos en el Acuerdo. Tal como hemos destacado la potestad para fijar los incrementos retributivos en la LPGE le corresponde al Parlamento, no al Gobierno. Quien ha incumplido su obligación es el poder ejecutivo, luego entiendo que dicho incumplimiento no debe tener consecuencias negativas sobre la actuación de un poder diferente, el parlamentario. Por idénticos motivos entiendo que debe rechazarse cualquier planteamiento que estime la nulidad de la LPGE. Desde mi punto de vista tampoco ésta no es una respuesta adecuada: el hecho de que el Gobierno no incorpore un Acuerdo válido entre Sindicatos y Administración no puede entenderse, desde mi punto de vista, como un elemento que invalide el procedimiento de elaboración de la LPGE, pues supondría que el incumplimiento de un sujeto (el Gobierno) afectaría a la actuación de otro (el Parlamento) que actúa dentro de los límites de las funciones que le son otorgadas por la Constitución⁵³.

Desde mi punto de vista la mejor vía de solución pasa por entender que el incumplimiento del Gobierno origina una responsabilidad patrimonial, pudiendo los Sindicatos que han negociado el Acuerdo pedir la indemnización de daños y perjuicios por ver incumplido lo acordado⁵⁴. Estaríamos ante un incumplimiento que lesiona la libertad sindical, pues afecta al papel institucional de los sindicatos en materia de negociación colectiva.

Al respecto de la responsabilidad patrimonial derivada de una lesión de la libertad sindical (vía negociación colectiva) de un sindicato, podemos citar entre las resoluciones recientes a la STS de 8 de junio de 2001 (RJ 2001, 5503)⁵⁵, que estima viable la indemnización por daños sufridos al excluirse de la negociación con la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana a un sindicato legitimado para ello. En dicha indemnización se incluyen no sólo los perjuicios materiales sufridos, sino también los perjuicios morales⁵⁶.

5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE FUNCIONARIOS Y DEBER DE NEGOCIAR

La última de las cuestiones a analizar es si se cumplió o no el deber de negociar

51. Sobre esta cuestión ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pg. 30.

52. ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pg. 31.

53. En contra ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pg. 31.

54. Favorable a esta interpretación se ha mostrado MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: Op. cit., pg. 30; en la misma dirección MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: op. cit., pg. 77. También puede verse esta misma opinión en *Análisis de Relaciones Laborales: «El sartenazo»*, en *RL*, t. I de 2001, pg. 1712.

55. Referencia 1678 de Actualidad Laboral núm. 46 de 2001.

56. «(...) cabe indemnizar por este concepto no sólo los perjuicios materiales que de la infracción se derivan, sino también los daños morales, es obvio que dentro de éstos cabe valorar el deterioro o menoscabo que la imagen del Sindicato demandante padeció ante, al menos, sus afiliados al ser

por parte del Gobierno. Aceptemos la posición del Gobierno de entender que no existía un incremento automático y que era necesario una negociación específica. ¿Supone una violación de la obligación de negociar la negativa del Ministro de Administraciones Públicas a tratar la cuestión del incremento retributivo, negándose a introducir un incremento para 1997?⁵⁷

Ante todo hay que reconocer que existe una importante diferencia entre la negociación colectiva de funcionarios y los trabajadores: mientras que estos cuentan con una norma que expresamente establece la obligación de negociar bajo el principio de buena fe (art. 89.1 tercer ap. ET [RCL 1995, 997]), por contra no existe una norma paralela en la regulación de negociación colectiva de los funcionarios⁵⁸.

No obstante lo anterior, vamos a encontrar como existen diferentes elementos normativos que nos conducen a afirmar la existencia de tal obligación. De entrada el artículo 32 LOR (RCL 1990, 1505): «Serán objeto de negociación (...) a) El incremento de retribuciones de los funcionarios (...) que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado cada año (...)». A tenor de esta literalidad destaca el carácter imperativo que utiliza el legislador en esta norma, que anima a defender el carácter obligatorio que tiene la negociación colectiva de las materias señaladas en el artículo 32⁵⁹. Al mencionar expresamente determinados contenidos que han de ser objeto de la negociación, lo que hace es establecer un contenido mínimo de la misma, de modo que la Administración no sólo no puede negarse en general a la negociación colectiva, sino que no puede excluir unilateralmente de la negociación tales materias⁶⁰.

Esta conclusión se acentúa si a este precepto se une la literalidad del artículo 34.1 LOR al regular las materias excluidas de negociación en el ámbito de la función pública: «Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación ...». Es evidente que este precepto habla expresamente de obligatoriedad de la negociación, refiriéndose, lógicamente, a las materias del artículo 32. Por último, hemos de recordar cómo el artículo 37.2 LOR establece la potestad que corresponde al Gobierno para regular unilateralmente las condiciones de trabajo, cuando «no se produzca acuerdo en su negociación». Es evidente que este precepto está presuponiendo que se ha producido un auténtico procedimiento de negociación, y que tras fracasar, será el Gobierno el que establezca la oportuna regulación. Podemos concluir, por tanto, que existe una obligación de negociar, y en este sentido se ha manifestado la doctrina laboral⁶¹. En todo caso es necesario señalar que frente a estos argumentos literales

ilícitamente excluido de la negociación (...), pues se le privó con ello de la posibilidad de defender los intereses de aquéllos».

57. Tal como recoge ROQUETA BUJ, en el Acta de la reunión de 19 de septiembre de 1996 se manifestó por el señor Ministro que «la decisión de incremento salarial es cero y que no puede adelantar otra cosa».

58. DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *RL*, t. II de 1997, pg. 320. En idéntico sentido MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: op. cit., pg. 19.

59. En relación a este carácter imperativo que emana de la literalidad de la norma, vid. las SSTs de 25 de junio de 2001 (RJ 2001, 5738); 14 de abril de 2000 (RJ 2000, 4823); 29 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4534); 6 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2165); 16 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8791); 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9040).

60. En este sentido FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, Barcelona, 1996, pg. 137; también MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: op. cit., pg. 70.

61. VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Los derechos de negociación ...*, pg. 854; ROQUETA BUJ, R.: *La negociación del incremento de las retribuciones ...*, pgs. 57 y 58; ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pgs. 23 y 24.

también podemos encontrar algún elemento contrario: así, el artículo 33 LOR al establecer la anualidad en la negociación colectiva, señala que la negociación «comprenderá, de entre las materias relacionadas en el artículo anterior, las que ambas partes estimen oportuno»; norma de la que podría deducirse que la obligación de negociar se limita tan sólo a aquellas materias que las partes acuerdan expresamente negociar⁶².

El paso siguiente es el de entender que dicha obligación de negociar ha de desarrollarse en base al criterio de buena fe. Si bien es posible encontrar preceptos en la LOR que fundamenten la obligatoriedad de la negociación, no existe ninguna precisión respecto a que dicha obligación esté cualificada por dicho principio. La doctrina laboral es favorable a entender que existe dicha obligación⁶³, y estimo que es una postura correcta, pues no en vano el principio general de buena fe afecta, sin lugar a dudas, a la actuación de la Administración y del Gobierno, pudiendo también considerarse como expresión del artículo 103.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875) que afirma el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. Desde luego estamos ante un principio de carácter general que también afecta a la actuación de la Administración en el desarrollo de sus funciones, que debe entenderse perfectamente aplicable, al no existir en la regulación legal de la negociación colectiva para funcionarios ningún tipo de especialidad en contra.

Desde luego no es nuestro objetivo analizar con detenimiento en que consiste la obligación de negociar en base al criterio de la buena fe, pero es necesario señalar al menos cuales son las fundamentales consecuencias de este principio. Estamos ante una obligación de negociar, pero no de acordar; es decir, que el acuerdo no tiene carácter obligatorio. Pero a partir de ahí, la obligación de negociar de buena fe tiene un contenido complejo⁶⁴: supone fundamentalmente que las partes han de adoptar una actitud honesta, tendente a conseguir un acuerdo a través de un esfuerzo razonable; es decir, una actitud de negociación seria y sincera, de manera que razonen adecuadamente a la contraparte el motivo de su posición o postura negociadora, facilitándole esa información. También significa renunciar tanto a una actitud de obstrucción de la negociación como al ejercicio de violencia para obligar a la otra parte a aceptar sus planteamientos.

Desde el punto de vista de la regulación de la negociación colectiva de los funcionarios públicos hay que señalar como la obligación de negociar de buena fe tiene

una proyección que es especialmente importante: el artículo 37.2 LOR señala que en caso de no llegarse a ningún acuerdo, corresponderá al Gobierno o al órgano de gobierno correspondiente la función de establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Existe una obligación de negociar, no de pactar; luego es posible que no se llegue a acuerdo alguno, en cuyo caso será el Gobierno quien de manera unilateral establezca las condiciones oportunas⁶⁵. Siempre existirá el peligro de que la Administración tenga la tentación de bloquear la negociación para ser ella la que establezca, unilateralmente, las condiciones de trabajo. Justamente porque existe esta posibilidad es por lo que la exigencia de negociar con buena fe debe ser exigida a la Administración de una manera efectiva y no meramente formal. La posibilidad de establecer unilateralmente las condiciones de trabajo debe entenderse de manera residual o estricta; es decir, tan sólo cuando tras un verdadero intento de negociar, sin posturas maximalistas o inamovibles por parte de la Administración, el acuerdo no sea posible⁶⁶.

Si tal como acabamos de señalar el contenido de la obligación de negociar de buena fe es mantener una actitud seria y razonada para intentar llegar a un acuerdo con la contraparte, la cuestión ahora es si la actuación del Gobierno en este punto fue o no conforme al respeto a esta obligación. Resalta que el Gobierno desde el primer momento quiso no incrementar la retribución de los funcionarios, ni de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de 15 de septiembre de 1994, ni de ninguna otra manera⁶⁷. Tanto la SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000, 2585)⁶⁸, como la doctrina laboral que la estudió⁶⁹, estimó que tal actitud era contraria a la obligación de negociar de buena fe. En la práctica el Ministro que lo representaba en la Mesa general se limitó a comunicar a los sindicatos que no habría incremento retributivo alguno.

Por contra, la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318) estima justamente lo contrario. Así, en su Fundamento primero afirma que de la literalidad del Acta de la Sesión de la Mesa general de negociación se deduce la «voluntad del Gobierno de mantener el diálogo». En el Fundamento quinto afirma también que «hubo negociación en la que estuvo presente el Acuerdo de 15 de septiembre de 1994, así como los aspectos salariales y normativos del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales

62. En este sentido parece moverse la STS de 25 de junio de 2001 (RJ 2001, 5738). Una interpretación exclusivamente literal puede conducirnos a entender que el desacuerdo de una de las partes para incluir alguna de las materias señaladas en el art. 32 LOR (RCL 1990, 1505) es suficiente para que no exista obligatoriedad para negociar dicha materia. No obstante esta interpretación podría conducirnos a la situación absurda en la que la Administración rechazase negociar cualquier materia, con lo que la negociación sería imposible. Por otra parte la interpretación meramente literal de este precepto es contraria al resto de artículos que hemos señalado. Estimo que la interpretación más adecuada ha de ser la sistemática, conectando el art. 33 con el 32 LOR. Esta última norma no sólo establece una enumeración de materias concretas y determinadas, sino que además el ap. k) establece una regla de carácter general en la que se menciona con carácter abierto otras materias que «afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con las Administraciones». Es decir, parece que sobre estos concretos supuestos sería necesario llegar a un acuerdo para incluirlas en el procedimiento de negociación al no estar expresamente recogidas en el art. 32 LOR.

63. ROQUETA BUJ. R.: *La negociación colectiva* ..., op. cit., pg. 338 y ss.; esta misma autora en *La negociación del incremento de las retribuciones* ..., op. cit., pg. 59.

64. VALDÉS DAL-RE. F.: *Los derechos de negociación* ..., op. cit., pg. 855.

65. Tal como hemos visto antes (STC 107/2000 [RTC 2000, 107]) una conducta empresarial tendente a evitar la negociación para facilitar la fijación unilateral de las condiciones de trabajo por el empresario, es una violación del deber de negociar.

66. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: op. cit., pg. 73.

67. Recordemos como el Acta de la reunión de 19 de septiembre de 1996 se afirmaba esta posición; que es reiterada en el Parlamento ante una interpelación del PSOE en fecha de 9 de octubre de 1996, donde el Ministro para las Administraciones Públicas mencionó la famosa frase de «no nos hemos sentado a negociar (...) nos pareció más sensato no estar –y perdón por la expresión, que en cualquier caso es muy clara– mareando la perdiz».

68. Así ampliamente en el F. 3: «La buena fe engloba la imposibilidad de obstruir una negociación colectiva con medios de presión mientras la misma se produce, pero también, y fundamentalmente, el intento serio y razonado de llegar a acuerdos sobre el objeto de la negociación (...). Sin embargo, el principio que venimos examinando, negociación efectiva y buena fe, no implica la necesidad de alcanzar un acuerdo –aunque sí de intentarlo–, siempre que el desacuerdo no sea imputable a actitudes obstruccionistas de las partes. En este punto hemos de señalar: 1.-que la Administración vulneró la Ley –en los términos señalados– al excluir de la negociación de manera unilateral el incremento retributivo; 2.-que la Administración tenía la obligación de negociar de buena fe el incremento que nos ocupa; y 3.-que la Administración no tiene obligación de llegar a un acuerdo sobre tal aspecto».

69. ROQUETA BUJ. R.: *La negociación del incremento de las retribuciones* ..., op. cit., pg. 60; GÓMEZ CABALLERO, P.: op. cit., pg. 45; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: op. cit., pg. 21; RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.: op. cit., pg. 38.

del Estado, puntos que figuran en el orden del día de las reuniones de la Mesa General de Negociación de 19 de julio y 19 de septiembre», concluyendo que «En definitiva, la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación, ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe. Lo que ocurrió fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el artículo 37.2 de la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450)».

Por otra parte, si bien es cierto que existe una obligación de negociar el incremento retributivo, también es cierto que la política económica, cuya principal plasmación es la LPGE, le corresponde al Gobierno; y ésta puede obedecer a intereses generales tales como la contención de inflación, control del déficit público o lograr alcanzar determinados parámetros que permitieran el ingreso en la Europa del Euro.

¿Puede respetar la consecución de tales intereses generales el deber de negociar? Entiendo que sí, pero para ello es necesario negociar, pero negociar de verdad. Es decir, si desde el primer momento la Administración demuestra con su actuación que no va a permitir, de ninguna manera, un acuerdo diferente a su propuesta, no hay negociación, ni, por supuesto, puede decirse que esta sea de buena fe. No se respeta el deber de negociar si hay una mera apariencia de negociación, convocando la Mesa tan sólo de manera formal, o limitándose a establecer un punto del orden del día sobre la retribución que se plasma en una simple información relativa a que no va a haber una subida salarial; y sin ofrecer el más mínimo resquicio a una contrapropuesta⁷⁰.

De los hechos parece deducirse que el Ministro de Administraciones Públicas ni negoció, ni lo intentó. Tal como se menciona en la literalidad de la STS de 21 de marzo de 2002, el Ministro en la sesión de la Mesa General de 3 de diciembre de 1996, afirmó que «el Gobierno no puede moverse del planteamiento realizado en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 1997»⁷¹; es decir, se había decidido con antemano el no incremento retributivo, de manera que no había nada que negociar. Más aún, aunque el Gobierno llevó a la Mesa propuestas alternativas, lo cierto es que no tenían concreción alguna y eran propuestas absolutamente generales, que ni tan siquiera pues el Gobierno no quería entrar a desarrollarlas⁷². Por otra parte, tampoco consta que el Gobierno intentase explicar a la contraparte cuales eran las razones, de interés general, que le compelian a establecer un incremento cero para 1997; muy al contrario, parece que, como señaló el señor Ministro, no se quiso «marear la perdiz»; es decir, que ni tan siquiera merecía la pena perder el tiempo negociando⁷³. No hubo, por tanto, un intento, razonado y serio de llegar a un acuerdo, por lo que se violó el deber de negociar de buena fe.

En todo caso es necesario hacer una reflexión final: ¿puede entenderse violado

70. En este sentido RUIZ CASTILLO, M. M.: «(...) el argumento de que el orden del día deja constancia de la existencia de negociación, no es que parezca traído por los pelos y que en modo alguno cumpla con los requisitos mínimos, porque es irrelevante, para acreditar que hubiera existido negociación, no ya de buena fe». Op. cit., pg. 154.

71. F. I.

72. Tal como consta en la literalidad de la misma STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4318), F. 1: «En el documento presentado se realizan propuestas de incrementos retributivos para 1998 y 1999. Forzosamente son propuestas generales porque el Gobierno no está en condiciones en estos momentos de concretarlas. A medida que vayan evolucionando los compromisos de convergencia, se podrán concretar las mismas».

73. ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pg. 28.

el deber de negociar cuando la actuación del Gobierno, tal como la hemos descrito, afecta tan sólo a una de las materias del artículo 32 LOR, sin que haya una negativa a negociar otros aspectos? Entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, pues al margen de que se trate de una de las materias que expresamente se recoge en el artículo 32 LOR, de donde se deduce que la obligación se predica de todas y cada una de ellas individualmente, lo cierto es que la materia retributiva es absolutamente fundamental en la negociación colectiva; es la principal de las materias objeto de negociación. La actuación del Gobierno supone vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios tal como se configura a través de la LOR.

Una vez afirmado que se ha producido un incumplimiento de la obligación de negociar debemos analizar las posibles consecuencias jurídicas. El principal problema va a residir en si el incumplimiento anula la regulación sobre retribuciones que aprueba la LPGE. Desde mi punto de vista la respuesta debe ser negativa. Si bien podemos encontrar una interesante línea jurisprudencial favorable a entender que si se incumple el deber de negociar, el acto normativo aprobado por el Gobierno o el órgano de gobierno correspondiente es nulo⁷⁴, lo cierto es que dicha línea contempla situaciones en las que la materia objeto de negociación es competencia propia del órgano de gobierno, y no materias que están amparadas por la reserva de ley. En este caso estamos ante el incremento retributivo, siendo sujeto afectado por el deber de negociar el Gobierno, que recordemos negocia a los efectos de incluir lo acordado en el proyecto de LPGE. Ahora bien, la aprobación de la LPGE no es de su competencia, sino del Parlamento, y el poder legislativo no es sujeto de la negociación, luego la obligación de negociar no le es imputable. Dicho de otra manera, quien ha incumplido su obligación es el Gobierno; pero las Cortes Generales han desarrollado su actuación de manera lícita, no han incumplido obligación alguna de negociar. Por tanto, no es posible hacer recaer sobre un sujeto los incumplimientos de otro.

Estimo, por tanto, que si el incumplimiento no es imputable al poder legislativo, la LPGE por él elaborada no puede considerarse nula⁷⁵. Esto supone distinguir entre aquellos supuestos en los que la obligación de negociar afecta a materias que entran dentro del ámbito de competencia del Gobierno (donde si puede aplicarse la sanción

74. Podemos encontrar diferentes resoluciones en el TS, así la STS de 14 de abril de 2000 (RJ 2000, 4823), que se refiere a la anulación del Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Sanjén, por el que se aprueba el Presupuesto General del Ayuntamiento, por afectar a materias de obligada negociación a tenor del art. 32 LOR (RCL 1990, 1505). La STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4543) establece la nulidad de una convocatoria de pruebas selectivas de funcionarios. Otra es la STS de 6 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2165), se refiere a la anulación de una Orden de la Junta de Andalucía que desarrollaba el Plan Forestal de Andalucía y que suponía la modificación de condiciones de trabajo relativas a la jornada laboral y el horario. En cuanto a la STS de 16 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8791), sobre la impugnación de los artículos de un RD de la Región de Murcia que regula la provisión de puestos de trabajo. También podemos referirnos a la STS de 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9040), sobre la anulación de un Decreto de la Comunidad Autónoma de Canarias, que regulaba las indemnizaciones por asistencia y servicios singulares fuera del horario normal de trabajo, materia que afecta, evidentemente, a la retribución de los funcionarios. También es posible detectar esta misma doctrina jurisprudencial en los TSJ; así la STSJ de Navarra de 5 de abril de 2001 (RJCA 2001, 684), sobre nulidad de Disposición Adicional de un Decreto Foral sobre Atención y Seguimiento Personalizado de la Asistencia Sanitaria, por afectar a condiciones de trabajo; también la STSJ de Valencia de 14 de abril de 1998 (RJCA 1998, 1291) sobre nulidad de una Resolución del Consejero de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana relativa a la amortización de puestos de trabajo, pues contiene aspectos que afectan a las condiciones de trabajo. Sobre esta interpretación vid. DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: op. cit., pg. 320.

75. Podemos señalar, no obstante opiniones contrarias, como la de ALFONSO MELLADO, C. L.: op. cit., pgs. 27 y 28.

de nulidad), de aquellos casos en que la materia está afectada por el principio de reserva de ley (donde no puede aplicarse dicha sanción)⁷⁶. Entiendo, por tanto, que también en este caso la solución ha de tener carácter indemnizatorio.

Consideraciones críticas sobre el acuerdo de empresa tipificado por el art. 44.4 ET

BELÉN GARCÍA ROMERO Y FRANCISCA FERRANDO GARCÍA

Profesoras Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Murcia)

SUMARIO

- I. DETERMINACIÓN DEL MARCO CONVENCIONAL APLICABLE A LOS TRABAJADORES CEDIDOS: UNA NUEVA CATEGORÍA LEGAL DE ACUERDO DE EMPRESA
- II. ANTECEDENTES: LA ADMISIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS ALTERNATIVOS AL CONVENIO DE LA EMPRESA CEDENTE
- III. NATURALEZA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE EMPRESA «EX» ARTÍCULO 44.4 ET
- IV. CONTENIDO Y LÍMITES
- V. REQUISITOS FORMALES—1. *Los sujetos intervinientes*—2. *Negociación y formalización del acuerdo*
- VI. VIGENCIA

76. Justamente en esta dirección ROQUETA BUJ. R.: op. cit., pgs. 47 y 48.