

C 21/2010

Alcance del RDL 8/2010, de 20 de Mayo, sobre la negociación colectiva en el empleo público: La vulneración del derecho a la libertad sindical.

Gabinete Estudios Jurídicos CC.OO.

Mayo 2010

Sumario:

- I. La afectación de la negociación colectiva por el RDL 8/2010.....pg. 3**
- II. La garantía institucional del derecho a la negociación colectiva en la fijación de retribuciones en el empleo público.pg. 5**
Primero. La garantía del derecho a la negociación colectiva en materia de incremento retribuciones el Estatuto Básico del Empleado Público
Segundo. El derecho a la negociación colectiva en las materias reservadas a la Ley.
Tercero. La garantía de la negociación colectiva ante la fijación de las retribuciones del Personal Laboral.
- III. Los criterios jurisprudenciales relativos a los límites del derecho a la negociación colectiva en el ámbito del empleo público.pg. 13**
Primero. La doctrina de la supremacía de la Ley sobre la negociación colectiva.
Segundo. La ponderación del derecho a la negociación colectiva en materia de incrementos retributivos ante la colisión con intereses públicos
- IV. La lesión del derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical por el RDL 8/2010.....pg. 19**
Primero. La inaplicación de la facultad de suspensión o modificación de los Pactos y Acuerdos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos como fundamento del RDL 8/2010.
Segundo. La vulneración del derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical por el RDL 8/2010
- V. El control de la lesión de la libertad sindical y la negociación colectiva.....pg. 32**
- VI. Conclusiones.....pg. 33**

Presentación:

El RDL 8/2010, de 20 de Mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE 24-05-2010), incorpora lo que se ha venido en llamar el mayor recorte de derechos sociales establecido por una norma de la democracia. Las medidas más destacadas consisten en una reducción del 5 por ciento de las retribuciones del conjunto del personal del sector público, así como la congelación del importe de las pensiones públicas del Sistema de Seguridad Social, excluyendo la revalorización durante 2011, además de la supresión de los importantes incentivos económicos al nacimiento de hijos, la limitación de los efectos de las ayudas derivadas de la Ley de Dependencia, y restricciones en relación con la jubilación parcial.

En relación con la medida relativa a la reducción de retribuciones del conjunto de los empleados públicos, supone alterar todo el sistema de negociación colectiva que fija las condiciones de trabajo, tanto del personal funcionario como laboral, incluyendo al de las distintas administraciones públicas, entidades y organismos, y con una aplicación matizada sobre determinadas empresas públicas.

El objeto del presente estudio es realizar una primera aproximación a los límites que pesan sobre el titular del Poder Ejecutivo a la hora de dictar un Decreto-Ley que puedan alterar, suspender o privar de efectos a la negociación colectiva, así como, en su caso, las vías procesales que existen en nuestro sistema institucional para hacer valer la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

I. La afectación de la negociación colectiva por el RDL 8/2010.

La afectación a la negociación colectiva por el RDL 8/2010 ha sido muy intensa, como se evidencia, al menos, en las siguientes perspectivas:

1. En primer lugar, y de forma destacada, el propio RDL 8/2010 incorpora una disposición adicional segunda, por la que se acuerda la suspensión parcial del Acuerdo Administración-Sindicatos para la función pública en el

marco del diálogo social 2010-2012, firmado el día 25 de septiembre de 2009, afectando dicha suspensión a los contenidos del Acuerdo que sean necesarios para la correcta aplicación del RDL, y en concreto, de las medidas de contenido económico.

En este sentido, en el punto II de la Exposición de Motivos del RDL se hace referencia expresa al referido Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009, añadiendo que las medidas de contenido económico del citado Acuerdo *“se ven directamente afectadas por el contexto de crisis económica antes enunciado, en el que no se hace posible mantener las medidas retributivas acordadas, debiendo arbitrarse las acciones que permitan con carácter urgente la reducción del déficit público.”*

Ante tal circunstancia, el Consejo de Ministros suspende parcialmente la aplicación de las cláusulas del acuerdo con contenido retributivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), habiéndose reunido la Mesa General de negociación de las Administraciones Públicas con el objeto de informar a las Organizaciones Sindicales tanto de la suspensión del Acuerdo aludido, como de las medidas y criterios que recoge el Real Decreto-Ley.

2. Desde otra perspectiva, conectada con la anterior, mediante la fijación de una reducción de retribuciones general en el ámbito del empleo público del 5%, lo que se lleva a cabo de forma unilateral y sin ningún proceso de negociación con las organizaciones sindicales representativas del personal de las Administraciones Públicas.
3. En tercer lugar, y de forma no menos destacada, también implica afectar a los acuerdos y pactos sindicales que fijan las retribuciones del personal funcionario, así como supone privar de eficacia a todo el conjunto de convenios colectivos que rigen las condiciones de trabajo del personal laboral de las distintas administraciones públicas, entidades y organismos de derecho público, respecto de los cuales igualmente se establecen medidas en el RDL que son incompatibles con las retribuciones que vienen fijando los convenios colectivos en vigor. Tales convenios se han negociado sobre la base de un incremento de retribuciones del personal de las Administraciones Públicas que ahora se revisa de forma sobrevenida, durante el período de vigencia del convenio colectivo, pacto o acuerdo, de modo que su acomodación supone la alteración de toda la

base económica sobre la que se suscribieron tales instrumentos de negociación colectiva.

El derecho a la negociación colectiva no tiene exclusivamente una dimensión legal, sino que por una parte es objeto de reconocimiento expreso por la Constitución –art. 37 CE-, y del mismo modo, constituye una manifestación de la libertad sindical reconocida igualmente en el art. 28 CE, como ha declarado el Tribunal Constitucional.

Es por ello que puede decirse que no es un derecho completamente disponible por el legislador, y mucho menos por normas con rango de ley de carácter provisional como son el Decreto-Ley. Se hace preciso analizar si la dimensión constitucional del derecho a la negociación colectiva se ha podido ver lesionada como consecuencia del acto de ingerencia llevado a cabo por el RDL 8/2010.

II. La garantía institucional del derecho a la negociación colectiva en la fijación de retribuciones en el empleo público.

La fijación de las retribuciones integra un contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, hasta el punto de que es uno de los ejes en relación con los cuales giran las propuestas de negociación de los respectivos interlocutores. La afectación a la materia retributiva por tanto, integra una de las condiciones básicas en la prestación de servicios. Sobre esta base, hemos de analizar hasta que punto en el ámbito de la negociación en el empleo público se recoge una garantía institucional de que la fijación de dichas retribuciones se tiene que llevar a cabo previa negociación con las organizaciones sindicales representativas de los empleados públicos, si existe un verdadero deber de negociar con carácter previo a la adopción de las decisiones presupuestarias que van a instrumentar los derechos económicos de los empleados públicos, y si por tanto, la libertad sindical implica el derecho a la negociación en materia de determinación de retribuciones de los empleados públicos.

Para ello analizamos tanto la garantía de negociación que el incremento o fijación de retribuciones tiene el EBEP como en general, de las medidas que tienen que ser incluidas en normas con rango de Ley, así como la garantía a la negociación colectiva del personal laboral.

Ello pone en evidencia que en la configuración del derecho a la libertad sindical, en su vertiente del derecho a la negociación colectiva, la afectación de las condiciones de trabajo establecidas por la negociación colectiva, en particular en materia retributiva, imponen un previo proceso de negociación, integrado en el desarrollo previo de un trámite de consultas o de negociación con los representantes de los trabajadores, y que ha de desarrollarse a un nivel de interlocución adecuado y proporcional al ámbito personal y territorial de la modificación que pretende operarse.

Primero. La garantía del derecho a la negociación colectiva en materia de incremento retribuciones el Estatuto Básico del Empleado Público.

La Ley 9/1987 de 12 de junio, sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación de personal al servicio de las Administraciones Públicas, tras su reforma en virtud del pacto de 6 de abril de 1990 sobre negociación colectiva de los funcionarios públicos, se produce la modificación de la Ley 9/1987 por la Ley 7/1990 de 19 de julio, que extiende la posibilidad de negociación al incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas, incluyendo la Administración Autónoma y Local.

En relación con esta materia ha venido a incidir el Estatuto Básico del Empleado Público, que ha diseñado todo un sistema que partiendo de la competencia del Parlamento para fijar el incremento de retribuciones, ha incorporado determinadas garantías para preservar un núcleo esencial del derecho a la negociación colectiva. En este punto podemos sistematizar las garantías que presenta la negociación colectiva del personal de las Administraciones Públicas a la vista del EBEP, el cual adolece de determinados defectos de carácter sistemático, y obligan a una interpretación integradora de las diversas situaciones en las que la negociación colectiva y el ejercicio de competencias legislativas pueden entrar en conflicto.

En concreto, el EBEP regula dos supuestos en los que la negociación colectiva afecta a materias sobre las que se tiene que pronunciar el Parlamento: un primer supuesto con carácter general, vinculado a materias reservadas a la Ley o que sólo pueden determinarse por norma con rango de ley, y otro supuesto, diferente en su regulación pero notablemente próximo, como es el papel de la negociación colectiva en la fijación del incremento de retribuciones del personal de las Administraciones Públicas, cuando dicha

materia tiene que ser objeto de regulación en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En los dos casos se analiza el mismo problema, como en la eficacia de la negociación colectiva suscrita por el órgano de Gobierno cuando la competencia plena para fijar las medidas la tiene atribuida el Parlamento, por lo que la solución que haya que darse ha de ser sistemática e integradora, superando las ambigüedades y omisiones que pueda tener el EBEP en este punto.

En relación con la materia retributiva del personal de las Administraciones Públicas, el EBEP ha regulado el alcance del derecho a la negociación colectiva fijando no sólo la extensión material y la eficacia que puede tener esa negociación colectiva, sino también incluyendo un modelo de articulación de la negociación colectiva en relación con esta materia, habida cuenta de la posición de supremacía que tiene la legislación del Estado, a través de las Leyes de Presupuestos, para fijar las retribuciones del conjunto del personal del sector público.

1. La cuestión retributiva del personal de las Administraciones Públicas integra las materias objeto de negociación colectiva de forma matizada, por cuanto se limita 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 –art. 31.1.a)-. Esto pone en evidencia que la Ley de Presupuestos goza de una supremacía a la hora de fijar el incremento de retribuciones del personal funcionario, y el papel de la negociación colectiva se limita a configurarse como un instrumento para llevara cabo la aplicación del incremento que en su caso regule la Ley de Presupuestos.

Mayor capacidad presenta la negociación colectiva en relación con las retribuciones complementarias, por cuanto puede llevar a cabo no sólo la aplicación, sino también la determinación de sus cuantías – letra b)-. No obstante, ello no puede hacer olvidar que esta determinación se tiene que hacer en el marco del incremento de retribuciones que se hubiera previsto en la Ley de Presupuestos, por lo que tampoco la negociación tiene plena competencia para fijar las retribuciones complementarias, al tener que respetar el incremento de las retribuciones que de forma general se hubiera establecido en la Ley de Presupuestos.

En relación con el personal laboral, el papel de la negociación colectiva es incluso más intenso, al poder acordar la distribución y las cuantías de las distintas partidas salariales, respetando el marco general ofrecido por el incremento de retribuciones establecida en la norma presupuestaria.

2. Ahora bien, la supremacía de la Ley de Presupuestos –o de las normas con rango de ley que fijen el incremento general de las retribuciones- no es incompatible con que se atribuya a la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, de conformidad con el art. 36.2 EBEP *“el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año”*.

De esta forma, si bien es cierto que no se puede exigir una supremacía de los Acuerdos sobre las leyes de presupuestos a la hora de fijar el incremento de retribuciones, y sin bien es cierto también que los Acuerdos sólo pueden incorporar la aplicación del incremento de retribuciones que se hubiera acordado, si que se admite como materia susceptible de negociación, en el ámbito específico de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, el incremento de retribuciones que corresponda incluir en el respectivo proyecto de Ley.

Se trata de una obligación que se le impone al Gobierno de la nación, y si bien no es vinculante para el Parlamento el resultado de lo acordado, o al menos no lo establece así el EBEP, implica un deber de negociar dicho incremento retributivo con carácter previo a su remisión a las Cortes por parte del Ejecutivo.

De esta forma, es evidente que el sistema legal ha establecido una garantía específica a la negociación colectiva a la hora de fijar el incremento de retribuciones del sector público integra, pues impone el Gobierno de la Nación un deber específico de negociar previo a la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley, y en consecuencia, ha reconocido el derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales más representativas y representativas en dicho sector, lo que se lleva a cabo en el ámbito de la Mesa General de las Administraciones Públicas.

Estamos por tanto ante un derecho de las organizaciones sindicales que al haber sido configurado por el legislador, se integra en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Ello no significa que sea un derecho absoluto o que no pueda ser susceptible de limitaciones o

restricciones, pero las mismas habrán de estar justificadas, ser razonables y proporcionadas, a fin de no limitar de forma innecesaria el derecho fundamental a la libertad sindical.

Segundo. El derecho a la negociación colectiva en las materias reservadas a la Ley.

Del mismo modo, también se ha preservado en núcleo esencial del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales a pesar de que las materias sobre la que se vea la negociación no corresponda su aprobación definitiva al órgano de Gobierno de la respectiva Administración, sino que compete al titular del poder legislativo.

Es cierto que el EBEP, a la hora de configurar el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, expresamente fija el límite de las materias sobre las que pueden regular los pactos y acuerdos, como es la necesidad de que afecten a materias competencia, respectivamente, de los órganos administrativos que suscriben los pactos, o de los órganos de gobierno en el caso de los Acuerdos. Pero también alude al supuesto de que los pactos o acuerdos hubieran incorporado materias reservadas a la Ley y que sólo puedan ser determinados definitivamente por las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

No se garantiza la eficacia plena de los acuerdos ni mucho menos su supremacía sobre la ley, sino que su alcance se limita a imponer la obligación al respectivo órgano de gobierno de remitir el correspondiente proyecto de ley –art. 38.3 EBEP-. Además, el derecho a la negociación colectiva se agota con la suscripción del Acuerdo y la imposición de la obligación de remitir el proyecto de ley. Ante la eventualidad de que el acuerdo no sea ratificado, o incluso el órgano de gobierno se niegue a remitir el proyecto de ley conforme al Acuerdo, la norma reserva un último espacio a la negociación colectiva como es el deber de renegociación del Acuerdo.

En concreto, según el último párrafo del art. 38.3 EBEP, cuando no se ratifique un acuerdo, o se exprese la negativa a incorporar su contenido a un Proyecto de Ley, se obliga a la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicita al menos una de las partes. Si la renegociación no concluye con acuerdo, se ofrece la posibilidad al órgano de gobierno a establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios –núm. 7-.

Otra posibilidad, no contemplada en la letra del EBEP es la falta de aprobación por la mayoría parlamentaria del proyecto de ley, pues sólo se alude a una fase previa como es la falta de voluntad política de remitir el proyecto de Ley, lo que corresponde al órgano de gobierno y en consecuencia, implica una falta de ratificación de facto del Acuerdo, de donde surge la obligación, para dicho órgano, de llevar a cabo la renegociación. Y si se remite el proyecto de Ley pero es rechazado por el Parlamento, una elemental interpretación sistemática de la norma permite deducir que ello genera, igualmente, un deber de renegociar los acuerdos y pactos, lo que por otra parte es una cláusula implícita en los mismos, que han contemplado determinados contenidos sobre la base de una previsión que finalmente no se ha cumplido, y que desempeña la función de una condición resolutoria implícita de sus determinaciones, invocable por la parte a la que perjudique la falta de aprobación parlamentaria del Acuerdo.

De esta forma, con carácter general podemos afirmar que respecto del conjunto de materias que puedan ser objeto de negociación colectiva y respecto de las cuales tenga competencia el poder Legislativo para dictar la regulación correspondiente, si bien no se le garantiza a la negociación colectiva supremacía sobre las normas legales, si que tiene un contenido mínimo en la medida que obliga al órgano de Gobierno ha de abrir un espacio de negociación colectiva para ajustar las previsiones del Acuerdo que se había suscrito a la situación generada por la falta de ratificación, la no inclusión de sus contenidos en un Proyecto de Ley, y con muchas más razón, la tramitación de una norma con rango de Ley como un Decreto-Ley, incompatible con el Acuerdo.

Esta garantía de negociación colectiva se materializa en el deber de renegociación del contenido del Acuerdo, lo que no puede interpretarse como una instancia vacía de contenido, sin alcance práctico alguno, sino que ha de configurarse como un marco para fijar las condiciones de trabajo a la vista de la nueva situación generada por la falta de incorporación de las medidas inicialmente previstas a las normas con rango de ley.

Tercero. La garantía de la negociación colectiva ante la fijación de las retribuciones del Personal Laboral.

Tratándose del personal laboral que presta servicios en el ámbito del sector público, igualmente la negociación colectiva dispone de una garantía institucional frente a la actuación unilateral de la Administración a la hora de

fijar nuevas condiciones salariales y retributivas frente a las que venían resultado de aplicación en virtud de los distintos convenios colectivos suscritos. Además de que el incremento de la masa salarial es una materia sobre la que se integra el deber de negociar la inclusión del incremento de retribuciones en el proyecto de Ley de Presupuestos, el análisis de la legislación laboral pone en evidencia que existe una garantía institucional del derecho a la negociación colectiva ante los supuestos en los que se modifiquen las condiciones retributivas que venía regulado la negociación colectiva.

En nuestra legislación no se regula un procedimiento específico a través del cual proceder de forma conjunta y única a la reducción de la cuantía de las retribuciones del conjunto del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

1. A estos efectos, una de las vías susceptibles de utilización por parte de la Administración es la utilización de los mecanismos de descuelgue salarial, que se regula en los dos últimos párrafos del art. 82.3 ET, en orden a la inaplicación del régimen salarial del Convenio cuando la estabilidad económica de la empleadora pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación. En todo caso se garantiza un espacio de negociación colectiva para la aplicación de las nuevas condiciones retributivas, bien mediante el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, bien mediante la asunción de esta función por la Comisión Paritaria del Convenio, que es igualmente una instancia de representación sindical y empresarial.

2. Otro de los mecanismos susceptibles de utilización sería el de la modificación sustancial del sistema de retribución a que se hace referencia en el art. 41.1.d) ET, modificación que presentaría una innegable naturaleza colectiva en función de la dimensión colectiva tanto de la decisión de imponer la reducción de las retribuciones como en función del origen de las condiciones retributivas que resultan objeto de modificación. La negociación colectiva se encuentra preservada en la medida que, en cualquier caso, la modificación de tales condiciones –en los casos en que resulta posible por no afectar a materias excluidas- requiere el acuerdo con los representantes de los trabajadores.

En realidad, la cláusula de descuelgue salarial se configura como una especie cualificada de modificación sustancial del sistema de retribución regulado en Convenio Colectivo estatutario –de los negociados conforme a los requisitos del Título III ET- y que se significa por la especial intensidad que puede alcanzar la inaplicación del régimen salarial del Convenio, que iría más allá de

una alteración sustancial de la estructura retributiva o condiciones de devengo de los diversos complementos regulados en el Convenio.

Tanto se trate de la aplicación de los procedimientos de descuelgue salarial contemplados en el Convenio Colectivo –art. 82.3 ET- como de la aplicación del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo afectante al sistema de retribución –art. 41.1.d) ET-, se excluye siempre la unilateralidad de la empleadora en la definición de las nuevas condiciones retributivas que vayan a resultar aplicables.

En ambos casos se contempla el desarrollo de un trámite previo de consultas entre la empleadora y los representantes de los trabajadores que la doctrina judicial no ha dudado en asimilar a un auténtico proceso de negociación colectiva, hasta el punto de que cuando se trata de la modificación sustancial del sistema de retribución regulado en Convenio Colectivo estatutario.

Y sobre todo, la doctrina constitucional ha resaltado que el respeto al derecho a la negociación colectiva se configura como un límite al propio legislador, cuando configura un concreto sistema para la modificación de las condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo. De ente sus limitaciones más importantes destaca la sujeción a un régimen esencial de respeto a los derechos y obligaciones derivados de la negociación colectiva, plasmados en la **Sentencia del Tribunal Constitucional 92/1992, de 11 de junio**, que declaró que sería contraria art. 37.1 CE una regulación legal que permitiera a la Administración Laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente. De esta forma, el art. 41.1 del ET, en aquella redacción, era constitucional en tanto en cuanto se interpretara en el sentido de considerar que por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo no se pudiera afectar a los contenidos del convenio colectivo. En la doctrina jurisprudencial puede constituir un referente claro la Sentencia del Tribunal Supremo de 11-05-1999 (RJ 1999\4721), que en relación con la modificación de un sistema retributivo fijado en convenio colectivo, declaró, aplicando la doctrina constitucional, que su modificación sólo podía llevarse a cabo a través de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, es decir, previo un proceso de negociación previo, que además debería de concluir con acuerdo.

A partir de todo ello puede inferirse que en la configuración del derecho a la negociación colectiva que se ha realizado en nuestro Ordenamiento, a partir de los derechos constitucionales del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva recogidos en los arts. 28.1 y 37.1 de la Constitución, el

mismo presenta un núcleo esencial vinculado a la necesidad de que previamente a la alteración de las condiciones de trabajo fijadas en los convenios colectivos, cuando ello se lleva a cabo por el empleador, necesariamente ha de preservar un ámbito mínimo e indisponible incluso para el legislador, a fin de ofrecer la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se lleven a cabo las medidas de aplicación de un nuevo régimen retributivo distinto al que venían recogiendo los convenios colectivos.

III. Los criterios jurisprudenciales relativos a los límites del derecho a la negociación colectiva en el ámbito del empleo público.

Primero. La doctrina de la supremacía de la Ley sobre la negociación colectiva.

La doctrina tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, han admitido la supremacía de la ley presupuestaria a la hora de regular el incremento de retribuciones del personal de las Administraciones Públicas. Sobre esta base, se suele afirmar que la supremacía de la ley sobre los acuerdos colectivos determina la inaplicación de sus previsiones frente a la actuación del legislador, lo que se aplica igualmente en el ámbito del personal laboral -STS 18-01-2000, RJ 2000\950-. Así se pronuncia, por ejemplo, recientemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010, Autos 41/2010, al valorar la eficacia del RDL 1/2010, que imponía condiciones de trabajo al personal de navegación aérea distintas a las recogidas en su convenio colectivo.

Sin embargo, en modo alguno dicha doctrina judicial ha supuesto el completo decaimiento del derecho a la negociación colectiva frente a la ley de Presupuestos, ni frente a Decretos-Ley que han fijado las retribuciones de personal que presta servicio para las Administraciones Públicas. Un análisis atento de dicha doctrina judicial pone en evidencia que en realidad lo que lleva a cabo es una ponderación de los intereses públicos y del derecho fundamental en conflicto, a fin de admitir un sacrificio justificado, proporcional del derecho a la negociación colectiva, pero sin dar cobertura a su afectación en su contenido esencial.

Ciertamente, existe consolidada doctrina constitucional que ha resaltado la eficacia inmediata y directa de la Ley sobre los convenios colectivos que se

encuentren en vigor en el momento de dictarse aquella, imponiendo una sujeción incondicionada a sus determinaciones y por tanto, modificando o dejando sin efecto lo que el convenio colectivo había regulado, en la medida que sea incompatible con las nuevas determinaciones del legislador. El Tribunal Constitucional ya en su sentencia 58/85, de 30 de abril, viene a mantener que la norma pactada ha de respetar el derecho necesario establecido por la ley, que tiene una superior posición en la jerarquía normativa; o que el Convenio Colectivo, por su carácter normativo, se inscribe en el sistema de fuentes del Derecho, por lo que ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico (STC 177/88, de 10 de octubre; STC 177/93, de 31 de mayo), e incluso se ha declarado la vinculación de los incrementos retributivos fijados en las leyes de presupuestos sobre los convenios colectivos (STC 210/90, de 20 de Diciembre).

Ahora bien, una cosa es que en el sistema de fuentes, una Ley o una norma con rango de ley tenga rango superior al Convenio colectivo, y que incluso sus determinante se antepongan a los convenios colectivos, y otra muy distinta es que el derecho a la negociación colectiva sea completamente disponible por el legislador, y mucho menor por el titular del Poder Ejecutivo cuando ejercita competencias legislativas provisionales.

Conviene insistir en que no se trata simplemente del conflicto generado por la colisión de dos normas, que se resuelve a favor de la que tiene mayor rango, sino que la negociación colectiva de la que ahora tratamos ha sido suscrita y negociada por la misma Administración, y en concreto por sus órganos de gobierno, que son los que ahora han ejercitado poderes normativos que implican la derogación, suspensión o privación de efectos a esa negociación colectiva, y para asumir de forma unilateral la fijación de unas nuevas condiciones retributivas distintas a las que regían, incluso, con anterioridad a la vigencia de los acuerdos que se suspenden o modifican, y sin que en esa nueva determinación de las remuneraciones se hubiera dado cabida o posibilidad alguna a la negociación colectiva con las organizaciones sindicales representativas de los empleados públicos.

Segundo. La ponderación del derecho a la negociación colectiva en materia de incrementos retributivos ante la colisión con intereses públicos.

La doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se pueden evidenciar toda una serie de límites y condicionantes que han de concurrir para que las normas con rango de ley puedan inaplicar, suprimir o derogar el resultado de la negociación colectiva que ha suscrito el propio Gobierno en el ejercicio de sus competencias.

Es preciso analizar los supuestos resueltos tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, en los que se planteaba la colisión entre un Acuerdo Sindical que fijaba determinados incrementos retributivos plurianuales y la Ley de Presupuestos que impuso una congelación salarial, excluyendo cualquier incremento, y como han realizado una ponderación del derecho a la negociación colectiva a fin de poner en evidencia si el sacrificio que se imponía a ese derecho estaba justificado en función de las circunstancias del caso, o si por el contrario, se había llevado a cabo una restricción desproporcionada e injustificada del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la fijación de retribuciones en el empleo público.

Desde esta perspectiva conviene analizar hasta donde alcanza la propia eficacia de la negociación colectiva en el empleo público, y como la doctrina del TS y del Tribunal Constitucional han justificado sacrificios de la eficacia de esa negociación cuando concurren circunstancias sobrevenidas que alteran las bases económicas sobre las que se suscribieron los acuerdos.

1. En relación con el incumplimiento de los acuerdos Administración Sindicatos que fijaban un determinado incremento de retribuciones, frente a la actuación de la Ley de Presupuestos que establecía una congelación salarial, la doctrina del Tribunal Supremo, recogidos en la **sentencia Sala 3ª TS 21 de marzo de 2002, Rec- 739/1996**, vino a desestimar la pretensión sindical que pretendía la aplicación del incremento de retribuciones pactado, frente a la congelación salarial dispuesta en la Ley de Presupuestos. En primer lugar, la Sentencia no parte de que la Ley de Presupuestos contravenga el Acuerdo Sindical, sino que a partir de una interpretación de sus cláusulas, reconoce que el incremento salarial se vinculaba a determinados parámetros macroeconómicos que finalmente no se cumplieron, lo excluye cualquier idea de automatismo en la subida retributiva (FJ 4). Esto no es aplicable al RDL 8/2010, donde la contradicción entre el Acuerdo y la acción del Ejecutivo es completa, directa y asumida por el propio Gobierno. Por otra parte, en el caso resuelto por el TS, insiste en que el derecho a la negociación sólo alude al incremento fijado en el Acuerdo debería ser anual, y no plurianual (FJ 5), lo que no sucede en el caso del RDL 8/2010, donde se modifica el incremento del ejercicio

económico. Además, insiste en que la Administración agotó el intento de negociar antes de tomar las medidas, lo que preserva el núcleo esencial de la negociación colectiva, pues, dice la Sentencia, *“En definitiva, la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación, ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe. Lo que ocurrió fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el artículo 37.2 de la Ley 9/1987, en relación con el artículo 3.2.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, para decir que corresponde al Gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación”*, y añade el FJ 8: *“b) En el caso examinado, no existió una exclusión unilateral de la negociación sobre la materia relativa al incremento retributivo en la negociación de 1996, sino un desacuerdo sobre la materia entre las partes negociadoras y porque no existió el acuerdo sobre el eventual incremento de la retribuciones correspondía al Gobierno, en los términos del artículo 3.2.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, como dispone el artículo 37.2 de la Ley 9/1987. c) Existió un esfuerzo para alcanzar un acuerdo (art. 7 del Convenio OIT núm. 151) y se negoció reconociendo el papel central que el constitucionalismo del Estado social otorga a los Sindicatos y a los mecanismos de participación en la fijación de las condiciones del empleo público”*. Y lo corrobora en el FJ 13, cuando insiste en que *“Con especial incidencia en la cuestión examinada y en vigencia desde el 18 de septiembre de 1985, el Convenio núm. 151 de 27 de junio de 1978 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública y el Convenio OIT núm. 154, ratificado por Instrumento de 26 de julio de 1985 no han resultado infringidos al reconocerse el esfuerzo del Gobierno por alcanzar un acuerdo (artículo 7 del Convenio OIT núm. 151), pues se adoptaron las medidas adecuadas para la utilización del procedimiento de negociación, aunque no se alcanzó el acuerdo final, ya que las sucesivas intervenciones del Ministro de Administraciones Públicas no supusieron la exclusión de modo unilateral de la voluntad negociadora del Gobierno, como sostienen las partes recurrentes”*.

La contradicción no puede ser mayor con el presente caso, en el que la exclusión de la negociación no sólo es evidente, sino que además podemos decir, como luego veremos, que es incluso un propósito buscado en la línea de acción política del Ejecutivo.

2. Estos mismos argumentos, recogidos por el TS son los que el Tribunal Constitucional entiende que no pueden ser considerados “*arbitrarios o injustificados*”, razón por la cual descartó el recurso de amparo. . en efecto, es preciso recordar el contenido de los **Autos del Tribunal Constitucional núms. 33, 34 y 35/2005, de 31 de enero**, que inadmiten los recursos de amparo, interpuestos por CCOO por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y negociación colectiva, contra sendas Sentencias del Tribunal Supremo que declararon conforme a derecho el anuncio efectuado por el Ministro de Administraciones Públicas ante la Mesa General de Negociación de la AGE, de que en el año 1997 no se iba a proceder a incrementar las retribuciones de los empleados públicos:

“... las circunstancias concurrentes a finales de 1996 y durante el ejercicio de 1997 fueron muy diferentes a las existentes en el momento de alcanzarse el mencionado Acuerdo de 1994. En particular, la aprobación del Plan de Convergencia de la Unión Económica y Monetaria, en el que se asumieron una serie de compromisos de estabilidad presupuestaria, traducidos operativamente en medidas de contención del gasto público, justificarían la aplicación de una medida tan drástica como es al de no autorizar incremento retributivo alguno, teniendo en cuenta además los propios criterios orientadores establecidos en el Acuerdo de 1994...”

... los argumentos empleados por el órgano judicial y ahora recordados por el Ministerio Fiscal no pueden reputarse arbitrarios o manifiestamente irracionales porque se ajustan a un criterio lógico y razonable, como es el de que el cambio de posición adoptado por el Ejecutivo para el año 1997 no obedeció a criterios voluntaristas o de otra condición, sino a determinadas circunstancias sobrevenidas, surgidas con posterioridad a la firma del Acuerdo de 1994, que afectaban frontalmente a los intereses generales del Estado y que reclamaban una actuación firme en la contención del gasto público para reducir el déficit global. Interesa destacar, por otro lado, que una de las pautas a considerar para los incrementos salariales hacía referencia específicamente a la previsión de crecimiento económico y la capacidad de financiación de los presupuestos generales del Estado, determinada en función de la previsión del déficit presupuestario del conjunto de las Administraciones Públicas, lo que excluía todo automatismo y obligaba a valorar las circunstancias macroeconómicas sobrevenidas.”

Se reiteran los criterios expresados por el TS, en cuanto ni la actuación del Ejecutivo implicaba necesariamente la infracción del Acuerdo Sindical, ni tampoco se había excluido la negociación colectiva, sino más bien el fracaso de esa negociación.

De esta forma, la doctrina del TC no puede interpretarse como una subordinación absoluta de la negociación colectiva suscrita por la representación del Gobierno frente a la actuación del Parlamento, y sobre todo en lo que ahora interesa, frente a la actuación del propio Gobierno a la hora de dictar actos normativos con rango de Ley, o de asumir la iniciativa legislativa ante las Cortes.

3. En el caso del RDL 1/2010, relativo a los controladores aéreos, resuelto por la **Sentencia de la Audiencia Nacional, Social, de 10 de mayo de 2010**, admite el sacrificio de la eficacia de la negociación colectiva que regía en el ámbito de los controladores aéreos ante el fracaso de la propia negociación para reconducir la situación, dado que el convenio se encontraba prorrogado, el carácter imprescindible de la intervención del legislador para volver a la normalidad, declarando la sentencia que tales efectos era absolutamente impensable que los pudiera incorporar la negociación colectiva, que se presenta como un proceso agotado e inviable. Además, considera la intervención proporcionada al imponer el sacrificio mínimo posible al colectivo de trabajadores afectado.

De esta forma se puede concluir que igualmente la doctrina judicial ha reconocido la existencia de una garantía institucional de la negociación colectiva, manifestación del derecho a la libertad sindical, que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, tanto internacional como a nivel constitucional y legal que ha sido reconocida y aplicada por la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

Y también cabe concluir de que en modo alguno esta doctrina del Tribunal Constitucional avala la idoneidad del RDL 8/2010 para sacrificar completamente el derecho a la negociación colectiva ante la reducción de salarios a los empleados públicos, sin que previamente se hubiera agotado un proceso negociador. Ello solo será así a partir de la ponderación de los intereses en conflicto.

IV. La lesión del derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical por el RDL 8/2010.

La supremacía de la ley sobre la negociación colectiva, a lo más que podrá conducir, es a la pérdida de eficacia de los Acuerdos ante el ejercicio de potestades legislativas por las Cortes a la hora de aprobar la Ley de Presupuestos que fijaban la congelación salarial, es decir, la inaplicación del incremento pactado en el Acuerdo sindical.

Sin embargo, lo que ahora analizamos no es la supremacía o no de la Ley de Presupuestos sobre los Acuerdos, lo que ya regula expresamente el EBEP, sino hasta donde alcanza el derecho a la negociación colectiva, frente a la decisión del titular del poder Ejecutivo de implantar por la vía de un Decreto-Ley, una nuevas condiciones retributivas excepcionalmente peyorativas para los empleados públicos, distintas a las que regían, incluso, con anterioridad a la vigencia de los acuerdos que se suspenden o modifican, sin haber sustanciado previamente ningún proceso de negociación, al no haber sometido la media a ninguna instancia con participación sindical, y haberla adoptado desde la perspectiva de la unilateralidad, como un hecho consumado respecto del que la intervención sindical se limita a una mera información de la decisión gubernamental definitiva.

Primero. La inaplicación de la facultad de suspensión o modificación de los Pactos y Acuerdos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos como fundamento del RDL 8/2010.

El EBEP ofrece una importante restricción a la eficacia de la negociación colectiva, como es el reconocimiento a favor de los órganos de gobierno de la respectiva Administración de suspender o modificar los Acuerdos o Pactos de fijación de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos por razones sobrevenidas de carácter económico, lo que igualmente está conectado con el abono de retribuciones al personal funcionario.

Precisamente, el RDL 8/2010 ha hecho invocación de una medida específicamente contemplada en el EBEP para dejar de aplicar el Acuerdo Administración Sindicatos del mes de septiembre de 2009. En concreto, el art. 38.10 del EBEP establece lo siguiente.

“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 Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación”

La norma ofrece un cauce para que las Administraciones puedan dejar de aplicar los Pactos y Acuerdo sindicales de determinación de condiciones de trabajo. Para comprender la virtualidad de esta medida, podemos hacer las siguientes consideraciones:

1. Como vemos, se regula en el EBEP la posibilidad de que el órgano de gobierno de la correspondiente Administración Pública proceda a la suspensión o modificación del/os Acuerdo/s adoptados. La suspensión supone la pérdida de eficacia del acuerdo durante el tiempo que se establezca, mientras que la alusión a la modificación no deja de ser un tanto incongruente, por cuanto más que modificar un Acuerdo, se trata de adoptar medidas distintas a las que venía regulado un acuerdo anterior, es decir, un cambio de la condiciones de trabajo que venían reguladas en el Acuerdo. Anotamos que en el presente caso, el RDL 8/2010 se dicta únicamente a fin de suspender la eficacia del acuerdo sindical.
2. En consecuencia, esta facultad no supone una vía para implantar de forma unilateral cualesquiera condiciones de trabajo, sino sólo respecto de las condiciones que estuvieran fijadas en el Acuerdo o Pacto y que deriven de la eficacia del propio Acuerdo, y además, que no se hubieran incorporado en otro instrumento normativo. Esto es importante pues la modificación del acuerdo, o más bien, la modificación de las condiciones fijadas en el acuerdo, no puede ser una vía para alterar condiciones en la prestación de servicio fijadas en otros instrumentos reguladores, y sólo puede alterar lo que trae su causa en el Acuerdo que se modifica.
3. Se detallan los requisitos para que se pueda ejercitar dicha competencia exorbitante de la Administración:
 - a) Se trate de una medida excepcional;

- b) Exista una causa grave de interés público;
 - c) Que dicha causa derive de una alteración sustancial de las circunstancias económicas (y no organizativas), que debe haber sobrevenido con posterioridad a la firma del Acuerdo, que hubieran alterado sustancialmente las bases existentes al tiempo de su firma, siendo preciso que se trate de circunstancias imprevisibles, no tenidas en cuenta a la hora de la negociación.
4. Las medidas de suspensión o modificación de los Acuerdos o Pactos no son cualesquiera, sino la que puedan considerarse como <<estrictamente necesarias>> en aras de salvaguardar ese interés público que la Administración ha de perseguir en sus actuaciones.
 5. Cabe la posibilidad de reconocer un control judicial sobre la concurrencia de las circunstancias que justifican la suspensión o modificación de los Acuerdos o Pactos, así como la justificación de las medidas que se hubieran adoptado.
 6. Se trata de una facultad que otorga a cada Administración Pública, y en concreto, a los órganos de gobierno de las respectivas Administraciones que han suscrito los pactos y acuerdos sindicales. No se contempla una asunción de la competencia por otra Administración diferenciada, sin perjuicio de que en virtud de las competencias estatales, pueda configurarse una obligación a las demás administraciones para adoptar medidas relativas a la suspensión o modificación de los acuerdos. En todo caso, se trataría de un trámite obligatorio que tendrían que asumir cada Administración en la que se han suscritos los Pactos y Acuerdos que van a ser objeto de modificación o suspensión.
 7. La única intervención de las organizaciones sindicales es la de recibir información sobre las causas de la suspensión o modificación. Seguramente sea el aspecto más cuestionable, pues además de no incorporar ninguna instancia negociadora previa a la adopción de la suspensión o modificación, tampoco especifica el momento ni la forma en que se ha de evacuar la información, por lo que da cabida a que esa información se traslade incluso con posterioridad a la decisión de suspender o modificar los pactos o acuerdos.

A la hora de justificar la afectación a la vigencia de los Acuerdos, Pactos y Convenios colectivos en el conjunto del empleo público, el propio DRDL 8/2010 realiza una expresa invocación a la medida contenida en el art. 38.10

del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP-. Así lo establece la Disp. Adicional segunda, según la cual, *“Se acuerda con efectos de uno de junio de 2010 la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009 en los términos necesarios para la correcta aplicación del presente Real Decreto Ley y, en concreto, las medidas de contenido económico”*.

En modo alguno podemos compartir que la reducción de retribuciones que ha llevado a cabo el RDL 8/2010 en el ámbito del empleo público se pueda canalizar a través del mecanismo de la suspensión o modificación del Acuerdo Administración Sindicatos. Ello resulta de las siguientes consideraciones.

1. La facultad de suspensión del Acuerdo solo determina la posibilidad de privar de efectos al mismo, pero el alcance del RDL 8/2010 no es meramente suspensivo, que hubiera implicado el mantenimiento de las retribuciones anteriores a 1 de enero de 2010, es decir, privando de eficacia al incremento de retribuciones del 0,3% que se produce a partir de esa fecha de conformidad con los términos del Acuerdo. Por el contrario, el RDL 8/2010 trasciende su eficacia a la mera suspensión de la vigencia del Acuerdo, y asume una función normativa y ordenadora del incremento –o mejor reducción- de retribuciones del personal que integra el conjunto del sector público, fijando las retribuciones sobre unos parámetros completamente distintos a los vigentes antes del 1-01-2010, y que suponen una reducción del 5% de la masa salarial en términos anuales.
2. Tampoco es posible justificar la implantación de un nuevo sistema de retribuciones en el empleo público sobre la base de la modificación del Acuerdo de septiembre de 2009. En primer lugar, el RDL 8/2010 sólo alude a la suspensión de su eficacia, y no a la modificación de sus contenidos, por lo que la modificación no es un título que se hubiera invocado para justificar la minoración de las retribuciones.
3. Pero tampoco se puede deducir una modificación implícita de las condiciones establecidas en el Acuerdo, por la razón de que el salario que se ha minorado no traía su causa en el propio Acuerdo, sino que va mucho más allá, y afecta también al que integraba las retribuciones que venían recibiendo los funcionarios y trabajadores del sector público con anterioridad a 1 de enero de 2010. Es decir, si el Acuerdo contemplaba un incremento de la masa salarial del 0,3%, una modificación de esa medida sólo podría haber supuesto, en la hipótesis más restrictiva de los derechos

del personal, que se hubiera excluido completamente el incremento de retribuciones, pues es el incremento lo único que formaba parte del Acuerdo que se suspende o modifica. Por el contrario, el RDL 8/2010 va mucho más allá pues acoge una minoración de las retribuciones, en su conjunto, del 5%, lo que ya no traía su causa del Acuerdo, sino del conjunto normativo que venía regulando las remuneraciones del personal de las Administraciones Públicas. En este sentido no puede ser congruente la modificación de un acuerdo que se limita a fijar un incremento del 0,3%, con una reducción del 5% de la masa salarial, pues lo que se ha afectado no son los derechos ni las condiciones de trabajo afectados por el Acuerdo, sino los derechos retributivos de los funcionarios y trabajadores que tenían consolidados con anterioridad. Al margen de que se pueda valorar hasta que punto un RDL puede llevar a cabo esta medida, lo cierto es que no se puede justificar, en lo que ahora interesa destacar, al amparo del art. 38.10 EBEP, pues bajo la cobertura de la modificación del Acuerdo que fijaba un limitado incremento retributivo, no se puede legitimar, sin más, la reducción de las retribuciones.

4. Además de lo anterior, la medida acordada por el RDL 8/2010 no se limita a afectar al Acuerdo Administración-Sindicatos de Septiembre de 2009, sino que igualmente incide sobre todo el conjunto de acuerdos, pactos y convenios colectivos que se han suscrito en el conjunto de las administraciones y entidades públicas, en las que se han fijado para el año 2010 unas concretas retribuciones, lo que se ha llevado a cabo en conformidad con la legalidad vigente al tiempo de la firma, y que en virtud del RDL 8/2010 quedan privados de eficacia. El mecanismo que ofrece el art. 38.10 EBEP posibilita a cada órgano de gobierno adoptar medidas en relación con los acuerdos que suscribe, y en modo alguno ello permite afectar a los suscritos por otras Administraciones.
5. Tampoco es posible la invocación del art. 38.10 EBEP para afectar a la vigencia de los convenios colectivos suscritos con el personal laboral del conjunto del sector público, los cuales disponen de un mecanismo para inaplicar el régimen retributivo, como es el descuelgue salarial –art. 82.3 ET-, que implica preservar un espacio a la negociación colectiva en la determinación de las nuevas condiciones retributivas.

En conclusión, de acuerdo con todo lo anterior, la actuación llevada a cabo por el RDL 8/2010 no es por tanto, ni una mera suspensión del Acuerdo de Septiembre de 2009 –a pesar de ser esa la invocación que hace para justificar su incumplimiento-, ni tampoco una implícita modificación del mismo, pues los derechos afectados trascienden y no derivan de tal acuerdo. No estamos por

tanto ante una mera suspensión o modificación del acuerdo amparada por el EBEP, y la actuación del gobierno no puede tener cobertura al amparo del art. 38.10 EBEP.

En realidad la actuación llevada a cabo por el RDL 8/2010 es pura y simplemente la fijación de un incremento negativo, o mejor una reducción de las retribuciones para el conjunto del sector público realizada por el Gobierno. Para valorar la legitimidad de dicha medida es preciso analizar el conjunto de garantías de las que dispone la negociación colectiva en relación con la fijación del incremento –o reducción- de retribuciones en el ámbito del empleo público, a fin de determinar hasta que punto se ha podido afectar el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva tal y como aparece reconocido en nuestro Ordenamiento, y si el sacrificio ha resultado adecuado, justificado, proporcional e idóneo a los fines que lo justifican, que son los criterios con arreglo a los cuales el TC admite la limitación de los derechos fundamentales.

Segundo. La vulneración del derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical por el RDL 8/2010.

1. Como ha reconocido la doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 37.1 de la Constitución reconoce el derecho de negociación colectiva y de él se deriva tanto la garantía de una libertad negocial como la existencia de un mandato al legislador para establecer un sistema eficaz de negociación, habiendo destacado el Tribunal Constitucional en SSTC núms. 4/1983 de 28 de enero, 12/1983 de 22 de febrero, 37/1983 de 11 de mayo, 59/1983 de 6 de julio, 74/1983 de 30 de julio, 118/1983 de 13 de diciembre (RTC 1983, 118) , 45/1984 de 27 de marzo, 73/1984 de 27 de junio, 39/1986 de 31 de marzo, 104/1987 de 17 de junio, 75/1992 de 14 de mayo, 164/1993 de 18 de mayo , 134/1994 de 9 de mayo, 95/1996 de 29 de mayo y 80/2000 de 27 de marzo, que la negociación colectiva forma parte del derecho de libertad sindical, concebido como medio primordial de acción sindical para el cumplimiento de los fines constitucionalmente reconocidos a los Sindicatos en el artículo 7 de la CE.

Además, la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce en su artículo 2.2 el derecho de las Organizaciones Sindicales a la negociación colectiva, sin distinciones o matizaciones respecto de los funcionarios públicos. Este mismo derecho se infiere a la vista los Convenios Internacionales ratificados por España, en especial los Convenios núm. 151 y 154 de la OIT, que imponen la obligación de adopción de procedimientos que permitan la participación de los

representantes de los funcionarios en la determinación de las condiciones de empleo y que la negociación colectiva sea aplicable a la Administración Pública.

El derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional, porque la negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los arts. 7 y 28, 1 y porque la libertad sindical comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado por la Constitución, habiéndose entendido así por la doctrina constitucional, en la que se ha defendido que la libertad sindical se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (SSTC 11/1981, de 8 de abril , 37/1983, de 11 de mayo , 95/1985, de 29 de julio, 9/1988, de 25 de enero, FJ 2 , 51/1988, de 22 de marzo , FJ 5, y 127/1989, de 13 de julio, FJ 3). Entre estos derechos de actividad y medios de acción este Tribunal ha venido incluyendo el derecho a la negociación colectiva (SSTC 4/1983, de 28 de enero , 12/1983, de 22 de febrero , 37/1983, de 11 de mayo , 59/1983, de 6 de julio , 74/1983, de 30 de julio, 118/1983, de 13 de diciembre, 45/1984, de 27 de marzo , 73/1984, de 27 de junio , 39/1986, de 31 de marzo , 104/1987, de 17 de junio , 124/1988, de 23 de junio, FJ 5, 75/1992, de 14 de mayo EDJ1992/4795 , 164/1993, de 18 de mayo , 134/1994, de 9 de mayo , 95/1996, de 29 de mayo, 80/2000, de 27 de marzo y 121/2001,)"

El contenido esencial propio de la negociación colectiva integra propiamente cinco facultades: la de negociación; la de elección del nivel de negociación; la de selección de los contenidos negociables; la de fuerza vinculante del convenio y la de administración de lo pactado, habiéndose entendido por la doctrina científica que este conjunto de facultades define el espacio constitucional de la negociación colectiva y también debe ser inmune a las injerencias e intromisiones públicas frente a la autonomía colectiva (Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010, Autos 41/2010)

La restricción de derechos fundamentales debe apoyarse en la propia Constitución, siendo insuficiente su apoyo en simples intereses apreciados por la mayoría parlamentaria correspondiente, manteniéndose ese mismo criterio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que utiliza reiteradamente la conocida cláusula de "medidas necesarias en una sociedad democrática, mediante la cual la restricción de los derechos proclamados solo

puede hacerse para salvaguardar determinados valores (seguridad pública, salud; imparcialidad judicial, etc.)".

La ponderación entre los intereses en juego se apoyará necesariamente en el principio de proporcionalidad, que es la herramienta utilizada para despejar si los actos, que restringen los derechos fundamentales han respetado los límites establecidos por la propia Constitución, siendo exigible, para ello, superar un triple test: 1) Que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone. 2) Que la intervención sea necesaria, de modo que no quepa otra alternativa menos gravosa. 3) Que sea proporcionada en sentido estricto, entendiéndose como tal, que no suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la restricción del derecho.

2. Cabe plantear el alcance de esta garantía institucional de la negociación colectiva en el caso de que un Decreto-Ley asumiera la función ordenadora de las retribuciones, asumiendo de forma provisional el papel que le corresponde a la Ley de Presupuestos del Estado. Dejando al margen la cuestión de si un RDL puede o no regular esta materia, lo que parece evidente es que en la medida que proviene directamente del titular del poder Ejecutivo, sólo podría justificarse la exclusión del deber de negociar en caso de que se admita que opera un límite derivado de la concurrencia de razones excepcionales de urgente necesidad que lo hubieran impedido.

Hay que anotar que un Decreto-Ley, en la medida que lo elabora el Gobierno y se somete a convalidación por el Parlamento, presenta notables similitudes, al menos en lo que se refiere a la actuación del Ejecutivo, a la tramitación de un proyecto de Ley, en la medida que el Ejecutivo ha predeterminado su contenido y ha ofrecido al Parlamento la posibilidad de asumirlo, dándole eficacia normativa plena, o de rechazarlo, en cuyo caso, tratándose de un Decreto-Ley, queda sin vigencia, mientras que en el Proyecto de Ley esa vigencia nunca la habría tenido.

De esta forma, no parece lógico que la garantía institucional del derecho a la negociación colectiva en el incremento de las retribuciones sólo opere en relación con la actuación del Ejecutivo relacionada con la tramitación del proyecto de ley de Presupuestos, y no cuando el propio Ejecutivo asume la función legislativa plena al dictar un Decreto-Ley que ulteriormente es objeto de convalidación por el Congreso. El EBEP ha hecho alusión a dicho proyecto en tanto que es la única vía, por lo menos expresamente regulada, para dar cabida a dicha fijación del incremento retributivo, y su voluntad inequívoca es que el Gobierno se encuentre vinculado por un deber de negociar antes de

ultimar el Proyecto de Ley y su remisión a las Cortes y el mismo fundamento concurre en la tramitación de un Decreto-Ley que es objeto de convalidación.

Si la vía emprendida para fijar el incremento retributivo fuera otra, como el Decreto-Ley, la suplantación del procedimiento legislativo ordinario –en este caso, de la ley de Presupuestos-, sólo se justifica por la concurrencia de las razones de extraordinaria y urgente necesidad a que alude el art. 86.1 de la Constitución.

Sobre esta base, en la medida el RDL que asume la fijación de las retribuciones implica suplantarse a una norma con rango de Ley que ha establecido el deber de negociar con carácter previo a la adopción del incremento de retribuciones, dicha extraordinaria y urgente necesidad ha de venir referida, no en una justificación genérica y abstracta, vinculada a la necesidad de tomar medidas de ajuste presupuestario ante la crisis sin necesidad de agotar el trámite parlamentario, sino más en concreto, si la extraordinaria y urgente necesidad impiden, para la debida atención de los intereses generales, que se de cumplimiento al deber de negociar con las organizaciones sindicales previamente a fijar la reducción de las retribuciones del personal del sector público.

Se trata por tanto de resolver el conflicto entre la necesidad de adoptar medidas que limiten el gasto público, o más en concreto, que equilibren el déficit público, que es la justificación ofrecida por el RDL 8/2010, y la demora que en la adopción de dichas medidas podría suponer agotar un intento de negociación ante la Mesa General de las Administraciones Públicas. En modo alguno puede considerarse dicha extraordinaria y urgente necesidad para eludir el intento de negociación, por las siguientes consideraciones:

1. El Gobierno anunció públicamente su propósito de reducir las retribuciones del personal del sector público con ocasión de un debate parlamentario desarrollado el día 11 de Mayo de 2010, que supuso la primera alusión expresa y directa en relación con la reducción de retribuciones del personal de las Administraciones Públicas como medida contra el déficit. Con anterioridad a ese momento, desde instancias políticas vinculadas al Ministerio de Economía se había manejado la posibilidad de suspender el Acuerdo Administración Sindicatos, y los máximos responsables del ejecutivo, como las Vicepresidentas Primera y Segunda lo habían descartado. En todo caso, pone en evidencia no sólo el completo cambio de rumbo de las políticas gubernamentales en esta materia, sino también que la posibilidad de afectar a las retribuciones en el empleo público había sido una medida tomada en consideración, si bien rechazada de plano.

2. Además, en el mismo anuncio se dio cuenta de la convocatoria de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Administración-Sindicatos de Septiembre de 2009, para dar cuenta de esa medida, lo que, a pesar de la ambigüedad que podría tener el trámite, daba espacio a la negociación sobre la forma de ajustar de forma concreta y definitiva los salarios del personal de las Administraciones Públicas.
3. Si bien el anuncio se produjo el día 11 de mayo, la decisión por la que se adoptó el RDL 8/2010 es de fecha 25 de mayo, es decir, 9 días después de que se hubiera exteriorizado la decisión firme y expresa de proceder a la rebaja de las retribuciones. Además, la efectividad de la medida no se concreta hasta el día 1 de junio, lo que supone un plazo de 20 días para sustanciar el proceso negociador. Se trata de un espacio de tiempo que, en cualquier caso, hubiera podido ofrecer cobertura al desarrollo de una negociación sobre las bases en las que se asentaba el ajuste salarial que se pretendía, y hubiera podido ser incluso suficiente para considerar cumplida dicha obligación legal en la medida que se hubiera negociado de buena fe, aportando la información suficiente y estando dispuesto a conocer la posición sindical antes de haber adoptado una posición definitiva. Es por ello que desde que se conocía la voluntad política de reducir de forma tan drástica las retribuciones a los empleados públicos, hasta que se adoptó la decisión y tomó efectividad, se hubiera podido sustanciar el derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales representativas de dicho personal, y haber cumplido el Gobierno el deber legal de negociar previamente a la adopción de su postura definitiva al respecto.
4. En el desarrollo de los hechos, ciertamente se convocó a la interlocución sindical a una reunión el mismo día 20 de mayo, es decir, el día de la reunión del Consejo de Ministro que aprobó el RDL, sin que hubiera ya tiempo material de sustanciar ninguna instancia negociadora, y sin que el propio Gobierno hubiera asumido que el propósito de esa reunión fuera precisamente la negociación de las medidas. Por el contrario, la convocatoria afectó a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Administración-Sindicatos, y su propósito era, como reconoce expresamente el propio RDL –punto II de la Exposición de Motivos-, el de informar de las causas que habían motivado la suspensión del Acuerdo sindical, así como de las medidas y criterios adoptados por el RDL, lo que nada tiene que ver con la negociación, y más bien presupone su completa negación.

5. No sólo la ausencia de tiempo material para que la negociación se hubiera podido llevar a cabo –la reunión fue por la mañana y el RDL estaba anunciado para ser aprobado a primera hora de la tarde-, sino que el transcurso de la propia reunión pone en evidencia que en modo alguno se cumplió mínimamente con dicha garantía del derecho de libertad sindical. Sólo se dio traslado de determinada información, que se presentaba como una posición definitiva y firme del Gobierno, e incluso se incurrió en un notable confusionismo hasta el punto de no haber sido capaces de trasladar a las organizaciones sindicales por los representantes de la Administración el alcance concreto de las medidas, y su afectación o no a importantes colectivos, como así denunciaron de forma inmediata en por sus intervenciones públicas ante los medios de comunicación.
6. Tampoco puede decirse que sea una materia sobre la que no existiera margen de negociación, pues podía operar no sólo sobre el montante global de reducción de la masa salarial que se podría establecer, sino igualmente sobre la forma en que esa minoración se efectuaría entre los distintos colectivos de funcionarios y trabajadores en función de sus respectivos niveles salariales, su distribución temporal y entre las distintas partidas retributivas. Todas estas cuestiones eran esenciales para la adecuada defensa de los derechos del personal afectado, y hubieran justificado al menos una toma en consideración de la posición sindical antes de la adopción de la medida.
7. El RDL 8/2010, por el que se acuerda una medida sin precedentes en la historia moderna de España, como es la minoración de retribuciones al conjunto del personal del empleo público, se adoptó con el propósito buscado de la unilateralidad en la adopción de la decisión, con una voluntad de excluir cualquier posibilidad de interlocución o negociación sindical, y presentando desde el primer momento la medida, desde su mismo anuncio, como una realidad inamovible, como un gesto a los mercados de la voluntad inapelable del Gobierno de adoptar medidas de restricción del gasto público. Se trata de una concreta opción política, pero que deja de ser legítima cuando ello supone desconocer el derecho de las organizaciones sindicales a participar en la adopción de una decisión que de forma tan intensa y profunda repercutirá en el conjunto de funcionarios y trabajadores que representan.
8. De esta forma, la extraordinaria y urgente necesidad que justificaría la adopción de un Decreto-Ley no justifica la omisión de una garantía vinculada con el derecho a la negociación colectiva de las organizaciones

- sindicales. Al margen de que las razones económicas y presupuestarias hubieran podido justificar la no utilización del procedimiento legislativo ordinario como es la tramitación de un Proyecto de Ley de Presupuestos en sede Parlamentaria, ello no justifica la omisión del derecho a la negociación colectiva, cuyo cumplimiento no habría afectado a los fines que la urgencia en la tramitación del RDL trataba de asegurar.
9. Las razones excepcionales para llevar a cabo el necesario equilibrio presupuestario de las cuentas públicas puede configurarse, ciertamente, como un límite al derecho a la negociación colectiva, lo que puede suponer que el mismo tenga restricciones adicionales, pero en todo caso, como vamos a ver, la justificación del sacrificio de ese derecho fundamental sólo puede llevarse a cabo en la medida necesaria para cubrir el canon de constitucionalidad que exige la razonabilidad, justificación, idoneidad y proporcionalidad de la medida.
 10. La excepcionalidad y gravedad de la situación económica no tiene correspondencia con la exclusión previa de un proceso negociador, sustanciado con buena fe de cara a alcanzar un acuerdo, al margen del resultado que el mismo hubiera podido tener. Por el contrario, la unilateralidad en el recorte de derechos sociales se presenta internacionalmente como una medida de la firmeza política del gobierno para reducir el gasto público. Podemos decir que la omisión de la negociación es un gesto buscado y querido por el Gobierno, como manifestación extrema de la irreversibilidad en la adopción de decisiones presupuestarias. Al margen de lo discutible que pueda ser dicha posición en la perspectiva política, implica la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical y la negociación colectiva cuando esa unilateralidad se proyecta sobre la reducción de retribuciones del personal de las Administraciones Públicas, pues implica afectar la garantía institucional de ese derecho fundamental.
 11. En relación con el personal laboral, en la medida que el RDL 8/2010 es una norma con rango de ley, podría decirse que no tiene que sujetarse a los estrictos cauces que para el descuelgue salarial o para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos. Sin embargo, en primer lugar, hay que destacar que el titular el poder Ejecutivo autor de la norma asume al propio tiempo la condición de empleador, y se trata de una medida que no tiene en sentido estricto alcance general, sino exclusivamente respecto del personal a su servicio, o del personal perteneciente al sector público respecto de cuyo equilibrio presupuestario tiene la competencia en preservar. Ello no puede justificar

tampoco un sacrificio absoluto del derecho a la negociación colectiva, pues una solución mucho más proporcionada, e igualmente idónea para los fines que se persiguen, era el haber intentado al menos la negociación, con vistas a la consecución de un acuerdo, en lugar de adoptar una ablación completa del derecho fundamental.

12. Tampoco es posible justificar el RDL a la vista de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con el anterior conflicto sobre la congelación salarial de los empleados públicos, a que se refiere la STS, 3ª, de 21 de marzo de 2002, y el Auto del TC 33/2005, de 31 de Enero.

En el caso del RDL 8/2010, existen notables diferencias que impiden aplicar dicha doctrina del TS y del TC, como son las siguientes:

- a. El Acuerdo que fijaba el incremento de retribuciones se había suscrito en el mes de Septiembre de 2009, y el RDL que lo inaplica es de menos de 8 meses después, lo que pone una proximidad temporal alejada del transcurso de los 3 años a que se refiere los supuestos resueltos.
- b. Tampoco el Acuerdo de 2010 incorpora previsiones que hagan subordinar la aplicación de los incrementos retributivos al cumplimiento de determinados condicionantes macroeconómicos que se hubieran frustrado y que obligaran a reconsiderar el contenido de lo pactado.
- c. Tampoco hay una variación sustancial de las circunstancias económicas y presupuestarias que pongan en evidencia una alteración sustancial de las previsiones sobre las que se alcanzó el anterior acuerdo, pues la situación de crisis económica, desfase presupuestario y limitación de recursos públicos no sólo concurría al tiempo de suscribirse el Acuerdo de 2009, sino que fueron los factores determinantes para incorporar todo el conjunto de contenidos que lo integran, que fueron expresamente valorados por los negociadores, y el propio Acuerdo se inscribe como una medida de contención del gasto público para equilibrar las cuentas, compatible con una política de sacrificio del poder adquisitivo de los empleados públicos, pero con garantías para impedir la pérdida definitiva de sus derechos económicos, lo que a su vez se juzgaba adecuado como medida de política económica para mantener la demanda y el consumo.

- d. En el RDL 8/2010 no se invocan en realidad nuevas circunstancias que justifican la adopción de medidas de restricción presupuestaria excepcionales, y tampoco se justifica la idoneidad de la reducción de retribuciones de los empleados públicos con un concreto efecto sobre el equilibrio presupuestario, sino más bien responde a una nueva línea de orientación política.

V. El control de la lesión de la libertad sindical y la negociación colectiva.

La doctrina jurisprudencial ha establecido que la actuación del Gobierno puede integrar un ámbito de responsabilidad política, pero que igualmente es susceptible de control jurisdiccional en la medida que se integre por elementos reglados, definidos legislativamente, y la infracción se fundamente en la lesión de principios y normas jurídicas, sobre todo en relación con la tutela de los derechos fundamentales. Así lo ha declarado el TS, (contencioso), para descartar la inmunidad del poder Ejecutivo ante la mera invocación de actos de contenido político –STS 21-06-2002, Rec. 739/1996-.

Las vías procesales para reaccionar frente a la actuación del Ejecutivo sería la formulación de un proceso especial de tutela de libertad sindical en su manifestación de negociación colectiva de las organizaciones sindicales, cuya competencia correspondería a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al provenir del Ejecutivo –art. 12.1.a)-, en el plazo de 10 días desde su publicación –art. 115.1 LJCA- .

La lesión de la libertad sindical por la actuación del Ejecutivo debería de conducir al restablecimiento del derecho de libertad sindical, lo que obligaría a reiniciar un proceso de negociación, con pleno restablecimiento de la situación anterior, como es la eficacia del Acuerdo Administración Sindicatos del mes de septiembre de 2009, frente a las previsiones incluidas en el RDL que fijan una reducción de retribuciones incompatible con dicho Acuerdo sindical.

Y en caso de fracaso de ese proceso negociador y concluya sin acuerdo, esto se entiende sin perjuicio de que el impacto que la reducción de la cuantía de los complementos retributivos produce en el equilibrio de intereses al que responden los diversos convenios y acuerdos colectivos suscritos en aquél ámbito. Por ello, la alteración de las bases económicas sobre las que se negociaron los convenios, pactos y acuerdos, implicaría el derecho de las

opciones sindicales firmantes a la renegociación del resto de contenidos de los diversos Convenios y Acuerdos Colectivos vigentes.

VI. Conclusiones.

A la vista de todo lo anterior, podemos fijar las siguientes conclusiones:

1. La afectación a la negociación colectiva por el RDL 8/2010 se materializa en las siguientes perspectivas:
 - Al acordar la suspensión parcial del Acuerdo Administración-Sindicatos para la función pública en el marco del dialogo social 2010-2012, firmado el día 25 de septiembre de 2009, afectando dicha suspensión a los contenidos del Acuerdo que sean necesarios para la correcta aplicación del RDL, y en concreto, de las medidas de contenido económico.
 - Mediante la fijación de una reducción de retribuciones general en el ámbito del empleo público del 5%, lo que se lleva a cabo de forma unilateral y sin ningún proceso de negociación con las organizaciones sindicales representativas del personal de las Administraciones Públicas.
 - Al afectar a los acuerdos y pactos sindicales que fijan las retribuciones del personal funcionario, así como supone privar de eficacia a todo el conjunto de convenios colectivos que rigen las condiciones de trabajo del personal laboral de las distintas administraciones públicas, entidades y organismos de derecho público,
2. El derecho a la negociación colectiva no tiene exclusivamente una dimensión legal, sino que por una parte es objeto de reconocimiento expreso por la Constitución –art. 37 CE-, y del mismo modo, constituye una manifestación de la libertad sindical reconocida igualmente en el art. 28 CE, como ha declarado el Tribunal Constitucional. Es por ello que puede decirse que no es un derecho completamente disponible por el legislador, y mucho menos por normas con rango de ley de carácter provisional como son el Decreto-Ley.

3. En el ámbito de la negociación en el empleo público se recoge una garantía institucional de que la fijación de dichas retribuciones se tiene que llevar a cabo previa negociación con las organizaciones sindicales representativas de los empleados públicos. Se trata de una obligación que se le impone al Gobierno de la nación, y si bien no es vinculante para el Parlamento el resultado de lo acordado, o al menos no lo establece así el EBEP, implica un deber de negociar dicho incremento retributivo con carácter previo a su remisión a las Cortes por parte del Ejecutivo.
4. Ello no significa que sea un derecho absoluto o que no pueda ser susceptible de limitaciones o restricciones, pero las mismas habrán de estar justificadas, ser razonables y proporcionadas, a fin de no limitar de forma innecesaria el derecho fundamental a la libertad sindical.
5. Tratándose del personal laboral que presta servicios en el ámbito del sector público, igualmente la negociación colectiva dispone de una garantía institucional frente a la actuación unilateral de la Administración a la hora de fijar nuevas condiciones salariales y retributivas frente a las que venían resultado de aplicación en virtud de los distintos convenios colectivos suscritos. Además de que el incremento de la masa salarial es una materia sobre la que se integra el deber de negociar la inclusión del incremento de retribuciones en el proyecto de Ley de Presupuestos, el análisis de la legislación laboral pone en evidencia que existe una garantía institucional del derecho a la negociación colectiva ante los supuestos en los que se modifiquen las condiciones retributivas que venía regulado la negociación colectiva.
6. Ciertamente, existe consolidada doctrina constitucional que ha resaltado la eficacia inmediata y directa de la Ley sobre los convenios colectivos que se encuentren en vigor en el momento de dictarse aquella, imponiendo una sujeción incondicionada a sus determinaciones y por tanto, modificando o dejando sin efecto lo que el convenio colectivo había regulado, en la medida que sea incompatible con las nuevas determinaciones del legislador.
7. La doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se pueden evidenciar toda una serie de límites y condicionantes que han de concurrir para que las normas con rango de ley puedan inaplicar, suprimir o derogar el resultado de la negociación colectiva que ha suscrito el propio Gobierno en el ejercicio de sus competencias. Ha reconocido una garantía institucional de la negociación colectiva,

manifestación del derecho a la libertad sindical, que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, tanto internacional como a nivel constitucional y legal.

8. No es posible que el titular del poder Ejecutivo implante por la vía de un Decreto-Ley, una nuevas condiciones retributivas, en las que concurren las siguientes características:
 - Resultan excepcionalmente peyorativas para los empleados públicos.
 - Son distintas a las que regían, incluso, con anterioridad a la vigencia de los acuerdos que se suspenden o modifican.
 - Y sobre todo, no se ha sustanciado previamente ningún proceso de negociación, al no haber sometido la media a ninguna instancia con participación sindical,
 - Se ha adoptado desde la perspectiva de la unilateralidad, como un hecho consumado respecto del que la intervención sindical se limita a una mera información de la decisión gubernamental definitiva.

9. A la hora de justificar la afectación a la vigencia de los Acuerdos, Pactos y Convenios colectivos en el conjunto del empleo público, el propio DRDL 8/2010 realiza una expresa invocación a la medida contenida en el art. 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Publico – EBEP-. Sin embargo, no es posible justificar la reducción de retribuciones que ha llevado a cabo el RDL 8/2010 en el ámbito del empleo público a través del mecanismo de la suspensión o modificación del Acuerdo Administración Sindicatos.

10. El RDL 8/2010 transciende su eficacia a la mera suspensión de la vigencia del Acuerdo, y asume una función normativa y ordenadora del incremento –o mejor reducción- de retribuciones del personal que integra el conjunto del sector público, fijando las retribuciones sobre unos parámetros completamente distintos a los vigentes antes del 1-01-2010.

11. Tampoco se limita a modificar las condiciones que derivaban del Acuerdo de Septiembre de 2009, sino que afecta también al que integraba las retribuciones que venían recibiendo los funcionarios y trabajadores del sector público con anterioridad a 1 de enero de 2010.

12. En realidad la actuación llevada a cabo por el RDL 8/2010 es pura y simplemente la fijación de un incremento negativo, o mejor una reducción de las retribuciones para el conjunto del sector público realizada por el Gobierno.
13. La garantía institucional del derecho a la negociación colectiva en el incremento de las retribuciones opere en relación con la actuación del Ejecutivo relacionada con la tramitación del proyecto de ley de Presupuestos, pero también frente a la actuación del propio ejecutivo cuando asume una función legislativa provisional al dictar un Decreto-Ley que ulteriormente es objeto de convalidación por el Congreso.
14. Dejando al margen la cuestión de si un RDL puede o no regular esta materia, lo que parece evidente es que en la medida que proviene directamente del titular del poder Ejecutivo, sólo podría justificarse la exclusión del deber de negociar en caso de que se admita que opera un límite derivado de la concurrencia de razones excepcionales de urgente necesidad que lo hubieran impedido.
15. Se trata por tanto de resolver el conflicto entre la necesidad de adoptar medidas que limiten el gasto público, o más en concreto, que equilibren el déficit público, que es la justificación ofrecida por el RDL 8/2010, y la demora que en la adopción de dichas medidas podría suponer agotar un intento de negociación ante la Mesa General de las Administraciones Públicas. En modo alguno puede considerarse dicha extraordinaria y urgente necesidad para eludir el intento de negociación.
16. Al margen de que las razones económicas y presupuestarias hubieran podido justificar la no utilización del procedimiento legislativo ordinario como es la tramitación de un Proyecto de Ley de Presupuestos en sede Parlamentaria, ello no justifica la omisión del derecho a la negociación colectiva, cuyo cumplimiento no habría afectado a los fines que la urgencia en la tramitación del RDL trataba de asegurar.
17. No sólo era posible la negociación antes de la entrada en vigor de la reducción retributiva, y la materia ofrecía espacio para la negociación, sino que además, la unilateralidad en el recorte de derechos sociales se presenta internacionalmente como una medida de la firmeza política del gobierno para reducir el gasto público. La omisión de la negociación es un gesto buscado y querido por el Gobierno, como

manifestación extrema de la irreversibilidad en la adopción de decisiones presupuestarias.

18. Al margen de lo discutible que pueda ser dicha posición en la perspectiva política, implica la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical y la negociación colectiva cuando esa unilateralidad se proyecta sobre la reducción de retribuciones del personal de las Administraciones Públicas, pues implica afectar la garantía institucional de ese derecho fundamental.
19. Tampoco es posible justificar el RDL a la vista de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con el anterior conflicto sobre la congelación salarial de los empleados públicos, a que se refiere la STS, 3ª, de 21 de marzo de 2002, y el Auto del TC 33/2005, de 31 de Enero.
20. Las vías procesales para reaccionar frente a la actuación del Ejecutivo sería la formulación de un proceso especial de tutela de libertad sindical en su manifestación de negociación colectiva de las organizaciones sindicales, cuya competencia correspondería a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al provenir del Ejecutivo –art. 12.1.a)-, en el plazo de 10 días desde su publicación – art. 115.1 LJCA-. Su objeto se integraría, además, por el restablecimiento del derecho de libertad sindical, lo que obligaría a reiniciar un proceso de negociación, con pleno restablecimiento de la situación anterior, como es la eficacia del Acuerdo Administración Sindicatos del mes de septiembre de 2009.
21. En caso de fracaso de ese proceso negociador y se adopten finalmente las medidas de recorte de retribuciones en el ámbito del empleo público, la alteración de las bases económicas sobre las que se negociaron los convenios, pactos y acuerdos, implicaría el derecho de las opciones sindicales firmantes a la renegociación del resto de contenidos de los diversos Convenios y Acuerdos Colectivos vigentes.

** *** **