



PRIMERA PARTE

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CAMBIO DE CONDICIONES DE TRABAJO

EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 32 DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: UNA SOLUCIÓN CON NUMEROSOS INTERROGANTES

Juan José Fernández Domínguez*
Universidad de León

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. –II. JUSTIFICACIÓN DE LA NOVEDAD NORMATIVA. –III. UN CAMINO APARENTEMENTE “FACIL” PARA SOLUCIONAR ENTUERTOS Y UNA ALTERACIÓN SUSTANCIAL (¿Y CONSTITUCIONAL?) EN EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. –IV. CONDICIONES EN Y PARA LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN Y MODIFICACIÓN UNILATERAL DE CONVENIOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. IV. 1. El presupuesto habilitante. IV. 2. El acto administrativo de inaplicación de aplicación del convenio. IV. 3. Los destinatarios de la medida. IV. 4. El procedimiento para la adopción del acuerdo.

RESUMEN

Cuando el legislador decide extender al personal laboral la facultad que ya contemplaba el art. 30. 10 EBEP para los funcionarios, y así poder suspender o modificar la aplicación de convenios colectivos, abre una Caja de Pandora que, sin perjuicio de su carácter lógico (al fin y al cabo se trata de la contención del gasto que suponen todos los empleados públicos), suscita numerosos interrogantes, en particular por el uso –y abuso– de conceptos jurídicos indeterminados y la parquedad en su formulación. Este ensayo trata de poner de relieve los problemas de constitucionalidad y operatividad del precepto, acercándose, para ello, a las primeras muestras que ofrecen los Tribunales y las valoraciones de partida que han merecido para la doctrina.

Palabras clave: negociación colectiva, personal laboral de las Administraciones, inaplicación de convenio colectivo.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, contiene, dentro del variopinto conjunto de medidas “de ajuste”, lo que para cualquier laboralista constituye una auténtica delicatessen. Su art. 7 añade un párrafo segundo al art. 32 EBEP, bajo cuyo tenor “se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de los Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación”.

El precepto, amén del dato curioso de hacer referencia a los convenios colectivos una vez en minúsculas y otra en mayúsculas, presenta una importancia tal que, pese a estar llamado a actuar sólo en circunstancias extremas que requieren una adecuada justificación, exige plantear abiertamente lo que supone para la negociación colectiva tanto con carácter general como en la específica del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y demanda profundizar en los requisitos para su operatividad en el plano subjetivo, causal, sustantivo, temporal y procedimental. Todo en aras de que tan concreto regreso a la unilateralidad no acabe desbordando los márgenes de identidad de un ordenamiento al cual los embates de la presente crisis (y su gestión concreta) no dejan de amenazar peligrosamente.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA NOVEDAD NORMATIVA

En el contexto que recoge la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 20/2012, de consolidación fiscal y sostenibilidad de las cuentas públicas, se considera imprescindible adoptar “medidas que ahorren gastos de personal e incrementen la calidad y productividad del empleo público”, y el legislador se detiene a justificar algunas de las más salientes adoptadas, entre ellas la que aquí concita el interés. Señala, a tal efecto, que “este mecanismo ya estaba previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y la modificación que ahora se introduce no hace sino aclarar su ámbito de aplicación y homogeneizar su tratamiento, con independencia de que los acuerdos hayan sido adoptados en el ámbito de las mesas generales de negociación o a través de la negociación colectiva del personal laboral”.

Escueta dicción que manifiesta una verdad solo a medias: cierto es que, con mimética formulación a la ahora incorporada, se contemplaba en el EBEP, pero, en principio, sólo para los acuerdos y pactos de los funcionarios², no para los convenios de los laborales³; ello sin perjuicio de la posibilidad de extender la desvinculación o inaplicación de las condiciones de trabajo surgidas de las nuevas mesas generales de negociación instituidas al amparo de los arts. 36.3 y 38.8 EBEP para la determinación de un régimen común de prestación de servicios del conjunto

² “Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de un alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación” (art. 38.10 EBEP).

³ STS 29 septiembre 2011. (Rec. 25/2011). Por todos, el sugerente e ilustrado ensayo en este punto de PALOMAR OLMEDA, A.: “La desvinculación de lo pactado en El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Administrativa*, núm. 144, 2009, en especial págs. 630 y 637 y ss.

de los empleados públicos⁴, con lo que ello trae aparejado de “publicación o administrativización de la negociación colectiva laboral”⁵, completada en el art. 3. e) LJS, al atribuir el enjuiciamiento de las impugnaciones realizadas contra estos pactos o acuerdos mixtos a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tras este pequeño *lapsus late* —y en ese aspecto la justificación es certera— la consciencia de una “situación ciertamente paradójica pues [la Administración] podía desvincularse de los excesos de la negociación llevada a cabo con una parte de sus empleados (los funcionarios), pero no podía hacerlo en igual medida en relación con el personal laboral”⁶. Y ello pese a supuestos, no infrecuentes, en los cuales se había demostrado que los convenios colectivos contenían una manifiesta desproporción o desequilibrio entre el haz de derechos que se reconocían a los trabajadores públicos (o cuasipúblicos) y las obligaciones que asumían, al menos en un contexto como el español de este momento⁷.

Obviamente a parecido resultado al pretendido en el precepto ahora analizado podría haberse llegado indirectamente por otras vías. En concreto, primero, a través de modificaciones presupuestarias contempladas en una norma con rango de ley, que por definición pueden introducir un límite a la negociación colectiva (las condiciones de trabajo recogidas en un convenio deben estar “dentro del respeto a las leyes” según establece el art. 85.1 ET, en relación con los arts. 21 —“las cuantías de las retribuciones básicas deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos”— y 27 —“las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral”—) y permitir reducciones salariales sin necesidad de estar y pasar por las formalidades requeridas en el art. 41 ET para la modificación de condiciones de trabajo; fórmula que, según el Tribunal Constitucional, no vulnera el

⁴ Sacando de la “ilegalidad” la negociación conjunta [por el acervo que incorpora, STS, Cont-Admitivo, 9 junio 2006 (Rec. 25/2011) y abriendo un cauce no obligatorio [TORRENS MARGALEF, J.: “La singularidad de la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Manual jurídico de negociación colectiva*, Madrid (La Ley), 2008, pág. 1304], sino opcional [LÓPEZ GANDÍA, J.: “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Vol. II, Madrid (MTAS), 2009, pág. 613], o añadido, que no priva de virtualidad a los convenios propios o específicos [MAURI MAJÓS, J.: “Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV. (ORTEGA ÁLVAREZ, L., Dir.): *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados), 2007, pág. 308].

⁵ ROQUETA BUJ, R.: “El Real Decreto ley 8/2010, de 20 de mayo, y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2010 (BIB 2010/3744), pág. 2.

⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público, Madrid (Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local), 2013, pág. 256.

⁷ Baste aludir, por el ejemplo, a la SAN 10 mayo 2010 (Proc. 4/2010), la cual aborda las condiciones laborales de los controladores aéreos contemplada en el convenio suscrito entre el sindicato UCESA y AENA (entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento), calificadas de tan desorbitantes como para llegar a considerar que la negociación colectiva había perdido el papel que la Constitución le encomienda. Para más detalles sobre el caso, IGARTUA MIRÓ, M. T. y MARÍN ALONSO, I.: “El conflicto laboral de los controladores aéreos. Regulación heterónoma de condiciones de trabajo versus autonomía colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011, págs. 209 y ss.; incidiendo en la diferenciación de este supuesto con el contemplado por la STSJ Madrid 17 abril 2012 (Rec. 7/2012), VALLEJO DA COSTA, R.: “Sobre la legitimación de las Administraciones Públicas autonómicas para modificar el régimen de jornada de trabajo establecido en convenio colectivo del personal laboral a su servicio”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, págs. 126 y 127.

derecho a la negociación colectiva⁸, en criterio secundado por el Tribunal Supremo⁹. En segundo término, y con un efecto mucho más incisivo (por cuanto no sólo alude a condiciones retributivas en sentido estricto), al utilizar, también, normas con rango de ley para establecer reglas inalterables para quienes son parte en el convenio, ora sea de carácter general, vinculando a todas las empresas y trabajadores, e incluyendo por consiguiente al personal laboral de las Administraciones (conforme ocurre con la disposición adicional 10^a ET, el art. 4 Ley 3/2012, de 6 de julio, o la renovada –por Ley 35/2010, de 17 de septiembre– disposición adicional 4 Ley 14/1994, de 1 de julio), ora dirigidas específicamente a este colectivo (art. 4^a Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, o, justamente, varios de los preceptos contenidos en el Real Decreto-Ley 20/2012)¹⁰.

Sin embargo, estas últimas decisiones, amén de las dudas sobre su constitucionalidad (debiendo remitir a las consideraciones posteriores, por presentar la misma raíz problemática), suponen un coste político excesivo para el Gobierno¹¹ y parecen situar en una alerta y provisionalidad abierta a todas las Administraciones. Preferible resultaba hacer pesar sobre cada concreta Administración tan impopular remedio; de ahí el acudir a esta solución que hace “responsables” directos a los órganos de gobierno concretos que la han de adoptar.

De nuevo, y en teoría, no tendría por qué acudir a un remedio tan radical, menos aún cuando justamente se han potenciado (mediante la Ley 30/2012, de 6 de julio) los mecanismos de descuelgue (y, por actuar funcionalmente de manera similar, de modificación sustancial) de condiciones de trabajo contenidas en convenio colectivo¹². La realidad de las Administraciones Públicas, sin embargo, camina por otro lado, pues la técnica contemplada en el art. 82.3 ET dista de acomodarse a este ámbito, no sólo por razones causales¹³ o procedimentales (el re-

⁸ Sobre precedentes que arrancan –y cita– de los límites presupuestarios a los incrementos salariales, pero se adentran en esta procelosa cuestión, ATCo 85/2011, de 7 de junio. Entre los precedentes que cabría destacar, procede reseñar –a título de mera muestra, por su afinidad con la materia abordada– las STCo 63/1986, de 21 de mayo; 96/1990, de 24 de mayo; 171/1996, de 30 de octubre; 103/1997, de 22 de mayo; 62/2001, de 1 de marzo; 24/2002, de 21 de enero o 148 y 222/2006, de 9 de mayo. En la doctrina, el pionero e incisivo ensayo de BARRERO GONZÁLEZ, G.: “Sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral en el sector público”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27, 1986, págs. 445 y ss; tras más de dos décadas y un cúmulo de pronunciamientos judiciales, compartiendo aquel parecer, LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público* (Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público), Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2009, págs. 272-274.

⁹ Entre otras muchas, SSTS 10 y 23 febrero, 23 y 24 abril y 19 junio 2012 (Recs. 107/2001, 146/2011, 186/2011, 60/2011 y 129/2011, respectivamente). Reflexionando con mayor profundidad sobre la inexistencia de lesión del derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical en este aspecto, STS 20 septiembre 2012 (Rec. 233/2011).

¹⁰ Con detalle sobre ambas posibilidades, su utilización en cada caso concreto y los problemas de constitucionalidad que pueden derivar de la segunda de las vías enunciadas, CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales*, núm. 17, 2012, págs. 44-50.

¹¹ Al respecto cabe remitir a la reflexión, para un supuesto paradigmático que analiza desde el punto de vista de la atribución de competencias las repercusiones de normas autonómicas dispuestas a “corresponsabilizarse” de aspectos que claramente afectan a lo contemplado en los arts. 149.1.13^o y 186.1 CE, CASTILLO BLANCO, F.: “Los derechos retributivos de los empleados públicos”, en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 240; de forma más concluyente, VALLEJO DA COSTA, R.: “Sobre la legitimación de las Administraciones Públicas autonómicas para modificar el régimen de jornada establecido en convenio colectivo del personal laboral a su servicio”, cit., págs. 126-426.

¹² Bajo tal criterio, apuntando como “llama la atención que (...) el legislador considere que los mismos son insuficientes para el sector público, de modo que acaba admitiendo el apartamiento unilateral respecto del convenio, en contra de lo previsto en el artículo 82.3 ET”, SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (RD Ley 20/2012, de 13 de julio)”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, pág. 26.

¹³ CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., págs. 40 y 41.

curso a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos es –pese alguna excepción y de propuestas sugerentes para remediar el óbice¹⁴ – prácticamente inviable¹⁵ y el arbitraje final en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, al mostrar que los intereses de los trabajadores sólo están representados por una de las partes y las del empleador público tutelados por dos –uno en cuanto tal y otro en cuanto Administración–, carece de un elemento esencial a cualquier arbitraje, cual es la independencia¹⁶), sino, fundamentalmente, porque no concurre el supuesto de hecho habilitante para su aplicación.

En efecto, y dejando aparte los supuestos –no infrecuentes– de Ayuntamientos de población relativamente escasa sin convenio, en los cuales el sectorial de la actividad de que se trate está llamado a operar como referente regulador de la relación laboral de sus trabajadores¹⁷, en las Administraciones que disponen de convenio éste será de ámbito empresarial o inferior, en tanto, según firme doctrina del Tribunal Supremo¹⁸, y aun cuando sean una pluralidad las Administraciones afectadas (y, por tanto, se asemejarían a convenios supraempresariales o sectoriales¹⁹), el producto negocial siempre habrá de ser equiparado al de empresa²⁰ o “grupo de empresas²¹”, dada la inviabilidad de constituir asociaciones en este campo y esfera²² (ello sin perjuicio de utilizar la legitimación de los sindicatos más representativos y meramente representativos prevista para los de ámbito superior a la empresa, con el consabido recurso a una asimétrica composición del llamado banco social –art. 88 ET– y empresarial –art. 87 ET–²³), sin sopesar la realidad de una pluralidad de Administraciones, centros o unidades afectadas (u otras alterativas bajadas por la doctrina²⁴), ni tampoco la extensión territorial, valorando únicamente la unidad de dirección económica o administrativa que proporciona cohesión a los intereses en juego²⁵. Por consiguiente, no media –por lo común– la necesaria concurrencia de convenios que habilite el

¹⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2011, pág. 265.

¹⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, cit., págs. 260 y 261.

¹⁶ LÓPEZ GÓMEZ, J.: “Jaque (mate?) al derecho de negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones públicas”, en www.jmlopezgomez.wordpress.com.

¹⁷ En tesis no pacífica, “los convenios colectivos estatutarios constituyen convenios colectivos de eficacia general o erga omnes porque alcanzan fuerza normativa y constituyen la segunda fuente de la relación laboral en el orden jerárquico que de tales fuentes suministra el art. 3.1 ET, llegando a formar parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que obligan no sólo a los negociadores y a los representados por ellos, sino a muchos trabajadores y empresarios que ni participaron en la negociación ni tampoco estaban representados por los negociadores”, SSTS 7 octubre 2004 (Rec. 189/2003) y 1 junio 2005. (Rec. 15/2004)

¹⁸ Formada en la década de los noventa y que recopila de manera exhaustiva la STS 21 diciembre 1999 (Rec. 4295/1998).

¹⁹ LAHERA FORTEZA, J.: “Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV. (RUANO RODRÍGUEZ, L., Dir.): *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas. A propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (CGPJ), 2007, pág. 136.

²⁰ Para el análisis de esta línea hermenéutica, RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (*La Ley*), 2011, págs. 437 y 438.

²¹ SSTS 21 junio 1996 (Rec. 546/1995), 7 octubre 2004 (Rec. 189/2003) y 1 junio 2005.

²² ROQUETA BUJ, R.: “Los ajustes en materia de personal en las Administraciones Públicas”, *Boletín de Función Pública del INAP*, núm. 6, 2011, pág. 43.

²³ Sobre este rasgo resulta muy ilustrativa la sucinta, pero hartamente sugerente, la reflexión de SALA FRANCO, T.; BLASCO PELLICER, A. y ALTÉS TÁRREGA, J.: *La negociación colectiva en el empleo público*, Madrid (MTAS), 2001, págs. 18 y 19 o RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 439 y 440.

²⁴ Así, la constitución de asociaciones de Administraciones como empresarios, siguiendo el modelo de algunos países vecinos, según muestra LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal de las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas), 1995, págs. 398 y 399.

²⁵ MARÍN ALONSO, I.: “Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011, pág. 17.

descuelgue de uno vinculante de ámbito superior²⁶, y aun cuando pudiera operar el conocido como “autodescuelgue” que de manera expresa reconoce el legislador en 2012²⁷, tal solución dista de ser algo nuevo, pues desde el inicio de la época democrática reciente esta posibilidad de revisar un convenio con anterioridad a su pérdida de vigencia siempre fue factible para sus partes y, además, el intento fallido a instancia de la Administración sigue contando con los obstáculos supra reseñados.

Bajo tan compleja urdimbre sobrevuela el ingenio (en realidad poco imaginativo, pues beben del fracaso legal, el informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP y de la fuente de la jurisprudencia para evitar y eliminar cuanto fue la razón fundamental a la hora de conformar su criterio) de quienes inspiran el ejecutivo. Desde estas líneas se ignora si conscientes o inconscientes de los problemas jurídicos aparejados a su intento de solución, fundamentalmente debidos a la parquedad de datos llegado el momento de aplicarlo.

III. UN CAMINO APARENTEMENTE “FÁCIL” PARA SOLUCIONAR ENTUERTOS Y UNA ALTERACIÓN SUSTANCIAL (¿Y CONSTITUCIONAL?) DEL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En orden a poder valorar el impacto del párrafo analizado, resulta necesario acudir al precedente ofrecido por el art. 38.10 EBEP, al cual copia casi literalmente. Sabido es que el precepto aparece sugerido en el informe de la Comisión de Expertos; recomendando, no obstante, “que no debería interpretarse extensivamente so pena de desvirtuar el libre ejercicio de la negociación colectiva”. Se trataría, a través suyo, de introducir un *ius variandi* (o una “válvula de seguridad” semejante a la que la Administración tiene en la contratación pública²⁸) “por razones de interés general que ya admitía la jurisprudencia”²⁹.

En una aproximación dogmática, bajo ese *ius variandi*, que acompaña al compromiso general de la Administración de respetar el cumplimiento de lo acordado con los interlocutores en el sector público, subyace la posibilidad de desvirtuar el *pacta sunt servanda* colectivo reconocido en el art. 37.1 CE³⁰, actuando como una excepción a la eficacia general de los convenios³¹, que doctrinal³² y judicialmente³³ ha sido considerado como una aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. De aceptar esta aproximación al ordenamiento privado, no cabe duda que la opción por la teoría objetiva en su día perfectamente aquilatada por el clásico romano³⁴, y ahora “labo-

²⁶ Conforme postulaban SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012* (Estudios del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero), Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2012, pág. 132.

²⁷ Con detalle, BODAS MARTÍN, R.: *Incidencia de la Ley 35/2010, de 18 de septiembre, en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas*, Albacete (Bomarzo), 2011, pág. 57.

²⁸ SALA FRANCO, T.: “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentario a la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público*, Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 310.

²⁹ Citando la STCo 62/2001, de 1 de marzo y la STS, Cont.-Adm. 21 marzo 2002 (Rec. 1074/2001), SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, 6ª ed., Madrid (Tecnos), 2011, pág. 271.

³⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pág. 53.

³¹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012, Estudios del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero*, cit., pág. 132.

³² MARÍN ALONSO, I.: “Negociación colectiva, representación y participación institucional”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M., Dirs. y HIERRO HIERRO, F. J., Coord.): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Madrid (La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados), 2010, pág. 895.

³³ STS 28 septiembre 2011. (Rec. 251/2011).

³⁴ CICERÓN, M. T.: *De officiis*, Libro I, Capítulo X.

realizada³⁵ ofrece un nuevo campo a explorar (como lo serían, por cierto, otras no menos sugerentes, ya desde una perspectiva subjetiva –teoría de la presuposición o de la base jurídica del negocio– u objetiva –teorías del equilibrio o equivalencia de las prestaciones, excesiva onerosidad sobrevenida, de la causa, de los riesgos; ello por no mentar la *vis maior* asociada a un extraño *factum principis interno*³⁶); con todo, el enfoque no dejaría de constituir un sutil intento de reconducir la decisión legal a un ámbito inapropiado, por cuanto en la presente ocasión una de las partes disfruta de la auctoritas necesaria para convertir lo bilateral en unilateral³⁷, presupuesto que no concurre en la contratación privada.

Cualquier planteamiento al respecto exige, por tanto, un enfoque necesariamente constitucional que parta del papel relevante asignado por el art. 37.1 CE al legislador, quien “garantizará” el derecho constitucional y sus frutos (“al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y sus resultados³⁸), incluyendo la fuerza vinculante de éstos. Es indudable que la misión configuradora queda meridianamente atribuida, y con ello el orden jerárquico de fuentes³⁹; cuanto no parecen claros son sus límites en este caso, pues no sólo un precepto legal autoriza a desandar lo avanzado y seguir profundizando en la herida de los laborales públicos, quienes reciben en esta época crítica los embates de la normativa –de regresión– dirigida a cualquier trabajador y, también, los propios de su particular empleador (desde luego fácil de elucidar formalmente –que no finalmente–, dado el elemento diferenciador evidente en la parte empresarial, el posible trato diferencial que pudiera llevar a pensar en una vulneración del art. 14 CE), sino también –y sobre todo– un ataque al propio derecho a la negociación, al sufrir una restricción contra natura y contra la encomienda mentada: el garante decide que la Administración pueda suspender o modificar cuanto debía avalar y propulsar la inaplicación de lo acordado precisamente en su propio seno.

Los términos en los cuales puede hacerlo tienen un límite claro y que sirve para justificar la excepción a la regla, pues lo extraordinario –entre lo imprevisible o previsible pero inevitable– aboca a un estado de necesidad capaz de avalar la adopción de decisiones de igual naturaleza (curiosamente, y a la par, quizá hubiera sido pertinente en algún momento aludir a la responsabilidad de los gestores cuando se hubiera llegado a tal situación por su quehacer negligente; en todo caso es “inexplicable⁴⁰, o por lo menos cuestionable, que se tome una decisión de tal calado como la aquí analizada y no se haya seguido la sugerencia que aparece en el primer borrador del EBEP, recomendando la conveniencia de recoger en su articulado, para el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas, la facultad de control previo de los convenios colectivos por los órganos correspondientes de Hacienda con la finalidad de verificar su ajuste o no a las posibilidades dentro de las que se mueven las normas destinadas a regular los ingresos y gastos de las distintas Administraciones) ante las circunstancias derivadas de un fuerte desequilibrio en las cuentas públicas, en la línea que establece la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y exigen los principios de legalidad y cobertura presupuestaria⁴¹.

³⁵ Sobre su “laboralización”, en un contexto ciertamente diferente al que inspira su planteamiento (se trataba de modificar o suspender mejoras voluntarias recogidas en convenio, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 96, 1999, págs. 519 y ss.

³⁶ Para una perspectiva más acabada de todas las opciones enumeradas, sus presupuestos y aplicación, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo, Madrid (Civitas), 1992, pág. 29 y ss.

³⁷ BESSONE, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán (Giuffrè), 1969, págs. 51-56 y, sobre todo, 99 y ss.

³⁸ En los contundentes términos de la STCo 208/1993, de 28 de junio.

³⁹ Concluyente, y vinculado íntimamente al tema abordado, el ATC 7 de junio de 2011, cuestión de inconstitucionalidad núm. 8173/2010, inadmitiendo la planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia nacional frente al Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, que adopta medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

⁴⁰ El calificativo, harto expresivo, de RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 442.

⁴¹ Conforme razonan, por ejemplo, las SSTSJ Madrid 30 junio y 6 julio 2011. (Recs. 1695/2010 y 1751/2010).

No obstante, ceñir su intervención sólo “a la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”, lo cual llama a esa interpretación restrictiva a que aludía la Comisión de Expertos, bajo el riesgo de desvirtuar el derecho analizado⁴² y, por tanto –y sobre todo–, a los límites materiales y temporales a los que posteriormente se aludirá⁴³.

Pero además de tan importante matiz constitucional, también cabe dar cuenta de otra interesante repercusión legal. Cuando el art. 31 EBEP reconoce el derecho a la negociación colectiva a todos los empleados públicos lo hace dotándolo de una ordenación separada. Para los funcionarios cuanto establece esa propia ley (argumento que sirve a la perfección a los Tribunales para negar que la aplicación del art. 38.10 EBEP vulnere el derecho a la negociación colectiva, ni siquiera –“menos aún”, llegan a afirmar– a pesar de su vinculación intrínseca a la libertad sindical⁴⁴); para los trabajadores remitiendo a las normas laborales (Título III ET), si bien el reenvío no es absoluto, pues a estos últimos también le serán de aplicación cuantos preceptos contenidos en el Capítulo IV EBEP “expresamente” así lo establezcan (art. 32), lo cual tiene lugar (dejando al margen las previsiones sobre las materias susceptibles y excluidas de negociación y el límite de la legalidad presupuestaria que afecte a la retribuciones) en una única ocasión, referida a los acuerdos mixtos del art. 36.3, acompañada, para separar nuevamente los regímenes jurídicos, de la previsión recogida en el art. 38.8 sobre la diferente consideración y efectos de aquéllos según afecten a las condiciones del personal laboral (art. 23.2 ET) o de los funcionarios (los específicamente recogidos en aquel apartado 8 del art. 38 EBEP)⁴⁵.

Cabe presumir que la ubicación sistemática del nuevo precepto no es aleatoria. Podía haberse situado la previsión en el art. 38.10 EBEP –para, de este modo, además, evitar una re-

⁴² ARBONÉS LAPENA, H. I.: “Administración pública y negociación colectiva tras las reformas de 2011 y 2012”, núm. 4, 2012 (BIB 2012/1156), pág. 2. En alusión a las implicaciones del Convenio núm. 51 OIT ante supuestos semejantes al expuesto, ROQUETA BUJ, R.: “La negociación colectiva en la función pública”, *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, pág. 339.

⁴³ RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A. L.: “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L. et alii, Coords. y Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público* (Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2008), Granada (Comares), 2008, pág. 381.

⁴⁴ Recuerdan, de este modo, cómo el Tribunal Constitucional declaró, en su momento, que la negociación colectiva de los funcionarios no había sido incluida en la Norma Fundamental como derecho propio de los mismos [STCo 57/1982, de 27 de junio o 98/1985, de 29 de julio]; apreciación que completan recordando reiterada doctrina del Tribunal Supremo, conforme a la cual la negociación colectiva de los funcionarios no queda incluida en la libertad sindical, sino que constituye materia de legalidad ordinaria. Concluyen así, de manera terminante –y tan discutible como la interpretación sesgada que afectan de los precedentes antecitados– que “se puede mantener que no existe una auténtica negociación colectiva en el ámbito de los funcionarios públicos, no sólo porque la configuración de la negociación colectiva no queda a la plena libertad de los sindicatos y de las Administraciones Públicas concernidas, sino que es la Ley la que determina los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales de procedimiento, sino también, y fundamentalmente, porque lo acordado necesita para su validez y eficacia, en unos casos, de ratificación por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, y en otros, si los acuerdos ratificados tratan sobre materias sometidas a reserva de ley, de la aprobación por los órganos legislativos correspondientes de las Leyes que recogen dichos acuerdos” [SSTSJ, Cont.-AdmTivo, Madrid 30 junio y 6 julio 2011 (Recs. 1695/2010 y 175/2010)]. El argumento anterior es considerado como “una distinción que consideramos relevante” en este punto para justificar la previsión contenida en el art. 38.10 EBEP y su falta de extinción a los convenios del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, donde, a sensu contrario de la argumentación esgrimida, sí existiría verdadero acuerdo de negociación y vínculos con la libertad sindical. Es obvio que el argumento en su día empleado por las SSTSJ, Cont.-AdmTivo, Castilla-La Mancha 8 febrero y 21 marzo 2012 (Recs. 832/2011 (833/2011) habría de ser revisitado –y añadir alguno nuevo para sostener tal tesis– es este punto.

⁴⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Artículo 32”, en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2009, pág. 299.

petición estéticamente poco favorecedora—; sin embargo, el ligeferente prefirió establecer un segundo párrafo precisamente en el único artículo dedicado a los laborales en el modelo de negociación de la Ley, quizá par remarcar que de la remisión en bloque a la normativa social queda excluido este excepcional supuesto, donde el interés general hace que deban caminar de la mano funcionarios y laborales, pero no para negociar, sino justamente para lo contrario, para modificar o suspender la aplicación de lo previamente convenido.

IV. CONDICIONANTES EN Y PARA LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN Y MODIFICACIÓN UNILATERAL DE CONVENIOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Cuando el autor de la norma decide seguir —más de cinco años después— el consejo que en su momento le formuló la Comisión de Expertos de extender la facultad extraordinaria de suspender o modificar gubernativamente los pactos o acuerdos de la negociación colectiva de los funcionarios a los convenios que afectan a los contratados laborales de la Administración Pública, “pues su finalidad —proteger el gasto de personal en su conjunto— afecta por igual a ambos colectivos de empleados públicos”⁴⁶, tenía presente, sin duda, la experiencia que derivaba de la aplicación del art. 38.10 EBEP y el aval que a la misma le habían proporcionado los Tribunales con carácter general⁴⁷.

Allí donde el legislador habilita, y apenas su proporciona mayores datos, los pronunciamientos judiciales permiten integrar algunas lagunas —y acabar por confirmar muchas dudas y problemas— sobre la causa que abre el cauce y las formas de acreditarla, los sujetos que pueden adoptarla y aquéllos a quienes ha de afectar el contenido del acuerdo gubernativo, su extensión temporal o el procedimiento a seguir para “suspender” o “modificar”. Dos términos con —obvio— sentido distinto: el primero destinado a congelar el contenido de la norma pactada; el segundo, “con un alcance más incisivo, ya que altera el contenido del convenio”⁴⁸ (en ambos supuestos, lógicamente, con un alcance que no pueden superar, en principio, el ámbito temporal del contenido original afectado). En la práctica, quien suscribe desconoce ejemplos de modificación, pues todos los analizados parten de la suspensión, quizá porque para ésta basta con informar de las consecuencias derivadas de la adopción de la medida en aras de hacer frente a la precaria situación económica-financiera de la Administración en cuestión, mientras que para aquélla sería preciso —y mucho más complicado— aportar de manera individual una motivación de la alteración individual pretendida y sus concretas repercusiones⁴⁹. La cuestión, llegados a este punto, alcanza un superior calado, pues mientras la relación de entre Ley y acuerdos y pactos para los funcionarios es más simple, la existente entre ley y convenios podría llevar, por mor de la suspensión, a una desregulación o falta de complitud que la prudencia de quienes adopten la resolución siempre habrán de ponderar, lo cual directamente remite al contenido concreto de lo que se suspende y sus condiciones⁵⁰.

IV. 1. El presupuesto habilitante

La adopción de estas iniciativas de inaplicación de convenio, o aplicación bajo distintas pautas, parte de su carácter excepcional, vinculándolas a la concurrencia de “causa grave de interés

⁴⁶ Art. 65, párrafo último del primer borrador, según consta en http://www.mpr.es/función_pública/estatutobásico/estatuto_función_pública/proceso/párrafo/01/documento_es1er_borrador_Estatuto_función_.pdf.

⁴⁷ Entre otras, SSTSJ, Cont.-Adm. Madrid 30 junio 6 julio 2011 (Recs. 1695/2010 y 175/2010) o Castilla-La Mancha 8 febrero y 21 marzo 2012 (Recs. 832/2011 y 833/2011).

⁴⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantilla laborales en el sector público*, cit., 257.

⁴⁹ Valorando la distinta intensidad del control judicial en uno y otro supuesto, JIMÉNEZ ASENCIO, R.: “Gestión de personas en los Ayuntamientos en un marco de contención presupuestaria y de reforma de los Gobiernos locales”, *Jornada-Taller Estudi.Con-LKS*, 2012, pág. 47.

⁵⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Artículo 38”, en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V., Dirs. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 380 y 381.

público” derivada de “una alteración sustancial de las circunstancias económicas”, con el objetivo puesto en “salvaguardar el interés público”; su intensidad la marca precisamente esta meta, pues habrán de ceñir su operatividad a “la medida estrictamente necesaria” para conseguir tal resultado.

La disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 20/2012 ayuda a aquilatar alguno de los términos; en concreto, considera que concurre “causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la contención del déficit público”. Algo es algo en medio de una terminología en la cual los términos ambiguos y genéricos (conceptos indeterminados) convierten la exégesis de la norma en una aventura peligrosa para la necesaria seguridad jurídica.

Más difícil resulta delimitar en el caso concreto la afectación del interés público, pero podría encontrarse un ejemplo normativo en la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 2/2012, de 29 de junio, en virtud de la cual, “para hacer efectiva la minoración de los gastos de acción social previstos en esta ley, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38.10, se suspenden los pactos y acuerdos que contengan previsiones contrarias al mismo”. Ello podría llevar el referente —y se trata de meras muestras sugeridas por la doctrina— a la necesidad objetiva de reducir o suprimir algunas prestaciones de la cartera de servicios, con la adopción correlativa de decisiones adicionales que tenga impacto en el capítulo I de gastos de personal, o con la imposibilidad de hacer frente a los pagos a proveedores de nóminas o cualquier otra de de similar trascendencia⁵¹. En cualquier caso, el canon hermenéutico habrá de estar y pasar por cuanto inspira la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria⁵². Por tanto, admitir (según hacen los Tribunales) invocaciones tales como “la evolución presupuestaria del IPC, la previsión de crecimiento económico, la capacidad de financiación de los Presupuestos y la valoración del aumento de productividad del empleo público derivada de acciones o programas específicos, dada la gravedad e intensidad de la crisis económica y el carácter urgente de reducir el déficit público” en un contexto de más de dos años de déficit en las cuentas públicas⁵³; o “la crisis económica que sufre la economía castellano manchega, la grave situación financiera en la que se encuentra la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y la consecuente necesidad de racionalizar los recursos públicos, en particular los destinados al empleo público, tal y como se reflejan en los informes de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, que sirven como motivación de este acuerdo, así como la obligación de cumplir con los objetivos de déficit público impuestos por el Gobierno de la Nación, se hace necesario adoptar una serie de medidas tendentes a la reducción de gastos, ya anunciados en el reciente Plan de Garantía de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha”⁵⁴.

El lector comprenderá, sin necesidad de mayores argumentos, la relativa facilidad con la cual la Administración puede dejar sin eficacia lo convenido (en contra de cuanto parecen indicar las circunstancias extremas y las consecuencias los menos intrusitas posibles que rezan en el precepto), recuperando sus potestades unilaterales, no en vano los Tribunales no parecen muy

⁵¹ JIMÉNEZ ASENCIO, R.: “Debilidades del marco normativo estructural de empleo público para afrontar un escenario de profunda y persistente crisis fiscal”, en AA.VV. (FUENTETAJA PASTOR, J. A. y CANTERO MARTÍNEZ, J., Dirs.): *Crisis económica y función pública*, Cizur Menor (Aranzadi/Thompson), 2012, pág. 132.

⁵² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, cit., pág. 255.

⁵³ STSJ, Cont.-Admto, Madrid 30 de junio y su casi mimética reproducción en la de 6 de julio 2011 (Recs. 1695/2010 y 1751/2010), recordando el Acuerdo-Marco sobre sostenibilidad de las finanzas públicas para el período 2010-2013 y la necesidad de anticipar algunas medidas previstas en los escenarios que diseña.

⁵⁴ En fórmula, al parecer ritual en ese ámbito, que consta en los Fundamentos de Derecho de las SSTSJ Castilla La Mancha 8 febrero y 21 enero 2012. (Recs. 832/2011 y 833/2011).

exigentes en esta clave argumental, bastando con situar la decisión en una política de contención del gasto público en un marco de crisis general o específico⁵⁵. No se valora la ponderación de cualesquiera otras alternativas –pues es una de las más sencillas de articular–⁵⁶ y, salvado el obstáculo de no atentar contra la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva por obra y gracia del legislador⁵⁷, bastará con ser un poco cuidadoso con principios tan fundamentales –pero de contenido tan genérico como para no poder aspirar a que los órganos judiciales desciendan a sus implicaciones últimas– como son la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad⁵⁸.

No debería tratarse de una causalidad a merced de quien la invoca (en paralelo a cuanto sucede en las antifoléticas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que acompañan a otras decisiones empresariales, con las repercusiones laborales previstas, entre otros, en los arts. 39, 40, 41, 47, 51, 52. c) u 82.3 ET); sin embargo, acaba siendo así con sólo mentar la contención del déficit público en un panorama de Administraciones, por lo general, gravemente endeudadas⁵⁹. Lo excepcional debe ser entendido como el último recurso, no el más fácil o de muy directa aplicación⁶⁰, pero tal no viene ocurriendo en la práctica.

IV. 2. El acto administrativo de inaplicación del convenio

La decisión, según ha declarado algún Tribunal, constituye “una cuestión que no podemos fiscalizar, al corresponder al juicio político de Gobierno”⁶¹. Efectivamente lo es, en cuanto queda atribuido a “los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”, con una expresión lo suficientemente amplia como para hacer referencia no sólo al ejecutivo estatal y de las distintas Comunidades Autónomas, sino también a la Junta de Gobierno Local de los municipios de gran población y a los Plenos de los Ayuntamientos de régimen común y las Diputaciones provinciales⁶²; en consecuencia, sin necesidad de sometimiento alguno a los requisitos institucionales previstos para aprobar normas con rango de ley, vinculándolas tan sólo a cuanto se previene para que tales ejecutivos puedan adoptar esta medida de inaplicación.

Pero una cuestión es que la decisión, desde la vertiente subjetiva de quien la adopta, sea “política”, y otra muy distinta que dicho calificativo se pueda trasladar sin más al acto en que se concreta. El acuerdo no puede ser simplemente político, dados los condicionantes bajo los cuales está llamado a obrar. Es el momento apropiado para recordar algunas de las viejas lecciones de los clásicos y seguir admirando el vigor de su criterio en medio de una vorágine normativa que no se sabe si los ha aprehendido en una medida suficiente:

⁵⁵ PALOMAR OLMEDA, A.: “La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público”, cit., págs. 625 y ss.

⁵⁶ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las medidas de racionalización de plantillas en la ocupación pública local en un contexto de contención fiscal”, Federación de Municipios y Provincias (en prensa), pág. 12.

⁵⁷ PEÑA FERNÁNDEZ, E.: “La Administración puede suspender unilateralmente los acuerdos suscritos con organizaciones sindicales de funcionarios por razón de alteración sustancial de las circunstancias económicas y necesidades de contención del déficit público”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2012 (BIB 2012/1244), pág. 1.

⁵⁸ ALFONSO MELLADO, C. L.: “La suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva funcional conforme al art. 38.10 EBEP”, *Revista de Derecho Social*, núm. 56, 2011, pág. 35.

⁵⁹ Con un hilo de continuidad sobre precedentes –que cita– totalmente distintos al ahora analizado, y parafraseando el tenor literal como causa invocable, lo cual es, sin duda, una tendencia que podrá consolidarse en la práctica, MAURI MAJÓS, J.: “Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, cit., pág. 322.

⁶⁰ ALFONSO MELLADO, C. L.: “La suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva funcional conforme al art. 38.10 EBEP”, cit., pág. 35.

⁶¹ STSJ, Cont.-Admtivo, Madrid 6 julio 2011 (Rec. 1695/2010).

⁶² JIMÉNEZ ASENICIO, R.: “Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal”, cit., pág. 58.

1º.- Si el punto de partida es que un acto administrativo será reglado cuando la norma configure directamente su causa, voluntad, forma, contenido y fin, y entender que será discrecional en caso contrario⁶³, en este ejemplo es claro que lo discrecional y lo reglado no son términos antagónicos, sino que ambos convergen en el mismo, haciendo que “lo político” (por lo común ordenado a la discrecionalidad) tenga elementos reglados claramente identificables, dentro de los cuales –y ajustándose a los mismos– han de moverse los distintos órganos de gobierno llamados a instaurarlo⁶⁴.

2º.- La utilización de conceptos jurídicos un tanto “laxos”⁶⁵ o indeterminados (en tanto “no admiten una cuantificación o determinación rigurosas y, a la hora de su actuación, procederá recurrir al concepto de experiencia o de valor buscando la fijación más precisa posible”⁶⁶), que no deja de ser una evolución perfectamente apreciable –por ejemplo– en el ordenamiento alemán, para evolucionar desde la discrecionalidad (ya libre, ligada, genérica o específica) a “un estadio más justo”⁶⁷, no significa –en contra de cuanto pudiera parecer– una “reducción considerable de la extensión de la revisión judicial”⁶⁸, sino una más diligente indagación sobre lo que sí prevé la ley y es fiscalizable en esa vía en cuanto afecta al “margen de apreciación” de quien adopta la decisión”⁶⁹; más aún cuando se trata de “ciertos casos límite”, como éste, con una referencia expresa del legislador a su carácter extraordinario.

3º.- Teniendo presentes los anteriores argumentos se entiende la exigencia reclamada por el Tribunal Supremo, cuando señala que, “dados los términos de excepcionalidad en que está redactado el precepto, la concurrencia del requisito exigible ‘causa grave de interés público’ y la necesidad de la suspensión o modificación para ‘salvaguardar el interés público’ deberían ser debidamente alegados y justificados, aportando, incluso, los informes y datos que sirvan de acreditación”⁷⁰; también –cabría añadir– la inexistencia de otra solución menos onerosa en atención al principio de proporcionalidad que habría de ser tenido presente⁷¹.

Motivación y prueba como medios de control de los elementos reglados en el acto que, este caso, deberían ser especialmente cuidadas. Respecto de la prueba, sin embargo, los ejemplos analizados se limitan a la aportación a las organizaciones sindicales de los informes elaborados por quienes forman parte del ejecutivo⁷², dando por hecho que cumplir los objetivos de déficit público impuestos por el Gobierno exige tomar medidas de suspensión de un acuerdo o pacto

⁶³ BOQUERA OLIVER, J. M.: Estudios sobre el acto administrativo, Madrid (Civitas), 1990, págs. 93-98.

⁶⁴ PÉREZ OLEA, M.: “La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 173, 1972, pág. 51 o CLAVERO ARÉVALO, M. F.: “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 7, 1952, pág. 88.

⁶⁵ Laxitud que reitera en su discurso MOLINA NAVARRETE, C.: “De la ‘flexibilidad laboral’ al ‘ajuste social total’: lo que el ‘austeritario’ Real Decreto-Ley 20/2012 se llevó, de momento”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros, núm.356, 2012, pág. 30.

⁶⁶ MARTÍN GONZÁLEZ, M.: “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 54, 1967, págs. 197 y ss.

⁶⁷ LÓPEZ RODO, L.: “Le pouvoir discrétionnaire de l’Administration”, *Revue du Droit Public*, núm. 19-3, 1953, pág. 579.

⁶⁸ CASSAGNE, J. C.: “La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 67, 1990, págs. 352-254.

⁶⁹ PÉREZ OLEA, M.: “La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial”, en AA.VV.: *Estudios en homenaje al Prof. López Rodó*, T. II, Madrid (Universidad de Madrid/CSIC), 1972, págs. 41-70.

⁷⁰ STS 28 septiembre 2011. Ratificando tal parecer punto por punto, SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (RD Ley 20/2012, de 13 de julio”, cit., pág., 25, nota 36.

⁷¹ ROQUEJA BUJ, R.: “Derechos individuales y derechos ejercidos colectivamente”, en AA.VV. (LINDE PANIAGUA, E., Dir.): *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid (Colex), 2008, pág. 152.

⁷² Así SSTSJ Castilla-La Mancha 8 febrero y 21 marzo 2012 (Recs. 832/2011 y 833/2011).

en vigor⁷³. Aspecto, éste último, que constituye también toda su motivación; y si motivar un acto consiste en “reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge”⁷⁴, es obvio que no basta con la mera operación mecánica de subsunción, sino que se hace preciso razonar en qué modo la norma determina la decisión que debe adoptarse en la parte dispositiva del acto, alcanzando, por consiguiente, un relieve muy particular, muy superior al de la mera forma sacramental, convirtiéndose en auténtico requisito de fondo que habrá de ser “suficiente, en el sentido de que dé razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”⁷⁵. De lo contrario, cuando es “insuficiente” —como se estima ocurre en los ejemplos analizados—, se estará atentando contra los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contemplados en los arts. 93 CE y 103 CE y se estará comprometiendo grave y fatalmente el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE⁷⁶.

La justificación de esta decisión administrativa no podrá quedarse, tampoco, en la expresión de las razones que conducen a la misma, sino extenderse a la conexión causal entre tales circunstancias, en el ámbito en el cual han sido adoptadas, y el contenido e intensidad de las actuaciones a adoptar, incluido su alcance temporal⁷⁷.

Por cuanto se refiere a lo primero, parece claro que no se trata de modificar o suspender todo el convenio colectivo, pues gran parte de su contenido presentará un valor primordial y objetivo situado fuera de los ámbitos estrictamente económicos y, por tanto, no jugará respecto del mismo el presupuesto habitualmente del art. 32.2. Preciso será que las concretas medidas a adoptar conectan directamente con la situación negativa de la Administración derivada de la alteración de las circunstancias económicas, en este supuesto a traducir en los contenidos del pacto de la negociación colectiva con directa imbricación en los costes en materia de personal. Lógicamente, eso supone que podrán quedar directamente afectados los artículos del convenio que se refieren a retribuciones y partidas extrasalariales; pero también otros que por vía indirecta puedan llevar a igual incremento de gastos en este capítulo⁷⁸, conforme muestra, por ejemplo, el Acuerdo de 13 de octubre de 2011 del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, por el cual se adoptan medidas para la reducción del déficit público que implican la suspensión de los pactos y acuerdos suscritos por la Administración de aquella Comunidad Autónoma y las organizaciones sindicales relativos a derechos sindicales en el ámbito del empleo público autonómico, donde se argumenta cómo “solamente se suspenden de los citados acuerdos aquellas cuestiones que conllevan un coste económico superior al mínimo pre-

⁷³ Una crítica cuidada de lo que debería ser y de lo que es en ALFONSO MELLADO, C. L.: “La suspensión del cumplimiento de pacto y acuerdos en la negociación colectiva funcional conforme el art. 38.10 EBEP”, cit., pág. 37.

⁷⁴ En la definición que aquilató, tiempo ha, DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: *La motivación del acto administrativo*, Madrid (ENAP), 1967, pág. 57. Su actualización en MARCOS MATÍAS, F. P.: *La motivación del acto administrativo*, Madrid (Tecnos), 1993, págs. 32 y ss.

⁷⁵ ROYO-VILLANOVA, S.: “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, pág. 101.

⁷⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 23, 1957, pág. 127.

⁷⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, cit., pág. 257.

⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes. Alternativas y opciones”, Seminari sobre relaciones co-lectives, 22 octubre 2012, en www.federaciodemunicipisdecatalunya.com, pág. 33. Ejemplificando las posibles materias (“relativas a los criterios para la atribución de algunos complementos retributivos, a la jornada y horarios de trabajo, a los permisos y licencias, a los créditos horarios para los representantes unitarios, a los complementos por incapacidad transitoria, a los incentivos por jubilación voluntaria, etc.”), CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las medidas de racionalización de plantillas en la ocupación pública local en un contexto de contención fiscal”, Federación de Municipios y Provincias (en prensa), pág. 12.

visto legalmente, esto es, aquellos apartados relacionados con las liberaciones sindicales que excedan del mínimo previsto legalmente [con lo cual se anticipa a la ulterior norma estatal en idéntico sentido], así como el Capítulo V del Pacto de Interlocución, relativo a la concesión de subvenciones a las organizaciones sindicales presentes en las distintas mesas de negociación”⁷⁹.

De no obrar tal doble –y concreta, no genérica– motivación sobre la concurrencia del hecho habilitante que contempla la norma y las concretas decisiones adoptadas en aplicación de la misma, razón tiene quien afirma que cuanto “nace como un ‘poder normativo de excepción’ para ordenar una situación extraordinaria, puede terminar convirtiéndose en la vía ‘ordinaria’ de desarrollo de un nuevo marco institucional de relaciones de empleo público, primando el poder unilateral de decisión en detrimento del poder autónomo de negociación colectiva, que resulta socavado”⁸⁰ a través de una técnica tan incisiva como la analizada, o la ya expuesta de derogar el carácter mínimo mejorable de una materia para convertirla en regla uniforme imperativa o indisponible.

Idea ésta que entronca directamente con el segundo de los temas enunciados: la temporalidad de la medida. En efecto, lo excepcional, por definición, no puede ser un estado permanente bajo el riesgo de convertirse en normal u ordinario; de ahí que su traducción en el caso concreto exija fijar términos (con el límite máximo de la duración del convenio) a cuanto ha de ser considerado coyuntural, sin perjuicio de luego poder modificarlo en este punto, para volver –total o parcialmente– a cuanto contemplaba el convenio en el supuesto de un cambio favorable de la situación, o proceder a su prórroga de persistir más allá de cuanto se había previsto (incluida su posible continuidad en el que suceda a aquel que vio afectadas sus cláusulas). Lo contrario (que, por otro lado, es lo normal en el proceder de las distintas Administraciones, dejando acuerdos, pactos y convenios en suspenso *sine die*⁸¹) llevaría a que, en tanto no se prevé alcanzar una estabilidad presupuestaria antes del bienio 2017-2018, el hecho causante para la adopción de “planes de ajuste” que conllevaran esta solución no sólo no sería extraordinario, sino ordinario –en el sentido supra expuesto– para el empleador público a la luz de la normativa actual de organización administrativa racionalizada y de estabilidad presupuestaria⁸²; además, con una proyección dilatada en el tiempo (cuando no, conviene reiterar, ad calendas graecas), comprometiendo seriamente los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, así como la objetividad y proporcionalidad en la diferencia de regímenes jurídicos de este colectivo respecto a los trabajadores al servicio de empresarios privados⁸³.

⁷⁹ Para una comprensión más acabada de hasta donde se puede llegar cabría remitir –como simple muestra de supuestos extremos– al art. 7 de la Ley 4/2012, de 4 de julio, de modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica (BOE 13 octubre 2012), o a la disposición adicional segunda del Decreto-Ley 2/2012, de 8 de octubre, para la implementación en la Comunidad Autónoma de Extremadura de las medidas de reordenación y racionalización de las Administraciones Públicas aprobadas por el Estado (BOE 20 octubre 2012).

⁸⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: “De la ‘flexibilidad laboral’ al ‘ajuste social total’. Lo que el ‘austeritario’ Real Decreto-Ley 20/2012 se llevó, de momento”, cit., pág. 52.

⁸¹ Sobre la cuestión, en un marco de superior calado que afecta, con carácter general, al “decisionismo legislativo permanente”, BAYLOS GRAU, A. y TRILLO PÁRRAGA, F.: “El impacto de las medidas anti-crisis y la situación laboral y social en España”, Comité Económico y Social Europeo, Grupo II, Bruselas 2012, en <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/españa-es.pdf>, especialmente págs. 4-6; admitiendo, sin embargo, la duración indefinida, pero exigiendo que, en tal supuesto, se incorporaran las pertinentes medidas de revisión, ALFONSO MOLLADO, C. L.: “La suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva funcional conforme al art. 38.10 EBEP”, cit., pág. 41.

⁸² MOLINA NAVARRETE, C.: “De la ‘flexibilidad laboral’ al ‘ajuste social total’: lo que el ‘austeritario’ Real Decreto-Ley 20/2012 se llevo, de momento” cit., pág. 53.

⁸³ CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., págs. 50 y 54.

IV. 3. Los destinatarios de la medida

En el debate parlamentario que precedió a la promulgación del EBEP, y en la discusión en- tablada sobre el que luego sería su art. 11, se hacía notar la creciente importancia cuantitativa (pese a la serie de medidas encaminadas a acotar su ámbito funcional⁸⁴) de los trabajadores en relación con los funcionarios en el conjunto de los empleados públicos (a día de hoy más de 690.000 de un total de casi tres millones), con lo cual la posibilidad extendida por el legislador a todo el colectivo presenta un potencial de afectados muy importante.

Con todo, los efectos incluso podrían haber sido más, pues el legislador, en este aspecto coherente con el marco donde ubica su decisión, precisa la referencia del precepto al “personal laboral”, al aclarar que se refiere a quienes recoge en el art. 11.1 EBEP, es decir, a cuantos, bajo cualquier modalidad de contrato de trabajo, “prestan servicios retribuidos por las Administraciones Públicas”. A pesar de ello (y del indicio que se contiene en la disposición final octava del Real Decreto-Ley 20/2012 para no aplicar con todas sus consecuencias los topes máximos que establece la norma a las fundaciones, sociedades y restos de entidades que conforman el sector público⁸⁵), y de parecer evidente que a tal efecto será menester excluir –por no serles de aplicación el EBEP, ex art. 2 de esta norma– a todas las Administraciones de carácter instrumental que no tengan el carácter de entidades sujetas a Derecho Público⁸⁶, lo cierto y verdad es que este criterio taxonómico no deja de presentar algunos problemas en el caso concreto (baste observa, por ejemplo, el que ha afectado a los organismos reguladores contemplados en la disposición adicional décima 1ª LOFAGE⁸⁷), a solventar bajo el criterio judicial –o del legislador– se ha ido decantando con el paso del tiempo⁸⁸.

IV. 4. El procedimiento para la adopción del acuerdo

Poco, muy poco, establece el legislador respecto al íter para tomar este acuerdo. Bastará, por tanto –y según se había anticipado–, con seguir el establecido para que cada uno de los ejecutivos adopten sus decisiones con la normalidad ordinaria (y no, por tanto, con cuanto se requería con rango de ley). El precepto estudiado únicamente incorpora el requisito adicional de “informar a las organizaciones sindicales de las causas de suspensión o negociación”. Tan escueto tenor parece orientarse a una extensísima libertad de proceder, por cuanto:

1º.- No precisa el momento y ocasión en la que ha de tener lugar ese trámite de información. Lo lógico sería pensar que antes de su adopción, para poder instar públicamente su parecer sobre cuanto se pretende, pero nada enervaría que pudiera efectuarlo a posteriori, ante un hecho ya consumado. Si de este modo tan burdo procediere⁸⁹ (y no faltan ejemplos), ya no es

⁸⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid (CES), 2005, págs. 157 y ss.

⁸⁵ “Dato indirectamente orientativo”, en los términos de CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 52.

⁸⁶ Conforme argumentan, y por sus razones, SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “Objeto y ámbito de aplicación”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L. et alii, Dirs. y Coords.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, cit., pág. 113. Excluyendo a “empresas públicas, fundaciones y consorcios con forma de sociedad mercantil”, JIMÉNEZ ASENCIO, R.: “Reformas líquidas (II). Ajustes en el empleo público. Primera valoración”, en www.estudi.com.

⁸⁷ Al respecto las conclusiones opuestas, y ambas bien fundamentadas, a las que llegan, para incluirlas, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 57 y 58; o, para excluirlas, CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (ORTEGA ÁLVAREZ, L., Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 73-76.

⁸⁸ Un panorama esclarecedor y actual a la vista de tal acervo en RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 74 y ss.

⁸⁹ Fijando el límite justo en el momento anterior a la adopción del acto, ROQUETA BUJ, R.: “Derechos individuales ejercidos colectivamente”, cit., pág. 152.

que no se negociara cuanto se ha querido unilateral, ni que no hubiera lugar a unas consultas o contactos más o menos formales (según tantos han demandado, como un mínimo respeto a quienes representan el interés de los trabajadores representados⁹⁰), sino que se considerará una mera formalidad dentro de un acto discrecional, justamente cuanto aquí ha sido discutido.

2º.- No determina quiénes han de ser informados (todas las organizaciones sindicales que tienen presencia en ésta Administración –con o sin un nivel determinado de representatividad–, según parece, o solo las firmantes del convenio afectado), ni tampoco el trámite a seguir para evacuar tal información (ora a cada organización sindical por separado, ora en el seno de la comisión paritaria, ora en sesión específica y conjunta para todas las interesadas)⁹¹. Por supuesto, y dado el grave déficit apuntado sobre motivación y prueba, no figura ningún detalle en torno a la información a transmitir y su eventual insuficiencia, pudiendo bastar –como se ha hecho– con convocatorias generales y más o menos informales o de urgencia para señalar, simplemente, que lo exige el déficit público.

3º.- Aun cuando cabría seguir que “ni siquiera es fácil adivinar cuáles serían las consecuencias jurídicas derivadas de un posible incumplimiento del deber informativo impuesto por la norma, si bien resulta muy difícil deducir que el acuerdo inaplicativo devendría ilícito a resulta de un deber tan débil como es el de mera información, cuando la clave se encuentra en el elemento material de concurrencia de las causas justificativas que avalan la medida inaplicativa”⁹², está habría de ser solución llamada a obrar si la pretensión es corregir, en tan borroso escenario, la unilateralidad pura y dura bajo la forma de discrecionalidad casi absoluta; a la par, poder exigir, a partir de unos elementos reglados (que, no obstante, son conceptos jurídicos indeterminados), la adecuada protección de cuanto previenen los arts. 24.1, 93 y 103 CE. En fin, y no menos fundamental, compaginar la autoorganización administrativa con el respeto a la negociación colectiva⁹³.

⁹⁰ Por todos, quien recuerda cómo ésta vía de participación con quienes fueron parte del convenio podría ser perfectamente utilizable para determinar el ámbito concreto de la suspensión o modificación e, incluso, prever una posible solicitud de renegociación; en definitiva, transitar por la excepcionalidad con diálogo, sin imposiciones unilaterales, MAURI MAJÓS, J.: “Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, cit., pág. 322.

⁹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, cit., pág. 256.

⁹² CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 55.

⁹³ Por todas, la contundente STS 2 febrero 2004 (Rec. 3686/2001).