

CURSO DE NEGOCIACIÓN

COLECTIVA Y

REGIMEN DISCIPLINARIO

BASADO EN EL

EBEP

FETAP-CGT
CURSO ANDALUCIA

INDICE

Composición de las mesas de negociación	7
1.- la mesa general de negociación de las administraciones públicas	7
1.1.- la representación funcional	7
1.2.- la representación pública.	7
1.3.- Mesa de convenio Colectivo. Materias mínimas a negociar	7
2.- la composición de las mesas de negociación	8
2.1- el carácter bipartito de las mesas de negociación.	8
2.2.- el número de puestos de la mesa negociadora.	8
2.3.- la composición de la representación sindical.	8
2.3.1.- el reparto de puestos entre los sindicatos negociadores.	8
2.3.2.- la designación de los representantes sindicales	9
2.3.3.- la representatividad de conjunto de los sindicatos negociadores.	9
2.3.4.- la composición de la representación pública.	10
Las materias incluidas en la negociación colectiva	11
1.- consideraciones generales.	11
2.- el contenido normativo de los pactos y acuerdos	13
2.1 los ámbitos materiales susceptibles de negociación.	13
2.1.1.- materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional	13
2.1.2.- los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.	13
2.1.3.- los criterios generales en materia de sistemas de clasificación de puestos de trabajo.	13
2.1.4.- los criterios generales sobre ofertas de empleo público.	13
2.1.5.- los criterios generales en materia de acceso, carrera y provisión.	14
2.1.6.- las normas que fijen los criterios y mecanismos en materia de evaluación del desempeño.	14
2.1.7.- materias de índole retributiva.	14
2.1.7.1.- elemento cualitativo.	14
2.1.7.2.- elemento cuantitativo.	15
2.1.7.2.1.- elemento cuantitativo. Determinación de las retribuciones básicas	16
2.1.7.2.2.- elemento cuantitativo. la determinación del incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos.	16
2.1.7.2.3.- elemento cuantitativo. La aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos.	17
2.1.7.2.4.- elemento cuantitativo. Materias de índole funcional.	17
2.2.- materias de índole sindical.	18
2.3.- materias relativas a la salud laboral.	20
2.4.- materias relativas a la seguridad social y de índole asistencial.	20
3.- el contenido obligatorio de los pactos y acuerdos	21
3.1.- cláusulas obligacionales.	21
4.- el contenido mínimo de los pactos y acuerdos	21
4.1.- cláusulas delimitadoras de los pactos y acuerdos.	21
Materias excluidas de la negociación colectiva	22
1.- los sistemas de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.	22
2. Las materias excluidas de la negociación	22
2.1.- las materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación.	22
2.2.- las potestades de organización de las administraciones públicas.	22
2.3.- la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos y el procedimiento de formación	

de los actos y disposiciones administrativas.	23
2.4.- la determinación de condiciones, de trabajo del personal directivo.	23
2.5.- los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica.	23
2.6.- la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.	23
El procedimiento de la negociación.	24
1.- cuestiones generales	24
1.1.- naturaleza jurídica.	24
1.2. Régimen jurídico aplicable.	24
2. El proceso negociador	24
2.1.-iniciación.	24
2.2.-formas de iniciación.	24
2.2.1.-promoción de mutuo acuerdo.	25
2.2.2. Promoción a instancia de la mayoría de una de las partes legitimadas.	25
2.2.2.1. Promoción a instancia de la administración pública correspondiente.	25
2.2.2.2. Promoción a instancia de la mayoría de la representación sindical..	26
2.2.2.3. El escrito de iniciación de las negociaciones.	26
2.2.3. Efectos del acuerdo o escrito de iniciación de negociaciones..	26
2.2.3.1. El deber de negociar.	26
2.2.3.2. Causas excluyentes del deber de negociar.	26
2.2.3.3. Incumplimiento del deber de negociar.	27
2.2.4. La constitución de la mesa negociadora.	27
2.2.5. El deber de negociar de buena fe.	28
2.2.6. La conclusión de la negociación.	28
2.2.6.1. Terminación normal: acuerdo.	28
2.2.6.1.1. La formación de la voluntad de cada una de las partes.	29
2.2.6.1.2. La formación de la voluntad de la mesa negociadora.	29
2.2.6.2. Terminación anormal: desacuerdo entre las partes.	30
2.2.6.2.1. Los supuestos de desacuerdo.	30
2.2.6.2.2. Las alternativas al desacuerdo.	30
2.2.6.2.3. La mediación y el arbitraje.	31
2.2.6.2.4. La decisión administrativa.	32
3.-la fase de aprobación expresa y formal del acuerdo	33
3.1. La naturaleza del acto de aprobación.	33
3.2. La aprobación expresa y formal.	33
3.3. La desaprobación del acuerdo.	34
3.3.1. Los supuestos de desaprobación.	34
3.3..2. Las alternativas a la desaprobación.	34
4. Los trámites administrativos posteriores a la negociación y aprobación de los pactos y acuerdos	35
4.1. Depósito y publicación oficial de los pactos y acuerdos.	35
Los pactos y los acuerdos	36
1.- la naturaleza de los pactos y acuerdos	36
1.1.- la diferente naturaleza de los pactos y acuerdos	36
1.2.- la naturaleza de los pactos.	36
1.3. La naturaleza de los acuerdos.	36
1.4.-la naturaleza de los pactos y acuerdos comunes al personal funcionario y laboral.	36
2. La eficacia jurídica	36
2.1. La eficacia jurídica normativa de los pactos y acuerdos.	36
2.2.- el deber de paz.	36
3 la eficacia personal	37
3.1 la eficacia personal general de los pactos y acuerdos.	37

4. La vigencia de los pactos y acuerdos	37
4.1. La duración de los pactos y acuerdos: libertad y límites de las partes negociadoras.	37
4.2. La entrada en vigor de los pactos y acuerdos.	37
4.3.- la terminación de la vigencia de los pactos y acuerdos.	38
4.4. La suspensión o modificación del cumplimiento de los pactos y acuerdos.	38
4.5. La eficacia prorrogada de los pactos y acuerdos.	38
5, la impugnación de los pactos y acuerdos	38
5.1. Los mecanismos impugnatorios contra los pactos y acuerdos.	38
5.2. La impugnación ante los tribunales ordinarios	38
5.2.1.las causas posibles de impugnación	38
5.2.1.1.el significado de la ilegalidad como causa de impugnación.	38
5.2.2.la jurisdicción competente	38
5.2.2.1.la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.	38
5.3.los recursos contencioso-administrativos	39
5.3.1.los recursos directo e indirecto contra los pactos y acuerdos y la excepción de ilegalidad.	39
5.4.el recurso directo	39
5.4.1.- el procedimiento.	39
5.4.2.la legitimación.	39
5.4.2.1.la legitimación activa.	39
5.4.2.2. La legitimación pasiva.	40
5.4.3.- la impugnación directa de los pactos y acuerdos en vía judicial.	40
5.4.3.1..el plazo de interposición del recurso.	40
5.4.4. La suspensión del pacto o acuerdo impugnado.	40
5.4.5.los efectos de la impugnación judicial.	40
5.5. El recurso indirecto.	40
5.6. La impugnación ante el tribunal constitucional	41
5.3.1.3.1. El recurso contra pactos y acuerdos y jurisdicción constitucional.	41
6.- la interpretación y aplicación de los pactos y acuerdos	41
6.1.los sujetos que intervienen en la fase de administración de los pactos y acuerdos.	41
6.2.- la interpretación y aplicación de los pactos y acuerdos por las partes	41
6.2.1.-el carácter convencional del modelo de administración de los pactos y acuerdos.	41
6.3. Las comisiones paritarias de seguimiento	42
6.3.1. El pacto de constitución.	42
6.3..2.Composición.	42
6.3.3. Procedimiento de actuación.	42
6.3.4.funciones.	42
6.3.5.interpretación general de los pactos y acuerdos.	42
6.3.6. Resolución de conflictos colectivos jurídicos.	43
6.3.7.actuaciones en conflictos individuales.	43
6.5.8. Otras funciones.	43
6.4. -los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos	43
6.4.1.-tipos de conflictos sobre los que pueden operar los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos.	43
6.5.- la interpretación y aplicación judicial de los pactos y acuerdos	44
6.5.1.- jurisdicción competente y procedimiento judicial.	44
RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS	45
1.- PRINCIPIOS REGULADORES	45
El ejercicio de la potestad disciplinaria (art. 93 EBEP)	45
Clasifica las faltas disciplinarias (art. 95 EBEP)	45
Establece un catálogo de posibles sanciones (art. 96 EBEP)	45
Plazos de prescripción de las faltas y sanciones	46
Procedimiento disciplinario (art. 98 EBEP),.	46

2.1- principios de carácter sustantivo.	46
2.1 1.- principio de legalidad y tipicidad (art. 94.2.a) EBEP)	46
2.1.2. principio de irretroactividad (art. 94.2b) EBEP)	47
2.1.3. principio de culpabilidad (art 94 2,d) EBEP)	47
2.1.4 principio de proporcionalidad (art 94 2 c) EBEP y art 131 LRTPAC)	47
2.1.5. principio de prescripción (art. 97 EBEP)	48
2.1.6. principio «non bis in ídem» (art. 94.3 EBEP)	48
2.2. Principios de carácter procedimental	48
2.2.1. garantía del procedimiento (art 98.1 EBEP.	48
2.2.2. derechos del presunto responsable	49
2.2.3. presunción de inocencia	49
2.2.4.-La práctica de la prueba	49
2.2.5.- medidas provisionales (art 98 3 EBEP)	50
2.2.6. resolución	50
3.-EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO	50
3.1. Conexiones con la jurisdicción penal	50
3.2. Suspensión provisional	50
3.3. Funcionario sometido a procesamiento	50
3.4. Funcionario no sometido a procesamiento	51
3.5. Información reservada	51
4.- Iniciación Continua vigente el RD 33/86, de 10 de enero	51
4.- 1 Formas	51
4.2.-Notificación	51
4.3.-Abstención y recusación	52
4.4.-Medidas provisionales	52
4.5.-Desarrollo del procedimiento	53
4.6.-Práctica de diligencias	53
De entre las diligencias a practicar destacan las siguientes:	
1.- declaración del acusado	53
2. solicitud de pruebas	53
3. informes	53
4.7.- Pliego de cargos	54
4.8.-Contestación al pliego de cargos	54
4.9.- El período de prueba	54
4.10.-Vista del expediente	55
4.11.- Propuesta de resolución	55
4.12.- Notificación	55
4.13.- Remisión	55
Referencia a los habilitados nacionales	55
4.14.-Terminación	56
4.15.- Nuevas diligencias	56
4.16.- Ejecución	56
4.17.- Anotación	56
4.18.- Cancelación	56
Ley 7/2007, de 12 abril, EBEP Régimen disciplinario	57
Artículo 93. Responsabilidad disciplinaria,	57
Artículo 94. Ejercicio de la potestad disciplinaria,	57
Artículo 95. Faltas disciplinarias.	57
Artículo 96. Sanciones	58
Artículo 97. Prescripción de las faltas y sanciones.	58
Artículo 98. Procedimiento disciplinario y medidas provisionales.	59
MODELO DE REGLAMENTO DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO	
LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	anexo

COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN

1.- La Mesa general de negociación de las Administraciones Públicas

1.1.- La representación funcionarial

El Art. 36.1 del EBEP establece que la representación de las Organizaciones Sindicales legitimadas para estar presentes de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, se distribuirá en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa, en el conjunto de las Administraciones Públicas. Estarán legitimados para estar presentes en esta Mesa los sindicatos más representativos a nivel estatal y los que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes unitarios en el conjunto de las AAPP. También estarán los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma correspondiente.

Los sindicatos simplemente representativos, esta representatividad se refiere a las representaciones unitarias de los funcionarios públicos en el conjunto de las Administraciones Públicas, tal y como precisa el Art. 36.1 del EBEP.

Esta Mesa es competente para negociar las materias relacionadas en el Art. 37.1 del EBEP susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica.

Esta Mesa, va a negociar no sólo las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, sino también los límites en materia retributiva y de Seguridad Social complementaria; límites que son comunes al personal funcionario y laboral de todas las AAPP.

Cuando se negocien aspectos comunes al personal funcionario y laboral, la legitimación negocial corresponderá a los sindicatos más representativos por afiliación y a los simplemente representativos en el conjunto de las AAPP, las plantillas funcionariales y laborales habrán de considerarse globalmente, estos deben acreditar el 10 por 100 ó más de los representantes unitarios del personal funcionario y laboral de las AAPP(**Art. 36 del EBEP**).

Las Mesas de negociación comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, les son de aplicación los criterios anteriores tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación, viene a dejar a salvo el derecho a estar presentes en las mismas de las organizaciones sindicales que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate.

La negociación en el seno de la Mesa general de negociación de las AAPP queda reservada a favor de las organizaciones que integran á todo el personal al servicio de las AAPP; los sindicatos que sólo registren presencia en relación con alguno de estos colectivos carecerán de legitimación negociadora

1.2.-La representación pública.

La representación de las Administraciones Públicas en la Mesa general de (as Administraciones Públicas será unitaria, estará presidida por la Administración General del Estado y contará con representantes de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar (Art. 36.1)..

La representación de las AAPP. será unitaria y estará presidida por la Administración General del Estado (Art. 36.1). La regulación de los aspectos básicos del régimen funcional es competencia del Estado.

Los Acuerdos de esta Mesa no crearían normas directamente aplicables a los funcionarios públicos, sino en la medida en que fueran asumidos por el Gobierno y, en su caso,

por el legislador estatal.

Las EE.LL., la competencia para formar parte de esta Mesa de negociación se atribuye a la Federación Española de Municipios y Provincias . La Disposición Adicional 5.a de la LBRL autoriza a las EE.LL. a constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes .

1.3.- Mesa de convenio Colectivo. Materias mínimas a negociar

La Ley 712007 mantiene la separación entre los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral al **remitir a los convenios colectivos** la regulación de determinadas materias o condiciones de trabajo del personal laboral, a saber:

- La carrera profesional y la promoción (art. 19.2),
- La determinación de las retribuciones (art. 27),
- La provisión de puestos v movilidad (**artº.** 83),
- Las situaciones del personal laboral (art. 92)
- La tipificación. de las faltas y sanciones (art. 94.1.a)

2.- La Composición De Las Mesas De Negociación

2.1- El carácter bipartito de las Mesas de negociación.

Las Mesas de negociación son bipartitas, y no impone necesariamente simetría en su composición.

2.2.- El número de puestos de la Mesa negociadora.

El Art. 35.4 del EBEP establece que en las normas de desarrollo del presente Estatuto se establecerá la composición numérica de las Mesas correspondientes a sus ámbitos, sin que ninguna de las partes pueda superar el número de quince miembros

Serán los sujetos negociadores quienes fijarán el número de puestos de las Mesas negociadoras, ninguna de las partes podrá superar el número de quince miembros (Art. 35.4 EBEP).

A la hora de establecer el número de puestos de las Mesas, han de tener en cuenta varias consideraciones:

En primer lugar, la simetría en la composición de las Mesas negociadoras no constituye un requisito esencial para la validez de su constitución.

En segundo lugar, que todos los sindicatos que cumplen las exigencias legitimadoras de acuerdo con el EBEP, tienen derecho a formar parte de la Mesa negociadora, por lo que se ha de garantizar la presencia de todos ellos, y no caben restricciones al derecho de negociación por la vía de establecer un reducido número de miembros.

2.3.- La composición de la representación sindical.

El EBEP regula este apartado.

2.3.1.- El reparto de puestos entre los sindicatos negociadores.

El EBEP explica cuál es el criterio de reparto y este es el reparto proporcional en función del índice de audiencia electoral acreditado por los sindicatos con legitimación negocial en las elecciones a Delegados y juntas de personal en el ámbito territorial y funcional de cada Mesa de negociación.

Precisiones a tener en cuenta:

- 1.a) El criterio proporcional puede aplicarse no sólo sobre los puestos sindicales,

sino también sobre los votos atribuidos a cada sindicato. En este último caso, el grado de representatividad acreditado por cada sindicato se reflejará sobre el montante de votos atribuidos a cada uno de ellos.

2.a) La implantación de los sindicatos deberá medirse en función del índice de audiencia electoral acreditado por éstos en las elecciones a delegados y juntas de personal. Para determinar el nivel de audiencia electoral se podrían utilizar dos indicadores distintos:

- El que suministra el número de votos obtenido por las candidaturas presentadas por los sindicatos en las elecciones a delegados y juntas de personal
- El que proporciona el número de representantes obtenidos con esos votos de acuerdo con el sistema de representación proporcional establecido en la LORAP.

El primero garantiza con mayor precisión el reparto de los puestos en atención a la real y efectiva implantación de los distintos sindicatos. Las Mesas de negociación quedarán válidamente constituidas cuando las organizaciones sindicales legitimadas representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate (Art. 35.1 EBEP).

3.a) La medida de la representatividad ha de extenderse sobre el ámbito territorial y funcional de cada Mesa de negociación, lo cual **tiene particular trascendencia en relación con la Mesa general de negociación de las Administraciones Públicas, las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral y las Mesas sectoriales de negociación del personal funcionario y/o estatutario.**

La representación de las organizaciones sindicales habrá de distribuirse en función de los resultados globales de las elecciones a todos los órganos de representación unitaria, tanto de funcionarios como de laborales (Art. 36 EBEP).

En las Mesas de negociación del personal funcionario y/o estatutario los puestos se han de distribuir en proporción al índice de audiencia electoral acreditado por los sindicatos en la función pública o en el sector funcional correspondiente.

4.a) El principio de proporcionalidad debe ceder ante la legitimación interviniente que la Ley otorga a los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico, aunque suponga otorgar a organizaciones sindicales con distinto grado de representatividad un tratamiento idéntico.

5.a) Dada la conexión entre libertad sindical, negociación colectiva y representatividad sindical, la libertad sindical se ve lesionada no sólo cuando injustificadamente se excluye de la Mesa negociadora a un sindicato con legitimación para poder negociar.

2.3.2.- La designación de los representantes sindicales

La designación de los representantes sindicales en la Mesa negociadora corresponde a los propios sindicatos. El Art. 35.3 del EBEP dispone que la designación de los componentes de las Mesas corresponderá a las partes negociadoras .

Los sindicatos podrán designar a cualquier persona con capacidad civil, afiliada o no a los mismos, sin que sea necesario que los designados sean funcionarios al servicio de la Administración Pública afectada por las negociaciones.

- 1.º) No es necesario un grado especial de representatividad por parte del sindicato en cuyo nombre está presente el funcionario en la Mesa de negociación, salvo la general exigida para negociar.
- 2.º) No se exige una especial condición de cargo representativo dentro de la organización sindical, siendo suficiente que se le haya designado como miembro de la Mesa negociadora.
- 3.º) El representante sindical puede actuar en cualquier Mesa de negociación (estatal, autonómica o local).

Las partes negociadoras puedan contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán con voz, pero sin voto (Art. 35.3 EBEP).

2.3.3.- La representatividad de conjunto de los sindicatos negociadores.

El Art. 35.1 del EBEP exige que las organizaciones sindicales presentes en las Mesas de negociación representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate .

Existen varios supuestos en los que será imposible la constitución de la Mesa negociadora de forma válida:

1.º) Cuando no se haya procedido a constituir estructuras de representación unitaria.

2.º) Cuando todos o la mayoría de los representantes unitarios de las unidades electorales comprendidas en el ámbito de la negociación sean independientes.

3.º) Cuando una organización sindical de máxima implantación no acceda a formar parte de la Mesa negociadora, impidiendo a las restantes organizaciones sindicales comparecientes la consecución del referido porcentaje de audiencia electoral en términos absolutos.

¿Qué sucederá en estos casos?. En la función pública, no caben negociaciones al margen del EBEP.

En todos estos supuestos nos encontramos ante un supuesto de desacuerdo en la negociación que permitirá a la Administración Pública hacer uso de la facultad que le confiere el Art. 38.7 del EBEP de regular unilateralmente las condiciones de trabajo.

Los poderes discrecionales del órgano de gobierno no estarán limitados: podrá aprobar o no el Acuerdo; podrá modificarlo en el acto de aprobación; la no aprobación podrá ser arbitraria y no tendrá que ser fundamentada o motivada. Las EELL, tienen la posibilidad de adherirse a los Acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal o a los Acuerdos alcanzados por otra Entidad local dentro del territorio de su Comunidad Autónoma (Art. 34.2 EBEP) .

2.4.-La composición de la representación pública.

El nombramiento de los componentes de la representación de la Administración Pública correspondiente corresponderá a ésta (Art. 35.3 EBEP). La única limitación a este respecto deriva de lo dispuesto en el Art. 3.2 de la LOLS, no podrán ser designados como representantes de las AAPP. en el seno de las Mesas de negociación aquellos funcionarios que ostenten cargos directivos o de representación en el sindicato en el que estén afiliados .

La representación de la Administración Pública podrá contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán con voz, pero sin voto (Art. 35.3 EBEP)

También se prevé la posibilidad de que las AAPP. puedan encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello (Art. 33.2 EBEP).

**FETAP-CGT
CURSO ANDALUCIA**

LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN

1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

De acuerdo con lo preceptuado en el Art. 37.1 del EBEP, serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

- a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas,
- b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios,
- c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos,
- d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño,
- e) Los planes de Previsión Social Complementaria,
- f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna,
- g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas,
- h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación,
- i) Los criterios generales de acción social,
- j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales,
- k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley.
- l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público,
- m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos .

A la hora de delimitar el campo de negociación de la Mesa en las materias a negociar, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1.a) La negociación colectiva supone no sólo una referencia a las materias a que alude el Art. 37.1 del EBEP, sino también a que las mismas tengan un alcance colectivo o de trascendencia general en la Administración u Organismo de que se trate.

2.a) La inclusión de estas materias señaladas anteriormente, en el ámbito de la negociación colectiva está condicionada por el reparto de competencias en materia funcionarial entre el Estado, las CC.AA. y las EE.LL.

Las materias cuya regulación corresponda al Estado (o a las CC.AA) quedan fuera de la órbita de la negociación colectiva a nivel autonómico y/o local, a lo que debe añadirse, que salvo disposición contraria en estas materias, no puede tener lugar una negociación colectiva autonómica y/o local contraria o distinta a la norma estatal o autonómica, ni de mejora de las mismas, siendo nulos los Pactos y Acuerdos que así actúen

3.a) Una vez determinada la competencia legal sobre determinada materia o alguno de sus componentes, se ha de tratar de cuestiones que se incluyan en el ámbito respectivo de la Mesa de negociación, con lo cual se alude al reparto de competencias entre la Mesa general de negociación de las Administraciones Públicas y las Mesas generales y sectoriales de negociación que contemplan los arts. 34 y 36 del EBEP, o reparto que puedan haber establecido los propios agentes negociadores al amparo del Art. 38.9 del EBEP.

4.a) Si la negociación sobre una materia o algunos de sus componentes pertenece al Estado o a las CC.AA., la Mesa de negociación correspondiente deberá distinguir entre si están o no reservados a la Ley. El Art. 37.1 del EBEP incluye en el espacio de la negociación colectiva las materias reservadas a la Ley, pero se hace preciso distinguir entre las materias que entran dentro del ámbito de disponibilidad de la Administración que negocia y las que están material o formalmente reservadas a la Ley.

Todo ello por una doble razón:

— **En primer lugar**, La inclusión de las materias enumeradas en el Art. 37.1 del EBEP en el ámbito de

la negociación colectiva, está limitada también por el contenido de las potestades normativas del órgano administrativo correspondiente. Tales materias serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso. La eficacia de los Acuerdos se refleja en el deber de los distintos tipos de Gobierno de las Administraciones de presentar ante las Camaras Legislativas de las mismas, un Proyecto de Ley redactado conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado (Art. 38.3 EBEP), estas últimas no estarán vinculadas por dichos Acuerdos, pudiendo aprobarlos, modificarlos o rechazarlos.

— **En segundo lugar**, La negociación colectiva queda limitada, en el terreno de las materias reservadas a la Ley, por la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En las restantes, tiene un segundo límite constituido por las Leyes que regulan los diferentes ámbitos de la función pública, cuyos términos pueden ser o no los acordados por las propias partes negociadoras en el seno de las Mesas de negociación. El Art. 33.1 del EBEP subraya que la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos estará sujeta a los principios de legalidad y cobertura presupuestaria. Idea que reitera el Art. 37.1 del EBEP al afirmar que la negociación tendrá el alcance que legalmente proceda en cada caso.

La relación entre acuerdos y Ley son una transposición de las que rigen Ley-Reglamento. Significa, que la negociación colectiva no puede abordar aquellos aspectos que están ya predeterminados por la Ley o sobre los que recae reserva de Ley y que a la negociación colectiva le corresponde una competencia de detalle, de especificación de puntos abordados legalmente, etc. **Los Pactos y Acuerdos pueden desarrollar la Ley en sentido acorde con la misma, matizar y concretar sus líneas generales, pero no modificarla ni mejorarla o empeorarla**, a menos que ella lo autorice.

El EBEP diversifica las relaciones institucionales básicas entre Ley/Pactos y Acuerdos, alterando los ámbitos materiales de ambas fuentes y con ello los esquemas de la relación funcional existentes entre las mismas. La Ley 7/2007 nos indica que nuevo bloque de la legalidad funcional se compone de normas de derecho necesario, absoluto o relativo (normas máximas y normas mínimas), de derecho dispositivo o supletorio, y de derecho básico.

El EBEP contiene preceptos de distinta naturaleza:

— **En primer lugar**, normas de derecho necesario absoluto no dejan espacios a la negociación colectiva. La relación que estas normas es de exclusión. Éste es el caso, de las potestades de organización de las AAPP. [Art. 37.2.a) EBEP], las situaciones administrativas, el régimen disciplinario y las incompatibilidades de los funcionarios públicos.

— **En segundo lugar**, normas de derecho necesario relativo, fijan topes, sobre la base del principio de jerarquía normativa no puede vulnerar. Los topes pueden cumplir dos funciones, por lo que hay que **distinguir dos subtipos:**

normas máximas, que fijan el máximo de protección [por ejemplo, el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios (Art. 21.1 EBEP)

normas mínimas, que fijan el mínimo, duración de las vacaciones (Art. 50 EBEP), los permisos por conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género (Art. 49 EBEP).

Las normas máximas constituyen techos de protección de los empleados públicos.

Las normas mínimas establecen una protección mínima, general y uniforme para todos, y encauzan la intervención de la negociación colectiva en un sentido unidireccional porque sólo puede mejorarla.

Son normas que instauran una relación de suplementariedad con el EBEP.

— **En tercer lugar**, normas de naturaleza dispositiva o supletoria que contienen una regulación normal y directamente aplicable al tiempo que permiten a la negociación fijar otra regulación distinta y con independencia de que resulte más o menos favorable para los funcionarios [los permisos de los funcionarios públicos (Art. 48 EBEP). Son normas semiimperativas que mantienen relación de supletoriedad.

— **En cuarto lugar**, normas de derecho básico que contienen reglas incompletas y necesitadas del concurso de la negociación para ser efectivas.

Si fracasa la negociación colectiva, la Administración recupera su posición de supremacía pudiendo regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Art. 38.7 EBEP). En este caso, la Administración Pública actuaría sin someterse a ningún control, ni siquiera del poder legislativo.

Para delimitar el espacio de la negociación colectiva en cada una de las materias negociadoras, debemos atender las especificaciones constitucionales y estatutarias y a las diferentes Leyes de la función pública, Cuando la ordenación de la materia en cuestión o de un aspecto de la misma esté reservada al legislador estatal o autonómico, la participación de las OOSS se reconduce a una legislación negociada. Cuando su regulación corresponda a las propias AAPP., deberá ser objeto de negociación colectiva con el alcance que se derive en cada caso .

5.a) Los Pactos y Acuerdos que suscriban sobre las materias competencia de la Administración Pública, no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos, esto significa, que la titularidad de las competencias queda excluida. La Administración puede negociar cómo ejerce sus poderes normativos en materia funcionarial, pero sin disponer, transferir o renunciar a su titularidad (irrenunciabilidad de la competencia).

El contenido mínimo u obligatorio de los Pactos y Acuerdos, que aparece recogido en el Art. 38.4 del EBEP.

2.- EL CONTENIDO NORMATIVO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

2.1 Los ámbitos materiales susceptibles de negociación.

La Ley no se centra exclusivamente en el ámbito funcionarial, sino que se refiere a un conjunto de ámbitos materiales organizativos, retributivos, funcionariales, sindicales, salud laboral, Seguridad Social y asistenciales.

2.1.1.- Materias organizativas con incidencia en el ámbito funcionarial.

El EBEP, incluye en lo negociable las materias organizativas con incidencia en el ámbito funcionarial que se señalan.

Las letras c) y I) del Art. 37.1 del EBEP precisan que lo que se negocia son las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos y los criterios generales sobre ofertas de empleo público .

A la actividad negociadora le corresponde establecer las reglas y criterios generales conforme a los cuales las AAPP, deberán elaborar tales instrumentos organizativos.

2.1.2.- Los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.

El Art. 37.1 del EBEP encuadra, entre las materias negociables, las normas que fijen los criterios generales en materia de (...) planes e instrumentos de planificación de recursos humanos [letra c)] y los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos [letra m)].

Significa que las Mesas negociaran las normas que fijan los criterios generales a que se ajustaran dichos planes, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos (Art. 37.1.m). Es decir, a la negociación colectiva le compete convenir no sólo la regulación de la planificación estratégica de los recursos humanos, sino también la determinación, de los criterios generales a que debe sujetarse esta planificación en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

2.1.3.- Los criterios generales en materia de sistemas de clasificación de puestos de trabajo.

El Art. 37.1.c) del EBEP incluye, entre las materias objeto de negociación, las normas que fijen los criterios generales en materia (...) de sistemas de clasificación de puestos de trabajo. Se plasma en las relaciones de puestos de trabajo (RPT) u otros instrumentos organizatorios similares (Art. 74 EBEP). A la negociación le corresponde acordar las normas y criterios generales conforme a los cuales las AAPP. deberán elaborar o, modificar estos instrumentos.

Se pueden acordar los criterios generales sobre los siguientes aspectos (Art. 74 EBEP):

- 1.- los grupos de clasificación profesional,
- 2.- los cuerpos o escalas, a que estén adscritos, los sistemas de provisión
- 3.- las retribuciones complementarias.

2.1.4.- Los criterios generales sobre ofertas de empleo público.

De acuerdo con el Art. 37.1.1) del EBEP, son objeto de negociación los criterios generales sobre ofertas de empleo público . Corresponde negociar los aspectos que repercutan sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (la distribución de la oferta de empleo entre los distintos grupos, cuerpos, la promoción interna, los criterios de selección, la reserva en favor de las personas con discapacidad o las que se estimen conveniente, etc.).

La oferta de empleo público anual es objeto de decisión unilateral de la Administración.

Solo es objeto de negociación los criterios generales con arreglo a lo que los órganos de gobierno de las AAPP. aprobarán las ofertas de empleo público (Art. 70 EBEP)

2.1.5.- Los criterios generales en materia de acceso, carrera y provisión.

El Art. 37.1.c) del EBEP incluye en lo negociable las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión...

El Art. 103.3 de la CE establece reserva de Ley en estas materias, por lo que a la negociación solo le quedará un espacio regulador reducido y preferentemente de detalle, discurriendo por los resquicios que la Ley deje a la potestad reglamentaria y respetando en todo caso los principios de igualdad, mérito y capacidad (Art. 103.3 CE).

En el caso de los funcionarios de los EELL sin habilitación de carácter nacional, tales materias se encuentran reguladas por la normativa estatal y, autonómica, estando sustraídas a la negociación colectiva de los EE.LL.

Recordamos que la regulación y determinación concreta, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional están excluidas de la negociación colectiva (Art. 37.2.e).

Tampoco puede ser objeto de negociación la participación de los funcionarios en los órganos de selección y provisión de los puestos de trabajo

2.1.6.- Las normas que fijen los criterios y mecanismos en materia de evaluación del desempeño.

Según el Art. 37.1.d) del EBEP, es objeto de negociación las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño. Esta evaluación es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados de los empleados públicos (Art. 20.1 EBEP).

Según el Art. 37.1.d) del EBEP, lo que se ha de negociar es la normativa que regira esta materia, le corresponde acordar los efectos generales de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el Art. 24 del EBEP (Art. 21.3 EBEP).

Siendo confirmado por las letras c), f) y b) del Art. 37.1 del EBEP, al establecer el carácter negociable de los criterios generales en materia de carrera, provisión, planes y fondos para la formación y promoción interna, y de la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos.

La ordenación de la evaluación del desempeño no está sometida a reserva de Ley, sino que se confía a las distintas AAPP, por lo que queda comprendida en el ámbito de la negociación colectiva.

A las Mesas de negociación que se constituyan en el ámbito de cada Administración Pública les corresponderá negociar todas estas cuestiones, respetando las prescripciones del EBEP.

2.1.7.- Materias de índole retributiva.

De acuerdo con el Art. 37.1 del EBEP, en materia retributiva, serán objeto de negociación las siguientes cuestiones:

- a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas.
- b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios. (...)
- k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley.

2.1.7.1.- Elemento cualitativo.

El EBEP no se refiere de modo expreso a la estructura de las retribuciones .

Esta encuadrado en la letra k) del Art. 37.1, que menciona las materias que afecten, a las retribuciones de los funcionarios y cuya regulación tenga que hacerse por norma con rango de Ley, la estructura de las retribuciones está sometida a reserva legal.

De acuerdo con el Art. 22.1 del EBEP, las retribuciones de los funcionarios de carrera se clasifican en básicas y complementarias . Las primeras estarán integradas única y exclusivamente por el sueldo y los trienios (Art. 23 EBEP). La estructura de la segundas se establecerá por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo a los factores que señala el Art. 24 del EBEP.

Los funcionarios percibirán dos pagas extraordinarias al año, por el importe cada una de ellas de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquellas a las que se refieren los apartados c) y d) del Art. 24 de la Ley 7/2007 (Art. 22.4 EBEP).

Esta regulada la estructura de las retribuciones básicas en el Art. 23 del EBEP y esta reservada al legislador estatal y autonómico la ordenación de la estructura de las retribuciones complementarias, los acuerdos que se alcancen

deberán ser enviados a las Cortes Generales o, a las distintas Asambleas Legislativas de las CC.AA.

Estas en última instancia son las que fijarán la estructura retributiva ajustándose a los mandatos del EBEP, por lo demás deja libertad a las Leyes de cada Administración Pública para establecer las retribuciones complementarias, limitándose a señalar los factores que tales retribuciones pueden remunerar. Aunque permite que puedan también establecerse atendiendo a otros factores, el catálogo de los que se recoge es bastante completo.

2.1.7.2.- Elemento cuantitativo.

A la hora de negociar las retribuciones de los funcionarios públicos, distinguiremos tres fases:

1.a) La determinación del incremento global de las retribuciones(a)

2.a) La determinación de las retribuciones (b).

3.a) La aplicación de las retribuciones (c).

a) Entre las materias que debían ser objeto de negociación, están los incrementos retributivos globales a incluir en el Proyecto de Ley de los PGE y en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local de cada año. Al existir una reserva presupuestaria en esta materia (Art. 134.2 CE),

Las partes negociadoras a nivel estatal, autonómico y local se encuentran vinculadas por el tope legal marcado en los PGE, no pudiendo concluir acuerdos o pactos que implicasen un crecimiento de la masa retributiva global superior al autorizado por los Presupuestos Generales del Estado.

Si lo hace, se incurre en ilegalidad, la cual constituye causa de impugnación judicial de los Pactos y Acuerdos, procediendo la declaración de nulidad de los mismos.

Los que se hubieran pactado con anterioridad a la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado que impliquen crecimientos retributivos superiores al autorizado por ésta deben experimentar la oportuna adecuación, siendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opusieran a la misma

b) Cuando se habla de la determinación de las retribuciones de los funcionarios públicos. Hay que entenderla en vía general y abstracta, aplicable a todos los funcionarios de un mismo grupo, la determinación de la cuantía de los conceptos retributivos vinculados al grupo (el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias).

c) Es objeto de negociación la aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos. Es decir la determinación de las retribuciones correspondientes a cada funcionario en atención a las características del puesto de trabajo que desempeñaba y de su rendimiento personal, la fijación de la cuantía de los conceptos retributivos vinculados a los puestos de trabajo y al rendimiento de los funcionarios públicos. Al igual que ocurría con las retribuciones básicas, el importe de estos conceptos retributivos era acordado en el seno de la Mesa general de negociación de la Administración del Estado y luego incluido en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El arbitrio de las Mesas negociadoras que se constituyan en el seno de cada Administración Pública se reduce a concretar los criterios a seguir a la hora de asignar los niveles a cada uno de los puestos de trabajo. Pero, una vez efectuada dicha asignación, el importe del complemento de destino viene determinado por la Ley de PGE.

En el ámbito de Administración Local, esta negociación está limitada por lo dispuesto en el Art. 7 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, donde en desarrollo del Art. 93.2 de la LBRL se dispone que **los créditos destinados a complemento específico, complemento de productividad, gratificaciones y, en su caso, complementos personales transitorios**, serán los que resulten de restar a la masa retributiva global presupuestada para cada ejercicio económico, excluida la referida al personal laboral, la suma de las cantidades que al personal funcionario le correspondan por los conceptos de retribuciones básicas, ayuda familiar y complemento de destino y que la cantidad que resulte, con arreglo a lo dispuesto en el número anterior, se destinará:

a) Hasta un máximo del 75 por 100 para complemento específico, en cualquiera de sus modalidades, incluyendo el de peligrosidad para la Policía Municipal y Servicio de Extinción de Incendios,

b) Hasta un máximo del 30 por 100 para complemento de productividad,

c) Hasta un máximo del 10 por 100 para gratificaciones .

A los miembros de la Mesa general en el seno de cada Entidad local, después de determinar la cantidad global destinada a complemento específico, complemento de productividad, gratificaciones, y , complementos personales transitorios, les corresponde negociar su distribución entre estos tres conceptos retributivos sin rebasar para cada uno de ellos los porcentajes señalados en el Art. 7 del Real Decreto 861/1986 y, sin que la suma de los tres superase el 100%. Dentro del límite global destinado a complementos específicos, la cuantía a asignar a cada puesto de trabajo esta en

función de su clasificación por la Entidad local atendiendo a los criterios de valoración objetiva para la catalogación de puestos de trabajo acordados en la Mesa general de negociación

A las Mesas negociadoras les corresponde distribuir la cuantía global destinada al complemento de productividad entre los diferentes programas o áreas y fijar los criterios técnicos de valoración de los factores a tener en cuenta en su distribución individualizada entre los diferentes funcionarios, así como determinar los criterios a seguir en la asignación individual de las gratificaciones por servicios extraordinarios.

Indemnizaciones por razón de servicio. Esta indemnizaciones o por residencia de los funcionarios públicos locales deben ser las mismas que corresponden al personal al servicio de la Administración del Estado [arts. 157 TRRL y 2. 1.e) R.D 462/2002], por lo que escapan al ámbito de la negociación colectiva local.

Los cambios que incorpora el EBEP responden a las modificaciones previstas en el sistema retributivo de los funcionarios públicos.

2.1.7.2.1.- Elemento cuantitativo. La determinación de las retribuciones básicas.

Las cuantías de las retribuciones básicas se establecen en la Ley de PGE (arts. 21.1 y 23 EBEP).

Estando confiada al legislador estatal la fijación de dichas cuantías, la participación sindical se amparará en la letra k) del Art. 37.1 del EBEP y, se reconduce a la legislación negociada; los acuerdos, deben recogerse en el correspondiente Proyecto de Ley de PGE y remitirse a las Cortes Generales.

Esta deberá desarrollarse en el seno de la Mesa general de negociación de las AAPP, esto **no se puede negociar a nivel autonómico y local.**

2.1.7.2.2.- Elemento cuantitativo. La determinación del incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 37.1.b) del EBEP, entre las materias objeto de negociación figura la determinación (...) de las retribuciones complementarias de los funcionarios. El Art. 21.1 del EBEP decreta que el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestarlo en la correspondiente Ley de Presupuestos y que no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal .

Estando reservada la ordenación al legislador, la participación sindical se reconduce a la legislación negociada; los acuerdos serán ser enviados a las Cortes o Asambleas Legislativas de las CC.AA. para ser transformados en Ley.

A las Comunidades Autónomas (Art. 156.1 CE), les corresponde determinar, a través de sus respectivos Presupuestos, el incremento global de las retribuciones complementarias de sus funcionarios públicos, con las limitaciones obvias resultantes de la coordinación de Las Haciendas autonómicas con la Hacienda estatal y del principio de solidaridad.

El Art. 37.1.a) del EBEP se refiere a la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas . Esta cuestión se negocia en las Mesas de negociación que se creen en cada Comunidad Autónoma. El legislador estatal se seguirá apoyándose en los arts. 149.1.13 y 156 de la Constitución para extender el límite del incremento de las retribuciones complementarias del personal funcionario al servicio de la AGE, que se establezca en la Ley de PGE, al personal que se halla al servicio de las CC.AA, EE.LL. y Organismos públicos de todas ellas dependientes. En este caso la negociación corresponderá a la Mesa general de negociación de Las AAPP.

2.1.7.2.3.- Elemento cuantitativo. Aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.

Según el Art. 37.1 del EBEP, son objeto de negociación la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de PGE y de las Comunidades Autónomas (letra a) y la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios(letra b).

Las Mesas de negociación, dentro del tope máximo global de las retribuciones complementarias de los funcionarios establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, determinarán la cuantía global destinada a atender cada una de las retribuciones complementarias de los funcionarios, según lo indicado en el Art. 24 EBEP.

A las Mesas negociadoras les corresponderá distribuir la cuantía global destinada a las retribuciones complementarias derivadas de los apartados a) y b) del Art. 24 del EBEP entre los distintos grados, niveles o categorías, y entre los distintos puestos de trabajo, respectivamente.

A la negociación colectiva le compete repartir la cuantía global destinada a las retribuciones complementarias vinculadas a la productividad o a rendimiento y fijar los criterios técnicos de valoración de los factores a tener en cuenta en la distribución individualizada entre los funcionarios.

Al reconocerse a las AAPP. un mayor margen de negociación en la determinación de una parte importante de las retribuciones, se amplía el espacio de libre decisión de la negociación colectiva en esta materia. Pero esta negociación colectiva esta limitada por la Ley de PGE, por lo que las diferencias retributivas entre los diferentes programas y/o funcionarios de cada Administración serán muy superiores a las que se daban con arreglo al sistema retributivo anterior.

2.1.7.2.4.- Elemento cuantitativo. Materias de índole funcional.

El Art. 37.1 del EBEP incluye en el contenido de la negociación colectiva las materias de índole funcional. Así, es posible negociar:

- f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna.. (...).
- k) Las que afecten a las condiciones de trabajo (...) cuya regulación exija norma con rango de Ley. (...).
- m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica... .

Las letras k) y m) del Artº 37.1 EBEP presentan las listas en las que se realiza una configuración sumamente global de materias de índole funcional que serán objeto de negociación.

Mientras los legisladores estatal y autonómico no aprueben o modifiquen las Leyes de función pública adaptándolas al nuevo EBEP, la negociación colectiva en la función pública se encuentra en un período provisorio.

En cuanto al tiempo de trabajo subrayar lo siguiente:

1.º) Que las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos (Art. 47 EBEP).

2.º) Que no existe ninguna previsión legal en materia de horario de trabajo, descanso semanal o días festivos.

3.º) Que los funcionarios tienen derecho a disfrutar como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor (Art. 50 EBEP), no considerándose a tales efectos como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales (Art. 50 EBEP) y que el período en que se disfruten las vacaciones (...) se subordinará a las necesidades del servicio ;

4.º) Que las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración (Art. 48.1 EBEP), si bien en todo caso se concederán los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género que prevé el Art. 49 del EBEP y, además, en defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los que figuran en el Art. 48.1 del EBEP.

Los miembros de **las Mesas de negociación de la Administración del Estado**, podrán negociar todo lo referente al calendario laboral, jornada y horario de trabajo, descanso semanal y días festivos.

También podrán ampliar la duración del periodo vacacional y acordar su régimen de disfrute.

En cuanto a los permisos de los funcionarios públicos, la negociación puede mejorar el régimen jurídico aplicable a los permisos por conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género, si tenemos en cuenta el carácter de norma mínima del Art. 49 del EBEP, y determinar los supuestos de concesión del resto de permisos, así como los requisitos y duración de los mismos. **Pero, si la reducción del tiempo de trabajo no se acompaña de las dotaciones presupuestarias para cubrir las jornadas de trabajo dejadas vacantes, todo esto solo redundará en la pérdida de la calidad de los servicios públicos.**

En la Autónoma se deberá respetar no sólo los preceptos básicos antes señalados, sino también la jornada que se fije para los funcionarios de la Administración del Estado en cómputo anual, El espacio regulador de esta Mesa en materia de permisos será mayor, por cuanto que la normativa del EBEP en esta materia tiene el carácter bien de norma dispositiva o bien de norma mínima.

A nivel local esta mucho más limitado. La jornada de trabajo de los funcionarios locales será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la AGE y se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada (Art. 94 LBRL). La jornada anual equivalente a 1747 horas que se fija para el personal civil al servicio de la Administración General del Estado no puede ser elevada ni rebajada por las Mesas negociadoras locales .

A éstas les corresponderá repartir la jornada anual a lo largo del año, pudiendo distribuirla desigualmente siempre que el total anual de horas de trabajo sea igual al fijado a nivel estatal . Pueden establecer descansos diarios y/o semanales diferentes a los disfrutados por el personal civil al servicio de la AGE, pero no pueden incrementar el descanso diario de treinta minutos computables como tiempo de trabajo efectivo.

Podrán pactar el descanso en días que no sean festivos siempre que esto no signifique una disminución de la jornada anual ni se perjudiquen los derechos de los ciudadanos. En materia de horario de trabajo, trabajo a turnos y calendario laboral, estos aspectos se pueden negociar en el ámbito local .

Tener en cuenta que los funcionarios de la Administración Local tienen derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado.

Las EE.LL. carecen de competencia para pactar el régimen jurídico aplicable en estas materias, no pueden introducir permisos o licencias nuevas ni ampliar las vacaciones o regularlas en términos distintos de los fijados por la Comunidad Autónoma, o en su defecto, por el Estado. Pero no se excluye la posibilidad de que los Órganos de las Corporaciones Locales, en materias, como la de organización de sus servicios, sean de su competencia exclusiva, convengan con su personal lo relacionado con el ejercicio del derecho que éste tiene de disfrutar de vacaciones.

A nivel local se puede pactar todo lo relacionado con las fechas y forma de disfrute de las vacaciones, también son negociables las materias referidas a la movilidad funcional y geográfica de los funcionarios públicos, a esta negociación le corresponde acordar aquellos aspectos cuya regulación está confiada a la Administración Pública, como son las reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos (Art. 81.1 EBEP).

La formación del personal al servicio de las AAPP. también es negociable según el Art. 37.1.f) del EBEP , el cual se refiere a los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna .

Las situaciones administrativas, no son negociables según lo dispuesto en las letras a) y d) del Art. 37.2.

La pérdida de la condición de funcionario y el régimen disciplinario no son negociables, ya que esta regulación esta contenida en los arts. 63 a 68 y 93 a 98 del EBEP, teniendo el carácter de derecho necesario absoluto. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos afecta tanto a la relación orgánica como a la relación de servicio. No obstante, ante la imposibilidad de discernir con total seguridad las infracciones que afectan a una u otra relación, el legislador, lo excluye de la negociación colectiva, contrastando con el régimen disciplinario del personal laboral de las AAPP. que sí es negociable.

El régimen de incompatibilidades, también queda fuera del ámbito de influencia de la negociación colectiva.

2.2.- Materias de índole sindical.

Se trata en el Art. 37.1.h) estableciendo una lista cerrada de las materias no sometidas a reserva legal susceptibles de negociación, por parte de sus representantes unitarios (a) como sindicales (b) :

- a) **El EBEP, al regular las representaciones unitarias**, ha dejado poco espacio real a la intervención de la negociación colectiva. La minuciosidad de detalles de esta disposición legal, abarca tanto los aspectos generales como los puntuales.

1.º) El establecimiento de las unidades electorales se regulará por el Estado y por cada Comunidad Autónoma dentro del ámbito de sus competencias legislativas (Art. 39.4 EBEP), actualmente se mantiene la lista de unidades electorales que establece el Art. 7 de la LORAP.

El Art. 39-4 del EBEP, previo acuerdo con las Organizaciones Sindicales legitimadas en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán modificar o establecer unidades electorales en razón del número y peculiaridades de sus colectivos, adecuando la configuración de las mismas a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan.

La posibilidad de modificar o crear nuevas unidades electorales se abre a todas las AAPP, quedando dentro de la negociación colectiva; no pueden llevarse a cabo si no existe acuerdo con las Organizaciones Sindicales legitimadas en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985 .

La negociación colectiva puede modificar los ámbitos de representación de las juntas de personal, pero no los de los delegados de personal. Estas nuevas unidades electorales han de basarse en el número y en las peculiaridades del colectivo funcional en cuestión; criterios que son acumulativos y no alternativos.

2.º) El número de delegados de personal y de miembros de las juntas de personal a designar por los funcionarios públicos en cada circunscripción electoral esta determinado por los Art. 39-2 y 39-5 del EBEP.

3.º) Las facultades de los representantes unitarios se encuentran enumeradas con carácter exhaustivo en

el Art. 40.1 del EBEP. Las Mesas de negociación podrán abordar puntos no tratados por el legislador en relación con las facultades previstas en el Art. 40.1 del EBEP (las formas de transmisión de la información que la Administración debe proporcionar a los representantes unitarios y éstos al personal funcionario, las formas en que los representantes unitarios deben emitir sus opiniones sobre las materias objeto de consulta, concretar la participación y funciones en materia de prevención de riesgos laborales, etc.) e, incluso, ampliar las materias sobre las que versen las facultades de información activa o pasiva

4.º) No existe posibilidad de que los representantes unitarios, el conjunto de garantías y facilidades que el Art. 41 del EBEP, les reconoce, pueda ser modificado o mejorado por pactos o acuerdos. El crédito horario que concede a las representaciones unitarias no puede ser modificado o incrementado por la negociación.

No se puede ampliar el ámbito temporal de las garantías que las letras c) y e) del Art. 41.1 del EBEP para proteger a los representantes unitarios

En la negociación colectiva se puede concretar o especificar las condiciones en que se pueden desarrollar las garantías y facilidades contempladas en la Ley.

b) En materia sindical, los Pactos y Acuerdos pueden insertar cláusulas que traten de fortalecer la presencia sindical en los centros de trabajo como las referidas a las secciones y delegados sindicales. Según el Art. 37.1 del EBEP, las materias de índole sindical son susceptibles de negociación, la LOLS atribuye a sus previsiones el carácter de normas mínimas mejorables por la negociación colectiva:

Derechos de las secciones sindicales (Art. 8.2)

Número de delegados sindicales (Art. 10.2)

Competencias y derechos de los delegados sindicales (Art. 10.3).

1.º) **El Art. 8.2 de la LOLS** reconoce a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y a las de aquellos que, sin serlo, cuenten con presencia en los órganos de representación unitaria de los funcionarios públicos una serie de derechos (derecho a un tablón, a la negociación colectiva y a un local). Tales derechos se establecen con carácter de mínimos, los Pactos y Acuerdos pueden extender algunos de estos derechos en todo o en parte a cualesquiera secciones sindicales. En ningún caso, los Pactos o Acuerdos pueden restringir los derechos que a estas secciones sindicales se les reconocen en la LOLS.

2.º) El número de delegados sindicales establecido en el Art. 10.2 de la LOLS es un mínimo de derecho necesario relativo mejorable por la negociación colectiva.

Interpretación de los puntos primero y segundo del Art. 10 de la LOLS:

El punto primero establece los requisitos necesarios para que las secciones sindicales puedan estar representadas por delegados sindicales (plantilla mínima de 250 funcionarios y presencia del sindicato en la junta de personal), no se menciona la posibilidad de que la negociación pueda alterarlos, la negociación colectiva no puede rebajar el número de funcionarios públicos necesarios para disponer de un delegado sindical ni eliminar la necesidad de contar con un representante en la junta de personal.

El punto segundo del Art. 10 de la LOLS señala que *bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados establecido en la escala a la que hace referencia este apartado, que atendiendo a la plantilla de la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo, corresponden a cada uno de éstos, a continuación señala que a falta de acuerdos específicos al respecto, el número de delegados sindicales por cada sección sindical de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 de los votos en la elección al Comité de Empresa o al órgano de representación en las Administraciones Públicas, se determinará según la siguiente escala*, la negociación colectiva puede ampliar el número de delegados sindicales correspondiente a cada uno de sus tramos, y también rebajar el número de funcionarios que figuran en cada tramo de la escala o, incluso, modificar dichos tramos.

Un Pacto o Acuerdo que aumente el número de delegados sindicales a determinadas secciones sindicales y no a todas —o, al menos, no por igual—, constituye una norma jurídica que establece discriminaciones por razones de adhesión a un sindicato o al ejercicio de actividades sindicales, lo que, en los términos del Art. 12 de la LOLS, debe comportar su nulidad y carencia de efectos. Este artículo atribuye el mismo número de delegados a todas las secciones con derecho a los mismos, siempre que en su constitución hayan utilizado la misma unidad de referencia.

3.º) En tema de derechos, garantías y facilidades de los delegados sindicales, el Art. 10.3 de la LOLS establece que éstos, *en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo*, esta remisión al convenio permite la posibilidad de ampliar los derechos legalmente reconocidos. En cuanto a las garantías y facilidades de los delegados sindicales, la LOLS utiliza como punto de referencia las que vengán reconocidas a los

miembros de las juntas de personal, procede una equiparación a estos efectos entre los miembros de las juntas de personal y los delegados sindicales. El cuadro de garantías y facilidades establecido en el Art. 41 del EBEP es indisponible por la negociación colectiva. El último inciso del párrafo primero del Art. 10.3 de la LOLS, según el cual la alusión que se hace a los convenios colectivos — a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo — se refiere a las garantías y derechos de los delegados sindicales solamente.

2.3.- Materias relativas a la salud laboral.

En materia de salud laboral, el Art. 37.1.J) del EBEP así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales, las disposiciones de esta Ley tienen el carácter de normas mínimas mejorables por la negociación colectiva (Art. 2.2). Según el párrafo 3.º del Art. 35.4 de la LPRL, en el ámbito de las AAPP, podrán establecerse otros sistemas de designación de los Delegados de Prevención y acordarse que las competencias que esta Ley atribuye a éstos puedan ser ejercidas por órganos específicos. La Ley habilita a la negociación colectiva para romper las barreras del derecho de participación de los empleados públicos derivadas de su supeditación a los sistemas de representación unitaria.

2.4.- Materias relativas a la Seguridad Social y de índole asistencial.

En materia de Seguridad Social, serán negociables los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas (Art. 37.1.g), se incluyen expresamente entre las materias negociables los planes de Previsión Social Complementaria (Art. 37.1.e), así como los criterios generales de acción social (Art. 37.1.i).

Según el Art. 37.1.g del EBEP, será objeto de negociación los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas, queda claro que lo que se ha de negociar son los criterios generales para la determinación de las prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas, y no dicha determinación.

La Seguridad Social obligatoria no está atribuida a la competencia de las Corporaciones Locales.

En cuanto a la Seguridad Social complementaria, el Art. 37.1.e, subraya el carácter negociable de los planes de Previsión Social Complementaria.

La Disposición Final 2.a del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aunque admite que las *Administraciones públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas, puedan promover planes de pensiones de empleo y realizar aportaciones a los mismos, así como a contratos de seguro colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, al amparo de la disposición adicional primera de esta Ley, con el fin de instrumentar los compromisos u obligaciones por pensiones vinculados a las contingencias del Art. 8.6 de esta Ley referidos a su personal funcionario o laboral o en relación de servicios regulada por normas administrativas estatutarias*, mantiene la tradicional limitación de aportaciones de fondos públicos.

Existen excepciones a esta regla general:

a) El Art. 29 del EBEP, autoriza a Las AAPP, a destinar cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de los PGE a financiar las aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones, cantidades que tendrán a todos los efectos la consideración de retribuciones diferidas.

b) El Art. 34 de la LMRFP —añadido por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre— establece que *los funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encuentren en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa, como consecuencia de un Plan de Empleo, podrán solicitar la jubilación voluntaria anticipada, en las condiciones establecidas en el Régimen de Seguridad Social en que estén encuadrados, siempre que tengan cumplidos sesenta años de edad, acrediten, al menos, treinta años de servicios y reúnan los requisitos exigidos en dicho régimen y que los funcionarios que se acojan a esta jubilación tendrán derecho a percibir, por una sola vez, una indemnización cuya cuantía será fijada por el Gobierno según su edad y retribuciones íntegras correspondientes a la última mensualidad completa devengada, con exclusión del complemento específico y de la productividad, referida a doce mensualidades*. La Disposición Adicional 21.a de la LMRFP, añadida también por la Ley 22/1993, en línea con lo dispuesto en el Art. 34.2 de la misma Ley respecto de los funcionarios públicos de la Administración General del Estado), establece que *las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de Planes de Empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir todas o alguna de las medidas*

mencionadas en los puntos 2 y 3 del artículo 18 del EBEP y, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada .

Los incentivos para la jubilación anticipada exigen la adopción por la AP de una racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, de suerte que la negociación colectiva no puede preverlos con carácter general ante cualquier decisión de jubilación voluntaria anticipada .

A excepción de estos casos, rige la prohibición de aportaciones por las AAPP. a los planes de Previsión Social Complementaria.

Los criterios de acción social son negociables (Art. 37.1.i). La negociación colectiva puede prever ayudas por natalidad, guarderías, hijos menores de 18 años o discapacitados físicos o psíquicos, hijos o cónyuge con discapacidad, estudios universitarios para hijos mayores de 18 años o cónyuge, etc. Estas ayudas no tienen el carácter de retribuciones distintas de las previstas en los Art. 21 y siguientes del EBEP ni de prestaciones complementarias de las del régimen público de la Seguridad Social y, no entrañan vulneración del Art. 153 del TRRL y de la Disposición Adicional 4.a de la Ley 11/1960. Estas constituyen ayudas incluidas dentro de la política social de las AAPP. con sus empleados, no teniendo la condición de retribuciones, no están sujetas a los límites de incremento de las retribuciones o gastos de personal de las AAPP. previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

3.- EL CONTENIDO OBLIGACIONAL DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

3.1.- Cláusulas obligacionales.

El Art. 38.9 del EBEP dispone que los Pactos y Acuerdos en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración Pública, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras , en el Art. 38.5 del EBEP se señala que se establecerán Comisiones Paritarias de seguimiento de los Pactos y Acuerdos con la composición y funciones que las partes determinen . El Art. 45.1 del EBEP, dispone que con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, las AAPP y las OOSS a que se refiere el presente Capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos .

La solución extrajudicial de conflictos, el Art. 45.1 del EBEP autoriza a las AAPP. y a las Organizaciones Sindicales a que se refiere el presente Capítulo a acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos . La Ley se refiere exclusivamente a los conflictos colectivos .

El Art. 45.2 del EBEP precisa que los conflictos a que se refiere el apartado anterior podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de Ley . Se hace referencia, a los dos tipos de conflictos colectivos, los de intereses o económicos ligados a la negociación de los Pactos y Acuerdos, y los jurídicos, conectados con la interpretación y aplicación de tales instrumentos negociales. El Art. 45.3 del EBEP permite a los miembros de las Mesas de negociación establecer procedimientos no sólo de mediación, sino también de arbitraje voluntario. El apartado 5 del Art. 45 del EBEP establece que la utilización de estos sistemas se efectuará conforme a los procedimientos que reglamentariamente se determinen previo acuerdo con las Organizaciones Sindicales representativas ..El mismo deberá ser recogido en una disposición reglamentaria, lo que guarda relación con la letra b) del Art. 37.2 del EBEP.

4.- EL CONTENIDO MÍNIMO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

4.1.- Cláusulas delimitadoras de los Pactos y Acuerdos.

El Art. 38.4 del EBEP exige a las partes negociadoras la inclusión de una serie de cláusulas delimitadoras de los Pactos y Acuerdos. Éstos deberán expresar necesariamente lo siguiente:

- 1.º) Las partes que los conciertan.
- 2.º) Su ámbito de aplicación (personal, funcional y territorial).
- 3.º) Su ámbito temporal de aplicación, así como la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos.

MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1.- LOS SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

La Ley 9/1987 concebía tres sistemas de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos:

1.º) El sistema de determinación unilateral que afectasen a sus potestades de organización, salvo que sus consecuencias repercutieran sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios en cuyo caso procedía la consulta

2.º) El sistema de consulta respecto a las materias reservadas a Ley

3.º) El sistema de negociación

El EBEP, recoge en un único precepto, el Art. 37, la delimitación de las materias incluidas y excluidas del ámbito objetivo de la negociación colectiva.

Incorpora los siguientes cambios:

- En primer lugar, amplía las materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación.

excluye de la obligatoriedad de la negociación:

la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos (Art. 37.2.b),

la determinación de condiciones de trabajo del personal directivo (rt. 37.2.c)

los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica (Art. 37.2.d)

la regulación y determinación concreta, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional (Art. 37.2.e).

- En segundo lugar suprime la consulta

cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto [Art. 37.2.a) EBEP].

El EBEP excluye de la negociación y de la consulta todo lo referente a las potestades de organización de las AAPP., lo que guarda estrecha relación con lo dispuesto en el Art. 24.1.e) de la LGO.

— **En tercer lugar**, y por lo que se refiere a la negociación colectiva, **consagra expresamente a nivel legal lo que anteriormente se derivaba de la interpretación sistemática del Capítulo III de la LORAP**. La negociación colectiva se somete a los principios de legalidad y cobertura presupuestaria (Art. 33.1 EBEP)

2. LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACIÓN

2.1.- Las materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación.

Según el Art. 37 del EBEP, quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, las materias siguientes:

a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. Cuando las consecuencias tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la negociación de dichas condiciones con las OOS.

b) La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

c) La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo.

d) Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica.

e) La regulación y determinación concretos, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

2.2.-Las potestades de organización de las Administraciones Públicas.

Según el Art. 37.2.a) del EBEP, no son negociables *las decisiones de las Administraciones Públicas que*

afecten a sus potestades de organización. Distinguir:

1.a) La determinación de la estructura orgánica interna de las diferentes Administraciones:

determinar la estructura interna, el detalle de los diferentes órganos administrativos

la concreción de sus funciones, así como la elección de las modalidades de gestión de los servicios.

2.a) La organización de la función pública que se desarrolla fundamentalmente a través de las plantillas, las relaciones de puestos de trabajo (RPT), los catálogos de puestos de trabajo, la oferta de empleo público, los planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, etc.

Las materias contempladas en el Art. 37.1 del EBEP son más organizativas que funcionariales.

Ejemplos de necesidad de negociación:

1.- Con el pretexto del ejercicio de la potestad de autoorganización se regulan o se modifican las remuneraciones o la jornada de trabajo de los funcionarios, se impone la necesidad de aplicar el párrafo segundo del Art. 37.2.a) del EBEP, sometiendo tales extremos a la negociación obligatoria.

2.- Con la ordenación de las prestaciones sanitarias, se establece un sistema de integración y readscripción del personal sanitario que afecta a sus condiciones de trabajo, pudiendo dar lugar incluso a traslados de lugar en el que se venían desempeñando sus funciones, se aplica el caso anterior.

3.- Será preceptiva la negociación cuando la Administración de una CA pretenda regular las condiciones en que ha de llevarse la protección de las contingencias profesionales que puedan sufrir sus funcionarios, sin que se organicen o estructuren unidades administrativas del Gobierno autonómico ni se disponga cómo debe ser su funcionamiento a través de preceptos organizativos

La dotación o asignación de medios personales no tiene que ser negociada previamente, pero si con posterioridad se modifica la plantilla, con la supresión o modificación de puestos de trabajo que se encuentran cubiertos, tal decisión será encuadrable en el supuesto contemplado en el párrafo segundo del Art. 37.2.a) del EBEP, por lo que es preceptiva la negociación, con independencia del mayor o menor alcance. De encontrarse vacantes los puestos de trabajo amortizados, en la medida que ello puede repercutir sobre la promoción de los funcionarios públicos, también será precisa la negociación.

2.3.- La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos y el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

Tratándose de normas de relación con sujetos distintos a los funcionarios y de normas de Derecho público quedan excluidas de la esfera de lo negociable.

2.4.- La determinación de condiciones, de trabajo del personal directivo.

El Art. 37.2.c) del EBEP, la determinación de condiciones de trabajo del personal directivo queda excluida de la obligatoriedad de la negociación colectiva. El Art. 13.4 dispone que la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. El personal directivo se identifica orgánicamente con la AP

El personal directivo desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración (Art. 13.1 EBEP).

Serán el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las CC.AA. quienes establezcan el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo con los principios que establece el Art. 13 del EBEP.

Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección (Art. 13.4 EBEP).

2.5.- Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica.

El derecho a la negociación colectiva tiene como objeto el contenido de la relación de servicio o de trabajo de los funcionarios públicos, quedando fuera del mismo lo atinente a la relación orgánica o jerárquica

2.6.- La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

El Art. 37.1.C) del EBEP incluye entre las materias objeto de negociación las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión. El legislador aclara que lo que se negocia es la normativa que ha de regir estas materias, no las bases de cada proceso de selección o promoción profesional.

EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA SEGÚN EL EBEP.

1.- CUESTIONES GENERALES

1.1.- Naturaleza jurídica.

La Ley 7/2007 hace un nuevo procedimiento especial para elaborar las disposiciones reglamentarias competencia del órgano de gobierno y los Proyectos de Ley en materia funcionarial.

Los Pactos son auténticos convenios colectivos, similares a los que se celebran en el ámbito laboral, el pacto no es un procedimiento administrativo propiamente dicho. Es administrativo en sentido subjetivo, cuando se trata del procedimiento al que ha de ajustarse la actividad de la Administración, tanto al ejercer la potestad reglamentaria, como al llevar a cabo una función legislativa, bien preparatoria de la de los órganos legislativos, elaboración de los proyectos de leyes, o bien función legislativa delegada como la elaboración de los decretos con fuerza de ley.

Se trata de un procedimiento al que debe ajustarse toda la actividad normativa de la Administración.

Los Pactos poseen eficacia normativa directa y propia, y su contenido es el que corresponde a las disposiciones reglamentarias emanadas del órgano que lo firma, la naturaleza del procedimiento para su elaboración no difiere de la del Acuerdo, la diferente naturaleza y rango jerárquico de la norma objeto de la negociación, se traduce en el diferente tratamiento jurídico del procedimiento.

1.2. Régimen jurídico aplicable.

La Ley 7/2007, en contrapartida a las limitaciones de la autonomía colectiva, derivadas fundamentalmente de su sometimiento a los principios de legalidad y cobertura presupuestaria, intenta fortalecer el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, a fin de que en aquellas materias en que proceda exista una verdadera negociación colectiva. Se establece que la Administración estará sujeta también a los principios de obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia (Art. 33.1 EBEP).

Además, introducen numerosos cambios en el procedimiento de negociación que afectan tanto al proceso negociador propiamente dicho, al que extiende las reglas que rigen en el Derecho laboral, como a la fase de aprobación expresa y formal del Acuerdo por el órgano de gobierno correspondiente.

En el ámbito autonómico, se aplicará con carácter principal el EBEP; en su defecto, las normas autonómicas reguladoras del procedimiento de elaboración de disposiciones generales y la LRJAP salvo en lo relativo a las especialidades impuestas por la peculiar organización de cada Comunidad Autónoma.

En el ámbito local, se habrá de aplicar lo dispuesto en el EBEP y, en su defecto, la LBRL, sin perjuicio de que también pueda darse entrada a la LRJAP para lo no previsto en ella.

1.3. Fases del procedimiento de negociación.

Cronológicamente hablando, se distinguen dos etapas o fases:

1.a) El proceso negociador

2.a) La fase de aprobación expresa y formal del Acuerdo por el Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente.

2. PROCESO NEGOCIADOR

2.1. Iniciación.

Según el Art. 34.6 del EBEP, el proceso de negociación se abrirá, en cada Mesa:

De común acuerdo, en la fecha que, fijen la Administración y la representación sindical.

A falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan.

2.2.-Formas de iniciación.

El Art. 34.6 del EBEP explicita que el proceso negociador puede abrirse de común acuerdo entre las representaciones pública y sindical y, en su defecto, a instancia de cualquiera de ellas,

2.2.1.-Promoción de mutuo acuerdo.

El proceso de negociación *se abrirá, en cada Mesa, en la fecha que, de común acuerdo, fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical* (Art. 34.6 EBEP). En el acuerdo participarán todas las organizaciones sindicales con legitimación negocial (arts. 33.1 y 35.1 del EBEP). Se exige que el acuerdo tenga el respaldo de la mayoría de la representación sindical .

Las partes deberán acordar la fecha de inicio de las negociaciones (a) y las materias a negociar (b)

a) Las partes negociadoras disfrutarán de libertad para establecer el período de las negociaciones.

b) Las partes son libres a la hora de fijar las materias objeto de negociación, siempre que se incluyan en el ámbito de competencias de la Mesa negociadora . Estarán limitadas al elegir los temas por la Ley. .

En el Art. 34.6 del EBEP se indica el procedimiento de adopción de los acuerdos negociales en el seno de la Mesa negociadora.

El hecho de que la fijación de la fecha de negociación y de la determinación material del proceso negociador requiere, por su trascendencia similar a los mismos acuerdos negociales, iguales requisitos que éstos.

El desacuerdo sobre las materias a negociar es problemático.

Las partes podrán recurrir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos y, si éstos fracasan, el conflicto será resuelto por el órgano de gobierno correspondiente (Art. 38.7 EBEP).

La decisión administrativa, habrá de limitarse a señalar los temas a discutir en el proceso negociador. La falta de acuerdo no permitira a la Administración entender que ha fracasado la negociación y regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Sí los sindicatos negociadores, ante la imposición unilateral del contenido de la negociación, no acuden a las sesiones de la Mesa negociadora, quedará vía libre para la regulación unilateral de las condiciones de trabajo.

Nada impide, que constituida la Mesa, se incluyan otras materias en el contenido de la negociación, siempre y cuando se ponga en conocimiento de todas las OOSS, incluyendo las que la hubieran abandonado.

2.2.2. Promoción a instancia de la mayoría de una de las partes legitimadas.

A falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan (Art. 34.6 EBEP).

2.2.2.1. Promoción a instancia de la Administración Pública correspondiente.

La negociación colectiva está sujeta al principio de obligatoriedad (Art. 33.1 EBEP). La forma imperativa empleada por el Art. 37.1 del EBEP (serán objeto de negociación.), determina el carácter obligatorio de la negociación colectiva, se logre o no el consenso y requiera o no el Acuerdo alcanzado la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la correspondiente Administración.

El Art. 38.7 del EBEP condiciona la potestad de los órganos de gobierno de las AAPP de regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a que no se haya producido acuerdo en la negociación o renegociación prevista para los supuestos en que el Acuerdo alcanzado en la Mesa de negociación no sea aprobado expresa y formalmente por la Administración, y a que se hayan agotado los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, lo que presupone la existencia previa de una negociación, real o intentada .

Se desprende la existencia de una reserva de Ley para la negociación respecto a las materias enunciadas en el Art. 37.1 del EBEP, con la limitación de que pueda realizarse unilateralmente por la Administración sin haberse intentado su negociación. Cuando la AAPP quiera regular cualquiera de las materias señaladas en el Art. 37.1 del EBEP deberá promover el proceso de negociación.

Si la Administración regula unilateralmente las materias previstas en el Art. 37.1 del EBEP sin la existencia previa de una negociación, , los sindicatos pueden hacer frente a esta conducta a través de dos procedimientos distintos:

a) Si la Administración se niega a negociar materias que entran dentro del ámbito de su competencia, los sindicatos tienen dos alternativas:

1.- Una vez excitada la actividad de la Administración y agotada la vía administrativa previa (arts. 107 LRJAP y 25 LJCA), pueden acudir a la vía contencioso-administrativa, para que se dicte una sentencia en la que se reconozca su derecho a negociar y se adopten las medidas necesarias para el pleno restablecimiento del mismo.

2.- Pueden esperar al Reglamento, e impugnarlo contencioso-administrativamente, y poder

plantear las infracciones del procedimiento de negociación. Los efectos de tal infracción, , si el ordenamiento jurídico, impone la obligatoriedad de la negociación, todo Reglamento en cuya elaboración se haya omitido este requisito, será contrario a Derecho y, nulo (Art. 62.2 LRJAP).

El derecho de los sindicatos a participar en la Mesa de negociación incluye también el derecho a impugnar cuantas actuaciones supongan un impedimento al ejercicio de este derecho.

b) Si la Administración se niega a negociar materias reservadas a la Ley, como la disposición que se dicte tendrá la misma fuerza que el EBEP, su validez no resultará afectada por el incumplimiento de las normas previstas en éste. Resulta de aplicación el Art. 2.2 del Código Civil, conforme al cual una norma con rango de Ley puede derogar a otra anterior de idéntico rango. Los sindicatos solo tienen la opción que recurrir la resolución administrativa de exclusión de la negociación, solicitando su anulación y el reconocimiento de su derecho a la negociación . La sentencia de un Tribunal sólo tendrá un efecto sancionador moral para la Administración incumplidora.

2.2.2.2. Promoción a instancia de la mayoría de la representación sindical.

El proceso negociador se iniciará también a instancia de la mayoría de la representación sindical (Art. 34.6 EBEP), parte legitimada es la representación sindical que lo esté en función no sólo del Art. 33.1 sino también respecto del Art. 35.1 del EBEP.

2.2.2.3. El escrito de iniciación de las negociaciones.

No se exige expresamente, que quien inicie la negociación, lo comunique a la otra parte, expresando en la comunicación escrita su competencia, legitimación, ámbito del acuerdo y las materias objeto de negociación. Esta exigencia es ineludible, si no, no se podrá saber si a la parte receptora de la promoción le asisten o no razones legales o convencionales para negarse a negociar.

En el escrito de iniciación de las negociaciones se concretarán los siguientes extremos:

a) La competencia o la legitimación con que se cuenta para convenir. La representación sindical expresará detalladamente la legitimación que ostenta según los arts. 33.1 y 35.1 del EBER

b) Las materias que se pretenden negociar. Esta exigencia no puede interpretarse en un sentido rígido que impida el planteamiento de cuestiones nuevas a lo largo de la negociación.

2.2.3. Efectos del acuerdo o escrito de iniciación de negociaciones.

El procedimiento de negociación se iniciará en la fecha que de común acuerdo fijen las partes o en el plazo máximo de un mes desde que una de las partes lo promueva (Art. 34.6 EBEP). El acuerdo o escrito de iniciación de las negociaciones determina la existencia de este procedimiento y el deber de negociar para las partes, el derecho de los sindicatos a participar en su tramitación y desarrollo y el deber de la Administración de impulsarlo. Para que el acuerdo o el escrito de iniciación produzcan estos efectos ha de cumplimentar los requisitos antes expuestos. De lo contrario, ni la Administración ni los sindicatos estarán obligados a negociar.

2.2.3.1. El deber de negociar.

Una vez iniciado, el efecto más importante, es el deber de negociar. Iniciado un procedimiento, surge para los interesados el derecho a participar en su desarrollo y tramitación y el deber de la Administración de impulsarlo hasta llegar a su resolución (Art. 74.1 LRJAP) y de resolver conforme se establece con en el Art. 42.1 de la LRJAP. El Art. 34.7 del EBEP establece que ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación .

Una vez iniciado este proceso, ambas partes y sobre todo la Administración Pública, dada su obligación general de tramitar y resolver todo procedimiento, están obligadas a negociar. El deber de negociar no significa obligación de llegar a un acuerdo.

2.2.3.2. Causas excluyentes del deber de negociar.

El escrito de iniciación de las negociaciones que incumpla los requisitos anteriormente citados no producirá el efecto de la iniciación de este procedimiento, por la parte receptora. En este sentido, el Art. 34.6 del EBEP prescribe que a falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan .

Causas que impedirán la iniciación del proceso negociador:

— En primer lugar, **las causas legales** , la falta de competencia o legitimación de la promotora o de la parte receptora o la no comunicación en forma del escrito de iniciación de negociaciones.

— En segundo lugar, **las causas pactadas**, el incumplimiento de los compromisos asumidos previamente por las partes al amparo de los apartados 8 y 4 del Art. 38 del EBEP o cuando se trate de revisar un Pacto o Acuerdo en vigor.

Cuando exista una causa que impida el inicio del proceso negociador, la parte receptora de la propuesta quedará excluida del deber de negociar. De ser la Administración Pública la promotora, puede suceder que ponga en marcha el proceso negociador y que, entendiéndose que ante la negativa de la representación sindical a negociar, se produce un supuesto de desacuerdo dicte un Reglamento. El escrito de iniciación de las negociaciones es un acto de trámite, que produce efectos dentro del procedimiento de negociación, determinar su iniciación.

Las organizaciones sindicales afectadas deberán esperar a la finalización del procedimiento negociador para impugnar el Pacto o Acuerdo o, en su caso, el Reglamento, haciendo valer los vicios que concurren en el escrito de iniciación de negociaciones. Mientras tanto los sindicatos podrán acudir eventualmente a la declaración de la huelga y otras medidas de conflicto colectivo.

2.2.3.3. Incumplimiento del deber de negociar.

La Ley no establece ningún dispositivo específico para el caso de incumplimiento de la obligación de negociar, en esta situación cabría pensar en la posibilidad de que el promotor de la negociación solicite la mediación de un tercero, pero, si el receptor se niega a negociar, es poco probable que se avenga a aceptar esta mediación. El único medio para resolver este conflicto será el judicial, los efectos o consecuencias, difieren según cuál sea el sujeto infractor. Y ello es así por la diferente posición que tienen la Administración y los sindicatos. Mientras la primera no necesita de una sentencia para que se reconozcan y definan sus derechos; los sindicatos, tienen que acudir a la vía judicial para, por medio del oportuno proceso, hacer efectivos sus derechos frente a la Administración.

La no concurrencia a las deliberaciones de la OOSS es reconducible a la falta de avenencia entre las partes, aplicándose el Art., 38.7 del EBEP, procediendo la regulación unilateral de las condiciones de trabajo

Cuando es la Administración la parte incumplidora del deber de negociar, los sindicatos no tendrán otra opción que acudir al Juez para que, dicte una sentencia accediendo a lo pedido.

Esta vía plantea el problema de saber si la parte sindical puede acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Una excepción a la regla general del Art. 25.1 de la LJCA se da en materia de derechos fundamentales a los que les es aplicable el procedimiento especial regulado en los arts. 114 y siguientes de la LJCA, que no exigen el agotamiento de la vía administrativa. Cuando se impide o se frena el ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral de los sindicatos se produce una lesión del derecho de libre sindicación. Se vulnera este derecho cuando a la organización sindical se le obstaculiza el ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

Si a propósito de la negociación colectiva, está en juego la actividad de los sindicatos y se aprecia un ataque al derecho de libertad sindical, éstos podrán instar ante los Tribunales la protección especial que proporciona el proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad, la negativa de la Administración a negociar sería susceptible de impugnación en la vía contencioso-administrativa sin necesidad de cualquier recurso administrativo previo por los trámites del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Lo normal es que los impugnantes, pretendan el reconocimiento de su derecho a negociar, en cuyo caso la sentencia estimatoria anulará el acto y reconocerá el derecho de los sindicatos a negociar, y condenará a la Administración a adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de dichas declaraciones.

2.2.4. La constitución de la Mesa negociadora.

En la fecha que fijen las partes, en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción del escrito de iniciación, se deberá proceder a constituir la Mesa Negociadora (Art. 34.6 EBEP). La Administración está obligada a impulsar el proceso negociador, son ellos, quienes están obligados a efectuar la convocatoria.

Dicha convocatoria deberá notificarse a todos y cada uno de los sindicatos con legitimación para formar parte de la Mesa negociadora (arts. 31, 34 y 58 de la LPJAP).

Una convocatoria parcial, supone la transgresión del derecho de libertad sindical de aquel sindicato que estando legitimado no halla sido llamado y esto determinará que la Mesa negociadora no quede validamente constituida y, la nulidad de sus actuaciones. Indicar que la convocatoria, es susceptible de impugnación porque su omisión determina la lesión irreparable del derecho de libertad sindical (arts. 25.1 y 114.1 LJCA). Cabe la impugnación de actos que no adoptan la forma de una resolución administrativa y de los que se presentan como simple vía de hecho, como la expulsión del sindicato de las negociaciones o la no convocatoria del mismo. La pretensión procesal podrá dilucidarse por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, regulado en los arts. 114 y siguientes de la LJCA. Si en Las reuniones de la Mesa negociadora un sindicato manifiesta su rechazo al Pacto o Acuerdo y su intención de no firmarlo, no será necesaria la convocatoria del

mismo a la firma del acuerdo del cual se ha autoexcluido.

La Mesa negociadora se constituirá de conformidad con lo anterior, debiendo las partes fijar de común acuerdo el calendario. Se autoriza a las partes negociadoras a contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores que intervendrán con voz y sin voto (Art. 35.3 EBEP), pero no prevé el nombramiento de presidente y secretario, esta necesidad parece desprenderse de la posibilidad de nombrar de mutuo acuerdo un mediador que resuelva los conflictos surgidos (Art. 45 EBEP). Se deberán levantar actas de las reuniones de la Mesa de negociación; actas que adquieren una gran relevancia en orden a la acreditación de la existencia de las negociaciones.

2.2.5. El deber de negociar de buena fe.

Las negociaciones deberán realizarse bajo el principio de la buena fe. El Art. 33.1 del EBEP sujeta la negociación colectiva al principio de buena fe negocial. El Art. 34.7 del EBEP dispone que ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación. Este deber tiene aplicación en todo proceso negociador incluyendo a la fase de aprobación expresa y formal del Acuerdo.

Las manifestaciones principales del deber de negociar de buena fe son las siguientes:

- 1.a) El deber de negociación misma (a).
- 2.a) El deber de información a la contraparte (b).
- 3.a) La prohibición de violencia (c).

a) Una vez sentados en la Mesa negociadora, el motor que impulsa el procedimiento es el principio de buena fe, pues obliga a las partes a realizar un esfuerzo de aproximación mutua para obtener un acuerdo. Este deber constituye una obligación con un contenido positivo y otro negativo. Del lado positivo, supone que las partes han de tener la posibilidad de alegar lo que consideren oportuno, de aportar propuestas y de tener contactos o conversaciones con carácter previo a la adopción del acuerdo, y que están obligadas a observar una conducta que haga posible la conclusión del Pacto o, del Acuerdo. Desde el segundo, la buena fe supone evitar las obstrucciones. Implica no usar de intimidación, maquinaciones dolosas ni aprovechamiento por una de las partes del error en que la otra pueda incurrir. Ahora bien, el deber de negociar y, de buena fe no obliga a las partes a llegar a un acuerdo.

Este deber, obliga, a mantener una actitud abierta a la posibilidad de compromiso. La trascendencia de esta obligación es evidente si la relacionamos con la posibilidad de regulación unilateral que, (Art. 38-7º del EBEP), se abre a la Administración, sólo puede ser considerada un recurso extremo.

b) Las partes estarán obligadas a proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación (Art. 34.7 EBEP). El deber de información a la contraparte deriva del deber de negociar de buena fe, al tener cada parte que justificar razonadamente sus posturas, especialmente las negativas.

c) Aunque el EBEP no condena el uso de la violencia en las negociaciones, es obvio que el deber de negociar buena fé, niega el ejercicio de la violencia por cualquiera de las partes. El ejercicio del derecho de huelga no constituirá violencia en ningún caso.

El deber de negociar de buena fe puede ser desconocido por quienes están obligados a su cumplimiento. La infracción del mismo por la representación sindical, permitirá a la Administración suspender las deliberaciones y entender que concurre la circunstancia descrita en el Art. 38.7 del EBEP, la falta de acuerdo entre las partes.

Si es la Administración la que desatiende estas exigencias, los sindicatos sólo podrán hacer frente a esta conducta a través de los procedimientos de revisión en cada caso admisibles. Como regla general, los sindicatos habrán de esperar al Pacto o Acuerdo o, al Reglamento subsidiario para su impugnación, y poder plantear las eventuales infracciones del principio de la buena fe negocial que se hayan producido durante el procedimiento. En cuanto a los efectos de la infracción del deber de negociar de buena fe, hay que decir que si el ordenamiento jurídico prohíbe toda actuación contraria a la buena fe negocial, todo instrumento negocial o reglamentario elaborado en contravención del señalado principio será contrario a Derecho, ilícito y, por tanto, nulo.

2.2.6. La conclusión de la negociación.

El proceso negociador puede terminar normal o anormalmente. La terminación normal es aquella en la que las partes llegan a un acuerdo en la negociación colectiva (Art., 88.1 LRJAP). La anormal encaja dentro de los supuestos en que no se produce tal acuerdo (Art. 38.7 EBEP).

2.2.6.1. Terminación normal: acuerdo.

El proceso de formación de la voluntad de la Mesa negociadora se construye a través de un camino complejo:

- a) La inicial formación de la voluntad de cada una de las representaciones.
- b) la posterior formación de la voluntad conjunta de la Mesa.

2.2.6.1.1. La formación de la voluntad de cada una de las partes.

Los acuerdos adoptados en el seno de la Mesa negociadora requieren la aprobación de ambas representaciones. Este proceso es diferente, habida cuenta la diferente naturaleza que ambas tienen.

a) El EBEP, para que la Mesa de negociación quede válidamente constituida, exige, que los sindicatos presentes en ella representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate (Art. 35.1). La doctrina mayoritaria proponía la aplicación del criterio de carácter mayoritario, de forma que los Pactos y Acuerdos se entendían aprobados por la representación funcional cuando así lo decidían por mayoría los sindicatos presentes en la Mesa negociadora, siendo éste el criterio que, parece mantenerse.

b) Por parte de la Administración, se plantean menos problemas, salvo el de determinar el procedimiento a seguir en orden a la formación de su voluntad negociadora. El órgano competente para aprobar o, preparar la disposición de que se trate debe recabar una serie de consultas, dictámenes e informes para asegurar la necesidad, oportunidad, acierto y legalidad de la misma.

Son trámites de instrucción, la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad de la disposición normativa, el informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen, la memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar y el informe de la Secretaría General Técnica.

Si la disposición que se elabora tiene carácter reglamentario, se precisa también la audiencia a las Entidades representativas de los intereses de los afectados, la información pública, el dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos y el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. En cuanto al resto de consultas, informes y dictámenes, hay que subrayar lo siguiente:

1.º) El informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el Pacto o Acuerdo es necesario en todo caso [arts. 22.2 y 24.1.b) LGO].

2.º) El informe de la Comisión de Coordinación del Empleo Público,

3.º) Será necesario el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando los Pactos o Acuerdos de las Mesas sectoriales de negociación de la Administración General del Estado puedan afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA {Art. 24.3 LGO}.

4.º) La Comisión Superior de Personal ha de informar preceptivamente, en el ámbito de la Administración del Estado, los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten al personal incluido en el Art. 1.1 de la LMRFP y los referidos al personal sujeto a un régimen singular o especial conforme a lo previsto en el apartado 2 de dicho precepto [Art. 2.a) RD 349/2001].

5.º) Los Pactos y Acuerdos, antes de ser sometidos al órgano competente para su aprobación, habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica {arts. 22.2 y 24.2 LGO}, salvo cuando ésta haya participado en su negociación, en cuyo caso no será necesario su informe.

6.º) De acuerdo con los arts. 5 de la LMRFP y 66.2 de la LOFAGE corresponde al Ministro de Economía y Hacienda autorizar cualquier medida relativa al personal que pueda suponer incremento en el gasto o que requiera para su aplicación modificaciones presupuestarias que, según la Ley General Presupuestaria, excedan de la competencia de los titulares de los Departamentos ministeriales si éstos se salen en sus componentes económicos de las previsiones de las normas presupuestarias, se exige su autorización.

7.º) De conformidad con los arts. 24.2 y 22.3 de la LGO y de la Ley Orgánica 3/1980, respectivamente, será preceptivo el dictamen de la comisión permanente del Consejo de Estado en relación con los Acuerdos que vengán a ocupar el espacio de los denominados Reglamentos ejecutivos en materia funcional.

2.2.6.1.2. La formación de la voluntad de la Mesa negociadora.

La formación de la voluntad de la Mesa negociadora tendrá carácter resolutorio si coinciden las dos voluntades previas. Este proceso puede acabar tanto en un texto único que englobe la totalidad de las materias como en textos sucesivos que se van produciendo para regular cada materia o grupo homogéneo de materias.

La negociación puede traducirse en Pactos o Acuerdos (Art. 38.1 EBEP). Así, la negociación finalizará en Pactos cuando se negocie sobre materias de la competencia estricta del órgano que los negocia y firma en nombre de la Administración (Art. 38.2 EBEP), estos se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente (Art. 38.2 EBEP).

Si, la competencia no es de este órgano sino del órgano de gobierno correspondiente, la negociación concluirá en Acuerdos (Art. 38.3 EBEP), estos exigirán para su validez y eficacia (...) la aprobación expresa y formal del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente (Art. 38.3 EBEP).

Significa que mientras los Pactos son válidos y eficaces por sí mismos, a salvo del depósito y la publicación, los Acuerdos deben ser elevados al órgano de gobierno correspondiente para su posterior aprobación expresa y formal. Los representantes de la Administración deberán remitir el Acuerdo junto con los informes y dictámenes emitidos al órgano de gobierno correspondiente, quien se apoyará en los juicios, apreciaciones y opiniones formulados en ellos sobre la legalidad y oportunidad del mismo para decidir si lo aprueba o no.

En el ámbito local la titularidad del poder reglamentario corresponde al órgano plenario [arts. 22.2.d) y 33.2.b) LBRL], aunque, al Alcalde del Ayuntamiento y al Presidente de la Diputación les corresponde aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas [arts. 21.1.g) y 34.1.g) LBRL]. Según lo dispuesto en el Art. 38 del EBEP, se puede concluir que la negociación se traducirá en Pactos cuando verse sobre estas materias que son de la estricta competencia del Alcalde o Presidente de la Diputación, que son quienes negocian y firman los acuerdos negociales en nombre de la Entidad local. Si, por el contrario, la competencia material corresponde al Pleno de la Corporación, la negociación acabará en Acuerdos que deberán ser elevados a aquél para su aprobación expresa y formal.

2.2.6.2. Terminación anormal: desacuerdo entre las partes.

La terminación anormal encaja dentro de los supuestos en que no se produce acuerdo en la negociación.

2.2.6.2.1. Los supuestos de desacuerdo.

El Art. 38.7 del EBEP hace referencia a los supuestos en que no se produzca acuerdo en la negociación. La Administración puede determinar el cese del proceso de negociación dictando una decisión que supla la falta de acuerdo entre las partes. Lo cual no quiere decir que no pueda impugnarse la resolución de dar por finalizada sin éxito la negociación colectiva, ante la instancia judicial. Este control será a posteriori, sin que se pueda entender que la Administración necesita autorización judicial previa para aplicar el Art. 38.7 del EBEP.

La Ley no exige que las partes, una vez constatado el fracaso, redacten un informe escrito y razonado. Es aconsejable que la negativa de las partes a aceptar las propuestas se haga pública. A la representación pública, la LRJAP le obliga a resolver en todo caso (Art. 42 LRJAP) y a motivar los actos que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos [Art. 54.1.a) LRJAP], En la medida en que esta decisión comporta la limitación del derecho de los sindicatos a negociar. La Administración está obligada a hacer públicas las razones de derecho y de hecho en las que se basa. Este requisito puede servir para diversos objetivos, entre los que destacan tres:

En primer lugar, sirve para que las partes se obliguen individual y conjuntamente a fijar con claridad sus posiciones, pues van a tener que contrastarlas con aquéllas de la otra parte.

En segundo lugar, es un estímulo indirecto para que, al verse obligadas a razonar por escrito y a hacer públicos sus motivos, sólo se pronuncien negativamente cuando las posiciones sean dispares en temas trascendentales.

En tercer lugar, la fijación de las respectivas posiciones puede facilitar posteriores negociaciones e incluso la designación de un mediador.

El legislador contempla la posibilidad de falta de acuerdo en el seno de la Mesa negociadora, la ruptura de las negociaciones puede obedecer a alguna de las siguientes causas:

- a) La no concurrencia a las deliberaciones de una de las partes (, siempre que la misma no se justifique en alguna de las causas excluyentes del deber de negociar antes señaladas.
- b) La imposibilidad de llegar a un acuerdo con las mayorías sindicales 35.1 del EBEP.
- c) La utilización por alguna de las partes de dolo, fraude o coacción para lograr el consentimiento de la otra.

2.2.6.2.2. Las alternativas al desacuerdo.

El Art. 38.7 del EBEP dispone que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extra judicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo .

El Art. 38.7 del EBEP, en caso de desacuerdo, primero habrá de intentarse la mediación, si lo solicita una de las partes negociadoras, y, sólo cuando ésta fracase, podrá el órgano de gobierno correspondiente dictar un Reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo. El Art., 45 del EBEP contempla la posibilidad de que las partes designen de común acuerdo a un tercero que desempeñe la tarea de dirimir, merced a una resolución de obligado cumplimiento, el conflicto de intereses suscitado.

Son tres las alternativas legalmente previstas para los supuestos de desacuerdo en la negociación, a saber: la mediación, el arbitraje y la decisión administrativa.

2.2.6.2.3. La mediación y el arbitraje.

El Art. 38.7 del EBEP establece que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el Art. 38.3 de esta disposición legal corresponderá a los órganos de gobierno de las AAPP. establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Lo que nos remite al Art., 45 del EBEP, las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales a que se refiere el presente Capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos (apartado 1). Tales conflictos podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos (apartado 2). Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos no serán posibles en aquellas materias en que exista reserva de Ley (apartado 2), de forma que la disponibilidad de la Administración sobre la materia a acordar con la asistencia de un tercero es presupuesto de operatividad de la mediación y del arbitraje

Es posible extraer las siguientes reglas:

1.a) La Ley no señala un momento concreto para iniciar la mediación y el arbitraje, por lo que las partes podrán intentarlo en cualquier momento a lo largo del proceso.

2.a) La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes (Art. 45.3 EBEP), ya sea la Administración Pública o la representación sindical. El arbitraje será siempre voluntario para las partes. El párrafo segundo del Art. 45.3 del EBEP indica mediante el procedimiento de arbitraje las partes podrán acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma.

3.a) según el Art. 45.3 del EBEP, serán las partes quienes podrán instar la mediación o, acordar el arbitraje voluntario.

En cuanto a la **representación pública**, hay que distinguir según se trate de:

1.- Procedimiento de mediación, la competencia para ponerlo en marcha, así como para acordar la designación del mediador/es, residirá en el órgano administrativo que negocia en representación de la Administración Pública, toda vez que el papel de aquellos se limita a ofrecer propuestas de solución que, en primera instancia, deberán ser aceptadas por Las Mesas.

2.- Procedimiento de arbitraje, la competencia para acordar el arbitraje residirá en el órgano competente para negociar y firmar los Pactos en nombre de la Administración Pública, o en el órgano de gobierno de ésta, según el conflicto de intereses verse sobre materias encuadrables en Pactos o en Acuerdos.

4.a) Problema que se plantea es determinar si el recurso a la mediación suspende el ejercicio de la huelga, sobre todo cuando la propuesta de someterse a la misma parte de las organizaciones sindicales. El ejercicio del derecho de huelga impide acudir simultáneamente al procedimiento de conflicto colectivo, ni por parte de los mismos trabajadores ni de los empresarios, suspendiéndose el segundo en el caso de iniciarse o mantenerse el primero, y hasta no desistan de él.

5.a) **Nombramiento del mediador o mediadores**, habrá de hacerse por mutuo acuerdo entre las partes, pudiendo ser uno o varios, sucesivos o concurrentes. Las partes también acordarán la identidad del arbitro. En principio, tendrán total libertad para designar las personas, Entidades u Organismos que estimen conveniente, ya sean públicos o privados.

6.a) Las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las partes (Art. 45.3 EBEP).

Las partes estarán obligadas a aceptar el contenido del laudo arbitral (Art. 45.3 EBEP).

7.a) El acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución de arbitraje tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el presente Estatuto, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto (Art.

45.4 EBEP).

8.a) Los acuerdos logrados a través de la mediación o de la resolución de arbitraje serán susceptibles de impugnación, y cabrá recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente (Art. 45.4 EBEP).

2.2.6..2.4. La decisión administrativa.

Si fracasan la negociación y, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, la Administración recupera su posición de supremacía, regulando por sí misma y unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Art. 38.7 EBEP)

Corresponde a los órganos de gobierno de las AAPP. determinar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, con las excepciones previstas. Pero ésta debe ser la consecuencia final y excepcional de un proceso de negociación realmente perseguido, aunque fallido y no una excusa para convertir el proceso de negociación en un mero trámite formal. . Subrayar lo siguiente:

1.º) Constituyen condiciones esenciales para el ejercicio legítimo de esta prerrogativa las siguientes circunstancias:

1.a) Que la actitud cerrada de los sindicatos al compromiso no se justifique en alguna de las causas excluyentes del deber de negociar.

2.a) que la imposibilidad de llegar a un acuerdo no sea imputable a una violación de la obligación de negociar de buena fe a cargo de los representantes de la Administración.

3.a) que la negociación haya tenido la oportunidad de desarrollarse adecuadamente, por tiempo prudencial, atendiendo, a la naturaleza de lo que se pretende pactar, su trascendencia y complejidad, y el ámbito de la negociación.

4.a) que se hayan agotado todas las posibilidades de negociación.

5.a) que se produzca después de haberse intentado sin éxito la solución del conflicto con la mediación de un tercero cuando la representación sindical haya instado este nombramiento.

La parte sindical podría solicitar la retirada del proyecto unilateral o exigir en contencioso-administrativo la declaración de nulidad, si hubiera sido ya aprobado por el Gobierno, y que se obligase a la Administración a negociar.

La decisión administrativa interviene sólo cuando la negociación ha fracasado, pero este fracaso puede no ser por sí solo razón suficiente para ello.

2.º) los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, la competencia normativa debe ser ejercitada por aquel órgano que la tenga atribuida.

3.º) La decisión administrativa tiene un carácter subsidiario respecto de los Pactos y Acuerdos, y que el fracaso del proceso puede ser total o parcial, esta decisión ha de limitarse a regular los temas incluidos en el orden de convocatoria de la Mesa o, incorporados a la negociación durante el transcurso de las deliberaciones que no hayan sido objeto de acuerdo.

4.º) La naturaleza de la decisión administrativa será reglamentaria cuando supla la falta de acuerdo en la negociación sobre materias de la competencia de la Administración Pública y, si la competencia no es de ésta, sino del legislador, su naturaleza será la de un Proyecto de Ley.

5.º) La Administración Pública establecerá las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo (Art. 38.7 EBEP). El Reglamento que se dicte no podrá disponer de su vigencia en los términos previstos para los Pactos y Acuerdos en los apartados reseñados, el mismo tendrá una duración indefinida hasta tanto no sea sustituido por un Pacto o Acuerdo, lo que podrá suceder en cualquier momento de su vigencia .

6.º) Sí existe un margen de acuerdo entre los representantes de la Administración Pública y una organización sindical minoritaria, la Administración podrá regular unilateralmente las condiciones de trabajo de conformidad con ésta. No se puede confundir la intervención administrativa en el ámbito de una fuente negociada con la actividad en el terreno de una fuente unilateral, en el que los poderes discrecionales de la Administración son más amplios, si bien no podrá disponer de su vigencia en los términos previstos en los apartados 11, 12 y 13 del Art. 38 del EBEP. La Administración podrá proceder a darle el rango jurídico a través de la facultad de fijación unilateral de las condiciones de trabajo, en los términos que le habilita el Art. 38.7 del EBEP.

3. LA FASE DE APROBACIÓN EXPRESA Y FORMAL DEL ACUERDO

3.1. La naturaleza del acto de aprobación.

El Acuerdo para alcanzar la validez y eficacia precisa de la concurrencia de la voluntad del órgano de gobierno correspondiente, por lo que el procedimiento no termina hasta que éste no otorgue su aprobación expresa y formal (Art. 38.3 EBEP). Las AAPP. deben aprobar los Acuerdos para dotarlos de validez y eficacia y, ostentan la facultad de resolución unilateral en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación.

La naturaleza del acto de aprobación se contemplan las siguientes alternativas:

a) Si el Acuerdo versa sobre las materias de la competencia estricta del órgano de gobierno correspondiente y se trata, de un Acuerdo de contenido normativo por sí mismo y no de un Acuerdo de contenido obligacional que de lugar a la redacción de un texto reglamentario que recoja su contenido, la naturaleza del acto de aprobación es reglamentaria. La fuerza normativa del Acuerdo no proviene del ejercicio por sindicatos y Administración de su autonomía colectiva, sino que se la brinda el órgano de gobierno correspondiente en el ejercicio regular de su poder reglamentario.

En primer lugar, porque el Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente no sólo tiene la facultad de aprobar o desaprobar el Acuerdo, sino que, además, en este último supuesto puede dictar un Reglamento.

En segundo lugar, el legislador obliga a la Administración a compartir su poder normativo con la representación sindical. Pero el EBEP no modifica el sistema de reparto de competencias entre los órganos de la Administración en materia de personal. Por ello, se exige la aprobación del órgano de gobierno correspondiente, que es el titular del poder normativo sobre tales materias, y, el único que puede conferir al Acuerdo la fuerza normativa.

En tercer lugar, porque en la jerarquía de las fuentes el Acuerdo tiene el mismo valor jerárquico que le corresponde a las normas emanadas del órgano que lo aprueba, lo que resulta incompatible con la consideración del acto de aprobación como acto administrativo.

b) Si, se estipula la redacción de un texto reglamentario que recoja el contenido del propio Acuerdo, la naturaleza del acto de aprobación no será reglamentaria porque el Acuerdo suscrito no contiene una voluntad normativa completa. Igual sucederá si el Acuerdo versa sobre materias con reserva de Ley. Su naturaleza será la de un mero Anteproyecto de Ley y, la aprobación expresa y formal a que se refiere el Art. 38.3 del EBEP deberá reconducirse al trámite de aprobación por el Consejo de Ministros de los Proyectos de Ley para su remisión a las Cortes Generales previsto en el Art. 22.4 de la LGO.

3.2. La aprobación expresa y formal .

Los Acuerdos sí tienen una auténtica eficacia jurídica, en cuanto que de los mismos nace una obligación legal a cargo de la representación de la Administración de elevarlos al órgano de gobierno correspondiente y otra a cargo de éste de decidir si los aprueba o no, cuyo incumplimiento impide a la Administración el recurso al Art. 38.7 del EBEP (759). Mientras no se cumplan tales obligaciones queda expedita la vía de la regulación unilateral de las condiciones de trabajo.

La aceptación expresa obliga al Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente a algo más que a aceptar expresamente lo acordado, debiendo manifestar externamente su voluntad . La aprobación formal significa que el acto de aprobación debe sujetarse a un determinado procedimiento y adoptar una determinada configuración.

En el caso de la Administración General del Estado, el Acuerdo deberá remitirse al Consejo de Ministros junto con los dictámenes e informes reseñados en los referidos preceptos, para que, a la vista de los juicios, apreciaciones y opiniones que éstos contienen sobre su legalidad y acierto, aquél pueda decidir correctamente sobre su aprobación o desaprobación. Esta exigencia deberá cumplimentarse en todo caso, incluso en aquellos supuestos en los que el Acuerdo tenga un contenido meramente obligacional , una vez aprobado, dará lugar a la elaboración y aprobación, obligada, de una norma reglamentaria o de un Proyecto de Ley.

La forma que debe revestir el acto de aprobación, la cuestión es más compleja. El acuerdo del Consejo de Ministros debería plasmarse en un real decreto, por ser ésta la forma que, de acuerdo con el Art. 25.c) de la LGO, corresponde a los acuerdos de éste que encierran auténticas normas.

A la vista del Art. 38.3 del EBEP, cabe distinguir las siguientes alternativas:

a) Cuando los Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal

incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente (párrafo 1).

- b) Cuando los Acuerdos ratificados traten sobre materias sometidas a reserva de Ley su contenido carecerá de eficacia directa, si bien el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del correspondiente proyecto de Ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado (párrafo 2). Los Acuerdos ratificados tienen una eficacia meramente obligacional, puesto que imponen al Gobierno correspondiente la obligación de aprobar un Proyecto de Ley que recoja el contenido de los Acuerdos en el plazo que se hubiera estipulado. Cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes (párrafo tercero). Si el órgano de gobierno se niega a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley y tampoco inicia la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, como la disposición legal que se dicte tendrá la misma fuerza que el EBEP, su validez no resultará afectada por el incumplimiento de las normas de procedimiento previstas en éste. **En este caso resultará de aplicación el Art. 2.2 del Código Civil, conforme al cual una norma con rango de Ley puede derogar otra anterior de idéntico rango**

3.3. La desaprobación del Acuerdo.

La desaprobación constituye una fórmula anómala de terminar el proceso de elaboración del Acuerdo.

3.3.1. Los supuestos de desaprobación.

El legislador contempla la posibilidad de que el órgano de gobierno correspondiente no apruebe el Acuerdo, pero no precisa los casos en que puede llevar a cabo tal actuación (art 38.3 EBEP)

El órgano de gobierno sólo podía desaprobación el Acuerdo alcanzado por sus representantes por motivos tan específicos como eran la ilegalidad del Acuerdo (arts. 9.1 y 103.1 CE).

El EBEP dispone que cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes (Art., 38.3) y si no se produce acuerdo en la renegociación y una vez agotados, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las AAPP establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo (Art. 38.7) El Art. 38.3 decreta que para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por dicho órgano de gobierno (párrafo 1) y que cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes (párrafo 3).

El gobierno no tiene más que dos posibilidades: aprobar el Acuerdo en sus propios términos o desaprobarlo.

Si el gobierno, al aprobar el Acuerdo, introduce cambios en el mismo, determinará su nulidad por infracción de las normas de procedimiento previstas en el EBEP. Siempre que este Acuerdo verse sobre materias no sometidas a reserva de Ley. Podrá suceder que el órgano de gobierno, habiendo aprobado el Acuerdo en sus propios términos, luego elabore una norma reglamentaria que lo contraríe. El párrafo 1 del Art. 38.3 del EBEP veda tal proceder, esto provocaría la nulidad de la disposición reglamentaria. Si el Acuerdo trata sobre materias sujetas a reserva de Ley, si el órgano de gobierno se niega a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley y tampoco inicia la renegociación, como la Ley que se dicte tendrá la misma fuerza que el EBEP, su validez no resultará afectada por el incumplimiento de las normas previstas en éste.

3.3..2. Las alternativas a la desaprobación.

Ya hemos visto en el punto anterior lo que sucede cuando el acuerdo es ratificado (artº 38-3 y 38-7 del EBEP). Así en todos los supuestos en que el órgano de gobierno se niegue a aprobar el Acuerdo o a integrar su contenido en el Proyecto de Ley correspondiente, deberá devolverlo a la Mesa negociadora para que ésta intente alcanzar un nuevo Acuerdo siempre que lo solicite la mayoría de la representación sindical.

Para que la solicitud de renegociación vincule a la Administración pública será preciso el voto favorable de la mayoría de la representación sindical. Si tal petición viene refrendada por uno o varios sindicatos con legitimación negociadora que no llegan a la mayoría absoluta exigida por el Art. 35.1 del EBEP, la Administración no estará obligada

a renegociar, pudiendo su respectivo órgano de gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Art. 38.7 EBEP). Por consiguiente, si se renegocian materias en que no exista reserva de Ley, habrá de intentarse la mediación, si lo solicita la representación sindical, y, sólo cuando ésta fracase, podrá el órgano de gobierno correspondiente dictar un Reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo (Art. 45,3 EBEP). Si lo que se renegocia es el contenido de un Proyecto de Ley, como en este caso no son posibles los sistemas de solución extrajudicial (Art. 45.2 EBEP), una vez se constate el desacuerdo entre las partes, el órgano de gobierno podrá elaborar unilateralmente el Proyecto de Ley.

4. LOS TRÁMITES ADMINISTRATIVOS POSTERIORES A LA NEGOCIACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

4.1. Depósito y publicación oficial de los Pactos y Acuerdos.

Una vez los Pactos y Acuerdos, formalizados por escrito y firmados por las partes negociadoras, hayan sido acordados y aprobados por los miembros de la Mesa negociadora y por el órgano de gobierno correspondiente deben realizarse determinados trámites administrativos. En este sentido, el Art. 38.6 del EBEP dispone que los Pactos celebrados y los Acuerdos, una vez ratificados, deberán ser remitidos a la Oficina Pública que cada Administración competente determine y la Autoridad respectiva ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda en función del ámbito territorial .

Los trámites administrativos posteriores son los dos siguientes:

— En primer lugar, la remisión del Pacto o Acuerdo por los representantes de la Administración a la Oficina Pública que cada Administración Pública determine, para su depósito y registro. El encargado de la oficina pública se ha de limitar a formalizar el depósito y registro de los Pactos y Acuerdos. El control de la legalidad de tales instrumentos queda supeditado el control judicial de los mismos a la intervención de terceros titulares con legitimación para poner en marcha el procedimiento judicial correspondiente.

Constituye un trámite meramente instrumental que no tiene otro fin que el de facilitar el conocimiento público de los Pactos y Acuerdos a quienes puedan tener interés en ello..

— En segundo lugar, el envío del Pacto o Acuerdo para su publicación en el Boletín Oficial que corresponda en función de su ámbito territorial. La publicación ha de hacerse en el Boletín Oficial que legalmente corresponda, sin que pueda estimarse cumplida por la inserción de los Pactos y Acuerdos en otras publicaciones. Los Pactos y Acuerdos deben publicarse íntegramente (Art. 2.1 Ce). La expresión del acto aprobatorio y el Acuerdo deben aparecer conjuntamente en el Boletín Oficial.

La publicación en el diario oficial representa la culminación del procedimiento de formalización de los Pactos y Acuerdos como normas jurídicas. A partir de este momento éstos serán normas jurídicas válidas, con independencia de la fecha en que entren en vigor. La publicación de los mismos determina, la presunción de que cumplen todos los requisitos legales, que sólo puede ser destruida a través del oportuno procedimiento de declaración de nulidad. Por consiguiente, mientras esta nulidad no sea declarada, los Pactos y Acuerdos constituyen normas jurídicas exigibles y producen todos los efectos que le son propios. Este deber de obediencia afecta tanto a los funcionarios como a la Administración. Todos y cada uno de los órganos administrativos vienen obligados a su observancia y no podrán dictar resoluciones o normas que los contradigan, aun cuando emanen del mismo órgano que los suscribió o aprobó.

LOS PACTOS Y LOS ACUERDOS

1. LA NATURALEZA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

1.1.- La diferente naturaleza de los Pactos y Acuerdos

La negociación colectiva desembocara en dos tipos de instrumentos negociales, los Pactos y los Acuerdos, con una distinta elaboración que determina una distinta naturaleza jurídica.

1.2.- La naturaleza de los Pactos.

Los Pactos se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente (Art. 38.2 EBEP).

Los Pactos son auténticos contratos normativos con eficacia normativa y fuente del Derecho objetivo. Los Pactos constituyen, verdaderas normas jurídicas derivadas de la autonomía colectiva, que respecto de las relaciones de servicio de los funcionarios juegan desde fuera, como derecho objetivo impuesto a la Administración Pública y a los funcionarios públicos.

1.3. La naturaleza de los Acuerdos. (Art. 38.3 del EBEP)

Según traten sobre materias que han de ser reguladas por Ley o sobre materias que se correspondan con el ámbito competencial del órgano de gobierno de la Administración Pública.

a) Si el **Acuerdo versa sobre materias no sometidas a reserva de Ley, una vez aprobado y publicado, será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación (Art. 38.3 EBEP).**

b) Si el **Acuerdo versa sobre materias que no precisan ser reguladas por una Ley**, pero las partes han convenido la redacción de un texto reglamentario que asuma su contenido, tendrá una eficacia obligacional y para que dicho contenido adquiera eficacia normativa se hace obligatorio su transposición a una fuente legal, esta sera catalogada como Reglamento reforzado o Reglamento negociado porque ha de limitarse a recoger el contenido del Acuerdo.

c) **Los Acuerdos que tratan materias sometidas a reserva legal tienen una eficacia meramente obligacional**, puesto que imponen al órgano de gobierno la obligación de aprobar un Proyecto de Ley que recoja su contenido, y, una vez verificada dicha operación, éste tiene el valor de cualquier Proyecto de Ley, sin merma alguna de las facultades soberanas del órgano parlamentario competente.

1.4.-La naturaleza de los Pactos y Acuerdos comunes al personal funcionario y laboral.

El Art. 38.8 de la Ley 7/2007 prevé que *“los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral”*. Los Pactos y Acuerdos alcanzados tendrán la consideración y efectos previstos en el Art. 83 del ET para el personal laboral.

2. LA EFICACIA JURÍDICA

2.1. La eficacia jurídica normativa de los Pactos y Acuerdos.

— 1º.- A los Pactos y Acuerdos se les aplica el principio de jerarquía normativa. Estos están subordinados, igual que los convenios colectivos, a las normas con rango de Ley.

Los Pactos y Acuerdos desarrollan la Ley en sentido acorde a ésta.

— 2º.- Son aplicables automáticamente sus prescripciones sobre las relaciones de servicio

— 3º.- Los Pactos y Acuerdos se aplicarán imperativamente a las relaciones de servicio.

— 4º.- Regirá el principio de inderogabilidad absoluta.

— 5º.-, Los Pactos y Acuerdos que sucedan a otros anteriores los derogan en su integridad, salvo los aspectos que expresamente se acuerde mantener (Art. 38.13 EBEP).

— 6º.- los Pactos y Acuerdos deberán ser publicados en el Boletín Oficial que corresponda según su ámbito de aplicación.

— 7º.- los Pactos y Acuerdos, aunque se refieren a materia de personal, deben enjuiciarse en doble instancia.

— 8º.- su inobservancia puede ser alegada por el personal funcionario y estatutario o sus representantes en vía contencioso-administrativa.

2.2.- El deber de paz.

En el Art. 28.2 de la CE, esta recogido el derecho de huelga, los funcionarios pueden ejercitar este derecho en base al mismo y dentro de los límites allí establecidos o que se dispongan en los restantes preceptos constitucionales.

En la función pública no caben los Pactos y Acuerdos externos al EBEP.

Son lícitas las huelgas en las circunstancias siguientes:

- 1.a) Cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar los Pactos o Acuerdos, sino la de reclamar una interpretación o aplicación de los mismos.
- 2.a) Cuando la huelga tenga por objeto reivindicar un punto no regulado en el Pacto o Acuerdo.
- 3.a) Cuando las partes, al fijar el término final de la vigencia de los Pactos y Acuerdos, prevean la posibilidad de su modificación antes de su finalización en determinadas circunstancias.
- 4.a) Cuando los Pactos o Acuerdos hayan sido incumplidos por la Administración Pública o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias que rodearon la negociación.

se pueden establecer las siguientes cláusulas de paz pactadas por las partes en los Pactos y Acuerdos:

- 1.º) Compromiso de no promover cuestiones que pudieran suponer modificaciones de las condiciones pactadas.
- 2.º) Compromiso de no plantear ni secundar durante la vigencia de los Pactos y Acuerdos huelgas o cualquier medida conflictiva para modificar lo acordado en ellos.
- 3.º) Compromiso de someter a conocimiento y resolución de la comisión paritaria de seguimiento de los Pactos y Acuerdos, con carácter previo a la adopción de cualquier medida de presión o conflicto colectivo alguno, todas las discrepancias en cuanto a la interpretación, vigencia, aplicación y otras cuestiones que afecten al personal incluido en su ámbito de aplicación.
- 4.º) Reconocimiento de la posibilidad de someter las controversias anteriores a un mediador, en caso de falta de acuerdo en el seno de la comisión paritaria de seguimiento, con carácter previo a la adopción de medidas de conflicto colectivo.

3 LA EFICACIA PERSONAL

3.1 La eficacia personal general de los Pactos y Acuerdos.

Estos se aplican a todo el personal funcionario comprendido en la unidad de negociación de referencia. El Art. 38.4 de la Ley, dice que las partes deberán determinar el ámbito personal, funcional, territorial (...)

La eficacia general de los Pactos y Acuerdos adolece de dos limitaciones:

En primer lugar, (frente a todos) vale únicamente para el contenido normativo, no para las cláusulas obligacionales, ya que éstas sólo vinculan a la AP y a las OOSS firmantes.

En segundo lugar, la eficacia general se extiende a todo el ámbito de aplicación de los Pactos y Acuerdos.

El Art., 38.4 del EBEP dispone que las partes deberán fijar el ámbito personal, funcional y territorial de Pacto o Acuerdo.

Las partes tienen libertad para determinar el ámbito de aplicación de sus acuerdos dentro de la unidad de negociación. Las exclusiones deberán, estar justificadas por un motivo objetivo y razonable, ya que las partes negociadoras representan a toda la unidad de negociación, y los Pactos y Acuerdos se aplicarán a toda la unidad de negociación, mientras no se deduzca lo contrario del propio Pacto o Acuerdo

4. LA VIGENCIA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

4.1. La duración de los Pactos y Acuerdos: libertad y límites de las partes negociadoras.

Corresponde a las partes negociadoras determinar el ámbito temporal de los Pactos y Acuerdos (Art. 38.4 EBEP), las partes podrán establecer tanto una duración determinada como indefinida.

Los Pactos y Acuerdos o la parte regulada con carácter normativo y no programático u obligacional sobre retribuciones tendrán necesariamente una vigencia anual. Como los ejercicios presupuestarios coinciden con el año natural, estos Pactos y Acuerdos entrarán en vigor el primer día del año en que se apliquen cualquiera que sea su fecha de publicación en el Boletín Oficial correspondiente y perderán vigencia automáticamente el 31 de diciembre

4.2. La entrada en vigor de los Pactos y Acuerdos.

Las partes podrán disponer una entrada en vigor simultánea para todo el ámbito material y personal de la norma u otra sucesiva para diferentes partes de ese mismo ámbito.. También podrán establecer una entrada en vigor inmediata o una entrada en vigor aplazada.

Los Pactos y Acuerdos podrán determinar que su contenido tenga efectos retroactivos.

4.3.- La terminación de la vigencia de los Pactos y Acuerdos.

Para la terminación de los Pactos y Acuerdos, las partes pueden, fijar una fecha de finalización determinada o no. Se exige que en su contenido mínimo figure la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos (Art. 38.4 EBEP), que pasa a erigirse en condición sine qua non para que aquellos extingan su vigencia. También cabe la posibilidad de pactar períodos de duración diferentes según las materias.

4.4. La suspensión o modificación del cumplimiento de los Pactos y Acuerdos.

Cabe la posibilidad de que, se adelante ésta a una fecha anterior a la acordada cuando se produzca una modificación de las circunstancias que rodearon la conclusión del instrumento negocial. La parte que pretenda la modificación del Pacto o Acuerdo, debe recurrir a la Mesa negociadora para intentar su revisión.

El Art. 38.10 del EBEP establece que se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, 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 estos, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público y que para este supuesto, las AAPP deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

4.5. La eficacia prorrogada de los Pactos y Acuerdos.

El Art. 38.12 del EBEP dispone que la vigencia del contenido de los Pactos y Acuerdos una vez concluida, se producirá en los términos que los mismos hubieren establecido. A falta de un nuevo Pacto o Acuerdo, la Administración recuperaría la potestad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos mediante una disposición reglamentaria que podría elaborar, durante el período de ultraactividad.

5. LA IMPUGNACIÓN DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

5.1. Los mecanismos impugnatorios contra los Pactos y Acuerdos.

Su impugnación habrá de efectuarse a través de los mismos sistemas para la impugnación de los Reglamentos, susceptibles de impugnación ante los Tribunales Contencioso-Administrativos a través de la interposición de recursos contencioso-administrativos directo e indirecto y ante el Tribunal Constitucional a través de los conflictos de competencia.

5.2. La impugnación ante los Tribunales ordinarios

5.2.1. Las causas posibles de impugnación

5.2.1.1. La ilegalidad como causa de impugnación.

Los Pactos y Acuerdos han de observar una serie de límites subjetivos, formales y materiales, de cuyo respeto depende su validez.

Dentro de la ilegalidad, habrá que entender tanto la de forma, como la de fondo.

Dentro de la ilegalidad material habrá que distinguir, a su vez, entre la infracción genérica del ordenamiento jurídico y el menoscabo, interferencia o extralimitación de las competencias normativas de las distintas AAPP. en materia de personal.

5.2.2. La jurisdicción competente

5.2.2.1. La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las funciones de control de la legalidad de los Pactos y Acuerdos están confiadas a los Tribunales Contencioso-administrativos. **Fundamento:**

La actuación que se pide está fundada en el Derecho Administrativo. Por lo demás, la impugnación de un Pacto constituirá una pretensión procesal administrativa tanto si la ilegalidad proviene de la infracción del bloque legal que disciplina las relaciones jurídico-funcionariales, como si deriva de la infracción de lo dispuesto en la LOLS y normas concordantes.

Todas estas normas y sus relaciones, son de Derecho administrativo con la consecuencia de que los conflictos que puedan suscitarse en estas materias entre la Administración y los funcionarios siguen las rutas reguladas por éste y, se resuelven por la vía contencioso-administrativa con exclusión de la laboral.

Son estos Tribunales los competentes para verificar la legitimidad de estas disposiciones desde los puntos de vista subjetivo, objetivo y formal y siguen siendo estos, los competentes para declarar su nulidad con efectos generales.

Por lo que se refiere a la impugnación debería distinguirse:

a) La impugnación del Pacto o Acuerdo en cuanto a funcionarios debe plantearse en los Tribunales Contencioso-administrativos.

b) La impugnación del Pacto o Acuerdo en cuanto convenio colectivo deber plantearse ante los Tribunales Social como cualquier convenio colectivo.

Tales Tribunales, al ser independientes entre sí, pueden alcanzar fallos contradictorios, sin que la nulidad del Pacto o Acuerdo común en cuanto Pacto o Acuerdo comportase su nulidad en cuanto convenio colectivo y viceversa.

Debe tenerse en cuenta, que cuando el conflicto jurídico se suscitaba, no en relación con el convenio colectivo, sino en relación con el acuerdo del Pleno de la Entidad local que lo aprobaba, el criterio del Tribunal Supremo era que la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo.

5.3.Los recursos contencioso-administrativos

5.3.1.Los recursos directo e indirecto contra y la excepción de ilegalidad.

Los recursos contencioso-administrativos pueden ser directos e indirectos.

En el primero el objeto directo e inmediato del recurso es el mismo Pacto o Acuerdo cuya validez se ataca.

En el segundo, es la aplicación del Pacto o Acuerdo, cuya validez se pone en cuestión de forma indirecta, en la medida en que la impugnación se funda, en la ilegalidad de la parte del Pacto o Acuerdo aplicado.

Ambos recursos son independientes entre sí, por lo que pueden utilizarse indistintamente, esto es muy importante, ya que **el recurso directo contra los Pactos y Acuerdos sólo puede intentarse en los dos meses siguientes a la publicación del mismo**, pasado el cual ya no será posible.

Es posible, sea cual sea el tiempo transcurrido, la impugnación de la aplicación del Pacto o Acuerdo ilegal y la denuncia consiguiente del vicio que lo invalida. Esta posibilidad, ilimitada en el tiempo, no estará condicionada por la falta de utilización dentro del plazo del recurso directo ni por la suerte adversa que haya podido correr éste.

5.4.-El recurso directo

5.4.1.-El procedimiento.

Como regla general la pretensión de la impugnación de un Pacto o Acuerdo deberá plantearse a través del procedimiento abreviado previsto en el Art. 78 de la LJCA para las cuestiones de personal, salvo que se funde en la lesión de un derecho fundamental o libertad pública de los que enumera el Art. 53.2 de la CE, en cuyo caso la pretensión podrá deducirse a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en los arts. 114 y ss. de la LJCA.

La pretensión sólo podrá deducirse a través del procedimiento abreviado en materia de personal, no es posible simultanear éste con el procedimiento contencioso-administrativo ordinario ni optar por uno u otro.

Cuando la pretensión se funde en la lesión de un derecho fundamental, el interesado podrá optar por el procedimiento abreviado en materia de personal o por el proceso especial en materia de derechos fundamentales, incluso, simultanearlos según estime conveniente para la mejor defensa de sus derechos.

5.4.2.-La legitimación.

Habrá que estar a las reglas comunes que se prevén en los arts. 19 y ss. Del EBEP.

5.4.2.1.-La legitimación activa.

Están legitimados para demandar la anulación de una disposición reglamentaria y, por ende, de los Pactos y Acuerdos, tanto los particulares (a) como las AAPP. (b).

- A) Los particulares, distinguir entre una legitimación por interés legítimo colectivo y una legitimación por interés legítimo personal.
- B) La Administración Pública que ha negociado el Pacto o Acuerdo no puede pretender su anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa si previamente no lo declara lesivo para el interés público en los términos establecidos por el Art. 103 de la LRJAP (arts. 19.2 y 43 LJCA).

Señalar lo siguiente:

- 1.- Que la prohibición afecta a todo órgano de la Administración Pública de que se trate.
- 2.- Los Organismos autónomos, la autonomía que estos tienen, no es suficiente para impugnar los acuerdos de sus entes matrices.
- 3.- La prohibición no alcanza a los funcionarios, que ostentan legitimación para impugnar los Pactos y Acuerdos que les afectan.

4.- El Art. 63.1.b) de la LBR.L reconoce legitimación para impugnar los actos y acuerdos de las EE.LL. y, entre ellos, los Pactos y Acuerdos, a los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos, en cuyo caso será necesario acreditar el voto en contra.

La Administración Pública que ha negociado el Pacto o Acuerdo, pretenda su anulación, deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público en los términos establecidos en el Art. 103 de la LRJAP

Pero las AAPP sí pueden impugnar los Pactos y Acuerdos suscritos por otra Administración Pública.

5.4.2.2.- La legitimación pasiva.

Habrán de considerarse parte demandada la Administración y los sindicatos que hayan negociado el Pacto o Acuerdo impugnado.

5.4.3.-La impugnación directa de los Pactos y Acuerdos en vía judicial.

De acuerdo con el Art. 107.3 de la LRJAP contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa. Por consiguiente, quienes quieran impugnar un Pacto o Acuerdo, deberán hacerlo directamente ante los Tribunales.

5.4.3.1 .El plazo de interposición del recurso.

El recurso directo contra las disposiciones reglamentarias y, contra los Pactos y Acuerdos sólo podrá intentarse dentro de los dos meses siguientes a su publicación en el Boletín Oficial correspondiente. Transcurrido ese plazo, el recurso será inadmisibile y sólo quedará la posibilidad de impugnar el Pacto o Acuerdo indirectamente cuando se produzcan los actos concretos en su aplicación.

5.4.4.- La suspensión del Pacto o Acuerdo impugnado.

La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración aplicar el Pacto o Acuerdo impugnado, salvo que el Tribunal acuerde, a instancia del demandante, la suspensión total o parcial del mismo en los términos previstos en los arts. 129 y ss. de la LJCA.

La suspensión de la vigencia del Pacto o Acuerdo podrá acordarse únicamente cuando su aplicación pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso (Art. 130,1 LJCA) y será publicada en el diario oficial correspondiente (Art. 134.2 LJCA).

Las Administraciones del Estado y de las CC.AA, podrán pedir al Tribunal la suspensión del Pacto o Acuerdo de una Entidad local que, a su juicio, menoscabe sus competencias, interfiera su ejercicio o exceda de la competencia propia de la Entidad local demandada, razonando la petición en la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado (Art. 66 LBRL).

5.4.5.-Los efectos de la impugnación judicial.

El contenido de la sentencia estimatoria de un recurso contencioso-administrativo directo interpuesto contra un Pacto o Acuerdo dependerá de la pretensión solicitada. Según que se haya limitado a demandar la anulación o se haya pretendido, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (Art. 31 LJCA), la sentencia se limitará a declarar la nulidad total o parcial del Pacto o Acuerdo [Art. 71.1.a) LJCA], o reconocerá también esa situación y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma [Art. 71.1.b) LJCA]. Si además se ha presentado una pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios (Art. 31.2 LJCA) y ésta es estimada, la sentencia declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar [Art. 71.1.d) LJCA]. La sentencia también fijará la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos los elementos suficientes para ello y en otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia [Art. 71.1.d) LJCA].

5.5.- El recurso indirecto

5.5.1.-El recurso contra los actos de aplicación del Pacto o Acuerdo ilegal.

Los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del Pacto o Acuerdo también podrán impugnar los actos que se produzcan en su aplicación, fundándose en que el mismo no es conforme a Derecho (Art. 26,1 LJCA).

Las principales características del régimen procesal de este recurso son las siguientes:

- 1.a) Se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el Art. 78 de la LJCA.
- 2.a) No está sujeto a ninguna regla especial en materia de legitimación.
- 3.a) El plazo para interponerlo no depende de la fecha de publicación del Pacto o Acuerdo, sino de

la notificación del acto singular que es objeto inmediato del recurso.

4.a) Se aplican las reglas generales sobre los recursos administrativos previos a la vía judicial.

5.a) La sentencia estimatoria del recurso declarará la nulidad del acto objeto de impugnación, produciendo efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos, tener en cuenta que por la vía del recurso indirecto es posible también llegar a obtener la anulación de una disposición de carácter general.

6.a) La estimación de las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada, sólo producirá efectos entre las partes (Art. 72.3 LJCA), si bien, al ser cuestiones de personal, estos efectos podrán extenderse a terceros en los términos de los arts. 110 y 111 de la LJCA.

7.a) La sentencia, pese a referirse a cuestiones de personal, será susceptible de recurso contencioso-administrativo, en virtud de lo dispuesto en el Art. 86.3 de la LJCA.

5.6.- La impugnación ante el Tribunal Constitucional

5.6.1. El recurso contra Pactos y Acuerdos y jurisdicción constitucional.

Los Pactos y Acuerdos constituyen una manifestación consensuada de la Administración en materia de personal y, en consecuencia, es posible que surjan conflictos entre los mismos. Cuando las Mesas de negociación de la Administración General del Estado o de las CC.AA. realicen Pactos o Acuerdos o, en su caso, los omitan, conculcando el reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA., que en materia funcional y funcionarial efectúa el bloque de constitucionalidad, estos serán impugnables ante el Tribunal Constitucional a través de los conflictos de competencias regulados en los arts. 60 y ss. de la LOTC y de la vía de impugnación prevista y regulada en los arts. 76 y 77 de la LOTC.

Precisiones:

Primera, se trata de una competencia no exclusiva del Tribunal Constitucional, estando compartida con los Tribunales Contencioso-administrativos,

Segunda, el Tribunal Constitucional, efectuará un enjuiciamiento del Pacto o Acuerdo, exclusivamente, desde el parámetro de la Constitución y, eventualmente, de los Estatutos de Autonomía (Art. 1 LOTC).

Tercera, la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva estas impugnaciones ocasionales contra los Pactos y Acuerdos, se impondrá a la Contencioso-Administrativa, pero exclusivamente respecto al tema de la conformidad o disconformidad de los mismos con la Constitución, y con el orden de competencias territoriales por ésta diseñado, por lo que los Tribunales contencioso-administrativos podrán apreciar la ilegalidad de un Pacto o Acuerdo cuya constitucionalidad haya declarado el Tribunal Constitucional por motivos diferentes.

Esta prevalencia del Tribunal Constitucional, obliga a que, si está abierto otro proceso contra el mismo Pacto o Acuerdo ante un Tribunal contencioso-administrativo, debe suspenderse éste por prejudicialidad hasta que se dicte la sentencia del Tribunal Constitucional (Art. 61.2 LOTC).

Finalmente Aunque el control de legalidad de las normas reglamentarias es, en principio y como regla general, competencia propia de los órganos judiciales, si al resultado de tal control se imputa la violación de alguno de los derechos Fundamentales, debe enjuiciarlo también este Tribunal, siendo, susceptibles de recurso de amparo directo.

6.- LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

6.1. Los sujetos que intervienen en la fase de administración de los Pactos y Acuerdos.

En el desarrollo de la negociación colectiva hay que distinguir dos fases;

Una primera, de elaboración de la norma;

Una segunda, de administración y aplicación del resultado normativo de la fase precedente.

6.2.- La interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos por las partes contratantes

6.2.1.-El carácter convencional del modelo de Administración de los Pactos y Acuerdos.

La interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos corresponde a las partes negociadoras.

Existen, dos razones estrictamente normativas:

Primer lugar, el Art. 38.5 del EBEP, donde se dispone que se establecerán Comisiones Paritarias de seguimiento de los Pactos y Acuerdos con la composición y funciones que las partes determinen. Se está dejando al criterio de éstas partes, el atribuirles las que estimen conveniente, esto lo confirma el Art. 45.1 del EBEP al aludir a las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y

resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos.

Segundo lugar, el Art. 45 del EBEP prevé que, con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, las AAPP y las Organizaciones Sindicales podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos (apartado 1) y que tales conflictos podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de Ley (apartado 2).

Se brinda a las AAPP. y a las organizaciones sindicales, el establecer sistemas de solución extrajudicial para solventar los conflictos de las partes en relación a la interpretación y aplicación de los acuerdos, confirmando que la administración de los Pactos y Acuerdos está en manos de quienes los suscriben.

Como las sentencias se pronunciarán con mucho retraso, en el transcurso hay que aceptar la legalidad de la decisión de la Administración, en caso de desacuerdo, esta, resolverá unilateralmente y, si la representación sindical no está conforme, acudirá ante los Tribunales que se pronunciarán sobre la bondad o no de la decisión administrativa.

6.3. Las comisiones paritarias de seguimiento

6.3.1. El pacto de constitución.

El Art., 38.5 del EBEP configura como materia de inclusión obligatoria el establecimiento de comisiones paritarias de seguimiento de los Pactos y Acuerdos, su composición y funciones queda remitido a lo que ambas partes determinen.

6.3.2.. Composición.

El EBEP, a parte de la referencia al carácter paritario de las comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos, no suministra ninguna indicación sobre su composición, por lo que sería normal su estructura reproduzca el esquema de las Mesas de negociación:

- 1.º) Son un órgano de composición mixta con presencia de representantes de funcionarios y de AAPP.
- 2.º) No son un órgano administrativo de carácter colegial.
- 3.º) Tendrán carácter bipartito.

Por el lado de la Administración, serán los órganos situados en la *cima de la pirámide administrativa*, quienes la representen.

Respecto a la representación sindical, corresponde a los sindicatos con legitimación para negociar y firmar los Pactos y Acuerdos.

En cualquier caso, los acuerdos de estas comisiones deberán ser adoptados del lado sindical, por las OOSS que permitan acordar, en el ámbito del conflicto colectivo, un acuerdo conforme a lo previsto en el EBEP.

6.3.3. Procedimiento de actuación.

Según el régimen previsto en el Art. 34.6 del EBEP, debiendo iniciarse el procedimiento cuando lo decida la Administración, la mayoría de la representación sindical presente en la comisión paritaria o por acuerdo entre Administración y sindicatos. En cualquier caso, y dado que la comisión paritaria de seguimiento, tiene el carácter de representante permanente de la Mesa negociadora, en su seno se reproduce el esquema de funcionamiento de ésta.

6.3.4. Funciones.

El Art. 45.1 del EBEP alude a las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos. Las partes son libres para atribuir a las comisiones paritarias de seguimiento las funciones que estimen conveniente, entre las que tienen cabida no sólo la vigilancia en el cumplimiento del Pacto o Acuerdo o el control de los resultados de su aplicación, sino también la de intervenir en la resolución de cuantas cuestiones deriven del proceso de concreción del contenido de los Pactos y Acuerdos.

6.3.5. Interpretación general de los Pactos y Acuerdos.

Entre las atribuciones de las comisiones paritarias de seguimiento esta la de interpretar con carácter general las cláusulas de los Pactos y Acuerdos. En la Ley 7/2007, la fuerza legal del Acuerdo viene dada por la aprobación del órgano de Gobierno correspondiente..

Los acuerdos interpretativos de la comisión paritaria tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos, siempre que quienes los hubieran adoptado tengan la legitimación que les permita acordar un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en el EBEP. En este caso, vincularán a firmantes, destinatarios y los Jueces.

Esta vinculación sólo se producira cuando las partes hubieran seguido el procedimiento previsto al efecto y el acuerdo interpretativo respetara la norma interpretada.

6.3.6. Resolución de conflictos colectivos jurídicos.

La intervención de la comisión paritaria de seguimiento en la composición de los conflictos colectivos jurídicos suscita problemas complicados de resolver, en estos, las soluciones en el plano administrativo y judicial se presentan, como vías alternativas, con las siguientes precisiones:

1.a) Las partes pueden acordar que, en un conflicto de interpretación o aplicación del Pacto o Acuerdo, se pueda (voluntario) o se deba (obligatorio) acudir a la comisión paritaria de seguimiento. **La presentación del asunto ante la comisión paritaria de seguimiento no interrumpe los plazos que la Ley establece**, para plantear los recursos administrativos y contencioso-administrativos correspondientes, esta comisión paritaria, deberá pronunciarse de forma que, puedan ejercitarse en plazo los recursos legales correspondientes. Si no es así, la representación sindical tendrá libre la vía judicial y administrativa previa.

2.a) La Comisión Paritaria de Seguimiento, es un órgano compuesto, por representantes de la Administración y de las centrales sindicales con representación, y que, aunque dicho órgano colegiado se integre en tal Administración, no participa en su estructura jerárquica.

3.a) Cuando las organizaciones sindicales, delegados y juntas de personal, planteen el asunto judicialmente, deben agotar la vía administrativa previa, salvo que esté en juego la libertad sindical u otro derecho fundamental. Si el acuerdo se ha producido y no estando conformes con el resultado pueden intentar replantear el litigio ante lo contencioso-administrativa, podrán acudir directamente a la vía judicial.

4.a) La interpretación aplicativa de la comisión, no vinculará al conocimiento posterior de idéntico conflicto por un Tribunal más allá de la importancia que las reglas interpretativas de los contratos atribuyan a la voluntad auténtica de las partes.

6.3.7. Actuaciones en conflictos individuales.

Se impone asegurar la primacía de la tutela jurídica., **rige la prohibición general que tienen Las Entidades públicas de conciliarse y transigir sobre sus derechos y obligaciones.** No cabe la conciliación extrajudicial ni judicial, ya que si de lo que se trata es que las partes eviten el proceso a través de un acuerdo o transacción extrajudicial esta finalidad choca con la prohibición general citada. En lo que afecta a los conflictos individuales no es posible la actuación de las comisiones paritarias de seguimiento.

6.3.8. Otras funciones.

Las comisiones paritarias de seguimiento, tienen sus propias limitaciones derivadas de la misma naturaleza de su finalidad institucional. Surgen para actuaren conflictos de aplicación del pacto que las instituye y en ello encuentran sus principales fronteras. Se podrían citar, entre otras, las siguientes funciones:

- 1.- Asesoramiento e información de cuantos asuntos sean sometidos por los órganos administrativos y funcionarios
- 2.- Vigilancia del cumplimiento de lo pactado
- 3.- Estudios sobre aspectos determinados para formular propuestas a la Mesa negociadora, al objeto de adoptar y formalizar nuevos acuerdos.

6.4. -Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos

6.4.1.-Tipos de conflictos sobre los que pueden operar los sistemas de solución extrajudicial de conflictos.

Los miembros de la Mesa negociadora o comisión paritaria podrán recurrir a los sistemas de mediación y arbitraje previstos en el Art. 45 del EBEP para dirimir sus controversias en torno a la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos, este artículo indica que con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, las AAPP y Las OOSS a las que se refiere el presente Capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos y que los conflictos podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de Ley.

Se trata de intervenir en aquellas situaciones en las que se produce una controversia en torno al sentido que ha de darse a una concreta cláusula convencional o algunos específicos problemas aplicativos de la misma..

6.5.- La interpretación y aplicación judicial de los Pactos y Acuerdos

6.5.1.- Jurisdicción competente y procedimiento judicial.

Por lo que se refiere a los Pactos y Acuerdos, la tutela estatal se ejerce sólo en el plano judicial. El Juez aplicará e interpretará los Pactos y Acuerdos al resolver los conflictos individuales y colectivos que planteen los funcionarios o personal estatutario y sus representantes en relación con los actos administrativos que los apliquen. **No son admisibles las pretensiones procesales limitadas a solicitar declaraciones de principio o doctrinales, o para prevenir agravios futuros o corregir anticipadamente defectos probables que todavía no se han producido.**

Los Tribunales del orden contencioso-administrativo son los competentes para resolver los conflictos aplicativos de los Pactos y Acuerdos que atañen a los funcionarios y al personal estatutario .

Los Tribunales del orden social son competentes para resolver los conflictos individuales y colectivos que suscitate la aplicación de los Pactos y Acuerdos que afectaban a las relaciones individuales de trabajo del personal estatutario de los Servicios de Salud

Existe dualidad jurisdiccional para resolver las controversias que suscitaba la aplicación de los Pactos y Acuerdos, según afectasen al personal funcionario o estatutario e, incluso, en relación a este último según el conflicto estuviera referido a las relaciones individuales de trabajo o a las colectivas.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigor del EMPES la única jurisdicción competente para conocer de todas las cuestiones referentes al personal estatutario es la contencioso-administrativa.

Habrá que utilizar el procedimiento abreviado regulado en el Art. 78 de la LJCA, por lo que será preciso en todo caso agotar la vía administrativa previa y, una vez superado ello, la intervención judicial puede todavía demorarse en exceso ..

Por último, de acuerdo con lo dispuesto en la LOPJ y en los arts. 1.1 y 2 de la LJCA, y 2 y 3 de la LPL, existirá una dualidad jurisdiccional para resolver las posibles controversias que pueda suscitar la aplicación de los Pactos y Acuerdos comunes al personal funcionario y laboral, según afecten al personal funcionario/estatutario (contencioso-administrativa) o al personal laboral (social).

FETAP-UGT
CURSO ANDALUCÍA

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

1.- PRINCIPIOS REGULADORES

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), separándose de lo que ha sido una tradición en materia de responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de la Administración, por cuya virtud se establecían dos regímenes diferenciados según se tratara de personal laboral o funcionario, procede a su unificación en uno sólo (sin perjuicio del orden jurisdiccional competente que sigue diferenciado entre el contencioso-administrativo y el social), articulando unos principios generales aplicables a todos los empleados públicos (art. 8.2 y 13), que serán objeto de concreción para los funcionarios en las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto o por la legislación laboral y convenios colectivos (art. 93.1 y 4).

concretados en las siguientes RAZONES:

- La insuficiente regulación de las sanciones y la aplicación de unos principios y procedimientos excesivamente garantistas, que supuestamente dificultaban el ejercicio efectivo de la potestad disciplinaria.
- Problemas en el plano estrictamente jurídico, en razón de la aplicación mecánica de los principios inspiradores del Derecho Penal, que atiende a fines y bienes jurídicos de interés general, en vez de asegurar, tal y como lo hace el Derecho Laboral, el buen funcionamiento interno de una organización y de los servicios que presta.
- Motiva la tendencia a flexibilizar la legislación aproximándola al Derecho Laboral.
- El cambio de enfoque determina aplicar los mismos principios de régimen disciplinario, tanto a funcionarios como al personal laboral.
- El EBEP es una norma de mínimos, los principios recogidos deben ser objeto de concreción por parte de las leyes y reglamentos del Estado o de las Comunidades Autónomas y respecto del personal laboral, en los correspondientes convenios colectivos.

Habida cuenta de todo ello, la Exposición de Motivos EBEP nos indica: «En cuanto al régimen disciplinario, el Estatuto, de conformidad con su carácter básico, se limita a ordenar los principios a que debe someterse el ejercicio de esta potestad pública respecto de los empleados públicos, tipifica las infracciones muy graves y amplía el abanico de las posibles sanciones. Por lo demás, se remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.»

El EBEP dedica al régimen disciplinario el Título VII (arts. 93 a 98) que puede sintetizarse de la siguiente manera:

Responsabilidad disciplinaria (art. 93 EBEP). La hace extensiva tanto al personal funcionario como al laboral, aludiendo a los autores, inductores y encubridores, para lo que habilita su desarrollo a través de las leyes y convenios colectivos.

El ejercicio de la potestad disciplinaria (art. 94 EBEP) queda sujeto a los clásicos principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia, estableciendo la preferencia de la jurisdicción penal y la vinculación de la Administración a los hechos probados declarados en resolución firme.

Clasifica las faltas disciplinarias (art. 95 EBEP) en muy graves, graves y leves, a continuación tipifica las muy graves, que pueden ser incrementadas a través de la legislación estatal o autonómica en atención al ámbito de su competencia y sin perjuicio de que tal legislación tipifique las graves y leves en atención al grado de vulneración de la legalidad, gravedad del daño causado al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o del ciudadano.

Establece un catálogo de posibles sanciones (art. 96 EBEP) que van desde la separación del servicio de los funcionarios por la comisión de faltas muy graves, despido disciplinario del personal laboral, suspensión de funciones o empleo, traslado forzoso, demérito que penaliza la carrera, promoción o movilidad, apercibimiento o cualquier otra que pueda prever la Ley.

Novedad significativa se indica que tanto la sanción de separación del servicio del funcionario público como la derivada del despido disciplinario, comportan la inhabilitación del sancionado para acceder de nuevo a la Administración o suscribir con ella nuevos contratos laborales, durante un plazo determinado de forma y manera que se impone a las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas que especifiquen en el cuadro de sanciones aplicables en cada caso, la duración y efectos concretos atendiendo a criterios de intencionalidad, descuido o negligencia de la conducta, daño al interés público, reiteración, reincidencia y grado de participación del sancionado.

Plazos de prescripción de las faltas y sanciones (art 97 EBEP) se ajusta a la LRJPAC y así, las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por

faltas muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos y las leves al año.

Procedimiento disciplinario (art. 98 EBEP), Debe fundarse en los principios de celeridad y economía procesal con respeto a los derechos y garantías de defensa del acusado .

Se estructura sobre la neta separación entre la fase instructora y sancionadora, disponiendo que en el procedimiento ordinario se garantizará el trámite de audiencia, proposición y práctica de prueba, previendo un procedimiento abreviado para las sanciones leves en el que se garantiza únicamente la fase de alegaciones.

Las medidas cautelares, se habilita su adopción en el procedimiento sancionador la suspensión provisional del acusado con una duración de seis meses como máximo, salvo paralización del expediente por causa imputable al mismo.

Principios reguladores

Además de los que se señalan en los apartados siguientes, han de tenerse en cuenta otros principios de carácter constitucional que inspiran el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas:

- el de seguridad jurídica (art. 9 CE)
- el de **in dubio pro reo** (art. 24.2 CE),
- el de contradicción o principio acusatorio (art. 24.2 CE),
- y, en general, todos los que inspiran la recta actuación de las Administraciones Públicas (art. 103.1 CE, art. 3 LRJPAC).

Se debe distinguir entre principios sustantivos y procedimentales.

2.1- principios de carácter sustantivo.

2.1 1.- principio de legalidad y tipicidad (art. 94.2.a) EBEP)

El artículo 25 la CE consagra la reserva de ley en materia sancionadora.

La reserva de ley se exige tanto en su vertiente jurídico-material como formal, así sólo pueden reputarse infracciones administrativas aquellas conductas que previamente hayan sido tipificadas como tales, y únicamente pueden imponerse las sanciones señaladas en la legislación aplicable.

El principio de legalidad impone una **interpretación restrictiva** de las normas que tipifican las conductas ilícitas y sus sanciones.

Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales por una ley. Únicamente pueden imponerse sanciones por la comisión de estas infracciones. Las sanciones, en todo caso, han de estar delimitadas por la ley.

Las disposiciones **reglamentarias** pueden introducir graduaciones a las infracciones o sanciones establecidas, con el fin de una correcta y precisa determinación de las sanciones correspondientes, siempre que no constituyan nuevas infracciones o sanciones y no alteren la naturaleza o los límites de las contempladas en la ley

Se prohíbe la aplicación analógica en las normas que regulan las infracciones y sanciones. Se prohíbe la **discrecionalidad** tanto en la calificación de la infracción como en la graduación de la sanción.

La tipicidad es una consecuencia directa del principio de legalidad y seguridad jurídica que se completa con lo dispuesto en el art. 129.4 de la LRJPAC, sin perjuicio de que sea frecuente la utilización de conceptos jurídicos indeterminados o referencia a deberes genéricos.

La tipificación de infracciones y sanciones forma parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, por tanto, su regulación es competencia exclusiva del Estado.

2.1.2. principio de irretroactividad (art. 94.2b) EBEP

Este principio establece que se han de aplicar las disposiciones disciplinarias vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

La regulación de las infracciones y sanciones **no puede aplicarse con carácter retroactivo** en relación con lo cometido con anterioridad a sus respectivas entradas en vigor. Las disposiciones sancionadoras tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

1) A pesar de que el principio de irretroactividad no queda amparado dentro de los derechos susceptibles de amparo constitucional, por su conexión con el **derecho a la tutela judicial efectiva** se considera vulnerado este derecho fundamental por inaplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable.

2) En las **infracciones continuadas**, que cubren el período temporal de más de una norma, se ha de analizar la normativa vigente en cada momento, así ocurre en una parcelación ilegal continuada a través de varios años .

La retroactividad de las normas sancionadoras de carácter favorable, si bien constituye un derecho fundamental, encuentra un claro soporte normativo, en el art. 128.2 de la LRJPAC, con fundamento en el art. 9.3 CE.

2.1.3. principio de culpabilidad (art 94 2,d) EBEP)

Según la personalidad de la sanción, toda responsabilidad derivada de la comisión de una falta ha de ser imputable o reprochable a su autor. Sólo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia. La existencia de responsabilidad requiere **prueba** de cargo, aportada por la AP, en la que se acredite comisión de la infracción.

La responsabilidad administrativa que se derive del procedimiento sancionador es **compatible** con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Cuando son varios los **obligados conjuntamente** al cumplimiento, responden de forma solidaria de las infracciones que se cometan y de las sanciones que se impongan.

Las personas **obligadas a** prevenir la infracción administrativa cometida por otros, son responsables subsidiarios, cuando así lo determinen los distintos regímenes sancionadores.

Es inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de **responsabilidad objetiva o sin culpa**.

1.- En las infracciones urbanísticas se tiende hacia la **objetivización** completa del **hecho**, para lo que no se tiene en cuenta el elemento subjetivo de la culpa, ni del resultado, puesto que la frustración del fin del hecho, por intervención administrativa, puede influir en la graduación de la multa, pero no en la determinación de la base sobre la que la misma se calcula.

2.- La **actividad probatoria** la debe llevar a cabo la Administración en el correspondiente expediente administrativo, si la sanción se impone sin base, que acredite la culpabilidad, puede ser impugnada en vía judicial. Si en el expediente administrativo queda probada dicha culpa, en la vía judicial, la carga de la prueba será del sancionado, que tendrá que destruir la presunción de legalidad.

3) Pese a la solidaridad, es necesario que exista **individualización** de la sanción y de la personalidad del autor.

4) El principio de culpabilidad informa todo el Derecho sancionador disciplinario. La responsabilidad no sólo se predica de los autores de una falta, sino también de los funcionarios que la encubran (art. 93.3 EBEP), siempre que se trate de faltas consumadas muy graves o graves, cuando derive daño grave para la Administración o el ciudadano, así como de los que la induzcan (art. 93.2 EBEP), predicándose de éstos la misma responsabilidad que para el autor.

2.1.4 principio de proporcionalidad (art 94 2 c) EBEP y art 131 LRTPAC)

Las sanciones administrativas en ningún caso pueden implicar **privación de libertad**.

La proporcionalidad entre la falta cometida y la **sanción** impuesta ha de regir el actuar del órgano que resuelve el expediente sancionador, así han de tener en cuenta en la **graduación de las sanciones** los siguientes criterios:

- la existencia de intencionalidad o reiteración,
- la naturaleza de los perjuicios causados,
- la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

1) La **cuantificación** de las sanciones es una materia reglada y ha de llevarse a cabo atendiendo a los criterios establecidos expresa o implícitamente por la normativa sancionadora, siendo el principio de proporcionalidad plenamente aplicable

2) La gravedad de la infracción y la **entidad económica** del hecho constitutivo de la misma son dos criterios que han de tenerse en cuenta en la imposición de la sanción.

3) La falta de concreción sobre la naturaleza de los perjuicios y la ausencia de reincidencia, atenúan la gravedad de la sanción .

2.1.5. principio de prescriptibilidad (art. 97 EBEP)

Las infracciones y sanciones prescriben según lo dispuesto en las leyes que las establecen. El art. 97 de la EBEP establece el plazo de prescripción de la infracción y el de las sanciones.

- Las infracciones

- muy graves prescriben a los tres años
- las graves a los dos años
- las leves a los seis meses.

La determinación del **día inicial** comienza desde el día en que se ha cometido la infracción.

-Las **sanciones**. Las sanciones impuestas por:

- faltas muy graves prescriben a los tres años

- faltas graves a los dos años
- faltas leves, al año.

La determinación del **día inicial** para el cómputo de estos plazos comienza desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción

2.1.6. principio «non bis in ídem» (art. 94.3 EBEP)

Se prohíbe la **conurrencia de sanciones**, por lo que no pueden sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente. Este principio no sólo opera en la relación delito e infracción administrativa, sino que incluso cabe su alegación **entre procedimientos** administrativos sancionadores a través de los cuales se sancione repetidamente una misma conducta.

Para que se aprecie la operatividad del principio se requiere la más perfecta **identidad** de sujetos, hechos y fundamentos, de tal modo que no se vulnera cuando los hechos son diferentes.

En la aplicación del «non bis in ídem», hay que estar al bien jurídico protegido, es posible la doble sanción: penal y administrativa, en los casos de funcionarios policías cabe la sanción penal por delito común y la sanción en vía disciplinaria.

Como principio vinculado al de legalidad aparece recogido en el art. 133 LRJPAC, al determinar la imposibilidad de que unos mismos hechos puedan ser objeto de condena penal y disciplinaria.

2.2. Principios de carácter procedimental

2.2.1. garantía del procedimiento (art 98.1 EBEP)

No podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido y sin perjuicio de que las faltas leves se sancionen a través de un procedimiento sumario con audiencia del interesado.

El ejercicio de la potestad sancionadora requiere un procedimiento legal reglamentariamente establecido. No se puede imponer una sanción sin que se haya tramitado el **necesario** procedimiento.

Cualquier sanción que se imponga sin un procedimiento sancionador, en el que se garantice la audiencia al presunto infractor y la debida separación entre el órgano instructor y el encargado de la resolución, incurre en un vicio de **nulidad de pleno derecho**

Si el expediente adolece de **defectos** que causan indefensión en el presunto infractor, incurre en un vicio de anulabilidad.

La existencia de un procedimiento sancionador y el respeto a los trámites legales en él establecidos son esenciales a la hora de determinar la legalidad de la sanción impuesta.

1) Son órganos **competentes** para la iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores las unidades administrativas a las que cada Administración atribuya estas competencias, sin que puedan atribuirse al mismo órgano las fases de instrucción y resolución.

2) La **separación funcional** entre la fase instructora y la sancionadora opera como garantía de imparcialidad de la autoridad decisoria.

3) Existen **irregularidades no invalidantes** del expediente, ya que su subsanación no modifica en esencia el contenido del acto resolutorio de aquél. La invocación de defectos insubsanables en la tramitación de los expedientes sancionadores no siempre es acogida como vicio invalidante. Si el interesado no fue oído en el expediente primitivo, esa falta puede remediarse con la interposición del correspondiente recurso cuya tramitación incluye un nuevo período de audiencia y vista del expediente.

2.2.2. derechos del presunto responsable

En todos los expedientes disciplinarios tramitados por las Administraciones Públicas, el presunto responsable goza de los siguientes derechos:

1. Separación entre el órgano instructor y sancionador (art. 98.2_ EBEP).
2. Derecho de recusación. Del instructor se requiere la imparcialidad que garantice el acusado la no existencia de duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en aquel que va a formular el pliego de cargos y la propuesta de resolución.
3. Derecho a la debida **notificación** de los hechos que se le imputen, con la calificación de las infracciones que los mismos constituyan y de las sanciones que, en su caso, se les puedan imponer, así como la identidad del instructor, de la autoridad competente para resolver y de la norma que atribuya tal competencia.
4. Derecho de **audiencia**, a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa que resulten procedentes
5. En general, los derechos que tienen los ciudadanos en sus relaciones con las AAPP.

Estamos ante un **presunto** responsable. La Administración debe probar los hechos que integran la infracción de que se trate, debe acreditar la concurrencia de los hechos que integran la sanción, por lo que:

- No es admisible que se tenga por prueba de presunciones.
- Si en un recurso no se desvirtúa la presunción de inocencia del actor.

El derecho de defensa comporta que no se varíen con carácter esencial los hechos objeto del pliego de cargos.

2.2.3. presunción de inocencia

Este principio del procedimiento sancionador comporta:

1. Los expedientes sancionadores incoados han de partir y respetar la presunción de no existencia de **responsabilidad** administrativa, mientras no se pruebe lo contrario. La prueba de cargo ha de ser aportada por la Administración.

2. Los **hechos** declarados **probados** por resoluciones judiciales penales firmes vinculan a la Administración instructora de los expedientes sancionadores y disciplinarios.

3. La presunción de certeza de los **hechos constatados** por los **funcionarios** públicos a los se les reconozca la condición de autoridad, siempre que se formalicen en documento público observando los requisitos legales. Es una presunción «*iuris tantum*», ya que se entiende sin perjuicio de las pruebas que el expedientado pueda aportar en su defensa.

2.2.4.-La práctica de la prueba

Tanto de oficio como a instancia de parte, para la determinación de los hechos y de las posibles responsabilidades. El órgano instructor puede rechazar aquellos medios probatorios que resulten impertinentes o improcedentes..

1) La presunción de inocencia rige, en el ordenamiento disciplinario. El derecho a la presunción de inocencia comporta:

- Que la sanción esté basada en actos o **medios probatorios** o incriminadores de la conducta reprochada.
- Que la **carga de la prueba** corresponde a quien acusa.
- Que cualquier **insuficiencia** en el resultado de las **pruebas** practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

La **prueba de** presunciones requiere que el indicio en que se funde esté perfectamente acreditado y no se base en meras conjeturas o juicios de valor. La presunción de inocencia adquiere relevancia en los supuestos de que no exista elemento probatorio alguno.

2.2.5.- medidas provisionales (art 98 3 EBEP)

El EBEP, después de posibilitar la adopción de medidas cautelares con carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final, reproduce la suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario, limitándola a un plazo de seis meses, salvo paralización del procedimiento por causa imputable al interesado.

La suspensión provisional, puede acordarse durante la tramitación de un procedimiento judicial, se mantendrá por el tiempo que exista prisión provisional u otras medidas decretadas judicialmente y que impidan al funcionario el desempeño de su trabajo, en estos casos, aunque la suspensión provisional exceda de seis meses, no comporta la pérdida del puesto de trabajo.

El funcionario suspendido provisionalmente tiene derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a su cargo.

Cuando la suspensión provisional se eleve a definitiva, se devolverá la retribución percibida, si no llega a convertirse en definitiva, la Administración reintegrará al funcionario la diferencia entre los haberes percibidos y los que hubiera debido percibir de encontrarse con plenitud de derechos.

El tiempo de suspensión provisional cuenta para el cumplimiento de la suspensión firme.

Cuando la suspensión no sea declarada firme, el tiempo de duración computa como servicio activo, acordándose la reincorporación del funcionario a su puesto, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás desde la fecha de suspensión.

2.2.6. resolución

La resolución que ponga fin al procedimiento ha de ser motivada y ha de **resolver todas las cuestiones** planteadas en el expediente. Tanto la propuesta de resolución, como la sanción, han de contener al menos una relación sucinta de hechos y fundamentos de derecho. Además, en ella no se pueden aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento.

Para que la resolución sea **ejecutiva** se requiere que cause estado en vía administrativa. En tanto no lo sea, se

han de adoptar, las **disposiciones cautelares** precisas para garantizar su eficacia.

3.-EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

3.1. Conexiones con la jurisdicción penal

Conforme al art. 94.3 de la EBEP, cuando de la instrucción del procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá la tramitación del procedimiento poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los hechos declarados probados por las resoluciones penales firmes vinculan a la Administración.

En cualquier momento del procedimiento, en que el instructor aprecie que la presunta falta puede ser constitutiva de delito o falta penal, lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiere ordenado la incoación del expediente para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal. Esto no será obstáculo para que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediera

3.2. Suspensión provisional

La suspensión provisional del funcionario sometido a expediente disciplinario, puede afectar en determinados casos a derechos fundamentales del acusado. Su duración máxima es de 6 meses, incidiendo sobre las cotizaciones a la Seguridad Social.

3.3. Funcionario sometido a procesamiento

El Subsecretario del Departamento en la AGE, el Secretario General en la C.A. y el Secretario del Ayuntamiento, en la Administración Local, podrán decidir como medida preventiva la suspensión provisional del funcionario, cualquiera que fuese la causa de su procesamiento, siempre que dicha medida no se hubiera adoptado por la autoridad judicial que ordenó su procesamiento.

Si la suspensión fuese **acordada por la autoridad administrativa**, se prolongará durante todo el procesamiento con los requisitos y consecuencias que determinan los artículos 47, 48 y 49 LFCÉ.

3.4. Funcionario no sometido a procesamiento

El TRRL, en su artículo 150.2, establece que el órgano competente para incoar expediente disciplinario a un funcionario local tiene también competencia para decretar o suprimir la suspensión provisional del expedientado. Serán también de aplicación los arts 47, 48 y 49 LFCE relacionados con los que regulan la situación administrativa de suspensión de funciones a nivel estatal como autonómico. Por lo que se refiere al Estado, son aplicables los artículos 20, 21 y 22 RRDFCE en relación con los ya citados.

3.5. Información reservada

El órgano competente para incoar el procedimiento podrá acordar previamente la realización de una información reservada, dicho órgano tendrá igualmente competencia para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal tramitación.

La información reservada tiene por finalidad facilitar al órgano sancionador los precisos datos indiciarios para que resuelva con acierto la incoación o no del expediente disciplinario. Su naturaleza extraprocedimental sin las más capitales garantías, hace que deba ser usada de manera estricta. La decisión de llevar a cabo la información reservada tiene **carácter discrecional**, que encuentra como límite la existencia de indicios racionales manifiestos de la Comisión de una infracción susceptible de sanción.

Contra la adopción o no de la información reservada **no cabe recurso alguno**.

4.- Iniciación Continua vigente el RD 33/86, de 10 de enero

4.- 1 Formas

El procedimiento sancionador se iniciará siempre **de oficio**, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia. En este último supuesto, habrá de comunicar el acuerdo de iniciación al denunciante.

La **resolución de iniciación** del procedimiento sólo puede adoptarla la autoridad con competencia para ello: el procedimiento disciplinario se inicia exclusivamente de oficio. Esta decisión constituye el primer trámite del procedimiento, y resulta inimpugnable porque no incide directa ni indirectamente en el fondo del asunto .

La incoación de un expediente disciplinario es un trámite cuya finalidad consiste en depurar si existe infracción y no determina por sí conculcación alguna de derechos fundamentales.

La resolución de iniciación del procedimiento tiene un **contenido** necesario y otro eventual.

Dentro del contenido necesario debe hacerse constar:

- 1) La competencia del órgano que acuerda la iniciación.
- 2) El nombramiento de instructor y, si procede, de Secretario.
- 3) La identificación de los presuntos responsables.
- 4) La delimitación sucinta de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y sanción.

Dentro del contenido **eventual**, estará la decisión de adoptar medidas provisionales, entre ellas la de suspensión de funciones.

4.2.-Notificación

Se ordena que tanto la incoación del procedimiento como el nombramiento del Instructor y del Secretario se deberán **notificar al funcionario expedientado** y, también, **a las personas que vayan a ostentar dichos cargos**.

Estas garantías **se incrementan** en el supuesto de que el expediente se inicie contra un Delegado Sindical, Delegado de Personal, miembro de la Junta de Personal o cargo electo a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas. En estos casos, la incoación del expediente se notificará a la Sección Sindical, Junta de Personal o Central Sindical que corresponda a fin de que puedan ser oídos durante la tramitación del procedimiento. Con posterioridad, la LOLS, en su artículo 11.c), al regular las garantías y derechos de los miembros de las Juntas de Personal y los Delegados de Personal, señala que tanto unos como otros deben ser oídos en los expedientes abiertos a sus miembros durante el tiempo de su mandato, y también durante el año inmediatamente posterior, todo ello sin perjuicio de dar cumplimiento, en su momento, al trámite de la audiencia del interesado. La **falta de notificación** de la incoación del expediente, en la medida en que no produzca indefensión al interesado, no determina la anulabilidad del procedimiento.

4.3.-Abstención y recusación

Al Instructor y al Secretario del expediente les son de aplicación las normas sobre abstención y recusación, que se establecen en los artículos 28 y 29 LRJPAC.

La **recusación**, el apartado 2 del citado artículo 32 dice que podrá ejercitarse desde que el interesado conociera quiénes son el Instructor y el Secretario. Y en cuanto a la **forma de plantearse** la abstención y la recusación, el apartado 3 ordena que deben plantearse ante la autoridad que llevó a cabo ambos nombramientos, la cual habrá de resolver en el plazo de tres días.

La **abstención** se configura legalmente como una obligación del funcionario en quien concurra alguna de las causas anteriores de no intervenir en el procedimiento. Debe ser **puesta en conocimiento de la autoridad** que ordenó la incoación del expediente por el propio funcionario, estando obligada aquélla a resolver en tres días. La resolución aceptará o rechazará la concurrencia de la causa de abstención. En el primer supuesto, el funcionario quedará apartado del procedimiento y se procederá al nombramiento de otro que le sustituya. En el segundo supuesto, se le ordenará continuar el procedimiento.

Ni la LRJAP y del Procedimiento Administrativo Común ni el Reglamento Disciplinario fijan un **plazo** para poner en conocimiento de la autoridad superior la concurrencia de las causas de abstención, por lo que hay que entender que sobre el funcionario pesa la obligación de comunicarlo tan pronto como tenga conocimiento, pudiendo coincidir bien con la iniciación del expediente, bien con cualquier trámite posterior. La **recusación**, se configura como un derecho del presunto responsable administrativo de asegurarse su enjuiciamiento por funcionarios en quienes se den, **«a priori»**, las más estrictas condiciones de neutralidad e imparcialidad que permitan enjuiciar el tema con la máxima objetividad. Las **causas de recusación** son las mismas que las de abstención, y el expedientado puede hacer uso de su derecho a recusar desde el mismo momento en que se le sea notificado el nombramiento de Instructor y Secretario y en cualquier momento del procedimiento

4.4.-Medidas provisionales

Según el art. 98.3 del EBEP, las normas reguladoras de los procedimientos sancionadores pueden habilitar la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pueda recaer, y aluden a la suspensión provisional como medida cautelar típica, exigiendo en todo caso que en la resolución por cuya virtud se adopte sea motivada.

El régimen es totalmente análogo al preexistente siendo posible la adopción de cualquier medida cautelar, con carácter instrumental y dirigida a tutelar el interés público, por consiguiente, la suspensión provisional es tan sólo una de las medidas posibles.

Una vez iniciado el procedimiento la autoridad que ordenó su iniciación podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables o impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Con excepción de la suspensión provisional, el reglamento establece una habilitación para que la autoridad que decidió la incoación del expediente pueda adoptar medidas que aseguren la corrección de la decisión que pudiera dictarse. El Reglamento fija un límite genérico a esta posibilidad de acreditar medidas provisionales, el cual no es otro que el de que en ningún caso puedan causar perjuicios irreparables o suponer violación de los derechos amparados por las leyes.

La medida provisional por excelencia es la **suspensión provisional de funciones**. Su regulación concreta se verifica en los artículos 47, 48 y 49 LFCE. La suspensión provisional de funciones supone, la privación temporal del ejercicio de las funciones y de los derechos inherentes a la condición de funcionario. La adopción de esta medida cautelar determina la privación temporal del ejercicio del cargo e incide sobre el artículo 23.2 CE dado que supone una interrupción en la permanencia de aquél, siendo ésta parte del contenido del derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, el suspenso provisional tendrá derecho a percibir el **75% de su sueldo, trienios y pagas extraordinarias y la totalidad del complemento familiar**, excepto en caso de paralización del expediente por causa imputable al interesado, que comportará la pérdida de toda retribución mientras mantenga dicha paralización.

La suspensión provisional puede ser adoptada en dos **supuestos**: como consecuencia de la instrucción de un proceso penal o de la instrucción de un procedimiento disciplinario.

1) Suspensión provisional por instrucción de un proceso penal: Puede ser adoptada por la propia autoridad judicial que instruye el proceso penal. En su adopción rige el principio de Proporcionalidad. Se requiere como **requisito de procedibilidad** para su adopción, de un título jurídico formal de imputación, como es el auto de procesamiento.

2) La suspensión provisional por instrucción de un procedimiento disciplinario: La adopta la autoridad competente para la incoación del procedimiento, motivándola de forma razonada y razonable. La **duración** de esta medida no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de paralización del procedimiento por causa imputable al interesado.

Adoptada por el juez la prisión provisional, mediante auto, determinará la adopción de la medida de suspensión provisional para el funcionario; para ello la autoridad administrativa debe dictar la correspondiente **resolución** en ejecución de tal resolución. El acto administrativo **no es impugnabile** por cuanto que se limita a la mera materialización de una decisión judicial previa.

Tiene la **naturaleza de acto de trámite** y en principio no es impugnabile, salvo que en su adopción se vulnere algún derecho fundamental; está sujeta al principio de proporcionalidad.

La existencia de esta medida cautelar **no es incompatible con la presunción de inocencia** consagrada en el artículo 24.2 CE.

La doctrina del Tribunal Supremo, puede concretarse en los siguientes extremos:

- 1) La suspensión provisional **no es una sanción**.
- 2) La suspensión provisional **es una medida excepcional**.
- 3) La suspensión provisional **es un acto de trámite**.

La nueva perspectiva de las medidas cautelares.

La problemática de las medidas cautelares tiene una nueva perspectiva en la doctrina del TJCEE que se plantea tanto desde la perspectiva del juez nacional, para suspender la normativa contraria al Derecho Comunitario, como la del juez comunitario para suspender la normativa nacional incompatible con aquél.

En la doctrina jurisprudencial más actual, se advierte un giro, de forma que el acuerdo de suspensión provisional, por sus efectos directos es impugnabile autónomamente desde que se dicta, pues la medida cautelar no supone una sanción encubierta o anticipada, desproporcionada, exige de una motivación adecuada pues dado su carácter excepcional no puede generalizarse.

La **extinción de esta medida**, transcurrido el tiempo establecido de duración de la misma, el funcionario debe incorporarse a su puesto de trabajo. Dicha incorporación debería ser, de oficio, de no procederse así, será el funcionario quien deba solicitarlo.

4.5.-Desarrollo del procedimiento

El procedimiento sancionador se impulsa de oficio, el art. 98.2 del EBEP previene que debe estructurarse en atención a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable.

4.6.-Práctica de diligencias

Corresponde al Instructor ordenar que se practiquen las diligencias adecuadas para la determinación y comprobación de los hechos, y de modo especial las pruebas que sirvan para su esclarecimiento así como para la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción.

El Instructor, como primeras actuaciones, ha de recibir la oportuna declaración del acusado y evacuar las diligencias que se deriven tanto de la declaración de aquél como de la comunicación o denuncia que figuren en el expediente.

De entre las diligencias a practicar destacan las siguientes:

1.- declaración del acusado

Se prestará ante el Instructor, quien en razón de lo alegado por éste y de lo que resulte de lo actuado, llevará a cabo las actuaciones necesarias para su comprobación, destacando entre ellas la solicitud de pruebas en informes que estime necesarios.

2. solicitud de pruebas

El órgano instructor acordará la práctica de todas aquellas pruebas necesarias para la averiguación de los hechos imputados al funcionario.

3. informes

Serán recabados por el Instructor todos aquellos informes sobre cuestiones o extremos relacionados con los hechos imputados y facilitárselos es una obligación de colaboración de todas las dependencias públicas.

4.7.- Pliego de cargos

El pliego de cargos es la concreción de la acusación formulada contra el funcionario acusado. El derecho del interesado a ser informado de la acusación contra él forma parte de las garantías que establece el artículo 24.2 CE. Debe formularse, en el **plazo** de un mes desde la incoación del expediente, si bien, por causas justificadas, puede el Instructor solicitar la ampliación del plazo. La ampliación deberá ser concedida, por la autoridad que acordó la incoación.

La **extensión del plazo de ampliación**, a falta de normativa, deberían resultar aplicables los principios derivados del artículo 49 LRJPAC, conforme al cual el plazo de ampliación no podrá exceder de la mitad del concedido legalmente.

El pliego de cargos debe **contener** los hechos imputados, expresando la presunta falta cometida y las sanciones que, conforme al Reglamento, pudieran resultar de aplicación al caso controvertido. Debe redactarse de modo **claro y preciso**, en párrafos separados y numerados por cada uno de los hechos imputados al funcionario. El pliego de cargos es, además, el momento del procedimiento oportuno para que el Instructor se manifieste sobre el mantenimiento o levantamiento de las medidas de suspensión provisional que se hubieran adoptado.

El Tribunal Supremo ha efectuado algunas matizaciones al respecto:

Principio de congruencia. Señala que si se coteja el pliego de cargos que se le formuló al recurrente con los hechos que se declaran probados, pronto se echa de ver que en el primero no se incluyó el intercambio de palabras inadecuadas, circunstancia esta de disparidad que obliga a tener por ciertos hechos no incluidos en el primero.

Concreción de la acusación. El Tribunal señala que por cuanto ninguno de los números o apartados en que se condensa el pliego de cargos formulado al recurrente inciden en una acusación concreta, actual, discriminante, en cuanto a situaciones, fechas o personas.

Imposibilidad de subsanación de los defectos del pliego de cargos. Al respecto se señala que el pliego de cargos ha de reunir unos requisitos formales que, en caso de ser omitidos, no pueden ser subsanados ni entenderse convalidados por el cumplimiento exacto de las restantes formalidades.

El **derecho de defensa** queda suficientemente garantizado con la delimitación de los hechos imputables, sin que resulte necesaria una calificación de la falta y su sanción.

El **pliego de cargos deberá ser notificado** al funcionario acusado; siendo correlativo este deber de comunicación al derecho de información del imputado sobre la acusación.

4.8.-Contestación al pliego de cargos

El pliego de cargos se notificará al acusado, concediéndosele un **plazo de diez días** para que pueda contestarlo con las alegaciones que considere necesaria, pudiendo, aportar cuantos documentos considere convenientes. Esto se articula mediante el pliego de descargos. La contestación es, el momento procedimental para **solicitar la apertura de un período probatorio**.

4.9.- El período de prueba

La apertura de este período puede realizarse por el Instructor, a instancia del acusado. No obstante, el expediente disciplinario se rige por el **principio de oficialidad**, por lo cual el instructor podrá acordar la práctica de las pruebas solicitadas que juzgue oportunas.

Podrá denegar la admisión y práctica de las pruebas para averiguar cuestiones que considera innecesarias, siendo preceptivo que la **inadmisión o denegación sea motivada**. Contra la denegación no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que dichas pruebas puedan solicitarse y practicarse en vía de recurso, administrativo, ó contencioso-administrativo.

Los hechos relevantes para la decisión del procedimiento podrán acreditarse por **cualquier medio de prueba** admisible en derecho. Supone, una remisión a lo establecido en los artículos 1.215 y concordantes del Código Civil que regulan en nuestro Ordenamiento los medios de prueba admisibles en derecho. El período de prueba tiene un plazo máximo para su proposición y práctica de un mes.

El Reglamento disciplinario establece dos reglas en cuanto a la práctica de las pruebas:

1. Se notifica al funcionario con indicación del lugar, fecha y hora en que se realizaran, debiendo incorporarse al expediente la recepción de la notificación.

2. La presencia del Instructor en la práctica de las pruebas, sin que dicha presencia pueda suplirse, por la del secretario. La **carga de probar** los hechos constitutivos de cada infracción corresponde a la Administración.

La **práctica** recaerá sobre las pruebas propuestas por el Instructor y sobre las solicitadas por el acusado, para lo que se establece el plazo de un mes, siempre que resulten adecuadas para la determinación de los hechos, pudiendo el Instructor denegar motivadamente la admisión y práctica de las que estime innecesarias, sin que contra dicha decisión quepa recurso.

4.10.- Vista del expediente

Una vez que se hayan cumplimentado las diligencias, se dará vista del expediente completo al acusado «con carácter inmediato» para que, en el **plazo de diez días**, alegue todo lo que estime pertinente y aporte igualmente los documentos que considere de interés. Si el acusado lo solicitase, habrá de dársele copia completa del expediente.

Se trata de dar cumplimiento al **trámite de audiencia** al interesado y garantizar el principio de contradicción, evitando la indefensión del funcionario acusado .

En este trámite el acusado presentará las razones de **hecho** y de derecho junto con los documentos que justifiquen sus alegaciones en apoyo de su defensa.

La vista del expediente **se realizara sobre** todos los datos obrantes en el mismo durante su tramitación.

4.11.- Propuesta de resolución

El Instructor dispone de un **plazo de diez días** para formular la propuesta de resolución. En ella habrán de fijarse con precisión en primer lugar los hechos, motivándose, la denegación de las pruebas que hubiera propuesto el acusado y que no hubieran sido admitidas; y se hará «la valoración jurídica» de los hechos para determinar la falta cometida, la responsabilidad en que incurra el funcionario y la sanción que por ello corresponda imponerle. En cuanto a su **naturaleza**, tiene el carácter de acto de trámite que comporta el juicio de valor hecho por el Instructor de la inculpación o exculpación del funcionario por los hechos que le fueron imputados.

En cuanto a la **vinculación de los hechos** contenidos en la propuesta de resolución, éste lo es respecto a los hechos que sirvieron para iniciar el procedimiento y a los contenidos en el pliego de cargos. Los hechos son invariables, sin embargo la calificación jurídica y su sanción puede variar a lo largo de la tramitación del procedimiento.

4.12.- Notificación

Esta propuesta de resolución se notificará por el Instructor al interesado para que, en el plazo de diez días, pueda alegar ante el Instructor cuanto considere conveniente en su defensa.

4.13.- Remisión

Una vez oído el acusado o transcurrido el plazo sin que formule alegación, corresponde al Instructor **remidir el expediente al órgano que ordenó la incoación del procedimiento**; y a su vez, lo remitirá al órgano con competencia para dictar la resolución del mismo, o bien podrá devolverlo al Instructor para practicar nuevas diligencias.

Referencia a los habilitados nacionales

Dada la especial naturaleza de la relación que une a estos funcionarios con la Administración del Estado y con la Corporación en la que prestan sus servicios, se ofrece tres **peculiaridades** sobre la tramitación del procedimiento sancionador en esta fase final del mismo:

a) Primera, si la propuesta, que debe formular el Instructor, contempla la **imposición de sanciones** consistente en la destitución del cargo o la separación del servicio, el órgano que ordenó abrir el expediente, con anterioridad a su remisión al MAP, someterá la propuesta del Instructor al Pleno de la Corporación para que adopte el oportuno acuerdo sobre la misma. Este acuerdo, tendrá carácter de informe no vinculante.

b) Segunda, si el expediente ha **sido incoado por** el MAP y, una vez finalizado, en la propuesta del Instructor no se contempla la imposición de la sanción de destitución o separación del servicio, todo lo actuado se remitirá a la Corporación para que sea ella la que decida la sanción que estime conveniente y del mismo modo se procederá si, incluyendo la propuesta del Instructor la imposición de una de las dos sanciones mencionadas, ésta fuera desestimada por el Ministro al resolver el expediente.

c) Tercera, se atribuye al MAP competencia para imponer la sanción de suspensión de funciones, cuando la falta se hubiera cometido en Corporación distinta de la que actualmente se encuentra prestando servicios.

4.14.- Terminación

La resolución que finalice el procedimiento se adoptará, en el **plazo de diez días** salvo cuando se trate de separación del servicio, y habrá de resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente. Dicha resolución será **motivada**. Y en ella no se podrán aceptar hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución.

La resolución **determinará**, con toda precisión, **la falta cometida** con indicación del **precepto donde aparezca recogida**, el **funcionario responsable de la misma** y la **sanción** que se le impone, debiendo hacer declaración expresa sobre las **medidas provisionales** que hubieran podido adoptarse a lo largo del procedimiento.

Si la resolución, declara la inexistencia de falta o de responsabilidad por parte del funcionario acusado, deberá hacer las declaraciones pertinentes sobre las citadas medidas provisionales.

La resolución final se notificará al acusado con expresión del recurso o recursos que quepan contra la misma, el órgano ante el que han de presentarse y plazos para interponerlos. Y si el procedimiento se inició en virtud de denuncia, dicha resolución se notificará al firmante de la misma.

4.15.- Nuevas diligencias

Se contempla la posibilidad de que el órgano competente para imponer la sanción devuelva el expediente para practicar diligencias que resulten imprescindibles para su resolución. En este caso, habrá de dar vista de lo actuado al acusado para que alegue lo que considere conveniente en el plazo de diez días.

4.16.- Ejecución

Las sanciones que se impongan se ejecutarán con arreglo a los términos de la correspondiente resolución, dentro del **plazo máximo de un mes**, salvo que, por causas justificadas, la resolución estableciera otro distinto. A su vez, el órgano competente para la imposición de las sanciones podrá acordar la suspensión temporal de las mismas por tiempo inferior al de su prescripción, salvo que se trate de separación del servicio.

4.17.- Anotación

Las sanciones que se impusiesen a los funcionarios locales, con indicación de las faltas que las motivaron, se habrán de anotar tanto en sus hojas de servicios como en el Registro de Personal de las Corporaciones locales.

4.18.- Cancelación

El TRRL en su artículo 152.1, se remite a lo que diga la legislación autonómica respectiva y, supletoriamente, a lo que establezca la legislación estatal. La cancelación -añade el apartado 3- no impedirá la apreciación de reincidencia si el funcionario vuelve a incurrir en falta. En este caso los plazos de cancelación de las nuevas anotaciones serán de duración doble que la de los señalados.

El RRDFCE matiza lo dispuesto en la LFCE, ya que en su artículo 51 precisa que la cancelación se llevará a cabo de oficio o a instancia del interesado; y, a diferencia de lo que establece la LFCE, el Reglamento afirma que «en ningún caso se computarán a efectos de reincidencia las sanciones canceladas o que hubieran podido serlo»

Ley 7/2007, de 12 abril, EBEP TITULO VII Régimen disciplinario

Artículo 93. Responsabilidad disciplinaria,

1. Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto.
2. Los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeren a otros a la realización de actos o conductas

constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos.

3. Igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos.

4. El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral.

Artículo 94. Ejercicio de la potestad disciplinaria,

1. Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones.

2. La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios:

a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.

b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.

c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.

d) Principio de culpabilidad.

e) Principio de presunción de inocencia.

3. Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración.

Artículo 95. Faltas disciplinarias.

1. Las faltas disciplinarias pueden ser muy graves, graves y leves.

2. Son faltas muy graves:

a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública.

b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas.

d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.

e) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.

f) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido.

g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.

h) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.

i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico.

j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro.

k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.

l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.

m) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga.

n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad.

ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

o) El acoso laboral.

p) También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral.

3. Las faltas graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias:

a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad.

b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos.

c) El descrédito para la imagen pública de la Administración.

4. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las

faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias.

Artículo 96. Sanciones

1. Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones:

- a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de Los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves.
- b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban.
- c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años.
- d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca.
- e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria.
- f) Apercibimiento.
- g) Cualquier otra que se establezca por Ley.

2. Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave.

3. El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación.

Artículo 97. Prescripción de las faltas y sanciones.

Las infracciones muy graves prescribirán a los 3 años, las graves a los 2 años y las leves a los 6 meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los 3 años, las impuestas por faltas graves a los 2 años y las impuestas por faltas leves al año.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas. El de las sanciones, desde la firmeza de la resolución sancionadora.

Artículo 98. Procedimiento disciplinario y medidas provisionales.

1. No podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido. La imposición de sanciones por faltas leves se llevará a cabo por procedimiento sumario con audiencia al interesado.

2. El procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecido la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos.

3. Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

La suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. La suspensión provisional podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo.

El funcionario suspenso provisional tendrá derecho a percibir durante la suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

4. Cuando la suspensión provisional se eleve a definitiva, el funcionario deberá devolver lo percibido durante el tiempo de duración de aquélla. Si la suspensión provisional no llegara a convertirse en sanción definitiva, la Administración deberá restituir al funcionario la diferencia entre los haberes realmente percibidos y los que hubiera debido percibir si se hubiera encontrado con plenitud de derechos.

El tiempo de permanencia en suspensión provisional será de abono para el cumplimiento de la suspensión firme.

Cuando la suspensión no sea declarada firme, el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de suspensión.