



NIPO: 790-11-062-0

Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

Derecho del trabajo



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

93

2011

Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

Derecho del Trabajo

DIRECTOR

José Luis de Ossorno Almécija

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González

COORDINADORES DE LA SERIE

Alfredo Montoya Melgar
Carlos Navarro López

SECRETARÍA

Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo e Inmigración
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid
Telf.: 91 363 23 45
Fax: 91 363 23 49
Correo electrónico: proproeditorial@mtin.es
Internet: <http://www.mtin.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 11-2.296

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo e Inmigración
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO: 790-11-063-6
ISSN: 1137-5868
Depósito legal: M-12.168-1998
Diseño cubierta: CSP
Diseño interior: C & G
Imprime: Solana e Hijos, A.G., S.A. Telf. 91 610 90 06

Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

Derecho del Trabajo

LOS TRABAJADORES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

EDITORIAL, *Alfredo Montoya Melgar*, 7

INFORMES Y ESTUDIOS

Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas. *Alfredo Montoya Melgar*, 13

El acceso al empleo público laboral. *Nuria de Nieves Nieto*, 47

Responsabilidad social y ética «públicas» y relación laboral de empleo público. *Yolanda Sánchez-Urán Azaña*, 77

La prodigalidad de los derechos individuales de los empleados públicos en el artículo 14 EBEP. *R. Yolanda Quintanilla Navarro*, 107

La libertad sindical. *Remedios Roqueta Buj*, 147

La negociación colectiva de los empleados públicos. *Esteban Rodríguez Vera*, 167

La retribución del personal laboral del sector público cuatro años después del Estatuto Básico del Empleado Público. *Javier Thibault Aranda*, 211

El tiempo de trabajo del empleado público laboral. *Juan Gil Plana*, 231

La movilidad (voluntaria, forzosa...) de los empleados públicos tras la ley 7/2007, de 12 de abril. *Francisco Javier Hierro Hierro*, 263

Suspensiones y excedencias del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. *Rosario Cristóbal Roncero*, 299

La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades. *Raquel Aguilera Izquierdo*, 317

La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas. *Nuria P. García Piñeiro*, 343

Editorial

Este número 93 de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración se propone estudiar la incidencia de la naturaleza de las Administraciones Públicas sobre las relaciones laborales concertadas por éstas; relaciones que sobrepasan el 30 por 100 del empleo público en su totalidad. Tal estudio implica dos tipos de análisis comparativos: comparación del empleo público laboral en unos casos con las relaciones laborales privadas y en otros con las relaciones funcionariales. De este modo, el eje conductor de la obra es la comparación entre el régimen jurídico del personal laboral de dichas Administraciones y el régimen de las relaciones de función pública y el de las laborales desenvueltas en el ámbito de las empresas privadas.

Como decimos en el artículo con el que se abre este volumen, el trabajo por cuenta ajena prestado para las Administraciones presenta múltiples manifestaciones singulares, que se plasman, por ejemplo, en la existencia de límites en la planificación de los correspondientes recursos humanos; en los procedimientos de selección de los trabajadores al servicio de dichas Administraciones; en el necesario respeto al principio de protección del interés general, del que se deriva un régimen de incompatibilidades para los empleados públicos inexistente en el ámbito privado; en las limitaciones que se establecen en orden a la fijación del régimen retributivo; en las peculiaridades que el principio de estabilidad en el empleo presenta en el marco del empleo público, así como, en general, en los rasgos singulares que la relación laboral presenta en materia de derechos y deberes de los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas y en cuanto a su régimen disciplinario.

Al desarrollo de estas peculiaridades, teniendo siempre presentes los puntos de coincidencia o disidencia entre relaciones laborales en las Administraciones y fuera de ellas (y entre personal laboral público y funcionarios), se dedica, pues, este volumen que, publicado cuatro años después de promulgada la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley, 7/2007, de 12 de abril; en adelante LEBEP o EBEP), permite ya una valoración acerca de los resultados de la aplicación de la norma.

En su estudio sobre «El acceso al empleo público laboral», la profesora Nuria de Nieves Nieto señala cómo en el Estatuto Básico del Empleado Público se aprecia una tendencia a la convergencia de los regímenes jurídicos de naturaleza administrativa y laboral. Este propósito, sin embargo, no desemboca en una homogeneidad o igualdad absoluta de regímenes, pues hay una serie de aspectos —entre ellos el del acceso al empleo— en los que la relación laboral del emplea-

* Catedrático de Derecho del Trabajo. De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

do público presenta singularidades notables respecto del contrato de trabajo desarrollado en el ámbito privado. Ese régimen peculiar o singular se manifiesta en primer lugar en cuanto a los principios que rigen el acceso al empleo, que se basan en las ideas constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y que se reflejan en los requisitos exigidos a los candidatos, en la configuración de los órganos de selección y en los procedimientos selectivos mismos.

El tema de la responsabilidad social y ética de la empresa en el sector público es abordado en el estudio de la profesora Yolanda Sánchez-Urán Azaña. Tal responsabilidad tiene un mayor fundamento en el sector público desde el momento en que, como dice la Constitución en su artículo 103, «la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales». La autora analiza las relaciones de empleo público a la luz de ese principio y de aquellos otros contemplados en el mismo art. 103 CE, a saber, los de objetividad y eficacia, y considera su proyección sobre la organización y gestión de las Administraciones Públicas, y en particular sobre la gestión de sus recursos humanos. A través de este análisis, y sin dejar de reconocer la validez de la doctrina de la responsabilidad social y ética tanto en la empresa privada como en la regida por una Administración pública, el trabajo establece las concordancias y discordancias que se producen entre la regulación de las relaciones laborales en el sector público y en el privado. El estudio aborda asimismo la necesidad de replantear, desde el punto de vista de la ética y de la responsabilidad social, la función de las empresas y la importancia de adoptar «códigos de conducta», también en el sector del empleo público.

El tema central de los derechos de los empleados públicos es abordado en su dimensión contractual individual por la profesora Raquel Yolanda Quintanilla Navarro, que, sin dejar de reconocer el gran esfuerzo desplegado por la LEBEP, señala críticamente la falta de rigor sistemático del legislador al regular, ciertamente de modo ejemplificativo, tales derechos. En efecto, aparecen así mezclados derechos propios de toda persona con derechos característicos de los trabajadores, y derechos de éstos en general con derechos específicos de los empleados públicos laborales. Estudiando comparadamente el régimen funcionarial y el del empleado público laboral, la autora llega a dudar de que los propósitos inspiradores de la LEBEP se hayan cumplido, ya que su loable intento de unificación del régimen jurídico de todos los empleados públicos ha resultado fallido, ello con independencia de que los derechos laborales se encontraban ya amplia y suficientemente regulados.

Pasando de los derechos individuales a los de naturaleza colectiva, la profesora Remedios Roqueta Buj centra su estudio en el derecho de libertad sindical, recordando cómo la vigente LOLS, en cumplimiento de los arts. 28.1 y 103.3 de la Constitución, señala por una parte determinadas peculiaridades en el caso de los funcionarios públicos, y por otra se remite a «las normas correspondientes» respecto de la actividad sindical. La autora reflexiona sobre la incidencia de la LEBEP sobre el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, y se detiene en especial en el análisis de la representatividad sindical, en el de las instituciones que canalizan la representación sindical –las secciones sindicales, de las que se recuerda su conexión con las representaciones unitarias, y los delegados sindicales–, y, finalmente, en el estudio de los derechos de los cargos electos sindicales.

Esteban Rodríguez Vera, alto funcionario del Ministerio de Trabajo e Inmigración, dedica su estudio a la negociación colectiva de los empleados públicos, destacando el carácter continuista de la LEBEP, que, en lugar de configurar una negociación única para trabajadores y funcionarios o cuando menos convergente, mantiene la dualidad tradicional entre unos y otros, así como entre los sujetos legitimados para negociar, los ámbitos o unidades de negociación, los instrumentos para la negociación colectiva, etc. El autor critica la falta de regulación de las especiali-

dades de la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones y la subsistencia del problema, tantas veces planteado y pese a ello irresuelto, que plantea la negociación colectiva conjunta, aspectos que reiteradamente se habían puesto de manifiesto con anterioridad.

Comparando la negociación colectiva que afecta a los empleados de las Administraciones con la de los trabajadores del sector privado, el autor advierte una serie de diferencias, básicamente consistentes en restricciones a la negociación colectiva de los empleados públicos, derivadas en buena parte de la primacía del principio de legalidad (con su reflejo, la legalidad presupuestaria) que rige la actuación de las Administraciones sobre el de autonomía colectiva, así como de la necesaria salvaguarda del interés general cuya defensa tiene encomendada la Administración Pública. En fin, el autor reflexiona sobre la incidencia de la crisis económica en materia de negociación colectiva de los empleados públicos, refiriendo los casos de reducción de sus salarios (RDL 8/2010, de 20 de mayo) y el concreto de la modificación por Decreto Ley del convenio de los controladores aéreos (RDL 1/2010, de 5 de febrero). El estudio concluye proponiendo una serie de cambios en la materia: mayor convergencia entre la negociación colectiva de trabajadores y funcionarios, regulación más completa de dicha negociación y necesidad de unificación jurisdiccional en la materia.

De la retribución del personal laboral del sector público se ocupa en su estudio el profesor Javier Thibault Aranda, que, tras señalar la importancia de la materia, destaca que éste es uno de los aspectos menos afectados por la LEBEP. La ley no ha equiparado tampoco en este extremo al personal laboral y al funcionario, lo que significa que las retribuciones del primero se siguen fijando a través de la negociación colectiva y el contrato de trabajo, en el marco del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio los límites presupuestarios que puedan establecerse. En este sentido, el estudio reflexiona sucesivamente sobre diversas cuestiones, entre las que destacan la limitación por las Leyes de Presupuestos del Estado del gasto público, y en concreto de los salarios, en materia de personal, y en particular las cuestiones planteadas por el reciente RDL 8/2010, de 20 de mayo, también comentado en el artículo de Esteban Rodríguez Vera. El profesor Thibault trata asimismo de los problemas derivados de la aplicación de los convenios colectivos sectoriales a las Administraciones públicas, de la tendencia de la negociación colectiva a homogeneizar conceptos y cuantías económicas entre el personal funcionario y el personal laboral y de la regulación por la negociación colectiva del sistema retributivo del personal laboral de las Administraciones Públicas.

El profesor Juan Gil Plana dedica su estudio al tiempo de trabajo del empleado público laboral. Tras reflexionar sobre la importancia del personal laboral en la Administración española, reflexión que ilustra con unos útiles cuadros estadísticos, el autor pasa a referirse al juego que en la materia tiene la LEBEP en relación con la legislación y la negociación colectiva laborales así como con normas estatales no laborales como son las que componen la legislación reguladora de la función pública. El trabajo se detiene en particular en el estudio de la jornada laboral del referido personal, a la luz de la legislación y la práctica negociada colectiva, analizando también los permisos –cuyo régimen se ilustra con abundante cita de jurisprudencia y doctrina judicial, distinguiéndose, de acuerdo con la ley, entre permisos de los funcionarios y permisos de conciliación de la vida laboral y familiar–, y las vacaciones. El estudio concluye con la crítica de la opción legislativa que, en lugar de fijar un régimen común a todo funcionario público, ha optado por mantener una regulación dual generadora de problemas interpretativos.

La movilidad de los empleados públicos es el objeto del estudio del profesor Francisco Javier Hierro Hierro, que comienza recordando en su trabajo que la existencia de un régimen adecuado de provisión de puestos y de movilidad de los empleados públicos es un elemento decisivo para que las Administraciones Públicas alcancen sus objetivos de eficiencia y eficacia. El autor cen-

tra su estudio en las medidas de movilidad de los empleados públicos al ámbito de la Administración General del Estado, y discurre sucesivamente sobre la movilidad interna (sin ignorar la movilidad entre Administraciones) del personal funcionario de carrera y del personal laboral. En cuanto a lo primero, se ocupa de la inamovilidad del funcionario, que presenta en contraste con la movilidad del puesto, y distingue las modalidades de movilidad voluntaria y forzosa. Por lo que respecta a la movilidad del personal laboral al servicio de las Administraciones, se estudia el complejo juego normativo que se despliega en la materia distinguiendo los diversos casos de movilidad en la Administración General del Estado: movilidad funcional, ordinaria y extraordinaria, movilidad por incapacidad permanente total, por disminución de la capacidad, para protección de la maternidad, movilidad geográfica obligatoria y voluntaria, etc.

A las denominadas «situaciones del personal laboral», reguladas en el Título VI de la LEBEP, se dedica el artículo de la profesora Rosario Cristóbal Roncero. Después de indicar cómo la Ley regula tanto las situaciones de los funcionarios de carrera como la de los trabajadores dependientes y por cuenta ajena, la autora se ocupa del régimen jurídico de estas últimas situaciones. A tal efecto recuerda cómo las «situaciones» del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas es el establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en los Convenios Colectivos aplicables; y cómo, cuando éstos así lo determinen, serán de aplicación las normas propias de las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, siempre que resulten compatibles con lo dispuesto en la legislación laboral. La profesora Cristóbal deja constancia del entrecruzamiento de órdenes normativos en la regulación de las situaciones administrativas de los empleados públicos y, como otros participantes en este volumen, manifiesta un juicio crítico frente a la LEBEP por no haber aprovechado ésta la ocasión de dotar a la materia de una regulación homogénea que unificara el régimen de las situaciones administrativas de los funcionarios y los empleados laborales, como se había propuesto en los trabajos preparatorios de la Ley.

La profesora Raquel Aguilera Izquierdo se ocupa en su estudio de las singularidades que presenta la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas; singularidades que contribuyen a diferenciar a quienes trabajan en el sector público administrativo de quienes lo hacen en el sector privado. En efecto, mientras que al personal funcionario se le reconoce el derecho a la inamovilidad, al personal laboral se le aplican las causas de extinción previstas para los trabajadores por cuenta ajena en el art. 49 ET. La autora analiza algunas de las particularidades que plantea la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, deteniéndose en los supuestos de extinción por las causas válidamente consignadas en el contrato, dentro de los que estudia la distinción de origen jurisprudencial entre contratos indefinidos y fijos de plantilla; también se refiere al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y al despido disciplinario, único supuesto este último de extinción al que hace referencia expresa el EBEP en su art. 96.

Finalmente, del estudio de la responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas se encarga el trabajo de la profesora Nuria P. García Piñeiro. Después de trazar las grandes líneas de la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas, la autora trata de la unificación del régimen jurídico de la responsabilidad disciplinaria del empleado público, pasando revista a los principios de legalidad y tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia. A continuación, es objeto de análisis el régimen de las faltas y sanciones disciplinarias y su graduación. En fin, el estudio trata del procedimiento disciplinario y sus fases, así como de la posible adopción de medidas provisionales y, por último, de la extinción de la responsabilidad disciplinaria mediante la prescripción de las faltas y sanciones, única causa extintiva que contempla la LEBEP, aunque también rijan en la materia las genéricas causas de extinción de tal responsabilidad (muerte, indulto, amnistía).

Informes y Estudios

Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas*

ALFREDO MONTOYA MELGAR**

1. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SUS DIVERSOS EMPLEADOS

Las Administraciones Públicas –la general del Estado, las autonómicas y locales y las de naturaleza institucional– poseen una doble proyección: una proyección *ad extra*, que se manifiesta fundamentalmente en las relaciones tanto con los administrados (prestaciones de servicios públicos, expropiaciones, sanciones, exacciones, etc.) como con otras Administraciones; y una proyección *ad intra*, fruto de una «relación reflexiva o interna»¹, que se manifiesta en la organi-

zación de la propia Administración. Dentro de esta segunda proyección tienen especial relevancia las relaciones entre las Administraciones y su personal, entendiendo por éste a las personas físicas que dan corporeidad y actúan en cumplimiento de los fines de esos entes creados por el Derecho que son las Administraciones Públicas.

El personal típico al servicio de las Administraciones está constituido por los funcionarios –sean de carrera o interinos²–, dotados de un estatuto de Derecho administrativo. Al lado de este personal cobra creciente importancia cuantitativa y cualitativa el formado por trabajadores contratados en régimen laboral. Expresamente al margen del régimen funcional y de la contratación laboral quedan los contratos administrativos a través de los cuales se prestan determinados servicios a las Administraciones públicas;

* Antecedente de este trabajo –que aquí se actualiza a la vista de las nuevas normas, doctrina y jurisprudencia sobre la materia– es nuestra ponencia «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», presentada en las Jornadas de la Escuela Judicial celebradas en Madrid los días 22 a 24 de octubre de 2007, y luego publicada en la obra colectiva dirigida por Miguel Ángel LUELMO MILLÁN: *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, págs. 455 y ss.

** Catedrático de Derecho del Trabajo.

¹ La idea y su expresión en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª ed., I, Thomson Reuters/Civitas, 2008, págs. 49 a 51.

² Vid. art. 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, LEBEP). La Ley añade una tercera categoría: el «personal eventual» con funciones de confianza o asesoramiento especial, de nombramiento y cese libres, al que se le aplica «en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera» (art. 12.5).

«contratos de servicios» que tienen por objeto «prestaciones de hacer» tales como las de mantenimiento y reparación, transporte, investigación, servicios jurídicos, consultoría, publicidad, etc. (art. 10 y Anexo II de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público).

Durante mucho tiempo el personal de la Administración estuvo integrado exclusivamente por funcionarios públicos, quedando al margen de ellos los trabajadores, entendidos jurídicamente durante largas décadas de un modo reductor, como obreros o trabajadores manuales. En este sentido, cabe recordar cómo el Estatuto de Bravo Murillo (RD de 24 junio 1852) y el efímero Estatuto de O'Donnell (RD 4 marzo 1866) no consideraron funcionarios a los llamados «subalternos», precisamente porque desempeñaban trabajos «materiales» o manuales, propios más de obreros que de funcionarios³. La diferenciación entre funcionarios y trabajadores se consolida con la emergencia de la legislación laboral; trayendo a colación un solo ejemplo, hay que recordar cómo la Ley de Accidentes del Trabajo de 30 enero de 1900 siguió distinguiendo de los funcionarios a los operarios que realizaban trabajos manuales.

Esa bipartición (funcionarios que realizan trabajos intelectuales y trabajadores que llevan a cabo tareas materiales) ha sido superada hace mucho tiempo, y así actualmente son muchas las funciones que en el seno de las Administraciones desempeñan indistintamente funcionarios y trabajadores, «dada la ausencia de un claro reparto de los puestos a ocupar por funcionarios y personal laboral»⁴;

³ Vid. GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1996, págs. 74 y ss.; también MONTOYA MELGAR, Alfredo, en ACKERMAN, Mario (coord.): *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*, Buenos Aires, 1998, págs. 1999, págs. 111 y ss.; edición mexicana, México, 1999, págs. 83 y ss.

⁴ SALA FRANCO, Tomás, «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», en *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, XI Congreso Nacio-

siendo muy reducido el número de actividades que exigen que su prestación corra exclusivamente a cargo de funcionarios públicos, lo que ciertamente sucede cuando afecta al núcleo irreductible de la autoridad o «imperium» de la Administración (Jueces, miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad pública, de Cuerpos inspectores, Diplomáticos, etc.)⁵.

De este modo, las Administraciones reclutan sus «recursos humanos» tanto a través de relaciones jurídicas públicas (es lo que ocurre con su posición frente a los funcionarios públicos y al personal estatutario) como mediante relaciones laborales de derecho privado (es lo que ocurre con su posición frente a sus trabajadores).

Con los antecedentes someramente indicados más arriba, debe recordarse que el modelo dual de prestadores de servicios para las Administraciones (funcionarios y trabajadores) se consagra definitivamente en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, y tiene continuidad con la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, con la legislación de Régimen Local⁶ y sobre Organismos autónomos⁷ y, más recientemente, con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en lo sucesivo, LEBEP). El art. 13 LEBEP añade una categoría —el «personal directivo profesional»,

nal de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001, vol. I, pág. 32.

⁵ Jueces, Magistrados y Fiscales, funcionarios de las Cortes y demás Órganos Constitucionales, personal militar de las Fuerzas Armadas, etc., sólo se rigen por la LEBEP «cuando así lo disponga su legislación específica» (art. 4 LEBEP).

⁶ Art. 89 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local: «El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual...».

⁷ Art. 47.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado: «El personal al servicio de los Organismos autónomos será funcionario o laboral...».

que puede ser tanto funcionalial como laboral—, y que en este último supuesto se rige por las normas de la relación laboral especial de alta dirección.

Como empresario o empleador laboral —condición que presupone la personalidad jurídica de las distintas Administraciones—, éstas actúan en condiciones similares, aunque no idénticas, a las de cualquier empresario privado⁸. En efecto, y como veremos más adelante, como sujeto o parte de contratos de trabajo, la Administración no pierde su condición esencial de defensora del interés general, y por ello no se despoja por completo de su «imperium», de manera que las relaciones con su personal laboral no dejan de ser, en algunos aspectos, relaciones de supremacía en las que el empleador ostenta un poder reforzado respecto del propio de los empresarios del sector privado; poder consecuente con el relieve que alcanza en la organización administrativa el principio de jerarquía (art. 103.1 CE; art. 1.3.j LEBEP).

2. INEXISTENCIA DE UN ESTATUTO UNITARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO

El Derecho administrativo de la función pública y el Derecho del Trabajo se han influido recíprocamente en la ordenación, respectivamente, del personal funcionalial y del personal laboral⁹, lo que se viene traduciendo en una progresiva aproximación de sus respectivos estatutos jurídicos. Si en un primer momento instituciones administrativas como los ascensos, las excedencias, los sistemas de

selección, los procedimientos disciplinarios, etc., fueron acogidas por la legislación laboral, más adelante instituciones nacidas en el ámbito del Derecho del Trabajo —en particular, en el ámbito del llamado Derecho colectivo: órganos de representación de los trabajadores, negociación colectiva, procedimientos de conflicto colectivo y huelga, etc.— han acabado siendo implantadas también en los dominios de la función pública¹⁰. En uno y otro casos, más que una importación mecánica de instituciones se ha producido, por lo general, una incorporación adaptada o modalizada de dichas instituciones desde un ámbito jurídico a otro.

Ese acercamiento entre el régimen jurídico de funcionarios y trabajadores ha llevado a algunos autores a propugnar la superación de la dualidad de sistemas y la adopción de un patrón unitario, en el que se fundiesen las actuales categorías de funcionarios y trabajadores. Esa aspiración monista ha tenido dos manifestaciones contrapuestas: para unos, la unidad se debería alcanzar mediante la «funcionarización» de todos los servidores de la Administración, haciendo desaparecer por tanto la figura del trabajador por cuenta de ésta; en el polo opuesto, se postula la plena «laboralización» de la función pública¹¹, esto es, la supresión del régimen especial de los funcionarios y el establecimiento de un personal exclusivamente laboral al servicio de las Administraciones. Por cierto, no ha pasado desapercibido el hecho de que los deseos de alcanzar un régimen común a funcionarios y trabajadores encubren por lo general «un intento por parte de cada colectivo de mantener sus derechos y de obtener los del otro»¹².

⁸ Vid. en este sentido ALONSO OLEA, Manuel, «Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas», en *Libro Homenaje al Prof. José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, pág. 50.

⁹ A este fenómeno de «ósmosis» se refería, hace ya un cuarto de siglo, ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, *La nueva configuración legal de la relación de empleo público. Funcionarios y contratados laborales*, Sevilla, 1987, pág. 24.

¹⁰ Cfr. sobre este proceso IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J. y MOLINA GARCÍA, M, *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996.

¹¹ Un estudio de esta tendencia en RIVERO LAMAS, Juan, «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1995, núms. 6-7.

¹² ROJO TORRECILLA, Eduardo, «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas»

Como es sabido, ninguna de estas dos propuestas extremas ha prosperado; en particular, era muy difícil que prosperara la tesis de la plena laboralización del empleo público desde el momento en que la propia Constitución distingue claramente entre el estatuto de los trabajadores (art. 35.2) y el estatuto de los funcionarios públicos (art.103.3), lo que determina, como declaró la STC 57/1982, de 27 de julio, que la añeja distinción entre personal funcionario y personal laboral de las Administraciones siga siendo básica en nuestra legislación vigente.

Por otra parte, la Constitución no ha querido entrar en la cuestión del tipo o tipos de relaciones jurídicas a través de las cuales puedan vincularse las Administraciones Públicas con su personal; sin embargo, es evidente la prioridad que la Ley Fundamental concede a la figura del funcionario cuando en su art. 103.3 (integrado en el Título IV, «Del Gobierno y de la Administración») dispone que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública...», etc., y, algo más adelante, cuando en su art. 149.1.18^a atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar las «bases... del régimen estatutario de los funcionarios». Por el contrario, no hay ninguna referencia en la Ley Fundamental a la posible contratación laboral a cargo de las Administraciones. Ello no significa, desde luego, que ésta se encuentre vedada, sino simplemente que la Constitución ha realizado una «opción genérica...a favor de un régimen estatutario para los servidores públicos», relegando el régimen laboral a condición excepcional, y exigiendo por tanto que sea la ley la que determine cuándo procede éste régimen (STC 99/1987, de 11 de junio¹³, declaratoria de la inconstitucionalidad del art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto,

en *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001, vol. I, pág. 75.

¹³ Ver también SsTC 57/1982, 47/1989 y 192/1991.

que fue modificada en consecuencia por la Ley 23/1988, de 28 de julio¹⁴).

Dicha modificación legal, que «obligó a frenar en seco» la tendencia laboralizadora de la función pública «y a iniciar un proceso de sentido contrario»¹⁵, determinó que la Ley 30/1984 pasara a establecer en qué concretos casos pueden las Administraciones celebrar contratos de trabajo; a saber: cuando se trate de cubrir «puestos de naturaleza no permanente», o puestos destinados a «satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo», y, más ampliamente, «puestos ... que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño». Esto es, se considera que el personal laboral de las Administraciones es por regla general de carácter no estable o excepcional.

Como se ve, la Ley zanjaba –y sigue zanjando, en cuanto que su art. 15 no ha sido derogado por la reciente LEBEP¹⁶–, el atormentado problema teórico sobre cuándo procede emplear funcionarios y cuándo trabajadores, apartándose de la vieja e influyente interpretación del Consejo de Estado según la cual la opción entre relación administrativa y

¹⁴ Sobre la significación de esta ley en la detención del proceso de laboralización de la función pública, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO, «El personal laboral en el Anteproyecto de Estatuto de la Función Pública», *Tribuna Social*, agosto-septiembre, 1999.

¹⁵ SÁINZ MORENO, Fernando, prólogo al libro de BOLTAINA BOSCH, Xavier, *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, Barcelona, 2005.

¹⁶ En concreto, confirma la vigencia del art. 15.1.c de la Ley 30/1984 la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Por cierto, las SSTS 8 junio 2009 y 29 junio 2010 consideran que dicha resolución «no puede tenerse como norma del ordenamiento jurídico a los efectos de justificar en casación ordinaria una infracción...».

relación laboral era una pura cuestión de técnica organizativa que podía resolverse discrecionalmente por las Administraciones (Dictamen 14 de diciembre de 1960).

La regla general sigue siendo, pues, la de que la Administración actúa a través de funcionarios (de carrera o interinos), de modo que el recurso al trabajo regido por el Derecho laboral continúa siendo legalmente la excepción, aunque en la práctica tenga una enorme amplitud. Como se lee en la Exposición de Motivos de la LEBEP, con palabras que siguen a la jurisprudencia del TC, «por imperativo constitucional» el régimen de contratación laboral «no puede ser...el régimen general del empleo público en nuestro país». Es más, determinados cometidos se atribuyen en exclusiva, y con toda razón, a los funcionarios públicos; tal ocurre con «las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas» (art. 9.2 LEBEP). Ello no obstante, y como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LEBEP, las Administraciones siguen teniendo interés en emplear en determinadas áreas personal laboral, dada la mayor flexibilidad del contrato de trabajo sobre la relación administrativa, que permite utilizar en el sector público criterios de gestión próximos, hasta cierto punto, a los de la empresa privada.

La LEBEP, por su parte, sigue manteniendo, pese a su denominación de apariencia monista («Estatuto del Empleado Público»¹⁷),

¹⁷ La expresión «empleado público», comprensiva de funcionarios y trabajadores, fue también la utilizada por el Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de febrero de 2000. Cfr. ROJO TORRECILLA, Eduardo, «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas», en *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001, vol. I, pág.67.

la dualidad funcionario-trabajador al servicio de las Administraciones; una dualidad en la que se sigue observando la mutua influencia del Derecho administrativo y el Derecho del Trabajo, acentuándose si cabe la impregnación de sentido administrativo o funcional de la relación laboral. En suma, la categoría «empleado público» viene a constituir «un género con dos especies»¹⁸, cuya característica última deriva de la singular naturaleza del ente empleador¹⁹.

En definitiva, la referida dualidad se sigue consolidando, de manera que las Administraciones siguen teniendo a su servicio funcionarios y trabajadores dependientes y por cuenta ajena, acogidos ambos en la fórmula unitaria de «empleados públicos»; fórmula unitaria excesiva pero no del todo retórica, pues hay en el Estatuto de 2007 un considerable tronco jurídico común a funcionarios y trabajadores.

3. LA SINGULARIDAD DE LAS RELACIONES LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las Administraciones pueden contratar como empresarios laborales en cuanto personas jurídicas capacitadas para asumir tal condición (art. 12 ET)²⁰. Su posición jurídica como empleadores se asemeja a la de los empresarios del sector privado pero no es

¹⁸ CARDENAL CARRO, Miguel: «Un estatuto para los empleados públicos», en *El Estatuto básico del Empleado Público*, XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, vol. I, pág. 72.

¹⁹ Como plantea CARDENAL CARRO, Miguel: «Un estatuto para los empleados públicos», cit., pág. 73, cabría hablar más bien de «el Estatuto de la Administración como receptora de servicios».

²⁰ Sobre la personalidad jurídica de las Administraciones, vid. por todos GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª ed., I, cit., págs. 29 y ss. Curiosamente, el art. 1.1 y 2 ET, al referirse al empresario o empleador laboral se olvida de las Administraciones públicas.

completamente igual. En el fondo de esa desigualdad se encuentra la posición de supremacía de las Administraciones, que tiene como contrapartida las limitaciones a que éstas están sujetas en garantía de los intereses generales²¹. En efecto, la Administración que asume el papel de empleadora laboral está sometida al bloque del Derecho del Trabajo (ET, LOLS, LPRL, LISOS, LPL, etc.) y a las normas de la Seguridad Social, aunque con algunas particularidades y excepciones. El art. 7 LEBEP es muy claro en este sentido, cuando dispone que «el personal laboral de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». Con tal redacción, la LEBEP parece que está reconociendo paladinamente que ninguna de sus reglas constituye Derecho del Trabajo, ya que contrapone la legislación laboral al Estatuto del Empleado Público, que formaría parte del Derecho administrativo; sin embargo, cuando la LEBEP enumera los títulos competenciales en los que se funda (Disp. final 1^a) invoca entre ellos el art. 149.1.7^a CE, «por lo que se refiere a la legislación laboral». Y en efecto, la LEBEP entra en numerosas ocasiones a incidir sobre aspectos de la relación laboral entre Administraciones y trabajadores. Así ocurre cuando remite el régimen retributivo del personal laboral a la legislación laboral, convenios colectivos y contratos de trabajo (art. 27), y cuando dispone que «para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente» (art. 51, al que no puede negarse su condición de norma de Derecho del Trabajo, y no de Derecho administrativo, por más que siga oponiendo legislación labo-

²¹ Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 14^a ed., I, cit., págs. 51 y 52, la Administración es *potentior persona*, lo que no impide que «es, con toda frecuencia, menos libre que los particulares».

ral y Estatuto del Empleado Público). Y así ocurre también cuando la LEBEP dispone que los extranjeros comunitarios con residencia legal en España pueden «acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles» (art. 57.4). Lo mismo sucede cuando el art. 93.4 LEBEP remite la regulación del régimen disciplinario del personal laboral a lo dispuesto en el Título VII de la propia LEBEP y, en lo no previsto por él, a la legislación laboral. En fin, la invocación de reglas laborales en la ordenación del trabajo al servicio de las Administraciones se manifiesta también en el hecho de que la LEBEP, al tiempo que dicta normas sobre ordenación de los puestos de trabajo de los funcionarios de carrera (arts. 75 y 76 LEBEP), remite a la legislación laboral la clasificación profesional del personal laboral (art. 77 LEBEP), esto es, básicamente, a las reglas del art. 22 ET y, aunque no sean legislación en sentido estricto, a lo dispuesto en la materia en los convenios colectivos. Igualmente, en materia de provisión de puestos y movilidad la LEBEP dedica un artículo al personal laboral (el 83), y en materia de situaciones administrativas dedica a dicho personal otro precepto (el art. 92)²².

Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores al servicio de las Administraciones se contenían ya en el Derecho anterior a la LEBEP, por más que el legislador quisiera ignorarlas. Recuérdese, en cuanto a esta «ignorancia», cómo el derogado (por la LEBEP) art. 7.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (D. 315/1964, de 7 de febrero) disponía que a los trabajadores contratados en régimen laboral les era «plenamente

²² Ambos preceptos se declaran de aplicación directa al personal laboral de la Administración General del Estado por la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

aplicable» la legislación laboral; en el mismo sentido, el art. 177.2 –aún vigente– del Texto Refundido de Régimen Local (RD Lg 781/1986, de 18 de abril) preceptúa que el régimen del personal laboral es «en su integridad, el establecido en las normas de Derecho Laboral». Lo cierto es, sin embargo, que el Derecho del Trabajo ni se aplicaba entonces ni se aplica ahora «plenamente» o «en su integridad» a los trabajadores al servicio de las Administraciones, que ni se igualaban ni se igualan a los trabajadores del sector privado. La propia naturaleza del singular empleador que es la Administración –que asume deberes y goza de prerrogativas consecuentes con los «intereses generales» cuyo servicio tiene encomendado constitucionalmente (art. 103.1 CE)– y su sometimiento a principios y deberes que no pesan sobre los empresarios privados determinan que la relación laboral del trabajador al servicio de una Administración Pública revista importantes singularidades. Ello ha llevado a la doctrina académica a postular la creación de una relación laboral especial de los trabajadores de las Administraciones²³, y, más radicalmente, a negar la adecuación del contrato de trabajo como instrumento de prestación de servicios a una Administración²⁴. Sin embargo, y desatendidas por el legislador esas propuestas, de lo que hoy cabe hablar es, simplemente, de que tales relaciones laborales son relaciones laborales comunes con peculiaridades²⁵; peculiaridades derivadas de la singular naturaleza de las Administraciones como empleadores laborales.

¿Qué peculiaridades son éstas? Desde hace tiempo, se vienen refiriendo a un conjunto de materias, contractuales y pre-contractuales, que puede sintetizarse así:

²³ LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 477 y ss.

²⁴ GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, cit., págs. 319 y ss.

²⁵ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Madrid, 2010, págs. 507 y 508.

3.1. Limitaciones a la planificación por las Administraciones de sus recursos humanos

Las Administraciones no gozan de la libertad de los empresarios privados (libertad que reconoce el art. 38 CE) para programar sus fines y recabar los medios con que obtenerlos, sino que se encuentran fuertemente vinculadas en su condición de «empleadoras» por exigencias de Derecho público.

Por lo pronto, las Administraciones están sujetas a una serie de principios fundamentales de su actuación entre los que se encuentran el servicio a los intereses generales, la aplicación de los criterios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la objetividad e imparcialidad en el servicio, la eficacia en la planificación, la evaluación y responsabilidad en la gestión y la jerarquía en la atribución y desempeño de las funciones (art. 1.3 LEBEP).

Además, las Administraciones Públicas han de planificar sus propios recursos humanos sujetándose a normas de estricto Derecho administrativo (sin perjuicio de que puedan complementarse eventualmente con normas de Derecho privado, como ocurre cuando la Administración celebra contratos de trabajo). Un específico y cualificado instrumento de la planificación administrativa de los recursos humanos son las Ofertas de Empleo Público que anualmente deben aprobar los órganos de gobierno de las distintas Administraciones Públicas (art. 70 LEBEP), sobre la base de la existencia de las oportunas dotaciones presupuestarias²⁶. Asimismo, cada Administración

²⁶ Como dice el art. 7 del RD 364/1995, de 10 de marzo (Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado), «las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de oferta de empleo público, siempre que exista crédito presupuestario y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio». Cfr. también art. 18.4 de la Ley 30/1984 (derogado por LEBEP).

debe constituir su Registro de personal²⁷ (funcionarial y laboral), en los términos previstos en el art. 71 LEBEP, y ha de estructurar la organización de ese personal a través de las relaciones de puestos de trabajo (art. 74 LEBEP).

En el empleo de trabajadores por las Administraciones Públicas habría que distinguir, pues, entre el puro contrato de trabajo –regido por el Derecho del Trabajo pero con modalidades introducidas por leyes de contenido básicamente administrativo (un contrato laboral funcionarizado en ciertos aspectos)– y el marco organizativo, jurídico-administrativo, en las que esa contratación laboral se inscribe: los Planes dedicados a analizar las necesidades y disponibilidades de personal, las ofertas públicas de empleo, las convocatorias de concursos, las medidas de movilidad y de promoción interna, etc. (art. 69 LEBEP)²⁸.

La distinción entre contrato de trabajo y procedimientos de selección del personal laboral tiene su reflejo bien conocido en la diferente atribución jurisdiccional de los respectivos litigios: mientras que los pleitos contractuales son conocidos por los órganos del orden social de la Jurisdicción, de conformidad con lo previsto en el art. 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, las cuestiones litigiosas suscitadas en el proceso de convocatoria y selección del personal laboral constituyen materias «separables» cuya decisión compete al orden jurisdiccional contencioso-adminis-

²⁷ Vid. art. 13.1 de la Ley 30/1984 (no derogado por LEBEP).

²⁸ Preceptos que se incluyen en el Título V de la LEBEP, y son de aplicación directa para la Administración del Estado (salvo su Capítulo III, relativo a provisión de puestos y movilidad) como indica la Instrucción 1.1^º de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

trativo. Como escriben Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, «antes de llegar al contrato y a su contenido, por muy privado que éste sea, hay que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de inequívoco carácter administrativo y rigurosamente regulados por el Derecho administrativo»; actos «perfectamente separables del contrato mismo que se perfecciona después de ellos»²⁹.

La LEBEP contiene una serie de preceptos en los que el entrecruzamiento de las normas administrativas y las laborales es patente. Tal ocurre con las reglas sobre provisión de puestos de trabajo y movilidad en el sector de la función pública (arts. 78 a 81) y en el sector del empleo en régimen laboral, respecto del cual el art. 83 fija un doble sistema: primero, el que establezca el convenio colectivo aplicable, y, subsidiariamente, el mismo sistema establecido para la provisión de puestos y movilidad de los funcionarios de carrera y articulado a través de la convocatoria de concursos y la libre designación con convocatoria pública (arts. 79 y 80). Es éste uno de los supuestos en que se advierte de modo más claro el peso del fenómeno de la «funcionarización» del personal laboral de las Administraciones.

Otra muestra de ese entrecruzamiento de órdenes normativos es la regulación por la LEBEP de las distintas situaciones administrativas de los funcionarios de carrera –servicio activo, servicios especiales, excedencias y suspensión de funciones–, con remisión para el personal laboral a lo dispuesto en el ET y en la negociación colectiva, aunque añadiendo una regla que crea cierta inseguridad: la de que los convenios colectivos pueden declarar aplicables las normas de la LEBEP sobre situaciones administrativas al personal laboral «en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores» (art. 92 LEBEP).

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., pág. 62.

Así, por ejemplo, no sería aplicable, por no coincidir con el art. 46.3 ET, la disposición del art. 89.4 LEBEP a cuyo tenor la reserva de puesto de trabajo en caso de excedencia debida a motivos familiares tiene una duración mínima de dos años, mientras que el ET distingue entre el primer año de excedencia, dentro del cual existe reserva estricta del mismo puesto de trabajo, y el tiempo que exceda de ese año, durante el cual la reserva es menos estricta pudiendo ir referida no al mismo puesto que se viniera ocupando sino a cualesquiera puestos de trabajo del mismo grupo profesional o categorías equivalentes.

3.2. Peculiaridades de los procedimientos de selección por las Administraciones de los trabajadores a su servicio

Como ya se ha indicado, para contratar trabajadores, las Administraciones Públicas han de acudir a procedimientos formalizados de selección (arts. 55 y ss. LEBEP³⁰), llevados a cabo directamente por los órganos específicamente previstos por la Ley (art. 60 LEBEP)³¹.

Aunque los términos tajantes de la LEBEP encomendando la selección del perso-

³⁰ Dichos preceptos se incluyen en el Título IV de la LEBEP, de aplicación directa para la Administración del Estado, como indica la Instrucción 1.1^º de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. La Instrucción 5 de la citada Resolución declara de directa aplicación los siguientes preceptos de la LEBEP relativos al personal laboral: art. 57.4 (acceso de los extranjeros a las Administraciones como personal laboral), arts. 60 (órganos de selección) y 61.7 (sistemas selectivos del personal laboral).

³¹ *Vid.*, sobre selección del personal laboral de la Administración General del Estado, el Título II del RD 364/1995, de 10 de marzo (Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado).

nal laboral a las propias Administraciones convocantes (art. 55.2)³² parecen incompatibles con la acción intermediadora de otros entes, diversas normas autonómicas y convenios colectivos vienen permitiendo la mediación de las Oficinas de Empleo –mediación que algún sector doctrinal quiso extender a las agencias privadas de colocación– respecto de la contratación temporal de trabajadores por las Administraciones³³.

El reciente RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, confirma la exclusión de éstas cuando establece en su Disposición adicional 2^a que «en los supuestos en los que las normas que regulen los procedimientos para la selección de personal de carácter temporal al servicio de las administraciones públicas permitan acudir a los servicios públicos de empleo, éstas utilizarán exclusivamente los servicios de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas o, en su caso, del Servicio Público de Empleo Estatal».

Por otra parte, la Disp. adicional 5^a de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que prohibía la contratación a través de

³² El citado precepto dispone que «Las Administraciones Públicas (...) seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales [de igualdad, mérito y capacidad]». En el mismo sentido se pronunciaba el derogado art. 19.1 de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública: «Las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya funcionario, ya laboral (...) mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad». También respecto de la Administración Local se dispone que «el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación» (art. 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local).

³³ *Cfr.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 184 y ss., condicionando la mediación de las agencias privadas a la supervisión por la Administración contratante.

empresas de trabajo temporal, salvo para servicios eventuales (encuestas, toma de datos, etc.) ha quedado derogada por la liberalizadora Disp. adicional 4ª de la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal (introducida por la Ley 35/2010), que suprime a partir de 1 de abril de 2011 «todas las prohibiciones o limitaciones actualmente vigentes», con excepción de las fijadas en la propia Ley 14/1994.

Asimismo juegan un considerable papel en la materia las «bolsas de trabajo» creadas por la negociación colectiva³⁴.

La selección del personal laboral por las Administraciones se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 55.1 LEBEP), aunque en rigor la Constitución predique esos principios (en concreto, los de mérito y capacidad: art. 103.3 CE) sólo respecto de la selección de los funcionarios públicos. La posición de la LEBEP coincide en este punto con la que mantenía la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que extendía los citados principios a la selección tanto de funcionarios como de trabajadores (art. 19.1, actualmente derogado por la LEBEP), y con la que sigue manteniendo el vigente art. 91.2 de la Ley 77/1985, de Bases del Régimen Local, que también impone esos principios para la selección de «todo el personal, sea funcionario o laboral». Asimismo se exige la publicidad en las convocatorias de plazas (art. 55.2.a LEBEP, en el mismo sentido que lo hacía el citado art. 19.1 de la Ley 30/1984).

La LEBEP, manteniendo estos criterios relativos al acceso al empleo público, establece una serie de reglas comunes sobre el ingreso de funcionarios y trabajadores en las Administraciones; reglas que, evidentemente, no se exigen para la contratación laboral

en el sector privado. La Ley reitera así que el acceso al empleo público se rige por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 55.1), aplicables a la selección del «personal funcionario y laboral» (art. 55.2)³⁵. Este último precepto añade media docena más de principios, también comunes a los procedimientos de selección de funcionarios y trabajadores: a) el ya aludido de publicidad de la convocatoria y sus bases; b) transparencia; c) imparcialidad y profesionalidad de los miembros del órgano seleccionador; d) independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; e) adecuación entre los procesos selectivos y las funciones a desarrollar; y f) agilidad de los procesos de selección, sin perjuicio de la objetividad que debe presidirlos.

El establecimiento de sistemas formalizados de selección para el ingreso en el empleo público se traduce en la fijación de unas reglas sobre los órganos que han de llevar a cabo los correspondientes procesos y sobre los procedimientos selectivos mismos; exigencias que no acoge con carácter general el Derecho del Trabajo, aunque sí lo hagan muchos convenios colectivos, influidos por el ejemplo del sector público.

Los órganos de selección tanto del personal funcional como del laboral han de ser colegiados, tendiendo a la paridad de mujeres y hombres, y han de basarse en los principios de imparcialidad y profesionalidad, sin que puedan formar parte de ellos el personal de elección o designación política, ni los funcionarios interinos y personal eventual (art. 60.2 LEBEP). El art. 61.7 de esta Ley prevé la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan la intervención sindical en los procesos selectivos.

Los procedimientos de selección de funcionarios y trabajadores fijos (no referidos,

³⁴ DE SANDE PÉREZ-BIEDMA, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, cit., págs. 254 y ss.

³⁵ Sobre la aplicación de dichos principios, *vid.* SSTS de 14 diciembre 2009, y 4 febrero y 10 marzo 2010.

pues, a los de carácter temporal: art. 61.7 LEBEP³⁶) son coincidentes; a saber, los de oposición y concurso-oposición, y excepcionalmente concurso de méritos (art. 61.6 y 7 LEBEP). Dichos procedimientos tienen «carácter abierto» a toda persona legitimada –sin perjuicio de las promociones internas y las acciones positivas previstas en la propia LEBEP³⁷– y en ellos ha de velarse especialmente por la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 61.1). La contratación de trabajadores temporales puede tener lugar mediando otro tipo de procesos de selección, sin perjuicio de que éstos necesariamente habrán de cumplir los requisitos establecidos en el art. 55 LEBEP (igualdad, mérito y capacidad, etc.)³⁸.

Requisitos comunes para participar en los procesos selectivos para adquirir la condición de funcionario y para ser contratado en régimen laboral, cualquiera que sea la modalidad contractual, por una Administración son:

– Poseer la nacionalidad española. También pueden acceder a las Administraciones Públicas «en igualdad de condiciones que los españoles» como personal laboral (art. 57.4 LEBEP) los extranjeros comunitarios así como los no comunitarios con residencia legal (y, se sobreentiende, con autorización de trabajo³⁹) en España. Igualmente pueden ser

trabajadores al servicio de las Administraciones los extranjeros, cualquiera que sea su nacionalidad, que sean cónyuges (no separados de derecho) de españoles o nacionales de otros Estados de la UE, y los descendientes de éstos y de sus cónyuges (no separados de derecho) cuando sean menores de 21 años o mayores en situación de dependencia (art. 57.2 LEBEP). Surge aquí la duda sobre si dichos extranjeros tienen vedada la posibilidad –como ocurre para acceder a la condición de funcionarios– de ocupar puestos laborales que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en funciones que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado u otras Administraciones Públicas. A nuestro juicio, dicha prohibición –que, como tal, ha de entenderse en sentido restrictivo– sólo reza para adquirir la condición de funcionario público (art. 57.1 LEBEP), y en tal sentido sólo impide a los extranjeros ser jueces, magistrados y fiscales, inspectores de trabajo o de finanzas, abogados del Estado o de la Administración de la Seguridad Social, diplomáticos, etc. A favor de esta interpretación está la cláusula del art. 57.1 LEBEP que dispone que, a efectos de dar cumplimiento a la referida prohibición, «los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios (...) a las que no pueden acceder los nacionales de otros Estados»⁴⁰. Por el contrario, el acceso de los extranjeros a puestos laborales en las Administraciones sólo se condiciona legalmente a que sean

³⁶ La limitación de los citados sistemas selectivos al personal laboral fijo contrasta con el tenor del derogado art. 19.1 de la Ley 30/1984, que extendía la aplicación de tales sistemas a todo el personal laboral.

³⁷ La promoción interna de los funcionarios y la promoción del personal laboral (esta última con reenvío al ET y a la negociación colectiva) aparecen reguladas respectivamente en los arts. 18 y 19 LEBEP. Entre las «medidas de discriminación positiva» a las que alude el art. 61.1 LEBEP se encuentra la obligada reserva en las ofertas de empleo público de un cupo no inferior al 5% de las vacantes a favor de personas discapacitadas (art. 59 LEBEP).

³⁸ En el mismo sentido, art. 37 del RD 364/1995, de 10 de marzo (Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado).

³⁹ De acuerdo con lo ordenado en el primer inciso del art. 36.1 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos

y libertades de los extranjeros en España y su integración social (redactado por LO 2/2009, de 11 de diciembre): «Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa para residir y trabajar».

⁴⁰ El art. citado art. 57.1 LEBEP se remite a las «agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76» de la propia Ley. Dicho art. 76 enumera los «grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera»; grupos a los que es ajeno el personal laboral de las Administraciones, cuya clasificación profesional se encomienda a la legislación laboral (art. 77 LEBEP).

nacionales de Estados de la Unión Europea, o cónyuges o descendientes de españoles o nacionales de dichos Estados en los términos antes aludidos, o extranjeros extracomunitarios con residencia legal (y con autorización de trabajo) en España.

– Tener la «capacidad funcional» precisa para el desempeño del puesto de trabajo. Quiere con ello decirse que el aspirante a participar en el proceso selectivo ha de poseer la capacidad laboral –aptitud psicofísica y competencia técnica– exigida por el puesto de trabajo que pretende desempeñar, esto es, ha de estar «debidamente capacitado», como dice el art. 56.2 LEBEP. Por cierto, este precepto añade una exigencia adicional de capacitación, formulada de un modo que parece deliberadamente confuso: «Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales». ¿Qué significa este precepto? ¿Que en dichas Comunidades (Cataluña, País Vasco, Galicia, Comunidad Valenciana e Islas Baleares) los aspirantes a empleados públicos habrán de acreditar el conocimiento del castellano y de la otra lengua oficial? ¿O que habrá un cupo específico para empleados bilingües? El art. 54.11 LEBEP añade un nuevo dato al disponer que los empleados públicos «garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio». Obsérvese que este precepto no obliga directamente al empleado público a atender en la lengua autonómica al administrado, sino, matizadamente, a garantizar tal atención (garantía que quedaría cumplida si el empleado remitiera al administrado a otro empleado público conocedor de dicha lengua; en tal caso, sería en realidad la Administración y no el empleado la que estaría obligada a garantizar la atención del ciudadano en la lengua autonómica). Lo cierto es que, aunque las lenguas españolas distintas del castellano son tam-

bién oficiales en sus respectivas Comunidades Autónomas, el art. 3 de la CE sólo impone a todos los españoles el deber de conocer el castellano, no existiendo el deber de conocer otras lenguas (STC 82/1986 y 84/1986, ambas de 26 de junio). Pese a ello, se viene considerando que la exigencia del conocimiento de una lengua propia para acceder al empleo público no viola el principio de igualdad consagrado en los arts. 22.3 y 139.1 CE ni constituye discriminación, siempre que tal conocimiento venga exigido por la naturaleza del puesto a cubrir. La propia jurisprudencia constitucional entiende que la exigencia de ese conocimiento puede venir integrada en el principio de mérito y capacidad acogido en el art. 103.3 CE (SsTC 76/1983, de 5 de octubre, 82/1986, de 26 de junio, y 46/1991, de 28 de febrero)⁴¹. El art. 61.2 LEBEP prevé la posibilidad de que las pruebas selectivas incluyan «la comprobación del dominio de lenguas extranjeras», pero nada dice acerca de tal comprobación respecto de la lengua propia de la Comunidad Autónoma, que, parece, podrá constituir mérito adicional, pero no suficiente para decidir por sí mismo el resultado de la prueba (art. 61.3). En definitiva, el aspirante a empleado público en una Comunidad Autónoma con lengua oficial propia puede aportar como mérito adicional el conocimiento de dicha lengua, sin que la apreciación de ese mérito constituya un caso de discriminación en el empleo por razón de «lengua dentro del Estado español», proscrita en el art. 17.1 ET.

– Tener cumplidos los 16 años (la edad se anticipa en dos años a la mayoría de edad prevista con carácter general en el art. 12 CE y reiterada en el ET para alcanzar la plena capacidad contractual laboral) y no haber alcanzado la edad máxima de jubilación forzosa. Esta última regla parece referirse sólo a los funcionarios, ya que sólo respecto de ellos se prevé la jubilación forzosa por cumpli-

⁴¹ GARCÍA TORRES, J., «Lengua oficial (Dº Constitucional)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. A. Montoya Melgar), Madrid, 1995, t. III, págs. 3969-3971.

miento de edad (art. 67.1.b y 3) y se dice que su «jubilación total» es causa de pérdida de la condición de funcionario de carrera (art. 63.c). Al no contener la LEBEP disposición alguna sobre el cese del personal laboral por cumplimiento de la edad de jubilación, ha de entenderse que ésta se rige por las normas laborales comunes, de manera que el trabajador al servicio de la Administración tendrá derecho a jubilarse al cumplir esa edad, pero no obligación de hacerlo, salvo lo previsto en la Disp. adicional 10ª ET⁴².

– No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de una Administración Pública, órgano constitucional (Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, etc.) u órgano estatutario (Parlamentos autonómicos, etc.) ni hallarse inhabilitado judicialmente para el desempeño de funciones iguales o similares a las que viniera ejerciendo. La regla es común a funcionarios y trabajadores, ya que el régimen disciplinario de unos y otros se encuentra unificado en el Título VII de la LEBEP; sin embargo, el cese disciplinario del trabajador de la Administración presenta alguna particularidad tanto frente al régimen de separación del servicio del funcionario como al de despido disciplinario común. De ello tratamos más adelante.

– Poseer la titulación exigida para el desempeño del puesto de trabajo (art. 56.1.e).

– En fin, el art. 56.3 LEBEP permite que puedan exigirse (se supone que en la convocatoria del proceso selectivo) «otros requisitos específicos», siempre que «guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones

asumidas y las tareas a desempeñar» y se establezcan no *ad personam* sino «de manera abstracta y general». Uno de estos requisitos podría ser, como dijimos anteriormente, el conocimiento de la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma. Es evidente que la fijación de estos requisitos específicos puede ser causa de litigiosidad acerca de su carácter objetivo y su real necesidad para el desempeño del puesto de trabajo.

Efectuado el procedimiento de selección, los candidatos seleccionados adquieren la condición de trabajadores de la Administración al celebrar el oportuno contrato laboral con ésta. La LEBEP omite esta obvia regla, remitiéndose implícitamente a lo dispuesto en el ET, y sólo se preocupa de regular la adquisición de la condición de funcionario de carrera, centrada en los actos de nombramiento y toma de posesión (art. 62).

La Disp. Trans. 2ª de la LEBEP incluye una regla específica sobre participación en procesos selectivos de promoción interna del personal laboral fijo que venga desempeñando funciones de personal funcionario o haya accedido a su desempeño mediante prueba de selección o promoción anterior a la entrada en vigor de la LEBEP (el 13 de abril de 2007). Dicho personal podrá participar en los procesos de promoción interna a través de concurso-oposición en los Cuerpos y Escalas a los que se hallen adscritos, siempre que tengan la titulación y demás requisitos precisos. En tales procesos selectivos se valorarán como méritos los servicios prestados como personal laboral fijo así como las pruebas selectivas superadas para acceder a dicha condición. Las Instrucciones aprobadas por Resolución de la Secretaría General para la Administración Pública de 21 de junio de 2007 explican la anterior norma –que consideran «de directa aplicación» al ámbito de la Administración General del Estado–, afirmando pedagógicamente que dicho sistema de promoción interna se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la sentencia 38/2004, de 11 de marzo.

⁴² Recuérdese que tal Disposición establece que los convenios colectivos pueden determinar la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre que ello obedezca a objetivos de política de empleo y el trabajador cumpla los requisitos para devengar la pensión contributiva de jubilación.

Por su parte, la Disp. trans. 4ª de la LEBEP prevé la estabilización del personal temporal mediante «convocatorias de consolidación de empleo»; previsión que parece referida tanto a los funcionarios interinos como al personal laboral con contrato de duración determinada.

3.3. El régimen de incompatibilidades de los empleados públicos como garantía del interés general

Otro rasgo peculiar del régimen de los trabajadores al servicio de las Administraciones viene siendo la existencia de incompatibilidades legales con el desempeño de la actividad en el sector público. Aunque el art. 103.3 CE refiere «el sistema de incompatibilidades» exclusivamente a los funcionarios públicos, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁴³ extiende su ámbito de aplicación genéricamente al «personal» de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, Seguridad Social, etc., «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo» (art. 2.2), incluyendo por tanto al personal laboral⁴⁴. El régimen de incompatibilidades, no afectado por la LEBEP, obedece al principio «de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a

⁴³ Desarrollada por RD 598/1985, de 30 de abril. Cfr. TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier, «El Derecho del Trabajo en la función pública: consecuencias de la Ley de Incompatibilidades», REDT, 1991, N.º 50.

⁴⁴ En este sentido, SsTS/CA 17 de noviembre de 1987, 7 de diciembre de 1987 y 15 de febrero de 1999. La Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, reitera en su Instrucción 14 la inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984 del personal funcionario y laboral de todos los Organismos Públicos, fundaciones y consorcios.

un solo puesto de trabajo» (E. de M. de la Ley 53/1984), principio inspirado en la «satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos» y en «la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio», como dice actualmente el art. 53.2 LEBEP al relacionar los que llama «principios éticos» de la actuación de los empleados públicos.

Esta exigencia de incompatibilidad contrasta con el régimen contenido en la legislación laboral, en la que se otorga prioridad al derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 ET, consagrándose lo que se ha denominado «la libertad de pluriempleo como regla general»⁴⁵; recuérdese cómo el art. 21 ET se limita a prohibir el trabajo para diversos empresarios cuando constituya «concurrencia desleal» o cuando se haya celebrado un pacto de «plena dedicación» con la oportuna compensación económica⁴⁶.

3.4. Limitaciones en la determinación de las retribuciones

En materia salarial viene rigiendo la regla de que el incremento de la masa salarial correspondiente al personal laboral de las Administraciones ha de fijarse anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado⁴⁷; regla reiterada por el

⁴⁵ La expresión en GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, cit., págs. 229 y ss.

⁴⁶ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *et al.*, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 8ª ed., Thomson Reuters/Civitas, 2010, págs. 229 y ss.

⁴⁷ «Una práctica habitual desde la ley 44/1983, de Presupuestos Generales del Estado para 1984», como recuerda LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 402 y ss. *Vid.* sobre las retribuciones de los funcionarios y personal laboral del sector público estatal,

art. 21 LEBEP, que prohíbe expresamente la superación de los límites presupuestarios. Con esta salvedad, que revela las limitaciones que pesan sobre las Administraciones como empleadores en comparación con los empresarios del sector privado, el régimen retributivo del personal laboral de las Administraciones se rige por la legislación laboral, los convenios colectivos y contratos individuales de trabajo, tal y como dispone el art. 27 LEBEP.

3.5. Peculiaridades en la aplicación del principio de estabilidad en el empleo

El principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores al servicio de las Administraciones no alcanza la plenitud del derecho a la inamovilidad del funcionario de carrera, reconocido hoy en el art. 14.a) LEBEP. Tal inamovilidad significa que el funcionario de carrera sólo puede perder esta condición por las causas tasadas en la Ley, a saber: renuncia, pérdida de la nacionalidad, jubilación total, separación disciplinaria del servicio y pena de inhabilitación para cargo público. Por el contrario, la relación laboral del trabajador al servicio de las Administraciones puede extinguirse por cualquiera de las trece causas enumeradas en el art. 49 del ET. Una de ellas –el despido disciplinario– recibe una regulación específica en la LEBEP, respecto de la que el ET opera supletoriamente; las demás causas de extinción quedan silenciadas en la LEBEP, siendo por tanto de aplicación el ET; ello con independencia de que algunas de las causas reguladas en el ET –así, la muerte, jubilación o incapacidad del empresario– no tengan posible aplicación en el sector público, y otras –despido colectivo, por causas objetivas o por fuerza mayor–

respectivamente, los arts. 26 y 27 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

resulten de difícil aunque no imposible aplicación en dicho sector⁴⁸.

Al margen de la LEBEP, la estabilidad del trabajador al servicio de una Administración viene conociendo alguna otra especialidad, centrada en las consecuencias que se asignan a los contratos temporales fraudulentos o, en general, viciados por alguna grave irregularidad.

Dando por supuesto que las Administraciones públicas están legitimadas para celebrar contratos de trabajo de duración determinada –el art. 11.1 LEBEP admite que el personal laboral de dichas Administraciones sea contratado en «cualquiera de las modalidades...previstas en la legislación laboral»–, y aceptando también que las Administraciones no deben gozar de patente de corso para incumplir las reglas sobre causalidad de la contratación temporal, se ha planteado el problema de si el contrato de trabajo temporal suscrito irregularmente por una Administración pública atrae o no sobre sí la presunción de que es un contrato indefinido, de acuerdo con lo previsto en los arts. 8.2 y 15.3 ET⁴⁹. La aceptación de tal conversión –como se denunciaba con razón– hubiera implicado dotar de fijeza al trabajador eludiendo un proceso selectivo en el que se valoraran la capacidad y méritos del concursante. Una ingeniosa aunque discutida doctrina del TS resolvió el problema distinguiendo entre los conceptos de «relación indefinida» y «puesto

⁴⁸ Sobre el posible juego de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en la extinción del contrato del empleado público, *vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 380 y ss., y DE SANDE PÉREZ-BIEDMA, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, cit., págs. 425 y ss.

⁴⁹ Cfr. al respecto ALZAGA RUIZ, Icíar: «Las irregularidades esenciales en la contratación laboral temporal por las Administraciones Públicas a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitarias», en *El Estatuto básico del Empleado Público*, XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, vol. I, cit., págs. 423 y ss.

de trabajo fijo»; unos conceptos que en nuestro Derecho han sido tradicionalmente sinónimos. Para esa doctrina jurisprudencial, de las que son ejemplo las SSTs de 20 de enero y 27 de marzo de 1998, el contrato temporal irregular no transformaría al trabajador en fijo o permanente, sino que meramente convertiría en indefinida la relación⁵⁰. Tal distinción supondría que mientras que el trabajador fijo posee estabilidad en el empleo, el de carácter indefinido cesaría en su puesto cuando éste fuera cubierto por otra persona a través del procedimiento selectivo legalmente previsto⁵¹. Aunque en la legislación laboral no existe base para distinguir entre fijeza e indefinición contractuales (así, el art. 15.1 ET no ofrece más alternativas que el contrato por tiempo indefinido y el de duración determinada⁵²), el art. 11.1 LEBEP, sin duda bajo el

influjo de la referida jurisprudencia, ha acogido la tríada de contrato laboral «fijo, por tiempo indefinido o temporal»⁵³.

Dado que la situación del trabajador temporal se asimila por el propio Tribunal Supremo a la del interino que presta servicios para la Administración en tanto no se resuelve el correspondiente proceso de selección, la aplicación del art. 4.2 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el art. 15 ET, llevaría a considerar que la duración del contrato no podría exceder la del proceso selectivo, de modo que concluido éste se extinguiría aquél. Hay que interpretar que igualmente se extinguirá el contrato en tal supuesto aunque el trabajador hubiera superado el plazo de 24 meses de contratación, pues en tal caso la adquisición de la fijeza no rige para los trabajadores interinos (art. 15.5 ET, adaptado al ámbito de las Administraciones Públicas por la Disp. adic. 15ª del propio ET⁵⁴); por añadidura, el

⁵⁰ Sobre la distinción entre trabajador fijo de plantilla e indefinido, más recientemente, SSTs 12 diciembre 2008 y 19 enero 2009. Para la diferenciación entre trabajador indefinido no fijo y trabajador interino, STS 16 septiembre 2009.

⁵¹ La bibliografía sobre este tema es copiosa. *Vid.* por todos GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, cit., págs. 213 y ss.; LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo et al., *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1993; ALZAGA RUIZ, Iciar, *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, Madrid, 2000, págs. 119 y ss.; SEMPERE NAVARRO, Antonio-Vicente y QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Navarra, 2003; DE SANDE PÉREZ-BIEDMA, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Valladolid, 2006, págs. 294 y ss.; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, «Aspectos diferenciales entre el régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración Pública y el régimen laboral común. En especial, las consecuencias de la contratación laboral temporal irregular», en *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001, vol. I, págs. 381 y ss. También, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *La temporalidad en el empleo en el sector público*, Informe 3/2004, Madrid, 2005.

⁵² El Texto Refundido de Régimen Local (RDLg 781/1986) sólo distingue entre contratos laborales «por tiempo indefinido» y «de duración determinada» (art. 177.2).

⁵³ Más la referencia al «personal directivo profesional» de carácter laboral (art. 13 LEBEP).

⁵⁴ La vigente redacción de ambos preceptos se debe a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, en MONTOYA, A. y CAVAS, F. (Dirs.): *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo* Thomson Reuters/Civitas, 2011, págs. 49 y ss. La Disp. adicional 15ª ET, redactada por dicha Ley, extiende los efectos del art. 15.5 a las relaciones laborales concertadas por las Administraciones Públicas y sus «organismos públicos vinculados o dependientes», pero haciendo una importante salvedad: «sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público». Por ello, la citada disposición establece que el hecho de que el trabajador supere los 24 meses de contratación en un período de 30 meses mediante dos o más contratos temporales (art. 15.5 ET) «no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable». En definitiva, frente a lo que dispone con carácter general el art. 15.5, el trabajador de la Administración que cumpla el supuesto previsto en dicho precepto no adquirirá la con-

art. 49.1.c del ET exceptúa expresamente a los contratos de interinidad del derecho del trabajador a una indemnización por finalización del contrato. Esta solución parece en principio contradictoria con la doctrina del TJCE, cuya sentencia de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04, Marrosu y Sardino) sostiene que aunque la Administración no está obligada, como lo están los empresarios privados, a transformar contratos laborales abusivos en contratos indefinidos, la legislación nacional debe incorporar medidas alternativas para evitar y, en su caso, sancionar el abuso. Con todo, hay que advertir que la citada sentencia no obliga a que la legislación fije específicamente una indemnización a favor del trabajador, sino que deja abierta la posibilidad de una reacción meramente punitiva o sancionadora («otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo...de sucesivos contratos de duración determinada»); reacción que, por cierto, ya prevé genéricamente nuestro Ordenamiento (art. 4.1.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que extiende la acción inspectora a las empresas y centros de

dición de fijo, a no ser que la obtenga superando el oportuno proceso selectivo regido por las condiciones de igualdad, mérito y capacidad. Como establece en su nueva redacción la citada Disp. adicional 15ª ET, «el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo». Por otra parte, la regla del artículo 15.1.a) ET según la cual la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados es de tres años prorrogables por uno más, no es de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos ni a los contratos de trabajo previstos en la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, o en otras normas legales, siempre que tales contratos estén vinculados a un proyecto de investigación o de inversión de duración superior a tres años. Tampoco se aplica a los contratos previstos en esta LO lo dispuesto en el art. 15.5 ET.

trabajo «directamente regidos o gestionados por las Administraciones públicas»⁵⁵.

3.6. Derechos de los trabajadores al servicio de Administraciones Públicas

El legislador, aun remitiéndose en general al modelo laboral de derechos y obligaciones, ha optado por la «funcionarización» de ciertos aspectos del estatuto jurídico de los trabajadores de las Administraciones. Así lo anuncia claramente el art. 7 LEBEP cuando, al expresar cuál es la «normativa aplicable al personal laboral» dispone que éste «se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan».

3.6.1. Derechos individuales

Las Administraciones deben respetar el estatuto jurídico básico de los empleados públicos, estatuto común en buena parte a funcionarios y trabajadores y en el que se entrecruzan las resonancias administrativas y las laborales. En esta crucial materia, la LEBEP ha preferido fijar una tabla de derechos de los trabajadores al servicio de las Administraciones en lugar de remitirse, como hubiera podido hacer, a los establecidos en la legislación laboral⁵⁶, que, no obstante, es de

⁵⁵ La dirección de la inspección de centros regidos o gestionados por la Administración del Estado corresponde a la Dirección Especial adscrita Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en delegación de ella, a los jefes de las Inspecciones Provinciales (arts. 47.9, 53.2d y 58.1.4º del RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

⁵⁶ Esa tabla de derechos está incluida en el Capítulo I del Título III de la LEBEP, de aplicación directa para la Administración del Estado, como indica la Instrucción 1.1ª de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la

aplicación supletoria (art. 7 LEBEP). Así, el importante art. 14 de la LEBEP enumera hasta dieciséis «derechos individuales» (enumeración no exhaustiva, pues añade una última referencia «a los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico», dentro de los que deben entenderse comprendidos los que el ordenamiento laboral reconoce a los trabajadores asalariados), de los cuales sólo el primero —el derecho a la inamovilidad— se atribuye en exclusiva a los funcionarios de carrera. Los otros quince derechos, repetimos, son, en su casi totalidad, comunes a trabajadores y funcionarios, teniendo muchos de ellos, tal como hemos indicado, claros homólogos en los derechos reconocidos por la legislación laboral; sólo muy excepcionalmente se encuentra algún derecho exclusivo de los trabajadores (y de los funcionarios) al servicio de las Administraciones⁵⁷.

– Derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas (art. 14.b LEBEP), que encuentra su correspondencia en el derecho a la ocupación efectiva del art. 4.2.a ET. Ese «desempeño» o prestación queda sometido a un control o «evaluación» que se corresponde en términos generales con las medidas de control contempladas en el art. 20.3 ET. No obstante, la LEBEP impone expresamente a esos sistemas de evaluación del trabajo de los empleados públicos (sean funcionarios o trabajadores) ciertos requisitos: transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, y respeto de los derechos de los empleados (art. 20.2); requisitos de obligado cumplimiento por las Administraciones en cuanto

Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

⁵⁷ Vid. SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa: «Derechos y deberes de los empleados públicos», en *El Estatuto básico del Empleado Público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, vol. II, págs. 17 y ss., así como las comunicaciones a dicha ponencia.

sujetas al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 CE. Esa exigencia expresa para el sector público no quiere decir, obviamente, que los empresarios privados tengan libertad para discriminar o vulnerar los derechos de sus trabajadores.

– Derecho a la progresión en la carrera profesional y a la promoción interna (art. 14.c LEBEP). Tal derecho que, en principio, podría entenderse conectado con el derecho a la promoción consagrado en el art. 4.2.b ET, tiene sin embargo la peculiaridad de que en la LEBEP se refiere a la «carrera profesional» y se sujeta expresamente a los principios de igualdad, mérito y capacidad, característicos del acceso a la condición de funcionario público, que han de ser asegurados «mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación». La LEBEP dedica tres artículos (16 a 18) a la carrera profesional de los funcionarios de carrera, pero reconoce también expresamente al personal laboral el derecho a la promoción profesional (art. 19.1), remitiendo al ET (remisión que ha de entenderse hecha básicamente a los arts. 23 y 25) y a la negociación colectiva la regulación de dicha promoción profesional.

– Derecho a las retribuciones e indemnizaciones correspondientes al servicio [art. 14.d LEBEP], que se corresponde claramente con el derecho al salario y a eventuales indemnizaciones reconocido en el art. 4.1.f) ET y regulado en el art. 26 y ss. ET. Recuérdese que el crecimiento de la masa salarial de los trabajadores del sector público está limitado por lo que disponen las Leyes de Presupuestos (art. 21 LEBEP). Con esta limitación, el régimen retributivo de los trabajadores de las Administraciones Públicas se remite a lo que disponen el ET y la negociación colectiva e individual (art. 27 LEBEP). La LEBEP insiste en unas reglas que vienen ya rigiendo en el sector privado: una, relativa a las aportaciones para previsión social complementaria —planes de pensiones y contratos de seguros colectivos— a las que se les reconoce la con-

dición de retribuciones diferidas (art. 29), y otra que dispone que durante la situación de huelga se suspende la retribución, aunque esta suspensión no tenga carácter de multa de haber ni afecte negativamente al régimen de prestaciones sociales (art. 30). Tales reglas coinciden con las que rigen en la legislación laboral: en efecto, la suspensión de la relación laboral a causa de huelga está prevista en el art. 45.1.1 ET, la prohibición de las multas de haber se contiene en el art. 58.3 ET, y la situación de huelga como asimilada al alta se encuentra prevista, para el Régimen General de la Seguridad Social, en el art. 125.1 LGSS. En fin, la Disp. trans. 1ª de la LEBEP incluye una regla de garantía *ad personam* que recuerda a las similares contenidas tradicionalmente en la negociación colectiva laboral; en tal sentido, la indicada Disposición establece que la nueva legislación (el Estatuto del Empleado Público y su desarrollo normativo) no podrá suponer la reducción de los derechos económico-retributivos que vinieran disfrutando dichos empleados.

– Derecho a participar en la consecución de los objetivos de la unidad en que el empleado prestara sus servicios, y derecho a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar (art. 14.e LEBEP). El primero de estos pretendidos derechos es en realidad, y pese al intento de presentarlo como un aspecto del derecho a la participación, una obligación; ésta, *mutatis mutandis*, se corresponde con un deber que va más allá del estrictamente individual establecido en el art. 5.a ET para los trabajadores comunes («cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo»), para adentrarse en el más amplio «deber de colaboración en el trabajo» consagrado en el art. 20.2 ET. El derecho –éste sí un verdadero derecho– del trabajador a ser informado tiene su homólogo en el art. 8.5 ET, que impone al empresario la obligación de informar al trabajador «sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral», a no ser que ya figuraran en el documento contractual.

– Derecho a la defensa jurídica y a la protección por la Administración empleadora en aquellos procedimientos que se sigan contra el trabajador como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones (art. 14.f LEBEP). Éste sí es un derecho específico del empleado público, que no tiene paralelo en el Derecho del trabajo y que revela la particular conexión existente entre la Administración y sus empleados, sean éstos funcionarios o trabajadores, en cuanto que unos y otros son servidores de los intereses generales cuya defensa se atribuye constitucionalmente a la Administración (art. 103.1 CE).

– Derecho a la formación continua (art. 14.g LEBEP), que tiene su correspondencia en el derecho a la formación profesional reconocido en los arts. 4.1.b y 23 ET (recuérdese que el RD 395/2007, de 23 de marzo, reguló el que llama «subsistema de formación profesional para el empleo», en el que se integran las anteriores formación ocupacional y formación continua).

– Derecho a la intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo y al acoso moral y laboral [art. 14.h) LEBEP]. El derecho a la intimidad, reconocido a todos en el art. 15 CE, se reconoce específicamente a los trabajadores en el art. 4.1.e) ET, que asimismo proclama la dignidad del trabajador, y dentro de ella la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, y frente al acoso sexual y por razón de sexo. Como se ve, la LEBEP añade los conceptos, muy amplios, de «acoso moral» y «acoso laboral», en los que caben modalidades de hostigamiento que desbordan las enumeradas en el ET.

– Derecho a la no discriminación, enunciado en términos parecidos pero no idénticos en la LEBEP y el ET. Coinciden ambos en proscribir las discriminaciones por razón de edad, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión o convicciones y discapaci-

dad; sin embargo, el art. 14.i) LEBEP incluye la discriminación por razón de nacimiento, la discriminación por razón de género como distinta de la discriminación por razón de sexo (con lo que admite que el signo del sexo –cuestión biológica– y el del género –cuestión cultural– pueden no coincidir), la discriminación por opinión (concepto más amplio y leve que el de religión o convicciones empleado en el art. 14 CE, en el ET y en la propia LEBEP), y añade, como cláusula de cierre tomada del art. 14 CE, «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Por su parte, el art. 4.2.c) ET se cuida de proscribir las discriminaciones directas y las indirectas, las producidas en el momento del empleo y durante él, y añade algunas causas no previstas explícitamente en la LEBEP (estado civil, condición social, ideas políticas, afiliación o no a un sindicato y lengua dentro del Estado español; a las que el art. 17.1 ET suma los vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa), aunque las omisiones de la LEBEP quedan salvadas con la aludida remisión general a cualesquiera otras causas discriminatorias («cualquier otra condición o circunstancia personal o social», fórmula coincidente con la cláusula final del art. 14 CE⁵⁸). Por lo demás, las nociones de discriminación directa e indirecta son de aplicación tanto al sector privado como al público, al encontrarse transversalmente reguladas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁹. Finalmente, la Disp. adic. 8ª de la LEBEP, en la línea de la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de

mujeres y hombres, impone a las Administraciones Públicas el respeto de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, a cuyo efecto deben adoptar medidas para evitar toda discriminación entre mujeres y hombres, entre ellas planes de igualdad cuyo desarrollo se atribuye, respecto del personal laboral, a la negociación colectiva (para los funcionarios, se remite al correspondiente acuerdo sobre condiciones de trabajo, lo que evidencia la separación entre los planes de igualdad para el personal laboral y para los funcionarios). La construcción de esta regla no deja de extrañar, pues parece deferir al convenio colectivo la concreción del plan de igualdad previamente acordado; régimen contrario al previsto en la Ley 3/2007, a cuyo tenor (arts. 45 a 47) la función del convenio colectivo se limita a disponer la ulterior elaboración de planes de igualdad (art. 45.3), correspondiendo a éstos en todo caso la elaboración del conjunto ordenado de objetivos y medidas (estrategias y prácticas, sistemas de seguimiento y evaluación) que integran el plan (art. 46). Como se ve, la LEBEP otorga al convenio colectivo en esta materia un protagonismo que la Ley 3/2007 no le reconoce. Por otra parte, mientras que esta última norma obliga en principio a la adopción de planes de igualdad sólo a las empresas de más de 250 trabajadores, la LEBEP parece imponer ese deber a toda Administración Pública, sin más requisitos que los que fije el convenio colectivo aplicable.

– Derecho a las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 14.j LEBEP). El art. 49 LEBEP concreta el contenido de este derecho, refiriéndolo exclusivamente a los funcionarios⁶⁰ mediante la regu-

⁵⁸ Pese a esa dicción tan amplia, no toda diferencia de trato es constitutiva de discriminación. Así, por todas, la STJCE de 11 de julio de 2006 (caso Chacón Navas) y la STC 62/2008, de 26 de mayo (sobre ella, *vid.* nuestro comentario en ALONSO OLEA, Manuel, y MONTAÑA MELGAR, Alfredo, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XXVI, ref. 1.484) niegan que «la enfermedad en cuanto tal» pueda ser considerada causa de discriminación.

⁵⁹ Cfr. MONTAÑA MELGAR, Alfredo (dir.): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson/Civitas, 2007.

⁶⁰ En efecto, el art. 49 LEBEP alude repetidamente a los funcionarios, y sólo a ellos, como titulares de los derechos de conciliación; así el apartado a) se refiere a «la funcionaria», y el apartado c) al «otro progenitor funcionario». También el apartado d) del art. 49, regulador del permiso por razón de violencia de género, lo refiere a «la mujer funcionaria». Por ello, aunque el art. 51 LEBEP dispone confusamente que para el régimen de

lación de los «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral». Quiere ello decir que el personal laboral de las Administraciones se rige en esta materia por el Derecho del Trabajo. Aunque no exista un reconocimiento global y unitario de estas medidas en el ET, muchas de ellas aparecen recogidas en varios de sus preceptos, especialmente como consecuencia de la incidencia de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras [así, arts. 37.4,5 y 6; 46.3; 48.5 y 52.d) del ET] y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [así, arts. 34.8; 48 bis; 37.3.b), 4 y 5; 45.1.d); 46.2; 48.4 y 5].

– Derecho a la libertad de expresión [art. 14.k) LEBEP], reiteración del derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones» previsto en el art. 20.1.a) CE, y aplicado repetidamente en el ámbito laboral por la jurisprudencia constitucional y judicial. Tal derecho ha de ejercitarse «dentro de los límites del ordenamiento jurídico», como puntualiza el citado art. 14.k) LEBEP, siguiendo doctrina constitucional consolidada.

– Derecho a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14.1 LEBEP), asimismo reconocido en los arts. 4.2.d) y 19 ET y desarrollado ampliamente en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales⁶¹, y sus numerosas dispo-

permisos del personal laboral «se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente», dicho Capítulo (el V del Título III, regulador del «Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones») cede a favor de la aplicación del Derecho del Trabajo, de conformidad con el art. 7 LEBEP, a cuyo tenor el personal laboral de las Administraciones públicas se rige «además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los *preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*»; siendo así que el art. 49 no dispone su aplicación más que a los funcionarios.

⁶¹ El art. 3.1 de dicha Ley incluye en su ámbito de aplicación tanto las relaciones laborales reguladas en el

siciones complementarias, todo ello en la línea marcada por el art. 40.2 CE, que configura como principio inspirador de la política social y económica el deber de los poderes públicos de velar por la «seguridad e higiene en el trabajo». Respecto de los empleados públicos –funcionarios y trabajadores– al servicio de la Administración General del Estado, rige en esta materia el RD 1488/1998, de 10 de julio, que adapta a dicha Administración la legislación de prevención de riesgos laborales, en una muestra de ordenación unitaria común a todo el personal de la Administración.

– Derechos a vacaciones, descansos, permisos y licencias [art.14.m) LEBEP], reconocidos asimismo en los arts. 37 y 38 ET, como desarrollo de previsiones contenidas en el art. 40.2 CE. Curiosamente, el citado art. 14.m) de la LEBEP no menciona expresamente el derecho a la limitación legal de la jornada (arts. 40.2 CE y 34 ET). Sin embargo, más adelante, el art. 51 LEBEP remite el «régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral» a lo establecido en el Capítulo V del Título III de la Ley⁶² «y en la legislación laboral correspondiente».

Esta fórmula no deja de plantear dudas, pues aunque es obvio que en caso de coincidencia de la norma laboral y la funcionarial no hay problema interpretativo alguno, sí lo

ET como las administrativas y estatutarias del personal al servicio de las Administraciones.

⁶² Capítulo de aplicación directa para la Administración del Estado, como indica la Instrucción 1.1^o de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. No obstante, la Instrucción 1.3^o de la citada Resolución declara vigentes hasta que se apruebe la Ley de la Función Pública de la Administración General del Estado los arts. 68 y 71 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, reguladores respectivamente de las vacaciones y licencia por matrimonio de los citados funcionarios.

hay en caso de discordancia entre ellas, como de inmediato ha de verse.

La aplicación del citado capítulo V del Título III de la LEBEP resulta además confusa, porque, después de referir reiteradamente su articulado (arts. 47 a 50) el régimen de la jornada, permisos y vacaciones a los funcionarios, termina disponiendo (art. 51) la aplicabilidad de dicho capítulo al personal laboral; añadiendo una última nota de confusión, ya aludida anteriormente: también es aplicable la «legislación laboral correspondiente». Ocurre, sin embargo, que el régimen de la LEBEP y el del ET no coinciden en numerosas cuestiones, tales como los permisos por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar⁶³, lactancia⁶⁴, nacimiento de hijos prematuros o necesitados de hospitalización por otra causa⁶⁵, guarda legal de

⁶³ En efecto, el art. 37.3.b ET reconoce el derecho a un permiso de dos días por fallecimiento, accidente o enfermedad graves de familiares, etc., de parientes hasta el segundo grado, mientras que el art. 48.1.a LEBEP distingue entre familiares dentro del primer grado, a los que reconoce un permiso de tres días, y hasta el segundo grado, a los que reconoce dos días. Cuando el suceso ocurre en otra localidad, la LEBEP amplía el permiso a cinco días para los parientes de primer grado y a cuatro para los de segundo grado, en tanto que el ET dispone que cuando el suceso motive el desplazamiento del trabajador, el permiso será de cuatro días. No acaban aquí, por cierto, las diferencias entre LEBEP y ET en esta materia, que ponen de evidencia la resistencia del legislador a fijar un régimen común a trabajadores y funcionarios. Así, el art. 37.3.b ET extiende el referido permiso de dos días al nacimiento de un hijo, y especifica que dan derecho al permiso la hospitalización y la intervención quirúrgica sin necesidad de hospitalización de parientes hasta el segundo grado. *Vid.*, en cuanto a la imposibilidad de acumular el permiso por asuntos propios fijado en el convenio colectivo y el establecido en el art. 48.2 LEBEP, STS 29 junio 2010. También, en cuanto al juego conjunto de los arts. 7, 48.2 y 51 LEBEP, SAN 5 junio 2010.

⁶⁴ Mientras que la interrupción por lactancia va referida en el art. 37.4 ET a hijos menores de nueve meses, en el art. 48.1.f LEBEP se refiere a los menores de doce meses.

⁶⁵ El art. 37.4.bis ET establece una interrupción de la jornada de una hora, que el art. 48.1.g LEBEP eleva a dos.

menores o incapaces⁶⁶, adopción y acogimiento internacionales⁶⁷ y paternidad⁶⁸. Cuestión distinta es que las normas legales laborales puedan ser mejoradas a través de la negociación colectiva, y por esta vía los trabajadores lleguen a alcanzar condiciones iguales e incluso superiores a las de los funcionarios.

La vaguedad de la fórmula legal no queda salvada mediante la aplicación del art. 7 LEBEP, que se limita a decir que la relación del personal laboral de las Administraciones se regirá por la legislación laboral, las normas convencionales y los preceptos de la propia LEBEP dedicados a dicha relación.

Para salvar las citadas dificultades interpretativas que plantea la LEBEP, podría entenderse el art. 51 LEBEP en el sentido de que las reglas establecidas en dicha Ley para los funcionarios en materia de jornada, vacaciones y permisos (arts. 47 a 50) son comunes a trabajadores y funcionarios, y que en caso de discordancia con la normativa laboral deben prevalecer las disposiciones de la LEBEP sobre las del ET, de modo que sólo en aquellas cuestiones no reguladas expresamente por la LEBEP habría de acudir supletoriamente a la legislación laboral, esto es, básicamente, al ET y al RD 1561/1995,

⁶⁶ Menores de ocho años según el art. 37.5 ET, y hasta de doce años en el art. 48.1.h LEBEP.

⁶⁷ El art. 49.b LEBEP establece un permiso de hasta dos meses con derecho a las retribuciones básicas, desconocido en el ET.

⁶⁸ Permiso de trece días en el art. 48 bis ET, y de quince en el art. 49.c LEBEP. La Disp. trans. 6ª de esta última Ley ordena a las Administraciones Públicas la ampliación progresiva y gradual de la duración del permiso de paternidad hasta alcanzar las cuatro semanas en 13 de abril de 2013. Por su parte, la Ley 9/2009, de 6 de octubre, amplió a cuatro semanas el permiso de paternidad regulado en el ET, a partir de 1º de enero de 2011; fecha pospuesta por un año más en la Disp. adicional 13ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011. La STS de 19 mayo 2009 puntualiza que mientras que el art. 49.c) LEBEP es aplicable a los funcionarios, el 48 bis ET lo es a los trabajadores.

sobre jornadas especiales de trabajo. Todo ello, insistimos, sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de la negociación colectiva, olvidada por el art. 51 LEBEP (pero no por el 7), que se limita a aludir a la «legislación laboral».

La aplicabilidad de la LEBEP al personal laboral en estas materias se postula, por otra parte, en la interpretación contenida expresamente en las Instrucciones aprobadas por Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública (Instrucción 7), ello con independencia de que a nuestro juicio sea dudosa la competencia de dicho órgano para emitir un pronunciamiento de este alcance⁶⁹. Ciertamente, esta interpretación resulta, en los casos reseñados más arriba, más beneficiosa para los trabajadores, con lo cual, en último término podría acogerse al principio *pro operario*, que así tendría una ocasión de seguir revelándose útil.

⁶⁹ En efecto, las citadas Instrucciones basan expresamente la competencia de la Secretaría General para la Administración Pública en lo dispuesto en «el artículo 8.a) del Real Decreto 9/2007, de 12 de enero». Por lo pronto, dicho Real Decreto sólo tiene un artículo, en el que dispone la modificación de una serie de preceptos del Real Decreto 1320/2004, de 28 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas. El «artículo 8.a)» no es, por tanto, del RD 9/2007, sino del RD 1320/2004, modificado por el RD 9/2007. Además, la remisión al art. 8.a) es incorrecta; se trata del art. 8.1.a). Con independencia de estos errores, y en cuanto a lo que en este momento importa, el citado art. 8.1.a) (modificado) del RD 1320/2004 atribuye a la Secretaría General para la Administración Pública «la dirección, impulso y gestión de las atribuciones ministeriales relativas al régimen jurídico y retributivo de la función pública, relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, oferta de empleo público, provisión de puestos de trabajo y movilidad profesional y Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado y la gestión de los regímenes de incompatibilidades». Parece evidente que estas funciones administrativas no pueden incluir competencias de interpretación del contenido y entrada en vigor de una Ley como las que se arrojan las referidas Instrucciones.

Queda por último por interpretar qué ocurre con aquellos derechos en materia de tiempos de trabajo reconocidos en la LEBEP y no en el ET (ni en convenio colectivo); por ejemplo: el permiso de hasta seis días por asuntos propios [art. 48.1.k) LEBEP] y los días de libre disposición autorizados por cada Administración Pública (art. 48.2 LEBEP). Si no se quiere dejar vacío de contenido real y efectivo al art. 51 LEBEP habrá que convenir (de nuevo con óptica *pro operario*) que tales derechos benefician también a los empleados con régimen laboral, cuyo estatuto jurídico se verá así ampliado.

– Derecho a la jubilación [art. 14.n) LEBEP], que se devengará «según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables»; como la LEBEP se limita a regular la jubilación respecto de los funcionarios de carrera (arts. 63 y ss.), para los trabajadores asalariados tales condiciones son las fijadas en el art. 49.1.f) ET, modalizado en los términos de la Disp. adic. 10ª ET⁷⁰, y regulado para el Régimen General de la Seguridad Social en los arts. 160 y ss. de la LGSS, aprobada por RDLg 1/1994, de 20 de junio, y para los Regímenes Especiales por las respectivas normas ordenadoras .

– Derecho a las prestaciones de la Seguridad Social «correspondientes al régimen que les sea de aplicación [art. 14.o) LEBEP]. Mientras que los funcionarios se rigen por el régimen de Clases Pasivas y mutualismo funcional (MUFACE, MUGEJU, ISFAS), los trabajadores quedan cubiertos, según proceda, por el Régimen General o Regímenes Especiales, sean sus empleadores entes públicos o privados, como recalca el art. 99.3 LGSS.

⁷⁰ Recuérdese el tenor de dicha disposición, según la cual los convenios colectivos pueden prever la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (los 65 años) siempre que existan razones de política de empleo y el trabajador cumpla los requisitos para devengar pensión contributiva de jubilación.

– Derecho a la libre asociación profesional [art. 14.p) LEBEP], al que, como pronto se verá, se añade el más específico de libertad sindical [art. 15.a) LEBEP].

– Los «demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» [art. 14.q) LEBEP]. En este cajón de sastre ha de entenderse que se incluyen, respecto de los trabajadores asalariados, los derechos no recogidos en la LEBEP y reconocidos en las normas laborales, tanto legales como convenidas colectivamente, y en los contratos individuales.

3.6.2. *Derechos colectivos*

Junto a los referidos derechos individuales, todos los empleados públicos (y por tanto los trabajadores al servicio de las Administraciones) tienen unos «derechos individuales ejercidos colectivamente», como los denomina el art. 15 LEBEP⁷¹; derechos que, con independencia de las modalizaciones que reciben en algunos casos en sus normas reguladoras, son compartidos por los trabajadores del sector privado. Son estos derechos los siguientes:

– Derecho a la libertad sindical [art. 15.a) LEBEP], atribuido genéricamente a «todos los trabajadores» por el art. 1.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical⁷², y que la LEBEP reconoce a todo empleado público, sea funcionario (con las exclusiones previstas en la LOLS) o trabajador.

⁷¹ Precepto de aplicación directa para la Administración del Estado, como indica la Instrucción 1.1^º de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

⁷² El art. 1.2 de dicha Ley Orgánica considera trabajadores a los sujetos de una relación laboral o administrativa/estatutaria.

– Derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo [art. 15.b) LEBEP], también reconocido genéricamente a los representantes de los trabajadores y empresarios por el art. 37.1 CE y el Título III del ET. El art. 32 LEBEP se remite, en cuanto al régimen de la negociación colectiva, representación y participación de los empleados con contrato de trabajo, a la legislación laboral, pero «sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación». ¿Qué preceptos son éstos? Ciertamente, el Capítulo IV del Título III de la LEBEP⁷³ se dedica básicamente a regular los derechos a la negociación colectiva, representación y participación institucional y reunión de los funcionarios públicos (en este sentido, la regulación de los órganos de representación va referida exclusivamente a los Delegados y Juntas de Personal representantes de los funcionarios, lo que tiene pleno sentido, puesto que los órganos de representación en las empresas privadas se regulan en el Título II del ET). Sin embargo, algunas reglas del citado Capítulo IV del Título III de la LEBEP se refieren conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral. Así ocurre con los principios generales enunciados en el art. 31 LEBEP, que procede a reconocer el derecho de los empleados públicos a la negociación colectiva, representación y participación institucional, y así ocurre también con la atribución a las Mesas Generales de Negociación⁷⁴ de competencias en «todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública» (art. 36), y con las

⁷³ Capítulo de aplicación directa para la Administración del Estado, como indica la Instrucción 1.1^º de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

⁷⁴ Sobre la composición y competencias de éstas, *vid.* art. 36 LEBEP.

cláusulas de Pactos y Acuerdos «comunes al personal funcionario y laboral» (art. 38.8 LEBEP).

– Derecho a la huelga, condicionado al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad [art. 15.c) LEBEP], siguiendo la construcción del art. 28.2 CE.

– Derecho al planteamiento de conflictos colectivos, de acuerdo con la legislación aplicable a cada caso [art. 15.d) LEBEP], derecho que se reconoce también en el art. 37.2 CE. El añadido del citado apartado de la LEBEP («de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso») parece superfluo, e incluso induce a confusión pues podría llevar a la absurda interpretación de que los restantes derechos de ejercicio colectivo no se rigen por su correspondiente normativa.

– Derecho de reunión [art. 15.e) LEBEP], en los términos especificados en el art. 46 de dicha Ley, precepto éste común a todo empleado público (funcionarios y trabajadores), que parece inspirado en los arts. 77 y ss. del ET, aunque no coincida plenamente con ellos. Así, el citado art. 46 LEBEP legitima para convocar las reuniones, además de a los Delegados de personal y Comités de Empresa y un determinado número de trabajadores⁷⁵ (en lo que coincide sustancialmente con el art. 77 ET), a las Organizaciones sindicales, directamente o a través de los Delegados sindicales. La previsión de la LEBEP de que las reuniones tengan lugar fuera de las horas de trabajo se contiene también en el art. 78.1 ET; y también es común a ambas normas la posible excepción a esta regla que puede establecerse mediante acuerdo entre trabajadores y empresario (o, como especifica el art. 46.2 LEBEP, «entre el órgano competente en materia de personal y quienes estén legitimados para convocarlas [las reuniones]»). Se observa alguna diferen-

cia en la imputación de la responsabilidad derivada del anormal desarrollo de la reunión; mientras que la LEBEP responsabiliza a los convocantes de la reunión, el ET hace responsables a quienes la presidan, esto es, el Comité de Empresa o los Delegados de personal mancomunadamente. La LEBEP incluye además una cláusula desconocida en el ET («la celebración de la reunión no perjudicará la prestación de los servicios»), aunque implícita lógicamente al exigirse que las reuniones se celebren fuera del horario laboral. Por otra parte, la LEBEP silencia una serie de aspectos que sí regula el ET –presidencia de la reunión, comunicación de la convocatoria y otras circunstancias al empresario, obligación de éste de facilitar el centro de trabajo para la reunión, régimen de las votaciones–; en estas cuestiones. debe entenderse aplicable supletoriamente el ET, de acuerdo con la regla del art. 7 LEBEP, a cuyo tenor el personal laboral de las Administraciones se rige tanto por la legislación laboral (y la negociación colectiva) como por los preceptos de la propia LEBEP destinados a dicho personal. En los puntos de discordancia en la materia entre la LEBEP y la legislación laboral ha de prevalecer aquélla, como ley posterior y especial que es.

3.7. Deberes de los trabajadores al servicio de Administraciones Públicas

Los empleados públicos (funcionarios y trabajadores) quedan obligados por la LEBEP a una serie de deberes que el Capítulo VI del Título III⁷⁶ de la Ley distribuye, sin

⁷⁶ Capítulo de aplicación directa para la Administración del Estado, como indica la Instrucción 1.1ª de las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, publicadas por la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública. La Instrucción 12 insiste puntualizando que «el Código de Conducta, integrado por los deberes,

⁷⁵ Mientras que el art. 77.1 ET fija ese número en el 33 por 100 de la plantilla, el art. 46.1.d LEBEP lo eleva al 40 por 100 del correspondiente «colectivo convocado».

un criterio muy riguroso, entre los que llama «principios éticos» y los que denomina «principios de conducta»; denominaciones ambas que, aparte su proximidad (pues la propia Ley afirma que los principios éticos inspiran el código de conducta de los empleados públicos: art. 52), pueden inducir a confusión, ya que sus respectivos contenidos van referidos inequívocamente a deberes legales impuestos (algunos meramente reiterados) por la LEBEP, y no a simples obligaciones morales.

El art. 52 LEBEP traza el perfil del «deber ser» del empleado público, adornado por un formidable cúmulo de virtudes, en algún caso redundantes, que han de inspirar el «código de conducta» por el que debe regirse: «objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez»; cualidades generales a las que la Ley añade otras específicas muy actuales: «promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres».

Los deberes del empleado público enunciados en la LEBEP pueden distribuirse en tres grupos: el primero tiene por común denominador la obligada sujeción de los empleados públicos a la persecución de la satisfacción de los intereses generales, objetivo constitucional de las Administraciones Públicas (art. 103.1 CE). Ese deber general, que ha de impregnar toda la actuación del trabajador de las Administraciones (con clara diferencia de lo que ocurre al trabajador del sector privado, no vinculado por esos intereses generales, sino exclusivamente por los particulares de su empresa) aparece reconocido de modo expreso en la LEBEP (arts. 52, y 53.2 y 8) e inspira varios deberes más específicos; así, los deberes de objetividad, neutralidad,

imparcialidad y dedicación al servicio público (arts. 52, 53.2 y 11). La primacía de los intereses generales sobre los particulares de los empleados públicos queda también reiteradamente resaltada en la LEBEP, que impone a dichos empleados una actuación imparcial «al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras...» (art. 53.2), vedándoles que intervengan en «aquellos asuntos en los que tengan un interés personal» (art. 53.5) susceptible de prevalecer sobre el interés público, que realicen operaciones patrimoniales o, en general, negocios jurídicos que puedan suponer un conflicto de intereses con las obligaciones del puesto público (art. 53.6), que acepten favores de particulares que resulten injustificados y desborden los usos sociales en la materia (arts. 53.7 y 54.6), o que influyan en la tramitación y/o resolución de un procedimiento sin causa justificada o cuando sea para su propio beneficio o el de su entorno familiar o social (art. 53.9), o que utilicen en provecho propio o de personas allegadas los recursos y bienes públicos, o no velen por la conservación de éstos (art. 54.5).

Un segundo grupo de deberes tiene como lógica finalidad, muy conexas con la anterior, la satisfacción de los derechos e intereses de los ciudadanos administrados. En este grupo de deberes, que pesan tanto sobre funcionarios como sobre trabajadores, se encuentran el de lealtad y buena fe con los ciudadanos (art. 53.3), el de respeto a los derechos fundamentales y proscripción de discriminaciones (arts. 52 y 53.4), el deber de secreto y discreción sobre los asuntos que conozcan en razón de su función (art. 53.12), el de atención y respeto a los ciudadanos (art. 54.1), el deber de información a dichos ciudadanos (art. art. 54.4) y, en fin, el deber de garantizar la atención al ciudadano en la lengua oficial del territorio cuando lo solicite (art. 54.11)⁷⁷. La especial posición del empleado público en

principios éticos y principios de conducta contemplados en los artículos 52, 53 y 54, es de aplicación directa al personal funcionario y al personal laboral».

⁷⁷ Sobre el alcance de este deber, *vid. supra* 3.b).

cuanto a la protección de los derechos de los ciudadanos se refleja en el énfasis que la LEBEP pone en la exigencia de los deberes referidos, mucho más intensos que los que pesan sobre el trabajador del sector privado con relación a los clientes de la empresa.

Por último hay un grupo de deberes hacia la propia Administración a la que el empleado público sirve, en la medida en que éste ha de procurar «el cumplimiento de los objetivos de la organización» (art. 53.8). Se da aquí, en muchos aspectos, una relación de obligación muy próxima, sólo que reforzada, a la que existe entre el empleador privado y sus trabajadores, de la que brota una serie de deberes reconocidos, en términos generales, tanto en la LEBEP como en el ET. No extraña así que el art. 53.3 LEBEP acuñe unos deberes de «lealtad y buena fe» hacia la Administración y sus superiores, compañeros y subordinados (y en otro plano, como ya hemos visto, hacia los administrados) que intensifican el deber de buena fe al que se refieren los arts. 5.a) y 54.1.d) ET. El legislador de 2007 no tiene, por cierto, ningún prejuicio ideológico para exigir abiertamente la lealtad de los empleados públicos, sin temor de verse emparentado con ciertas concepciones jurídicas del pasado⁷⁸. Manifestación de ese deber reforzado de buena fe, entroncado también con el deber de colaboración que consagra el art. 20.2 ET, es la obligación de los empleados públicos de mantener actualizada su formación y cualificación (art. 54.8 LEBEP) y de poner en conocimiento de sus superiores «las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados» (art. 54.10 LEBEP).

En este mismo contexto se sitúa otro deber, consagrado tanto en el ET (arts. 5.a y

20.2) como en la LEBEP (arts. 52, 53.10 y 54.2), a saber, el de diligencia en el cumplimiento de la prestación de servicios encomendada.

En fin, todo empleado público –y por tanto, todo trabajador de la Administración– está vinculado por el deber de obediencia a las «instrucciones y órdenes profesionales de los superiores» (art. 54.3 LEBEP), regla coincidente con las contenidas en los arts. 5.c y 20 ET. La exigencia de que las órdenes recibidas por el trabajador sean «regulares» (art. 20.2 ET) para generar obligatoriedad reaparece en el art. 54.3 LEBEP, que exceptúa de obediencia al empleado público respecto de las órdenes de sus superiores que «constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico», supuesto en el cual, tanto en el ET como en la LEBEP, el empleado puede esgrimir su *ius resistentiae* frente a la orden ilegal.

Al margen de estos tres grupos de deberes específicos, es evidente que sobre el empleado público, como sobre todo trabajador en sentido amplio, pesan la «sujeción y observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico» (art. 52 LEBEP), sujeción que por lo demás obliga a cualquier ciudadano (art. 9 CE). Aplicación específica, entre otras, de esta regla general es el concreto deber de cumplir las normas de seguridad y salud en el trabajo [art. 54.9 LEBEP y arts. 5.b) y 19.2 ET y 14.4 LPRL].

3.8. Régimen disciplinario del personal de las Administraciones Públicas

El Título VII de la LEBEP contiene el régimen disciplinario para sancionar las faltas o infracciones profesionales cometidas por los empleados públicos. Dicho régimen se aplica, pues, tanto a funcionarios como a personal laboral⁷⁹, si bien respecto de estos últimos es

⁷⁸ Recuérdese cómo el art. 76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (derogado por la LEBEP) imponía a éstos el deber de «colaborar lealmente con sus jefes y compañeros».

⁷⁹ El citado Título VII de la LEBEP es de aplicación íntegra y directa al personal laboral de la Administración

supletoria la legislación laboral; ésta, en efecto, sólo se aplicará en lo no previsto en el citado Título (art. 93.4). La regulación del citado Título VII alcanza no sólo a los autores de las faltas sancionables (art. 93.1) sino también a los inductores (art. 93.2) y a los encubridores de faltas graves y muy graves de las que se derivara daño grave para la Administración o para los ciudadanos (art. 93.3).

El ejercicio de la potestad disciplinaria corresponde a las distintas Administraciones frente a su respectivo personal, incluido, como ya se ha dicho, el laboral. El art. 94.1 LEBEP dispone que la responsabilidad disciplinaria de dicho personal es exigible «sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal» que pudiera derivarse de la falta cometida; fórmula que parece inspirada en el art. 4 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986, de 10 de enero), según el cual dicho régimen disciplinario «se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los funcionarios» (art. 4). Dado el tenor del citado art. 94.1 LEBEP, no resulta de aplicación en la materia el principio *non bis in idem* que impide que una infracción sea sancionada simultáneamente en vía administrativa-disciplinaria (pues el despido de un trabajador de la Administración no deja de ser un acto administrativo disciplinario)⁸⁰ y en vía jurisdiccional penal;

principio acogido con carácter general en el art. 133 de la L. 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta posible acumulación de sanciones disciplinarias y penales frente a delitos y faltas de los empleados públicos es congruente con la doctrina del TC (así, Ss. 2/1981, de 30 de enero; 177/1999, de 11 de octubre; y 152/2001, de 2 de julio), que sostiene que el indicado principio *non bis in idem* no juega en caso de «existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (...) que justificase el ejercicio del *jus puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración»⁸¹. Aunque el concepto de «relación especial de supremacía» dista de ser preciso⁸², parece presidir no sólo la posición de la Administración en la relación funcional sino también en la laboral, teniendo sobre todo en cuenta que a esta última se aplica no sólo la legislación laboral sino numerosos preceptos de la LEBEP (entre ellos los disciplinarios) de los que se desprende que las Administraciones ostentan en las relaciones con su personal laboral una posición de dominio más intenso que el que se observa en las relaciones laborales ordinarias (v.g.: aparte de la ya citada compatibilidad de sanciones administrativas y penales, la inhabilitación del trabajador des-

del Estado, como indican las Instrucciones de 5 de junio de 2007 (5.d) publicadas por Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. La Instrucción 13, por su parte, insiste en que el régimen disciplinario del Título VII LEBEP se aplica al personal funcionario y al laboral; respecto de éste declara la vigencia de los convenios colectivos en cuanto no se opongan al Título VII. Llama la atención que la indicada Instrucción 13 se olvide de la «legislación laboral», declarada expresamente de aplicación supletoria en materia disciplinaria por el art. 93.4 LEBEP.

⁸⁰ En sentido contrario, la STC 6/1988, de 21 de enero, sostuvo que el despido de un empleado del Mi-

nisterio de Justicia no era ejercicio de «potestad de imperio alguna», al estar sujeto al Derecho laboral. Hoy es evidente que la Ley ha querido dotar a las Administraciones de un poder disciplinario unitario, de clara naturaleza jurídico-pública, que alcanza a funcionarios y personal laboral, y que se rige por los mismos principios, y sustancialmente el mismo sistema de faltas y sanciones. *Vid.* en tal sentido el Título VII («Régimen disciplinario») de la LEBEP.

⁸¹ En las relaciones laborales concertadas por empresarios privados no se plantea siquiera el problema de la concurrencia entre despido y sanción penal, puesto que aquél es un puro acto contractual, de derecho privado, con causa y finalidad absolutamente independientes de las de la sanción penal.

⁸² *Vid.* CHINCHILLA MARÍN, C., «Relación especial de sujeción», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. A. Montoya Melgar), vol. IV, Madrid, 1995.

pedido por una Administración Pública, pena accesoria que no existe en el sector privado). No obstante admitir la compatibilidad de sanciones disciplinarias administrativas y penales, el art. 94.3 LEBEP ordena que cuando la instrucción de un expediente disciplinario revelara indicios fundados de criminalidad, se suspenderá la tramitación, poniendo tal circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal, y quedando vinculada la Administración por los hechos declarados probados en el correspondiente proceso.

Por otra parte, el personal laboral al servicio de las Administraciones puede incurrir en responsabilidad patrimonial, exigible por la correspondiente Administración para resarcirse de los daños que dicho personal le hubiera causado o para reintegrarse de las indemnizaciones que hubiera debido pagar a los particulares perjudicados por actos dolosos, culposos o gravemente negligentes de su personal (art. 145 de la L. 30/1992, y arts. 19 a 21 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo).

El ejercicio del poder disciplinario está sujeto a los principios de legalidad y tipicidad (en los términos flexibles que luego se verá), y a los de irretroactividad de las normas no favorables, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia (art. 94.2 LEBEP). Respecto de las faltas del personal laboral, el primero de esos principios se flexibiliza en el sentido de que no se exige que tales faltas se encuentren tipificadas necesariamente en una norma con rango de ley, sino que se admite su tipificación en convenio colectivo [art. 94.2.a) LEBEP]. A diferencia de lo que ocurre en el sector privado, en el régimen disciplinario público juega la presunción de inocencia del imputado⁸³ (art. 94.2.e LEBEP).

⁸³ La actual doctrina constitucional (así, STC 30/1992, de 18 de marzo, reiterada por SSTC 27/1993, de 25 de enero, 53/1995, de 23 de febrero, etc.) decla-

Los restantes principios son comunes al régimen sancionador de funcionarios y personal laboral; así el principio de proporcionalidad o gradualidad, acogido en el art. 94.2.c LEBEP, aparece expresamente reconocido en el art. 58.1 ET.

A diferencia también de lo que ocurre en la legislación laboral —en la que la ley (el ET) sólo tipifica las causas de la sanción máxima (el despido: art. 54)—, la LEBEP procede a enumerar las faltas muy graves (hasta diecisiete⁸⁴), remitiéndose respecto de las graves a lo que dispongan los convenios colectivos (art. 95.3 LEBEP); curiosamente, esta previsión

ra inaplicable la presunción de inocencia en la extinción del contrato de trabajo, por ser ésta un acto de resolución contractual y no una sanción administrativa, no existiendo por tanto ejercicio del «ius puniendi» público ni «aplicación del derecho penal administrativo». Esta doctrina, hoy consolidada, corrige la inicial que apoyó el juego de la presunción de inocencia en el proceso laboral, primero implícitamente (SSTC 24/1984, de 23 de febrero y 62/1984, de 21 de mayo, comentadas por ALONSO OLEA, Manuel, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo II, referencias 94 y 118), y luego de modo explícito (SSTC 36 y 37/1985, ambas de 3 de marzo, comentadas asimismo por ALONSO OLEA, Manuel, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo II, referencias 143 y 144). El cambio de orientación se inició con la STC 6/1988, de 21 de enero (comentada también por ALONSO OLEA, Manuel, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo VI, ref. 283), que declaró que la presunción de inocencia sólo juega en el ámbito de las actuaciones judiciales pero no en el disciplinario laboral, y con la STC 81/1988, de 28 de abril (comentada por el mismo autor en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo VI, ref. 317) a cuyo tenor la citada presunción tiene aplicación en el proceso penal, pero no en el laboral como venía sosteniendo la jurisprudencia social. *Vid.* nuestro comentario a la sentencia 27/1993, en ALONSO OLEA, Manuel, y MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XI, ref. 700.

⁸⁴ En realidad, la última letra tipificadora de faltas muy graves en el art. 95.2 LEBEP (la letra p) se refiere a un amplio cajón de sastre que alberga las «faltas muy graves (...) 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 caso de personal laboral*».

no se contempla, pensamos que por olvido, respecto de las faltas leves cuyo régimen se defiere exclusivamente a las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público.

Es evidente que las tablas de infracciones y sanciones muy graves, incluidas respectivamente en los arts. 95 y 96 LEBEP, desplazan respecto del personal laboral de las Administraciones la aplicabilidad del citado art. 54 ET. Comparando unas y otras infracciones se advierte que las que enumera el art. 54 ET son de carácter más general y van referidas todas ellas a incumplimientos contractuales del trabajador graves y culpables. En sentido diferente, las «faltas muy graves» que tipifica el art. 95.2 LEBEP incorporan un buen número de incumplimientos impregnados de significación jurídico-pública, que tienen su razón de ser en la especial posición de sujeción de los empleados públicos al Ordenamiento jurídico y, en último término, en la naturaleza de los intereses que sirven las Administraciones (intereses generales: art. 103.1 CE). Así, de un modo muy claro, es falta muy grave lo que el art. 95.2.a) LEBEP llama con circunloquio «el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía (...) en el ejercicio de la función pública»; este «deber de respeto» es sencillamente el deber de cumplir y aplicar tales normas, deber que pesa no sólo sobre los funcionarios (pese a la referencia a la «función pública») sino sobre el personal laboral de las Administraciones (y sobre todo ciudadano, por lo demás: art. 9 CE). También es falta muy grave la incomparecencia injustificada ante las Comisiones de investigación de las Cortes Generales o Asambleas legislativas autonómicas (art. 95.2.ñ LEBEP).

La tabla de faltas muy graves contenida en el art. 95.2 LEBEP es bastante más extensa (diecisiete tipos, el último de ellos remitido a lo que dispongan la legislación y la negociación colectiva) que la del art. 54 ET (siete tipos); por añadidura, mientras que ésta se presenta como *numerus clausus*, aquélla es

abierta, permitiendo [art. 95.2.p)] que los convenios colectivos tipifiquen nuevas faltas muy graves del personal laboral. A diferencia de lo que ocurre con la relación entre el art. 54 ET y los convenios colectivos —en la que el riguroso principio de legalidad prohíbe que los convenios puedan crear nuevas causas de despido, siéndoles sólo posible precisar o concretar las previstas en el ET—, el art. 95.2.p) LEBEP admite la deslegalización de las citadas faltas, confirmando la dualidad prevista en el art. 94.2.a) LEBEP, que permite la tipificación de las faltas y sanciones del personal laboral en los convenios colectivos.

La mayor parte de las faltas muy graves relacionadas en el art. 95.2 LEBEP es reconducible, *mutatis mutandis*, a las causas de despido disciplinario del art. 54 ET. Así, el abandono de servicio y la omisión voluntaria de la prestación laboral [art. 95.2.c) LEBEP] podría configurarse como falta de asistencia al trabajo [art. 54.2.a) ET] o como disminución voluntaria y continuada en el rendimiento [art. 54.e) ET]. La adopción de decisiones manifiestamente ilegales y lesivas [art. 95.2.d) LEBEP], la utilización indebida de documentos o informes [art. 95.2.e) LEBEP], la negligencia en la custodia de secretos oficiales [art. 95.2.f) LEBEP], la violación de la imparcialidad [art. 95.2.h) LEBEP], la prevalencia de la condición de empleado público para obtener beneficios indebidos [art. 95.2.j) LEBEP] y la incursión del empleado en incompatibilidad [art. 95.2.n) LEBEP] encajan sin dificultad en lo que el art. 54.2.d) ET tipifica como transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. El notorio incumplimiento por el empleado laboral de sus funciones [art. 95.2.g) LEBEP] puede subsumirse en la desobediencia o indisciplina del art. 54.2.b) ET y en la disminución voluntaria y continuada del rendimiento del art. 54.2.e) ET. La desobediencia a las órdenes e instrucciones de sus superiores [art. 95.2.i) LEBEP] guarda estrecha relación con la desobediencia e indisciplina del art. 54.2.b) ET, aunque delimita más el tipo de infracción al exigir que la

desobediencia sea «abierta», esto es, patente, y que la orden o instrucción desobedecida no constituya infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico, pues en tal caso la desobediencia sería legítima. Un último grupo de faltas muy graves, el consistente en la vulneración de derechos fundamentales, no encuentra su homólogo en el art. 54.2 ET, aunque genéricamente pudiera vincularse con situaciones de desobediencia e indisciplina [art.54.2.b) ET]. Tal es el caso de las actuaciones discriminatorias [art. 95.2.b) LEBEP], la obstaculización de las libertades públicas y derechos sindicales [art. 95.2.k) LEBEP], incluido expresamente el derecho de huelga [art. 95.2.l) LEBEP] y la desatención de los servicios esenciales en caso de huelga [art. 95.2.m) LEBEP]. En fin, el art. 95.2.o) LEBEP tipifica como falta muy grave el «acoso laboral», una figura que parece englobar tanto las modalidades de acoso relacionadas en el art. 54.2.g) ET (por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, acoso sexual y por razón de sexo) como otras posibles debidas a causas diferentes (v.g: por el aspecto físico del acosado, o por su forma de vestir o hablar, etc.).

La relación de faltas muy graves del art. 95.2 LEBEP pone de relieve la especial preocupación del legislador por preservar bienes públicos como el orden jurídico y los derechos fundamentales por él reconocidos, así como el adecuado funcionamiento de los servicios públicos y el desempeño de los empleos públicos atendiendo los intereses generales y no los propios del empleado o de terceros que estuvieran en colisión con aquellos. La intención de la Ley es sin duda la de configurar en todo caso como faltas muy graves las que enumera en el art. 95.2, no admitiendo la posibilidad de graduación de ellas, pues ya la norma se encarga en algunos casos, al definir el tipo, de señalar su gravedad (así, adopción de acuerdos «manifiestamente ilegales», «notorio incumplimiento» de las tareas encomendadas; «desobediencia abierta» a las órdenes de los superiores).

Como ya hemos dicho, la LEBEP faculta a los convenios colectivos [arts. 94.2.a), 95.2.p) y 95.3] no sólo para concretar o desarrollar las faltas muy graves del personal laboral acuñadas en la Ley, del mismo modo que lo hace la negociación colectiva respecto de los incumplimientos tipificados en el art. 54 ET, sino para añadir otras (art. 95.2.p) LEBEP: «También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales...por los convenios colectivos en el caso de personal laboral»). Naturalmente, la negociación colectiva sólo podrá incluir nuevos tipos de faltas muy graves cuando la infracción tipificada reúna las condiciones de gravedad y/o lesividad que permitan objetivamente su calificación como tales. Aunque el art. 54 ET no sea aplicable al personal laboral de las Administraciones, es difícil que los nuevos tipos de faltas que pueda acuñar la negociación colectiva no encajen en alguna de las causas de despido del citado art. 54 ET.

Respecto de las faltas graves, la LEBEP deslegaliza por completo su tipificación, encomendándola en bloque a la negociación colectiva. Ciertamente, tampoco el ET tipifica incumplimientos de los trabajadores más allá de los muy graves generadores de despido, encomendando la graduación de las correspondientes faltas y sanciones, alternativamente, a la legislación o a los convenios colectivos (art. 58.1 ET). Ello casa con la previsión constitucional (art. 25.1 CE) que sólo exige tipificación legal a las infracciones administrativas, distintas obviamente de las faltas o incumplimientos contractuales-laborales en que puede incurrir el trabajador al servicio de las Administraciones.

Con todo, el art. 95.3 LEBEP fija a la negociación colectiva unas pautas para calificar una falta como grave: el grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad de los daños causados y el descrédito que la comisión de la falta haya supuesto para la Administración. Nuevamente se advierte la peculiaridad que presentan las faltas de los trabajadores al servicio de las Administraciones:

mientras que el sistema sancionador del ET reposa sobre la idea de proteger el interés privado de la empresa frente a incumplimientos contractuales de los trabajadores, el sistema sancionador de la LEBEP pone énfasis en la protección de la legalidad, el buen funcionamiento del servicio público y los intereses generales.

Por lo que se refiere a las faltas leves, el art. 95.4 LEBEP parece olvidarse del personal laboral, limitando su regulación a los funcionarios; en efecto, dicho precepto dispone que «las Leyes de Función Pública (...) determinarán el régimen aplicable a las faltas leves...». Pese al olvido, no hay duda de que será también la negociación colectiva la competente para proceder a tipificar esas faltas y sus correspondientes sanciones, analógicamente a lo que ocurre con las faltas graves, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 94.2.a LEBEP, que encarga a la negociación colectiva la tipificación de dichas faltas y sanciones en general.

La LEBEP contiene unas escuetas reglas sobre sanciones por faltas del personal laboral de las Administraciones Públicas, sanciones que, lógicamente, deben ser proporcionadas al carácter doloso o culposo de la falta, al «daño al interés público», a su posible reiteración y al grado de participación del imputado (art. 96.3 LEBEP).

Respecto de las faltas muy graves de los trabajadores, la LEBEP se ocupa de fijar una sanción única —el despido disciplinario—, que para el personal laboral significa lo que la separación del servicio para los funcionarios.

En efecto, desde el punto de vista técnico-jurídico la comisión de faltas muy graves por parte de un funcionario puede dar lugar a su «separación del servicio» [art. 96.1.a) LEBEP], mientras que esas faltas provocan el «despido disciplinario» del trabajador. Tal despido tiene la singularidad de que debe ir precedido de un procedimiento administrativo sancionador («expediente disciplinario», al que se

refiere el art. 96.2 LEBEP⁸⁵); en el mismo sentido, el art. 94.3 alude a la «instrucción de un procedimiento disciplinario» en el que se separarán las fases instructora y sancionadora, atribuyéndose a órganos distintos (art. 98.2)⁸⁶, todo ello sin perjuicio de que la regulación concreta del procedimiento se encomiende al desarrollo reglamentario de la LEBEP (art. 98.2).

Particularidad destacada del despido de los trabajadores fijos al servicio de la Administración es también la de que, declarado tal despido improcedente, la regla del art. 56.1 ET de que el empresario puede optar entre readmitir o indemnizar al trabajador despedido, quiebra (art. 96.2 LEBEP), de modo que todo trabajador fijo despedido de modo improcedente por una Administración Pública ha de ser necesariamente readmitido por ella. La Administración tiene en efecto la obligación única de readmitir, dados los términos legales («procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido...»); y ello por imperativo legal expreso, y no, como en alguna ocasión se ha argumentado, porque la Administración tenga vedada la opción a favor de la indemnización al estar vinculada por la interdicción de la arbitrariedad a que la obliga el art. 9.3 CE, pues admitir esta tesis sería tanto como reconocer que el ET permite a los empresarios privados tal arbitrariedad, siendo así que cuando éstos optan por la indemnización obran exactamente *secundum legem*. Por lo que se refiere a los trabajadores no fijos (sean temporales o incluso indefinidos, según la tipología jurisprudencial asumida por la LEBEP: art. 8.2.c), la consecuencia del despido declarado improcedente será la tradicional

⁸⁵ Y al que ya se refería, sin acudir a más remotos precedentes, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (art. 92, derogado por la LEBEP).

⁸⁶ Separación de fases prevista en el art. 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

opción por el empresario entre readmisión e indemnización, prevista en el art. 56.1 ET.

Si la Ley quiere configurar a las Administraciones como «patrones modelo» (como se decía en los orígenes de la legislación social⁸⁷), obligándolas a readmitir en todo caso a los trabajadores fijos que hubiera despedido de modo improcedente, también quiere proteger a la Administración frente a sus empleados poco escrupulosos, agravando el despido disciplinario (procedente) con la obligada sanción aneja de «inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban» [art. 96.1.b) LEBEP] La inhabilitación afecta al trabajo en el sector público, rigiendo para contratar de nuevo tanto con la Administración que despidió al empleado como con cualquier otra Administración; así se desprende del art. 56.1.d) LEBEP, que exige, como requisito imprescindible para participar en procesos selectivos para ocupar un puesto similar «no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas». Tanto el art. 56.1.d) como el 96.1.b) LEBEP coinciden en circunscribir la inhabilitación al caso de que el trabajador intentara ser re-contratado para ejercer «funciones similares» a las que venía desempeñando al ser despedido.

La diferencia en este punto entre el despido regulado en la LEBEP y el regido por el ET y LPL es notoria, pues según estas normas laborales nada impide que un trabajador despedido pueda ser contratado por otro empresario (e incluso, aunque sea improbable, por el mismo que le despidió) en un empleo similar o igual. En fin, la prohibición de participar en los procesos selectivos para el empleo

público alcanza también a los extranjeros que se hallen sometidos a inhabilitación o sanción disciplinaria que impidan en su respectivo país el acceso a dicho empleo público [art. 56.1.d) LEBEP].

El art. 96.1 LEBEP enumera otras posibles sanciones —permitiendo en su apartado g) que la ley establezca otras más, autorización por lo demás innecesaria—, sin indicar a qué tipo de faltas corresponden. Así, se refiere expresamente a la suspensión de empleo y sueldo de hasta seis años del personal laboral [art. 96.1.c) LEBEP], suspensión cuya duración se graduará de acuerdo con la mayor o menor gravedad de la falta. Otros tipos de sanciones parecen comunes a trabajadores y funcionarios (traslado forzoso, apercibimiento) y otros, exclusivos para funcionarios («demérito» y separación del servicio).

La Ley impone unas reglas de forma a las que ya se ha aludido —expediente disciplinario rápido con separación de las fases de instrucción y sanción, importando las reglas del proceso penal— que rigen respecto de todo el personal de las Administraciones, tanto para la imposición de las sanciones muy graves como de las graves (art. 98.1 LEBEP). Respecto de las leves, la Ley prevé un procedimiento sumario con audiencia del interesado (art. 98.1 cit.).

También en materia de prescripción de faltas la LEBEP (art. 97) desplaza al ET, estableciendo un régimen jurídico mucho más gravoso para el trabajador al fijar plazos notablemente más largos que los establecidos en el art. 60.2 ET: tres años para las infracciones muy graves, dos años para las graves y seis meses para las leves, frente a los sesenta, veinte y diez días que fija el ET. La LEBEP añade además plazos de prescripción de las sanciones (tres, dos y un año, respectivamente, para las sanciones por faltas muy graves, graves y leves).

⁸⁷ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Ideología y lengua en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Thomson Reuters/Civitas, 2009, págs. 92 y ss.

RESUMEN Partiendo de la existencia de una diversidad de empleados al servicio de las Administraciones Públicas y de la inexistencia de un estatuto unitario común a todos ellos, el presente estudio examina la incidencia de la naturaleza de dichas Administraciones Públicas sobre las relaciones laborales de las que son parte, y sus múltiples manifestaciones, de las que se destacan los límites de las Administraciones en la planificación de sus recursos humanos, los procedimientos de selección por las Administraciones de los trabajadores a su servicio, la protección del interés general a través del régimen de incompatibilidades de los empleados públicos, las limitaciones en la fijación del régimen retributivo, las peculiaridades en la aplicación del principio de estabilidad en el empleo, y, naturalmente, la incidencia sobre el sistema de derechos y deberes de los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas y sobre el régimen disciplinario al que están sujetos.

ABSTRACT Public Administrations employ a variety of workers who lack a joint and common statute. From this starting point, this paper analyses the repercussions of the nature of Public Administrations on the labour relations within which they are framed, as well as the multiple scenarios in which they act. Such scenarios include: the limits of the Administration with regards to human resource planning, the recruitment process within the Administration, the protection of the common interest through the incompatibility regime of public employees, the limits to define the wage regime, the peculiarities in the application of the principle of job stability and, also, the repercussions for the system of Public Administrations workers' rights and duties and for the disciplinary regime to which those workers are bound.

El acceso al empleo público laboral

NURIA DE NIEVES NIETO*

INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo de la Función Pública y el Derecho del Trabajo se han influido recíprocamente en la ordenación del personal funcionario y del personal laboral lo que ha producido una progresiva aproximación de sus respectivos estatutos jurídicos¹. Así, por ejemplo, en un primer momento, instituciones administrativas como los sistemas de selección de personal o las excepciones fueron acogidas por la legislación laboral; más adelante, instituciones nacidas en el ámbito del Derecho del Trabajo, como la negociación colectiva, han acabado siendo implantadas en los dominios de la función pública².

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad Complutense

¹ Vid., M. ALONSO OLEA, «Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas», en *Libro Homenaje al Prof. José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 49 y sig., especialmente las características dominantes de las relaciones profesionales de ambos tipos de personal.

² A. MONTOYA MELGAR, «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)» en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 457 y sig.

En el Estatuto Básico del Empleado Público se aprecia esta tendencia a la convergencia de regímenes jurídicos de naturaleza administrativa y laboral que se manifiesta sobre todo en que, aunque la dualidad funcionario-trabajador asalariado sigue manteniéndose, estos se acogen bajo la categoría genérica de «empleados públicos». Uno de los objetivos de este trabajo es comprobar si esta tendencia hacia la aproximación de los regímenes de tales empleados públicos se percibe realmente en materia de selección de personal, puesto que se intuye, ya de partida, que un análisis más detallado de los distintos aspectos regulados en el EBEP sobre el acceso al empleo puedan conducirnos a una conclusión distinta. El otro objetivo perseguido es el estudio crítico del régimen de acceso del personal contratado en régimen laboral y la valoración sobre su oportunidad.

1. SISTEMA DE FUENTES APLICABLE AL ACCESO DE EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES

En el empleo de trabajadores por cuenta ajena por las Administraciones Públicas es conveniente distinguir, de un lado, entre el

puro contrato de trabajo, regido por el Derecho del Trabajo –si bien modalizado por leyes de contenido administrativo– y, de otro, el marco organizativo de naturaleza jurídico-administrativa, en el que se inscribe la contratación, que incluye, entre otras medidas, los procedimientos formalizados de selección³.

Como punto de partida, debe advertirse que en materia de selección de personal en las Administraciones Públicas es de aplicación directa el EBEP⁴, desde luego, para el personal funcionario, pero también para el personal laboral⁵, sin remisión para este a la legislación laboral⁶.

Así pues, régimen de selección de los trabajadores por cuenta ajena se rige íntegramente por el EBEP (arts. 55 y sig.) y las nor-

³ A. MONTAYA MELGAR, «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)» en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, p. 47.

⁴ La regulación del acceso al empleo público se formula, en gran medida, como conjunto de principios y adolece, en algunos extremos, de la falta de contenido sustantivo suficiente para concretar las exigencias básicas que requiere la regulación de esta materia.

⁵ Concretamente se declara de aplicación directa al personal laboral en la Administración del Estado, entre otros preceptos, los referidos: al acceso de los extranjeros como personal laboral a las Administraciones Públicas (art. 57.4), a los órganos de selección (art. 60) y a los sistemas selectivos del personal laboral (art. 61.7). Instrucción 8, Instrucciones para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos de 5 de junio de 2007 (Resolución de 21 de junio de 2007).

⁶ Sobre la base de que los procedimientos selectivos son actos de la Administración sujetos a Derecho Administrativo, separables de la regulación que rige el contrato de trabajo, como se deduce de la jurisprudencia del TS, en sentencias como la de 21 de julio de 1992 (RJ 1992, 5640) o de 11 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1849). De manera que, para el personal laboral, sólo cuando nace la relación jurídico-privada que le vincula con la Administración puede aplicársele la normativa laboral, puesto que con anterioridad la Administración actúa con carácter de poder público en atención al interés general.

mas administrativas concordantes. No resulta aplicable a este personal, en consecuencia, la normativa laboral ni siquiera por vía de convenio colectivo pues, como sucede con respecto de los funcionarios, la regulación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público está excluida de la negociación. En realidad, no se veda expresamente que los convenios colectivos puedan determinar la actuación de la Administración con relación al ingreso del personal laboral pero, si se entiende –como así lo expuso la Comisión de Expertos en el Informe sobre el Estatuto Básico del Empleado Público⁷– que se trata de una materia que afecta al derecho de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, con relación a los cuales la Administración ejerce potestades públicas, debe pensarse que se trata de un procedimiento de Derecho Público⁸ y, por tanto, indisponible por la autonomía colectiva. De ahí que en principio no parece que quepa admitir que los convenios colectivos puedan determinar la actuación de la Administración frente a los ciudadanos por tratarse de actos sujetos a Derecho Administrativo propios de los poderes soberanos que se integran en el proceso de formación de la voluntad de la Administración frente a sus administrados, que es una cuestión diferida a la norma legal.

⁷ INAP, Madrid, 2005, p. 84.

⁸ Al respecto, *vid.*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 13ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p.62. Resulta de interés lo establecido por el artículo 7.2 de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria: «El contenido, efectos y extinción de la relación laboral se registrarán por las normas de la contratación colectiva e individual en el marco de la legislación laboral, pero los actos preparatorios a su constitución como convocatorias, pruebas selectivas y demás trámites hasta la inscripción del contrato en el Registro de Personal, se registrarán por el Derecho Administrativo»; y sorprende que el VIII Convenio Colectivo del personal laboral al servicio del Gobierno de Cantabria (de 12 de febrero de 2010), en su artículo 26, regule los Tribunales de Selección.

El tratamiento que el EBEP da a la posibilidad de que la negociación colectiva regule el acceso del personal laboral a la Administración Pública es confuso; de una parte, el artículo 37.1 c) señala que *«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 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»*, de otra parte, el apartado segundo del mismo artículo, letras b) y e), señalan que quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación, por un lado, *«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»* y, por otro, *«la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional»*. Entonces, parece que la conclusión que se deduce de tales términos, partiendo de que el mecanismo de acceso al empleo público constituye un procedimiento de formación de la voluntad de la Administración de naturaleza administrativa que, en principio, excluiría la posibilidad de negociación colectiva, es que deben negociarse colectivamente las normas que determinen los criterios generales en materia de acceso y, en cambio, no puede, en principio, negociarse⁹ su aplicación específica en cada caso, referido, en nuestra opinión, a las bases concretas en cada procedimiento selectivo que se convoque¹⁰.

⁹ No obstante la expresión *«quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación»* no impide que, en caso de que exista acuerdo entre la Administración y los sindicatos, puedan negociarse alguno de los contenidos en principio prohibidos.

¹⁰ En este sentido, R. ROQUETA BUJ, *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 298 y sig.

Sorprende, en todo caso, el panorama que en la actualidad presenta la regulación convencional de las condiciones de acceso de los empleados públicos en régimen laboral. En efecto, es destacable la profusa y detallada regulación de los procesos para el ingreso del personal laboral en la Administración Pública contenida en los convenios colectivos¹¹ que contrasta con las escasas y muy generales referencias que a las mismas se hace para el personal funcional en los correspondientes pactos o acuerdos. Los convenios colectivos desarrollan las normas generales completándolas con respecto a la composición de los órganos de selección, los baremos de méritos a valorar, la naturaleza de las pruebas, los porcentajes de plazas reservadas a traslados, promoción interna y acceso libre...¹² El problema que surge en estos casos es determinar qué jurisdicción debe resolver sobre la nulidad de los convenios colectivos que contravengan las normas constitucionales y legales sobre el acceso al empleo público laboral. En nuestra opinión, debería corresponder a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien lo más frecuente es encontrar resoluciones de los órganos de la jurisdicción social declarando nulos ciertos preceptos de un convenio colectivo por vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad como rectores del acceso al empleo público¹³.

¹¹ Si bien hay convenios colectivos que incluyen escasas referencias al acceso al empleo público del personal laboral como el de la Región de Murcia (de 7 de mayo de 2007) o Navarra (de 15 de enero de 2007); en cambio, hay otros, como el de la Comunidad de Madrid (de 11 de marzo de 2005) o el III Convenio Único de la AGE (de 31 de julio de 2009) que regulan (art. 31) más promenorizadamente esta materia.

¹² No puede dejar de mencionarse que el Tribunal Supremo parece admitir sin problemas este tipo de regulación convencional, como así se deduce de la STS (4ª) de 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 7504), por la que se anula una convocatoria de ingreso libre por no haberse intentado con anterioridad la correspondiente provisión interna, exigida por el convenio colectivo a la correspondiente entidad pública empresarial.

¹³ SSTSJ de Andalucía (Sevilla), de 22 de enero de 2005 (AS 2005, 255) y de Canarias (Tenerife), de 10 de

2. ÁMBITO SUBJETIVO DEL EBEP EN MATERIA DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Antes de analizar el régimen jurídico del acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas, parece conveniente concretar el ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre acceso al empleo público, para poder determinar qué órganos deben cumplir con las exigencias del EBEP con relación a la selección de su personal, de un lado, y, de otro, si todos los empleados públicos quedan sometidos al citado régimen. Del lado del empleador, este se identifica con la totalidad del sector público, lo que, en principio, responde a la finalidad del EBEP que es conseguir que su aplicación se proyecte sobre el conjunto de las Administraciones Públicas. Sin embargo, en varias disposiciones de la norma –entre ellas, el artículo 2– se incorporan exclusiones parciales o regímenes especiales con lo que, en parte, queda reducida la inicial aspiración generalizadora de la norma.

Según el citado artículo 2 del EBEP, como empleadoras actúan las siguientes Administraciones Públicas: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, las Universidades Públicas¹⁴ y, en fin, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas¹⁵. Ante todo, debe

marzo de 2006 (AS 2006, 1352) y (Las Palmas) de 30 de noviembre de 2010 (AS 2010, 1683).

¹⁴ Las Universidades se encuentran todas transferidas a las correspondientes Comunidades Autónomas salvo dos, la UNED y la UIMP, que quedan bajo el control de la Administración General del Estado.

¹⁵ A los efectos que aquí interesa, la Administración Corporativa (Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio...) no forma parte del sector público, por lo que no se aplica a su personal, laboral, lo previsto en el EBEP.

ponerse de manifiesto que la redacción ha sido poco afortunada y algo confusa, utilizándose una clasificación de entes que ha generado serios problemas aplicativos. En un intento clarificador, proponemos un esquema de inclusiones y exclusiones de las normas del EBEP, en materia de selección de personal, para los distintos órganos de la Administración Pública.

Así pues, se aplica a todas las Administraciones territoriales y a algunas de las Administraciones Instrumentales¹⁶. Estas Administraciones Instrumentales se encuentran integradas por los Organismos Públicos y las Entidades Privadas del Sector Público. El primer grupo, de Organismos Públicos, (art. 41 de la LOFAGE)¹⁷ incluye, por una parte, los de régimen general y, por otra, los de régimen especial. Entre los organismos Públicos de régimen general se encuentran, de un lado, los Organismos Autónomos – que se rigen por Derecho Administrativo (art. 45 de la LOFAGE)– cuyo personal suele ser tanto funcional como laboral; y, de otro lado, las Entidades Públicas Empresariales –que siendo órganos de naturaleza pública se rigen por Derecho Privado (art. 53.2 LOFAGE)– y suelen, por regla general, verse integradas por personal asalariado¹⁸, si bien es posible que funcionarios presten servicios en ellas y, por último, las denominadas Agencias Estata-

¹⁶ Las Administraciones Instrumentales son entidades con personalidad jurídica propia que tienen encomendadas funciones del sector público. El amplio conjunto de estas entidades, por constituir un fenómeno de diversificación estructural, no puede ser reconducido a una única categoría, si bien su denominador común responde a la relación de instrumentalidad con los poderes públicos que se sirven de ellos para el cumplimiento de sus fines.

¹⁷ Los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración para la realización de actividades de ejecución o gestión que pueden ser administrativas, de fomento, de prestación o de contenido económico (art. 2.3 LOFAGE).

¹⁸ Con relación a estos órganos, la LOFAGE, en su artículo 55.2.b), distingue entre el personal directivo y el resto del personal laboral.

les¹⁹ (reguladas por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos²⁰) integradas también por ambos tipos de personal, en mayor medida laborales²¹.

Junto a los anteriores, se encuentran los Organismos Públicos de régimen especial²², sobre los que genéricamente nada se menciona en materia de acceso del personal en el EBEP. No obstante, debe tenerse en cuenta que la disposición adicional quinta del EBEP dispone que lo establecido en el mismo se ha de aplicar a los Organismos reguladores de la disposición adicional décima 1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en la forma prevista en sus Leyes de creación. Estos Organismos, en materia de personal, se rigen por su propia legislación²³

¹⁹ La referencia a las agencias ha sido considerada «perfectamente omitible» dado que son conceptualmente subsumibles en la categoría de Entidades de Derecho Público vinculadas a cualquier Administración Pública. LL. AZEMAR I MALLARD, *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. S. DEL REY GUANTER), La Ley, Madrid, 2008, p.143.

²⁰ Ejemplos de Agencias Estatales: Agencia de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Artes Escénicas y Musicales, Investigación en Biomedicina y Ciencias de la Salud Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Meteorología, Cooperación Internacional, Seguridad Aérea, Seguridad del Transporte Terrestre, Evaluación, Financiación y Perspectiva de la Investigación Científica y Técnica...

²¹ Vid., S.M. ÁLVAREZ CARREÑO, «El proceso de institucionalización de las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos en España», *Via Iuris*, nº 7, 2009, J. PINAZO HERNÁNDIS, «El régimen del personal al servicio de las Agencias Estatales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 720, 2006, p.10.

²² Entre ellos, la Comisión Nacional de Energía, Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Energía Nuclear, el Instituto Español de Comercio Exterior...

²³ En el supuesto de la Comisión Nacional de la Energía, el EBEP contempla una remisión a su Ley de creación para determinar la forma de aplicación, sin que en la misma se establezcan previsiones específicas al respecto, más allá de una remisión a la legislación laboral

y, supletoriamente, por la citada Ley 6/1997. Si bien el EBEP constituye una norma general posterior que prevalece sobre las diferencias sectoriales, salvo que la misma establezca excepciones. Así pues, atendiendo a la naturaleza general del EBEP —que, como se sabe, no sólo regula el estatuto de los funcionarios públicos, sino también las peculiaridades de la relación laboral de empleo público— las normas que el mismo declara aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, han de entenderse referidas, asimismo, al personal al servicio de los Organismos reguladores contemplados en la disposición adicional quinta de la citada norma. Otros Organismos de régimen jurídico propio previstos en las disposiciones adicionales 6ª, 7ª, 8ª y 9ª (de la Ley 6/1997) son las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, el Consejo de Estado, el Banco de España o la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP en virtud de lo establecido en el artículo 2.1.

El segundo grupo de Entes Instrumentales está formado por las Entidades Privadas del Sector Público (Ley General de Presupuestos 47/2003 —que regula el sector público administrativo, empresarial y fundacional—) y está compuesto, fundamentalmente, por las Sociedades Mercantiles del sector público y las Fundaciones Públicas. Las Sociedades Mercantiles del sector público, aun siendo organismos públicos —puesto que se nutren total o parcialmente (no menos del 50%) con fondos públicos—, tienen forma jurídico-privada, y su personal es de carácter laboral. Por su parte, las Fundaciones Públicas tienen naturaleza privada y también tienen a su servicio personal exclusivamente laboral. Ambas quedan fuera del ámbito de aplicación general del EBEP y sólo se les aplica alguna de las reglas contenidas en dicha norma de forma limitada. En efecto, en virtud de lo

de la que el EBEP forma parte, en tanto desarrolla la relación laboral de empleo público.

establecido en la disposición adicional primera del EBEP los principios contenidos en los artículos 55 y 59 son de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no se encuentran incluidas en el anteriormente citado artículo 2 y que estén definidas así en su normativa específica: por tanto, Sociedades Mercantiles, Fundaciones Públicas, así como otras entidades del sector público definidas así en su específica normativa. En estos casos, pese a que sus trabajadores no son considerados empleados públicos, y por ello no se les aplica el régimen general de acceso al empleo público, sí que se les aplican los mismos principios constitucionales que a estos de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad, transparencia, imparcialidad, profesionalidad e independencia de los miembros de los órganos de selección y adecuación y agilidad del proceso selectivo; del mismo modo, se les aplican las normas relativas a la protección de las personas con discapacidad en el acceso al empleo. Por el contrario, materias tan decisivas en los procedimientos selectivos como la composición de los órganos de selección o, específicamente, su colegialidad no les afectan²⁴. Junto a las Sociedades Mercantiles (o Sociedades Públicas Locales) y las Fundaciones Públicas, la disposición adicional primera del EBEP incluye, en la aplicación parcial del mismo, otras Entidades del Sector Público entre las que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, se integrarían las Mutuas y

²⁴ En este sentido, se ha criticado que la intensidad en la aplicación de los principios de mérito y capacidad dependa de la concreta modalidad elegida para la ejecución de una actividad administrativa (modalidad de asunción directa de la Administración territorial o la creación de un Organismo Autónomo, Agencia..., en cuyo caso se aplican tales principios; y no ocurriría así, si se eligiera una modalidad societaria mercantil) no parece compatible con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). J. B. VIVERO SERRANO, «El acceso al empleo público en régimen laboral tras el EBEP: algunas luces y demasiadas sombras» *REDA*, nº 143, 2009 (BIB 2009, 873), p. 6.

los Consorcios con personalidad jurídica propia (art. 6 de la Ley 30/1992, de noviembre, LRJPAC y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LRBRL).

Para completar el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de acceso al empleo público es conveniente hacer también una referencia –breve ahora, ya que se desarrollará más adelante– a los empleados públicos a los que se les aplica el régimen general de acceso al empleo en las Administraciones Públicas²⁵, siendo estos: funcionarios²⁶ (de carrera, interinos o eventuales) y trabajadores por cuenta ajena (fijos, indefinidos o temporales²⁷). No obstante, la aplicación de este régimen general se ve restringida, en lo que respecta a los sistemas de selección, al personal funcionario²⁸ y laboral fijo, quedando al margen de su

²⁵ Debe tenerse en cuenta que el EBEP reconoce determinados sectores de prestación de servicios públicos con regímenes especiales como personal investigador, personal docente, personal de los Servicios de Salud o personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

²⁶ Según el artículo 9.2 del EBEP, a los funcionarios se les atribuyen en exclusiva las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

²⁷ *Vid.*, el todavía vigente (tal y como señala la instrucción 5 de la Resolución de 21 de junio de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos) artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 26 de noviembre: las Administraciones pueden celebrar contratos de trabajo cuando se trate de cubrir puestos de naturaleza no permanente, puestos destinados a satisfacer las necesidades de carácter periódico y discontinuo y puestos que requieran de conocimientos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

²⁸ Entre los funcionarios, sólo se permite, como excepción, el acceso sin necesidad de respetar tales principios constitucionales al personal eventual, cuya designación puede hacerse libremente –salvo requisitos como poseer la edad mínima para ser empleado público o no estar separado del servicio o inhabilitado para el

aplicación los empleados temporales; así, la contratación de trabajadores por cuenta ajena temporales puede tener lugar, como se verá, a través de otro tipo de procesos de selección, sin perjuicio de que estos deban cumplir necesariamente los requisitos contenidos en el artículo 55 del EBEP.

Por lo tanto, todo aspirante que pretenda acceder a un puesto de trabajo en la Administración mediante un contrato de trabajo debe cumplir, como mínimo con los principios de mérito y capacidad, incluido el personal directivo laboral, para el que el apartado segundo del artículo 13 lo dispone expresamente²⁹. Nada impide, no obstante, que en su designación se goce de una amplia discrecionalidad para apreciar sus méritos y capacidades, así como de gran libertad para concretar el proceso selectivo que determine la elección, generalmente libre designación.

3. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DEL PERSONAL LABORAL

El acceso del personal laboral en el sector privado resulta bien diferente del acceso en el

ejercicio de cargos públicos o poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas que le correspondan—. Por su parte, la selección de los funcionarios interinos debe realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 10.2 del EBEP). Así, debe entenderse que son de aplicación para este personal, las reglas generales del EBEP sobre selección de empleados públicos no incompatibles con la agilidad y celeridad que requiere el nombramiento de interinos, por ejemplo, los principios de transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección así como la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los mismos; e, igualmente, exigencias como la titulación y requisitos de capacidad exigidos para participar en las pruebas de selección de los cuerpos a los que corresponda desempeñar el puesto que ocupe.

²⁹ Además, su designación se ha de llevar a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

sector público. Como es sabido, en el ámbito privado, el empresario goza de gran libertad para seleccionar a sus trabajadores sobre la base del artículo 38 de la Constitución que consagra el principio de libertad de empresa³⁰. Las decisiones empresariales relativas a la selección de su personal responden a intereses meramente económicos y, si bien el empresario puede tener interés en basarse en parámetros de selección objetivos para captar los candidatos más adecuados, ciertamente esa objetividad no se impone desde el Derecho. En todo caso, esta libertad de la que goza el empresario privado no es ilimitada puesto que en la contratación de personal debe respetarse el principio constitucional de no discriminación del artículo 14 de la CE (y su reflejo en el artículo 17 del ET), así como los correspondientes mecanismos previstos en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; por su parte, la negociación colectiva también puede limitar la libertad empresarial de contratación estableciendo determinados procesos de selección que vinculan al empleador³¹.

En el ámbito público, por el contrario, la libertad de contratación se encuentra estrechamente limitada, puesto que estas fases previas a la contratación³² no se rigen por el mencionado derecho a la libertad de empresa sino por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, esto es, la selección de aspirantes se produce conforme a

³⁰ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 151.

³¹ *Vid.*, R. ACUILERA IZQUIERDO, «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», en AS nº 5, 2003, p. 582 y sig.

³² Para planificar sus recursos humanos la Administración debe sujetarse a normas de estricto Derecho Administrativo (así, por ejemplo, las Ofertas de Empleo Público aprobadas anualmente por los Órganos de Gobierno de las distintas Administraciones Públicas sobre la base de las oportunas dotaciones presupuestarias (art. 70 EBEP), o la organización de su personal a través de relaciones de puestos de trabajo (art. 71. EBEP).

criterios objetivos. Esta objetividad que impone la Constitución pretende garantizar que, en la selección de los candidatos, se elegirá a aquellos que resulten más idóneos para cada puesto de trabajo, asegurándose así la eficiencia de la organización³³. De modo que la Administración no puede discrecionalmente elegir la persona que estime conveniente para que preste, en su favor, sus servicios retribuidos sino que, forzosamente, habrá de contratar a la que resulte más adecuada para cubrir el correspondiente puesto de trabajo a través de un procedimiento público y objetivo de selección³⁴. Por ello la Norma Constitucional reconoce el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo en sus artículos: 14, 23.2 y 103.3.

No obstante, estos principios constitucionales no han sido siempre observados con fidelidad existiendo numerosas manifestaciones de favoritismos o corporativismos que los vulneran. Ejemplo de lo que se acaba de afirmar es el considerable aumento, en los últimos años, del número de trabajadores asalariados en el ámbito público y la tasa de temporalidad en las Administraciones Públicas puesto que la selección de personal laboral, interinos y contratados temporales, ha sido mucho menos rigurosa que la de los funcionarios de carrera. De ahí la necesidad de extremar las garantías sobre los procedimientos de selección así como de las normas que los regulan.

El acceso al empleo público de los ciudadanos se garantiza en el EBEP con el límite del respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como de lo dispuestos en el propio Estatuto. La posición

³³ J.B. VIVERO SERRANO, «El acceso al empleo público en régimen laboral tras el Estatuto Básico del Empleado Público: algunas luces y demasiadas sombras», *REDA*, nº 143, 2009 (Ref. Ar. BIB 2009/873), p. 3.

³⁴ Desde luego no sorprende que la objetividad exigida por la Administración Pública para el acceso al empleo sea reproducida por empresas privadas bien gestionadas y competitivas, que buscan la garantía de eficacia en la prestación de los servicios.

del EBEP coincide con la que mantenía la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que extendía los citados principios a la selección tanto de funcionarios como de trabajadores por cuenta ajena. Consideramos conveniente recordar cuál es el alcance de estos principios y si en su aplicación se detectan diferencias entre el personal laboral y el funcionarial.

3.1. Principios constitucionales

3.1.1. *La aplicación del principio de igualdad del artículo 23.2 al empleado público laboral*

Como ya se ha advertido, el derecho de acceso de todos los ciudadanos al empleo público en condiciones de igualdad es un derecho constitucional proclamado en el artículo 23.2 de la CE. Debe recordarse que los contenidos de los artículos 14 y 23.2 de la CE no resultan contradictorios puesto que ambos deben ser interpretados, como señaló el Tribunal Constitucional³⁵, en el sentido de que el del artículo 23.2 especifica el derecho de igualdad en lo relativo al acceso a las funciones y cargos públicos. Ya la STC 10/1983, de 21 de febrero, había señalado que la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas era una manifestación más del principio de igualdad jurídica contenido en el artículo 14 de la CE, pero que gozaba de sustantividad propia.

Con relación a las distintas manifestaciones de este principio, el Tribunal Constitucional tiene declarado: 1) que del artículo 23 de la CE no se deduce que exista un derecho subjetivo a la ocupación o desempeño de funciones específicas, sino sólo un derecho a participar en las oportunas pruebas selectivas (STC 50/1986, de 23 de abril); 2) que lo dispuesto en el artículo 23 de la CE no significa que todos

³⁵ En sentencias 75/1983, de 3 de agosto, 50/1986, de 23 de abril, 84/1987, de 29 de mayo, 67/1989, de 18 de abril ó 60/1994, de 28 de febrero.

los ciudadanos tengan un derecho subjetivo a participar en las correspondientes pruebas de selección, por lo que es posible establecer requisitos de carácter objetivo para la participación en las pruebas de acceso (STC 75/1983, de 3 de agosto); 3) que el citado artículo otorga al legislador un amplio margen para la regulación de los procedimientos de acceso, siempre que no se establezcan referencias individualizadas que pudieran crear desigualdades arbitrarias –que vulnerarían los principios de mérito y capacidad– (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre y 193/1987, de 9 de diciembre); 4) que los requisitos exigidos en las concretas pruebas deben tener una fundamentación objetiva, de manera que no resulten discriminatorios por incluir referencias individualizadas (SSTC 67/1989, de 18 de abril, 27/1991, de 14 de febrero, ó 302/1993, de 21 de octubre)³⁶.

Tradicionalmente³⁷ se ha limitado el recurso de amparo en esta materia a los supuestos de acceso a la función pública en sentido estricto, con exclusión de los procedimientos de acceso al empleo público laboral³⁸. Exponente de esta postura ha sido la STC 281/1993, de 27 de septiembre, que expresamente excluyó de la aplicación del mencionado artículo al personal laboral. Parte de la doctrina ha apoyado esta posición basándose en un concepto restrictivo de la expresión «*funciones públicas*» entendiendo que se produce una reserva material de funciones a favor de los funcionarios de carrera, quedando excluido el personal laboral³⁹. De otra parte se

encuentran quienes han defendido la posibilidad de extender la aplicación del artículo 23.2 al personal laboral en la Administración Pública⁴⁰ sobre la base de que la Administración Pública no puede atender a criterios arbitrarios en la selección de su personal, independientemente de cuál sea la naturaleza del vínculo que le una con esta. En nuestra opinión, no puede considerarse que aquella jurisprudencia restrictiva tenga una base sólida ya que el empleo público laboral implica también el desempeño de un cargo o función pública en sentido lato, es decir, de un puesto de trabajo en el sector público y lo que importa a los fines del artículo 23.2 de la CE es que, en todos los casos, los ciudadanos se encuentren en situación de igualdad y no sean discriminados⁴¹. El EBEP parece confirmar esta última interpretación, en su tendencia inicial a acercar⁴² el personal laboral al funcional⁴³.

3.1.2. *Los principios de mérito y capacidad y su aplicación al empleado público laboral*

Los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público exigen a los aspiran-

³⁶ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Régimen Público de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 12, 2001, p. 61 y sig.

³⁷ Si bien inicialmente el Alto Tribunal, en STC 56/1980, de 22 de abril, y Auto 858/1988, de 4 de julio, había admitido la extensión del citado artículo a todo el personal al servicio de la Administración Pública, incluyendo expresamente al personal laboral.

³⁸ *Vid.*, ATC 873/1985, de 5 de diciembre, 880/1985, de 11 de diciembre y 154/1987, de 11 de febrero.

³⁹ A. PALOMAR OLMEDA, *El derecho de la función pública*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 103 y sig.

⁴⁰ Entre otros T. SALA FRANCO, «Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública», INAP, Madrid, 1989, p.25 y sig. o M. GODINO REYES *El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 130 y sig.

⁴¹ En el mismo sentido que M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008, p.402.

⁴² Por ejemplo, J. L.GOÑI SEIN, «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio» en *El Estatuto Básico del Empleado Público*. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2008, p. 178, habla de «tendencia uniformadora de la regulación de las distintas modalidades de empleo público».

⁴³ Así lo entiende también J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 110.

tes que acrediten la capacidad profesional necesaria para desempeñar el correspondiente puesto de trabajo y que sus conocimientos y destrezas superen a otros posibles competidores, también candidatos al mismo empleo. Ciertamente, la aplicación rigurosa de estos principios ha tenido el valor de posibilitar la creación de sólidos cuerpos de empleados públicos, sin embargo su aplicación ha sido marginada en las últimas décadas a través de distintos procedimientos, entre ellos, el sometimiento de los entes públicos al derecho privado, facilitándose con ello la contratación laboral en la que se ha aplicado una gran dosis de discrecionalidad en la selección de este personal⁴⁴.

La configuración constitucional de estos principios se recogen en el artículo 103 de la CE. Los principios de mérito y capacidad se configuran como instrumentos que permiten dar un adecuado cumplimiento al principio de igualdad en el acceso al empleo público; en este sentido, las SSTC 193/1987, de 9 de diciembre, ó 206/1988, de 7 de noviembre, imponen la obligación de no exigir para el acceso a la función pública ningún requisito o condición que no haga referencia a los principios de mérito y capacidad; de manera que sólo estos principios deben guiar la actuación de la Administración en el acceso al empleo, desterrándose así la posibilidad de recurrir a otras condiciones personales o sociales de los candidatos.

El EBEP extiende la aplicación de estos principios a la totalidad del empleo público, si bien la intensidad de su aplicación sigue siendo mayor en el ámbito de la función pública que en el de la contratación laboral –como se aprecia con relación a los sistemas de selec-

ción–. En efecto, la invocación en la norma de estos principios por sí misma no garantiza su aplicación sistemática, puesto que es una innegable realidad que un gran número de funcionarios ha adquirido tal categoría a través de procesos de consolidación menos rigurosos que los sistemas de acceso libre⁴⁵.

3.2. Principios legales en desarrollo de los principios constitucionales de mérito y capacidad

Otros principios, señalados en el artículo 55.1 del EBEP, refuerzan los citados de mérito y capacidad⁴⁶ y deben ser tenidos en cuenta por todas las Administraciones Públicas en la selección de su personal funcionario y laboral⁴⁷.

- Publicidad de las convocatorias y sus bases: a través del mismo se establece la obligación de difundir de forma efectiva las convocatorias de selección en condiciones tales que permitan su conocimiento a la totalidad de los potenciales candidatos⁴⁸.

⁴⁵ J. M. PÉREZ GÓMEZ, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson- Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 490.

⁴⁶ Vid., R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 138 y 139.

⁴⁷ El EBEP, en su artículo 55.2, encomienda expresamente la selección de su personal a las propias Administraciones convocantes lo que, como señala A. MONTOYA MELGAR, excluye la intermediación de otros entes, si bien determinadas normas autonómicas y convenios colectivos abren la posibilidad de intervención a los Servicios de Empleo, «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)» en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, p. 474. Así, por ejemplo, el artículo 36.2 del III Convenio Único del personal laboral de la AGE.

⁴⁸ Ya la STC 85/1983, de 25 de octubre, declaró la importancia de este principio: «la publicidad es un aspecto básico de la regulación del acceso a la función pública».

⁴⁴ Autores como PARADA VÁZQUEZ han denunciado abiertamente «la crisis sin precedentes de los principios de mérito y capacidad, pese a su enfática y reiterada proclamación por el Estatuto Básico del Empleado público», *Derecho Administrativo II*, 21ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p.478.

- **Transparencia:** significa que los criterios que se utilizan para la selección sean claros y conocidos, ello sin perjuicio del habitual carácter reservado de las deliberaciones del órgano de selección. La aplicación de este principio a tales órganos supone que estos deben motivar los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos (art. 54.2 de la Ley 30/1992).
- **Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección:** que garantiza la exclusión de influencias externas ajenas a los principios de mérito y capacidad. La manifestación concreta de estos principios se encuentra en el artículo 60 del EBEP, que se tratará más adelante.
- **Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección:** la independencia hace referencia a la no injerencia de terceros –a través, entre otros, de instrucciones– en la actuación de los órganos de selección. La discrecionalidad técnica, por su parte, se refiere a la capacidad de valoración técnica de las cualidades y méritos de los aspirantes de acuerdo con las bases de la convocatoria⁴⁹.
- **Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.** La aplicación de este principio parece permitir la adaptación de las pruebas a realizar en los distintos procesos, a las labores que corresponden al puesto a cubrir y ello puede conllevar que se permita la limitación del número de pruebas meramente memorísticas aumentando las pruebas prácticas. Insistiendo en este principio, el apartado segundo del artí-

culo 61 del EBEP señala que deberá existir conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados.

- **Agilidad y objetividad:** La agilidad, tendente a evitar dilaciones innecesarias en los procesos de selección, es una de las condiciones de la eficacia; en todo caso, no parece fácil anular un procedimiento de selección por falta de agilidad (salvo que exista una norma expresa de caducidad por el transcurso de un plazo determinado) debido a la posible concurrencia de circunstancias tales como: el tipo de candidato a seleccionar o el número de estos⁵⁰.

En fin, de lo expuesto se deduce que los principios jurídicos que se han de aplicar en el acceso al empleo público resultan ser los mismos para los funcionarios y los contratados laborales, no debiendo existir ningún signo diferencial cuando la Administración actúe como empleador. Se reconoce, así, expresamente –por primera vez en el Ordenamiento Jurídico– para el personal laboral un conjunto de principios rectores del proceso necesario para efectuar la selección, dándose así un aldabonazo definitivo para que el procedimiento de selección del personal laboral alcance el mismo grado de objetividad y garantía que el del personal funcionario⁵¹.

4. REQUISITOS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO LABORAL

Una serie de requisitos de índole subjetiva son exigidos (como lo han venido siendo tradi-

⁴⁹ Sobre discrecionalidad técnica, entre otros, *vid.*, E. DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 2000.

⁵⁰ *Vid.*, M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 404.

⁵¹ J. GIL PLANA, «La selección del personal laboral de las Administraciones locales», *Revista de Estudios Locales*, nº 112, 2008, p.21.

cionalmente) a los aspirantes que deseen acceder al empleo público, de nuevo con independencia de la naturaleza de la relación jurídica a través de la cual se vinculen con la Administración. La incorporación de estos requisitos no ha sido excesivamente novedosa con relación al personal funcionario, puesto que ya se encontraban recogidos en la normativa precedente al EBEP, sin embargo sí lo ha sido para el personal laboral por ser la primera vez que se detallan, para este, en una norma de empleo público.

El conjunto de requisitos que deben reunir los candidatos se enumeran en el artículo 56 del EBEP; enumeración que no se presenta como un listado cerrado sino que pueden ser ampliados por las convocatorias de cada proceso selectivo.

Nacionalidad española. Este requisito de la nacionalidad había sido modificado⁵² por aplicación de la normativa (art. 48 TCEE, actual art. 39) y jurisprudencia comunitaria⁵³ en el sentido de limitarse sólo a los nacionales españoles los empleos que suponen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la defensa de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas (que son aquellos que el artículo 9.2 del EBEP reserva para el personal funcionario⁵⁴); de modo que al resto de los empleos públicos pueden acceder, en igualdad de con-

diciones, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

De otro lado, en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 de la Ley 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se permite que los extracomunitarios con residencia legal en España puedan acceder al empleo público, de carácter laboral, en igualdad de condiciones que los españoles⁵⁵.

Así pues, en función del carácter laboral o funcional (estricto o amplio) de los puestos a ocupar se dispensa un trato diferente según la nacionalidad del aspirante a empleado público. De modo que: 1) los extracomunitarios no pueden acceder a funciones atribuidas a funcionarios públicos, en general, pero sí a las que correspondan al personal laboral; 2) los extranjeros comunitarios, en cambio, pueden acceder libremente a puestos correspondientes a personal laboral y ciertos puestos de funcionario, en los que no se actúe en ejercicio del poder público; 3) y sólo los nacionales españoles pueden acceder con libertad a cualquier empleo en la Administración Pública, de carácter funcional o laboral. En definitiva, puede decirse que el acceso de los extranjeros al empleo público se ha llevado a su máxima expresión cuando se trata de la cobertura de plazas laborales, mientras que se encuentra fuertemente restringido si la plaza a cubrir es funcional.

Se prevén otras excepciones al requisito de la nacionalidad cuales son: en primer lugar, podrán acceder a la condición de funcionario –con excepción de las funciones que supongan ejercicio del poder público– y de contratado laboral en la Administración Pública, el cónyuge de los españoles y de los nacionales de

⁵² A través de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás países de la Unión Europea.

⁵³ Entre otras, SSTSJCEE, Comisión contra el Reino de Bélgica, de 17 de diciembre de 1980 o contra la República Francesa, de 3 de junio de 1986.

⁵⁴ Corresponde a los Órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinar las agrupaciones de funcionarios a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados. Para el ámbito de la Administración General del Estado, las funciones y puestos reservados al personal funcionario, se fija en el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo (entre ellas: jueces, magistrados, fiscales, abogados del Estado, diplomáticos...).

⁵⁵ J. L. GOÑI SEIN, «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio» en *El Estatuto Básico del Empleado Público*. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 180.

otros estados de la Unión Europea, siempre que no esté separado de hecho, cualquiera que sea su nacionalidad, así como a sus descendientes o a los de su cónyuge (siempre que no se encuentren separados de derecho) menores de veintiún años o mayores de esa edad dependientes. En segundo lugar, podrán acceder, como personal funcionario –de nuevo, con excepción de las funciones que supongan ejercicio del poder público– o laboral, al empleo público, las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores (nacionales de países como Suiza o Liechtenstein). Y, por último, aquellos extranjeros, de cualquier nacionalidad, que pretendan acceder a un puesto de funcionario –se entendería, en este caso, sin limitación alguna– con relación al cual una Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas haya eximido del cumplimiento del requisito de la nacionalidad; esta última excepción al requisito de la nacionalidad responde a la necesidad de prever la cobertura de plazas reservadas a funcionarios en caso de que se produzca una insuficiencia de la demanda por nacionales españoles⁵⁶.

Capacidad funcional para el desempeño de las tareas. Al aspirante a empleado público se le exige encontrarse en condiciones de poder desempeñar las tareas que corresponden al puesto de trabajo que pretende ocupar. A través de este requisito de «capacidad funcional» pueden incorporarse aptitudes físicas concretas referidas a tallas, pesos o condiciones de forma física⁵⁷.

⁵⁶ En esa línea se aprobó la Ley 32/2002, de 5 de julio, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional y de tropa y marinería (norma, en la actualidad, derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar).

⁵⁷ Ejemplo de ello sería la exigencia para el acceso al Cuerpo de Policía de una estatura mínima, como se establece en la normativa autonómica, puesto que la

Como excepción, se reserva para personas con discapacidad⁵⁸ –siempre que esta no les impida desempeñar válidamente su función–, en las ofertas de empleo público, un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes⁵⁹ con el objetivo de conseguir progresivamente que constituyan el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública (art. 59 EBEP)⁶⁰. Estas personas, no obstante, deben superar los correspondientes procesos selectivos y acreditar su discapacidad y compatibilidad con el desempeño de sus tareas. La citada reserva de plazas permite incluso la realización de pruebas restringidas, por excepción, como señala el artículo 61.1 del EBEP puesto que se trata de una desigualdad positiva justificada en la protección específica de este colectivo (basada en los arts. 14 y 49 CE)⁶¹. Cada Administración debe, además, realizar los ajustes razonables, de tiempos y medios, en el proceso selectivo para hacer viables las medidas de acción positiva (art. 59.2 EBEP).

constitución física de los miembros de dicho Cuerpo debe resultar idónea para el cumplimiento de las funciones que se le asignan.

⁵⁸ Por personas con discapacidad se entienden aquellas con un grado de minusvalía superior al treinta y tres por ciento, como dispone el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. La incorporación de personas con discapacidad en puestos compatibles con su capacidad de trabajo había sido originariamente reconocida por la STS de 3 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2865).

⁵⁹ *Vid.*, J. A. SOLER ARREBOLA, «Particularidades en el acceso al empleo público de personas con discapacidad» en AS, nº 9, 2009 y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, «La promoción de los cupos de reserva a favor de las personas con discapacidad en el nuevo contexto normativo sobre empleo público», AS, nº 4, 2010.

⁶⁰ En cumplimiento de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

⁶¹ STC 269/1994, de 3 de octubre. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, p.407.

Al margen de lo anterior, un aspecto interesante del requisito de capacidad que se exige al aspirante a empleado público es el de la necesidad de conocimiento de las lenguas cooficiales en las Comunidades Autónomas bilingües. En este sentido, el apartado segundo del artículo 56 del EBEP dispone que «*las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, han de prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo*» en tales Comunidades Autónomas (Cataluña, País Vasco, Galicia, Comunidad Valenciana e Islas Baleares). Este precepto debe ponerse en conexión con el artículo 54.11 del EBEP que dispone que los empleados públicos «*garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que solicite siempre que sea oficial en el territorio*»; lo que no se plantea como una obligación directa dirigida al empleado público de atender en la lengua autonómica al administrado, sino, «matizadamente, a garantizar tal atención, garantía que quedaría cumplida si el empleado remitiera al administrado a otro empleado público conocedor de dicha lengua; en tal caso sería la Administración y no el empleado la que estaría obligada a garantizar la atención del ciudadano en la lengua autonómica»⁶².

Respecto a la exigencia del conocimiento de las lenguas cooficiales en el ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas⁶³ ya el TC, en su conocida sentencia 46/1991, de 28

de febrero, señaló que esta resultaba constitucional, sobre la base de los principios de mérito y capacidad; matizando, no obstante, que este requisito debía guardar proporcionalidad con la función o puesto a desempeñar, considerando contrario al derecho a la igualdad exigir un nivel de conocimiento del idioma cooficial en la Comunidad Autónoma que no guarde relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate. Del conjunto de otras Sentencias del TC y del TS puede extraer la doctrina legal vigente, como así lo hace la STS de 8 de marzo de 1999⁶⁴: a) el principio general es que el conocimiento de la lengua vernácula pueda valorarse como mérito, pero no eliminatorio; y b) para concretas y determinadas plazas, los órganos competentes pueden darle tal carácter a la prueba de conocimiento del idioma cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma, siendo la finalidad de esta excepción la de proveer a la misma de personal de habla de la lengua propia como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos; por el contrario, se considerará discriminatoria esta exigencia si se impone para cubrir plazas que no están directamente vinculadas a tal circunstancia⁶⁵.

Tener más de dieciséis años⁶⁶ y no exceder, en su caso, de la edad de jubilación forzosa. Así, la anterior edad mínima exigida para el acceso a los cuerpos de funcionarios se reduce ahora anticipándose, en dos años, a la mayo-

⁶² A. MONTOYA MELGAR, «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)» en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, p. 479.

⁶³ R. PARADA VÁZQUEZ, denuncia una peligrosa práctica que se le llevado a cabo en estas CCAA, por la que se exige acreditar para el ingreso en su función pública, el conocimiento de la propia lengua autonómica, pero no se establecen pruebas que acrediten el conocimiento del castellano, por lo que poco a poco será aquella lengua la que se hablará y escribirá en las Administraciones de esa CCAA. *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, 21ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 488.

⁶⁴ (RJ 1999, 2743). En la que se citan otras muchas sentencias del TC (82/1986, de 26 de junio, 84/1986, de 26 de junio ó 46/1991, de 28 de febrero y del TS (como la de 8 de julio de 1994 (RJ 1994, 6013) o la de 19 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1560)).

⁶⁵ Entre otros, un ejemplo en la STS de 18 de enero de 2000 (RJ 2000, 1227), sobre la exigencia del conocimiento del euskera para cubrir plazas de fontanería, pintura y albañilería.

⁶⁶ En concordancia con lo dispuesto en el Convenio 138 de la OIT, de 1973 (ratificado por España en 1977) sobre la edad mínima de admisión al empleo y en la Directiva 94/33/CE, del Consejo de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

ría de edad prevista, con carácter general, en el artículo 12 de la CE y reiterada, en el ET, para alcanzar la plena capacidad contractual laboral⁶⁷, si bien coincide con la edad mínima que reconoce la normativa laboral para ser sujeto de una relación por cuenta ajena⁶⁸. Esta modificación evidencia, de nuevo, la tendencia hacia la unificación de los regímenes jurídicos de todos los empleados públicos⁶⁹. No obstante, debe tenerse presente que tal convergencia produce, a su vez, una consiguiente divergencia con relación a las condiciones de trabajo que se aplican a este colectivo de menores; ya que nuestro Derecho del Trabajo contempla⁷⁰ un conjunto de medidas protectoras de los trabajadores por cuenta ajena menores de dieciocho años que acceden a un empleo, también público, y que no son de aplicación, sin embargo, a los menores de edad que se incorporan como funcionarios en la Administración —puesto que, como señala el artículo 7 del EBEP, en lo no dispuesto por esta norma, al personal laboral se le aplica la legislación laboral común—. De manera que los funcionarios mayores de dieciséis años y menores de dieciocho no tendrán derecho, en principio, a que se les apliquen las prohibiciones, de carácter protector, de realizar: deter-

minados trabajos peligrosos, penosos... (art. 6.2 ET), trabajos nocturnos (art. 6.2 ET), horas extraordinarias (art. 6.3 ET), más de ocho horas diarias de trabajo efectivo (art. 34.3 ET), así como de disfrutar de específicos descansos interjornada (art. 34.4 ET) y semanales (art. 37.1 ET).

Por su parte, la edad límite para acceder al empleo público se fija en la edad de jubilación forzosa que, según el artículo 67.3 del EBEP, se declara de oficio a los sesenta y cinco años, para los funcionarios —en los casos que proceda⁷¹—.

Para el personal laboral, sin embargo, se ha considerado que esta previsión del EBEP no resulta aplicable, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TC⁷² que considera que el establecimiento de la jubilación obligatoria resulta contraria al derecho al trabajo proclamado en el artículo 35 de la CE⁷³. El personal laboral queda sometido a las previsiones que la legislación laboral establezca al respecto que, en esta materia, parte de que no existe una edad de jubilación forzosa de carácter general. En todo caso, la edad de jubilación forzosa puede fijarse en los convenios colectivos, siempre que se cumplan las exigencias de la disposición adicional décima del ET (si el trabajador ha generado derecho de pensión de jubilación en su modalidad contributiva y si tal jubilación se vincula con los objetivos de

⁶⁷ A. MONTOYA MELGAR, «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)» en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, p. 480.

⁶⁸ El debate sobre la constitucionalidad de la fijación de límites a la edad para el acceso a la función pública fue resuelto por el TC en su sentencia 75/1983, de 3 de agosto, que consideró que este requisito es un elemento diferenciador que legitima al legislador para establecer tales límites. Con relación al establecimiento de una edad mínima superior a los dieciséis años, parece que esta carecería de justificación razonable puesto que si se buscara cierta experiencia para acceder a la función pública, dicha experiencia debe evaluarse en la fase de selección (STSJ Cataluña de 7 de abril de 2000 (RJCA 2000, 788)).

⁶⁹ La fijación de esta edad se corresponde con las etapas escolares obligatorias de acuerdo con la Ley Orgánica de Educación, 2/2006, de 3 de mayo.

⁷⁰ Además de las correspondientes limitaciones a la capacidad contractual (art. 7 ET).

⁷¹ Puesto que, en los términos que establezcan las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla los setenta años de edad (debiendo la Administración competente resolver al respecto, de forma motivada). J. L. LÁZARO SÁNCHEZ, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 681.

⁷² SSTC 99/1987, de 11 de junio, 55/1985, de 30 de abril y 341/2006, de 11 de diciembre.

⁷³ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 158.

la política de empleo); de manera que, sólo podrán ser obligados a jubilarse, los trabajadores laborales de la Administración afectados por un convenio colectivo que así lo prevea. Así, que puede ocurrir que, o bien no existan previsiones convencionales que establezcan la limitación forzosa, en cuyo caso no operaría la limitación temporal, o bien que, aun existiendo tales cláusulas, tampoco sea aplicable la limitación temporal al no tener cubierto el trabajador el mínimo de cotización para tener derecho a la pensión de jubilación.

En cualquier caso, es posible que una Ley⁷⁴ establezca una edad máxima distinta de la de jubilación forzosa para el acceso al empleo público⁷⁵ siempre que se aplique objetiva, razonablemente⁷⁶ y de forma no indiferenciada⁷⁷ al conjunto de los empleados

⁷⁴ Así normas, con rango de Ley, pueden establecer una edad máxima de acceso del personal laboral. En el ámbito estatal, el propio EBEP podía haberlo incluido y no lo ha hecho y en el ámbito local, no puede hacerse puesto que se requiere una Ley y estas Administraciones territoriales carecen de potestad legislativa; no, en cambio, las Comunidades Autónomas que son las que previsiblemente harán uso de esta posibilidad.

⁷⁵ Así, por ejemplo, para el Cuerpo de Policía Local, la disposición transitoria cuarta del TRRL (RD/Lg 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales en materia de Régimen Local) exige para el ingreso al mismo no exceder de treinta años de edad –justificado por las funciones ejecutivas de escala básica de auxiliares o agentes de Policía Local–. Igualmente la normativa autonómica respecto a la Policía Local exige no exceder de esta misma edad.

⁷⁶ El Tribunal Constitucional consideró legítimo y no contrario al principio de igualdad, en el ámbito funcional, la fijación de un límite de edad (sesenta años para interventores de fondos del Ayuntamiento de Barcelona) basado en fundamentos objetivos y razonables (conveniente perdurabilidad en el cargo), STC 75/1983, de 3 de agosto. No obstante, el voto particular disiente por considerar que la prolongación en el desempeño de la actividad no resulta suficiente para impedir la participación de concursantes de una determinada edad.

⁷⁷ Como señaló la STC 37/2004, de 11 de marzo, con relación a una norma destinada a todos los funcionarios locales (conforme a la cual para participar en las pruebas de acceso a la función pública no se podía exce-

públicos⁷⁸. Si bien debe tenerse presente que el ejercicio de este ámbito de decisión para un supuesto concreto difícilmente se puede justificar por la necesidad de una capacidad física determinada o por el valor añadido que supone la permanencia en el desempeño de las funciones de un puesto de trabajo o por el conocimiento de las peculiaridades de una determinada Administración Pública, puesto que las mismas normas reglamentarias o convocatorias pueden prever la realización de pruebas físicas y médicas que determinen una posible falta de capacidad, mientras que la permanencia en el servicio sólo puede justificarse sobre la base del principio de eficacia, principio que en sí mismo no constituye un valor constitucional que pueda oponerse válidamente al derecho de acceso en condiciones de igualdad y mérito al empleo público⁷⁹.

No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los Órganos Constitucionales o Estatutarios de

der de la edad en la que faltaran diez años para la jubilación forzosa), declarando inconstitucional el artículo 135 de la Ley de Bases del Régimen Local, que contenía dicha limitación.

⁷⁸ La citada reserva de Ley para los funcionarios actúa, además de como requisito, como límite a los denominados «derechos adquiridos» y así, este personal, al entrar al servicio de la Administración, asume una situación estatutaria que define sus relaciones con ella, situación modificable por los cauces legal y reglamentario, de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, lo que justifica que no pueda admitirse ninguna invocación de infracción del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 de la CE ya que el funcionario no tiene un derecho adquirido a que la edad de jubilación forzosa se mantenga inmutable durante toda su vida profesional, estando sujeto a las modificaciones que el legislador pueda legítimamente establecer por razones económicas y sociales. J. M. PÉREZ GÓMEZ, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 500.

⁷⁹ Coincidiendo con J. MAURI MAJÓS, «El acceso al empleo público» en *Manual de Empleo Público*, (Dir. F. A. CASTILLO BLANCO), Iustel, Madrid, 2009, p. 285.

las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta⁸⁰ o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso de personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado⁸¹. En la redacción de este requisito, común a funcionarios y personal laboral⁸², sorprende que el legislador no haya hecho mención alguna al despido disciplinario procedente del personal laboral como impedimento para el acceso a las funciones públicas, más cuando el artículo 96.1 b) del EBEP señala que el despido disciplinario comporta la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. Ello lleva a pensar que, de un lado, la separación impide el acceso como funcionario, mientras que, de otro, el despido no permite el acceso como laboral, pero sólo con relación a las mismas funciones; por lo que para el personal laboral despedido disciplinariamente no se impide la celebración de un nuevo contrato laboral con diferentes funciones, así como tampoco se impide para este personal su participación en un proceso selectivo para acceder a la condición de funcionario. Desde luego, esta interpretación literal de los preceptos 56.1.d) y 96.1.b) no parece estar en consonancia con el espíritu unificador del EBEP⁸³.

⁸⁰ Si bien la inhabilitación absoluta, según el artículo 41 del Código Penal, incapacita para acceder a «cualquier cargo o empleo público» durante el tiempo de la condena y no sólo para el acceso al cuerpo o escala de funcionario o para funciones similares a las que, siendo personal laboral, desempeñaba.

⁸¹ En el caso de ser nacional de otro Estado, no hallarse inhabilitado o en situación equivalente, ni haber sido sometido a sanción disciplinaria o equivalente que impida, en su Estado, en los mismos términos, el acceso al empleo público.

⁸² Puesto que el régimen disciplinario de ambos tipos de personal se encuentra unificado en el Título VII del EBEP.

⁸³ Así lo interpreta M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Emplea-*

do Público, p.408. En opinión de J. M. PÉREZ GÓMEZ, se trata de un diferente rasero que, en principio, trae causa de la distinta naturaleza del vínculo jurídico que une al empleado laboral y a la Administración contratante, por un lado, y al funcionario con la Administración a la que está especialmente sujeto, por otro; pero no deja de resultar llamativo que se mantenga tal cual a la hora de abordar conjuntamente la regulación legal de ambas figuras, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 503.

La posibilidad de exigir otros requisitos específicos que guarden objetiva y proporcionada relación con las funciones y tareas a desempeñar. Además de los requisitos anteriores establecidos por el legislador, con carácter general, el artículo 56 incluye una cláusula abierta en el sentido de permitir que puedan exigirse otros requisitos. Se asume así la tradicional doctrina constitucional que

⁸⁴ No debe presumirse que la titulación superior integra necesariamente una inferior, especialmente en los supuestos en los que no se considera esencial una preparación teórica sino la adquisición de una destreza determinada en el terreno de las operaciones manuales, STS de 6 de febrero de 1991 (RJ 1991, 9263).

⁸⁵ De acuerdo con la titulación exigida, el artículo 76 del EBEP establece la clasificación de los respectivos grupos, para el personal funcionario; por su parte, la clasificación del personal laboral se hará, según dispone el artículo 77 del EBEP, como establezca en la legislación laboral.

⁸⁶ *Vid.*, L. M. ARROYO LLANES, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

admite la incorporación de tales requisitos específicos siempre que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones y tareas que corresponden al puesto al que se aspira⁸⁷, por lo que han de establecerse de manera abstracta y general para impedir individualizaciones que favorezcan la arbitrariedad y discriminaciones encubiertas⁸⁸, como así ha ocurrido frecuentemente con relación a la exigencia de un determinado período de servicios en la Administración que convoca las pruebas⁸⁹. Sorprende que en esta cláusula abierta no se requiera el establecimiento de nuevos requisitos a través de Ley, por lo que parece que estas exigencias pueden incluirse en las correspondientes convocatorias.

5. CRITERIOS QUE RIGEN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN

Para garantizar el derecho constitucional de los ciudadanos a la igualdad de acceso a la Administración Pública se han fijado como criterios básicos sobre los órganos de selección –que, como señala el art. 60, han de ser colegiados⁹⁰– y su composición los siguientes:

⁸⁷ Entre otras, SSTC 42/1981, de 22 de diciembre, 50/1986, de 23 de abril, 148/1986, de 25 de noviembre, 18/1987, de 16 de febrero, 47/1990, de 20 de marzo, 27/1991, de 14 de febrero, 302/1993, de 21 de octubre, 60/1994, de 28 de febrero ó 48/1998, de 2 de marzo.

⁸⁸ J. M. PÉREZ GÓMEZ, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 505.

⁸⁹ Sobre esta concreta exigencia *vid.*, el análisis de J. L. LÁZARO, SÁNCHEZ «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, p.690 a 692.

⁹⁰ Lo que impide que la tarea selectiva recaiga en un órgano unipersonal. A estos órganos se les aplican directamente las reglas de funcionamiento y de formación de la voluntad del órgano establecidas, con carácter general, en los artículos 22 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

la imparcialidad, la profesionalidad y la paridad de géneros.

1) La imparcialidad no sólo conlleva la aplicación de las reglas sobre abstención y recusación (arts. 28 y sig. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) sino también cualquier otra que asegure la ausencia de favoritismos derivados de la relación de los miembros de los órganos de selección con los aspirantes, como es el caso de la separación de los preparadores de los candidatos, aunque no se diga expresamente. En definitiva, la garantía de la imparcialidad exige mantener a los aspirantes alejados de cualquier tipo de injerencias subjetivas en el proceso selectivo.

La imparcialidad se garantiza específicamente mediante dos exigencias contenidas en el artículo 60 del EBEP. La primera de ellas se refiere a que el personal de elección o designación política, el personal eventual y el personal interino no puede formar parte de los órganos de selección. La exclusión de los dos primeros grupos de empleados parece responder a la finalidad de evitar interferencias políticas, lo que ha venido siendo medianamente frecuente⁹¹. Así, con esta medida pretende asegurarse al máximo la actuación independiente de cada uno de sus miembros, lo que exige aislarlos de cualquier tipo de influencia de carácter político. Los funcionarios interinos, por su parte, no podrán formar parte de tales órganos⁹² ya que están ocupando puestos en la Administración sólo de forma temporal y su sistema

⁹¹ Como, por ejemplo, la obligatoriedad –hoy se entiende que derogada– de que los Tribunales en las Entidades Locales, estuvieran presididos por el Alcalde o miembro en quien este delegara (art. 4 f) del RD 896/1991, Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local).

⁹² *Vid.*, M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 411.

de ingreso puede no haber implicado la superación de las correspondientes pruebas selectivas de acceso a un Cuerpo de funcionarios, por lo que sería incoherente que pudieran juzgar el mérito y capacidad de otros candidatos. En este sentido, se han volcado ciertas críticas que consideran sorprendente que se prohíba la participación en los órganos de selección a los funcionarios interinos y, en cambio, nada se diga con relación a la que hubiera sido una coherente exclusión; la del personal laboral temporal o indefinido por concurrir en ellos las mismas condiciones que han llevado al legislador a adoptar esta garantía⁹³; una interpretación finalista y analógica llevaría a pensar que a ellos también se extiende la citada prohibición.

De otro lado, la imparcialidad pretende cumplirse con la aplicación de un segundo criterio, cual es que la pertenencia a los órganos de selección ha de ser a título individual⁹⁴, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie⁹⁵. Con esta previsión parece querer excluirse de tales órganos a los representantes de las organizaciones sindicales así como de los órganos unitarios de repre-

sentación⁹⁶ de los empleados públicos, si bien no toda la doctrina coincide con esta interpretación⁹⁷. Entendemos que con la redacción del apartado segundo del artículo 60, el legislador ha querido vedar la posibilidad de que organizaciones representativas de intereses nombren, designen o tengan la facultad de proponer miembros de los órganos de selección⁹⁸. Desde luego que ello no significa que no puedan formar parte de tales órganos quienes tengan la condición de afiliados a un sindicato o que sean miembros de otras organizaciones de empleados públicos a título individual sino que lo que se prohíbe es que esa participación tenga origen en la designación o propuesta de los sindicatos o asociaciones, lo que podría llegar a viciar de nulidad el proceso selectivo. Por ello se han de considerar derogados los preceptos incluidos en los convenios colectivos del personal laboral de la Administración Pública que prevean la participación de las organizaciones sindicales en la selección de aspirantes.

En nuestra opinión, pues, no pueden ser aplicadas en la actualidad las previsiones contenidas en un gran número de convenios colectivos del personal laboral que prevén la presencia de representantes de los trabajadores en las comisiones de selección, como así

⁹³ J. M. PÉREZ GÓMEZ, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 490.

⁹⁴ La misma fórmula es utilizada por el artículo 11 del V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, de 20 de octubre de 2008.

⁹⁵ Se ha apuntado que si la justificación realmente hubiera sido una mayor transparencia en el proceso selectivo hubiera bastado con haber dado entrada a la representación de los trabajadores en calidad de observadores, con voz pero sin voto, evitando así posibles problemas de clientelismo sindical o, en definitiva, de falta de imparcialidad. J. B. VIVERO SERRANO, «El acceso al empleo público en régimen laboral tras el EBEP: algunas luces y demasiadas sombras» *REDA*, nº 143, 2009 (BIB 2009, 873), p. 6. Prevé la presencia de observadores sindicales en las comisiones de selección el artículo 15.3 del V Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Extremadura (Resolución de 13 de julio de 2005), anterior al EBEP.

⁹⁶ Aunque es más frecuente encontrar referencias a la participación de la representación sindical, puede encontrarse en algunos convenios colectivos autonómicos del personal laboral de las Administraciones Públicas la previsión de que los miembros de las Comisiones de Selección se designen por el Comité Intercentros, así, en Baleares, de 18 de octubre de 2005 (art. 23) o Convenio del personal laboral de Canarias, de 28 de enero de 1992 (art. 13).

⁹⁷ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 158, p. 151.

⁹⁸ En este sentido se ha dispuesto por el art. 51.3 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares: «*Tampoco pueden formar parte de los mismos los representantes de las empleadas y de los empleados públicos, sin perjuicio de las funciones de vigilancia y control del buen desarrollo del procedimiento selectivo*».

ocurre con lo dispuesto, entre otros⁹⁹, en el artículo 34.1 del III Convenio Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado.

Con relación al personal laboral fijo, se ha contemplado la posibilidad de incluir a los representantes de los empleados públicos en los órganos selectivos *vía* artículo 61.7 del EBEP que dispone que las «Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que, en el marco de los convenios colectivos, fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos». Pero esta propuesta no puede ser acogida sobre la base de que el artículo 61 del EBEP regula los sistemas selectivos y no los órganos de selección; esto es, los artículos 60 y 61 del EBEP regulan aspectos distintos de la selección de personal por lo que no es posible aplicar el precepto legal dedicado a los sistemas para resolver cuestiones que afectan a los órganos de selección. Por tanto, debe tenerse en cuenta que el artículo 61 se refiere a que el objeto de una eventual negociación sería trazar formas de colaboración en el desarrollo de los procesos selectivos, pero nunca la participación de representantes de las organizaciones sindicales, como miembros, en los órganos de selección¹⁰⁰. En esta línea, cualquier cláusula convencional que reconozca a los representantes de los trabajadores la

facultad de estar representado, de designar o de proponer debe considerarse derogada por resultar contraria al artículo 60 del EBEP –por aplicación de la disposición derogatoria única del EBEP–¹⁰¹.

Es de señalar que la colaboración mencionada en el precepto hace referencia, exclusivamente, al ámbito de los procesos selectivos del personal laboral puesto que se habla de convenios colectivos y no de otras vías de negociación (Pactos o Acuerdos) en el seno de la Administración correspondientes a funcionarios.

2) La profesionalidad. El criterio de profesionalidad¹⁰² hace referencia a la posesión por parte de los componentes de los órganos de selección de la adecuada y suficiente formación sobre las materias objeto de examen en el correspondiente proceso selectivo o, como señala el TC en STC 215/1991, de 14 de noviembre¹⁰³, que posean competencia científica, así como formación específica como técnico seleccionador o experto en técnicas de selección, si bien este segundo requisito puede quebrar en los casos de las Comisiones encargadas de revisar las resoluciones de los Tribunales calificadoros a través de mecanismos prejudiciales de reclamaciones, puesto

⁹⁹ Así, por ejemplo, el apartado 4 del artículo 16 del VI Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía (de 22 de noviembre de 2002), el artículo 17 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid (de 11 de marzo de 2005) o el artículo 44 del Convenio Colectivo para el personal laboral del Principado de Asturias (de 3 de agosto de 2005)...

¹⁰⁰ «Esta colaboración en los procesos selectivos no puede significar, dados los términos tan rotundos en que se expresa el legislador en el artículo 60.3 del EBEP, que los representantes puedan seguir designando representantes en los órganos de selección». J.L.GOÑI SEIN, «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio» en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, p.188.

¹⁰¹ J. GIL PLANA, «La selección del personal laboral de las Administraciones locales», *Revista de Estudios Locales*, nº 112, 2008, p. 35.

¹⁰² El EBEP sustituye el anterior criterio de «especialidad» por el actual de «profesionalidad» que en un sentido técnico no son exactamente equivalentes puesto que profesionalidad parece hacer referencia a la actividad que se realiza como profesión, mientras que especialidad se refiere más a la posesión de titulación concordante con la del área de conocimiento que se le exige al candidato para su ingreso. J. M. PÉREZ GÓMEZ, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, p.490. En sentido contrario, considerando ambos términos como similares, M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, p.410.

¹⁰³ Entre otras, 26/1987, de 27 de febrero o 193/1987, de 9 de diciembre.

que, como se desprende de la citada sentencia del TC, tales órganos ejercen un control negativo dirigido a comprobar que los órganos técnicos calificadoros no han quebrantado, por apartarse de los principios de mérito y capacidad, la igualdad de trato a que tienen derecho los concursantes. La exigencia de profesionalidad se refiere a todos y cada uno de los miembros del órgano de selección y no al órgano como tal en su conjunto y la falta de profesionalidad de algún componente de la Comisión seleccionadora podría determinar la nulidad del proceso, al menos si su intervención ha sido decisiva¹⁰⁴.

3) La paridad de género. Este criterio más que una exigencia jurídica, puesto que no se impone como requisito obligatorio, manifiesta la voluntad del legislador (a través de la fórmula «*se tendera...*»). La paridad de género se establece, pues, como tendencia —lo que supondrá, en principio, que su no concurrencia en la composición de la Comisión evaluadora no genera la nulidad del acto administrativo por el que se determina su composición— respondiendo a la dificultad de lograr la efectividad de la paridad entre hombres y mujeres en determinados ámbitos de la Administración Pública. La dicción del artículo 60.1 del EBEP persigue el objetivo previsto en el artículo 51 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres que dispone que las Administraciones Públicas deberán «*promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración*».

Tal objetivo se concreta en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Igualdad que, referido a los órganos de selección de la Administración General del Estado y organismos públicos de ella dependientes, dispone que la composición de los mismos ha de responder «*al principio de*

presencia equilibrada de hombres y mujeres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas». Varias apreciaciones pueden hacerse con relación a la comparación de ambos preceptos. En primer lugar, a diferencia de lo que establece el EBEP, en la Ley de Igualdad se habla de presencia equilibrada¹⁰⁵ y no de paridad lo que, a nuestro juicio, parece ser más razonable dada la exigencia de que los órganos de selección tengan carácter impar. En segundo lugar, es de resaltar la excepción que contempla el artículo 53 de la Ley de Igualdad, y que no se recoge en el EBEP, referida a que razones fundadas y objetivas pueden justificar la no aplicación de este criterio en un concreto acto de constitución del órgano selectivo; en caso de que tales razones concurren, la Administración debe motivar debidamente la falta de composición equilibrada. En tercer lugar, las consecuencias, en caso de que no se respete el criterio de paridad, resultan ser bien distintas en la Ley de Igualdad y en el EBEP; así, no siendo posible la constitución del órgano selectivo según la regla de equilibrio del EBEP en nada afectaría al proceso de selección, sin embargo para la Ley de Igualdad, sería necesaria motivación en el caso concreto y, faltando esta, el proceso selectivo podría anularse.

En fin, todos los criterios de constitución expuestos han de aplicarse a los órganos de selección del personal al servicio de la Administración Pública, independientemente de la naturaleza de la relación que les una a la misma.

6. LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES

Ante los acusados problemas que tradicionalmente ha presentado el acceso al empleo

¹⁰⁴ Vid., M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 403.

¹⁰⁵ Entendiendo por tal, la disposición adicional primera de la Ley de Igualdad, la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento.

público, como la excesiva formalización y rigidez de los procedimientos de selección, su escasa variedad o el carácter memorístico de las pruebas y su poca adecuación a las tareas a desarrollar posteriormente por los aspirantes, el EBEP ha intentado dar respuesta en su artículo 61, si bien, como se verá, no siempre con éxito.

6.1. La libre concurrencia en los procesos de selección¹⁰⁶

Se declara el carácter abierto y la garantía de la libre concurrencia en los procesos de selección, para acceso al empleo público en general –de carácter funcionarial y laboral– descartándose las llamadas pruebas restringidas¹⁰⁷.

Esta regla general de libre concurrencia se exceptúa por el legislador, en algunas ocasiones, sobre la base de que, en determinados casos, prima otra finalidad constitucionalmente legítima, siempre que esta sea razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato¹⁰⁸. La primera excepción ya ha sido oportunamente mencionada con relación a la discriminación positiva y está prevista en el artículo 59 del EBEP que exige que la Administración reserve el cinco por ciento de las plazas incluidas en la oferta de empleo a personas con discapacidad.

El segundo de los casos en los que el legislador exceptúa el principio de libre concurrencia hace referencia a la promoción inter-

na de empleados; y la restricción al principio de igualdad en el acceso al empleo se ve justificada por el objetivo al que tal mecanismo responde, cual es la promoción de empleados públicos. Las disposiciones transitorias segunda y cuarta del EBEP recogen respectivamente los dos supuestos de promoción en el empleo público: de un lado, la funcionarización del personal laboral y de otro la consolidación del personal temporal¹⁰⁹.

La primera habilitación permite que el personal laboral fijo –con lo que quedan al margen de estos procesos los contratados laborales temporales y los indefinidos–, que resulte afectado por la reserva funcionarial del artículo 9.2 del EBEP, acceder a la condición de funcionario a través de su participación en los correspondientes procesos selectivos de promoción interna y del sistema de concurso-oposición. Para acceder a estos procesos deben poseer la titulación y los demás requisitos requeridos y en ellos, además de tenerse en cuenta las pruebas selectivas superadas, puede valorarse como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo¹¹⁰. La segunda habilitación se encuentra referida a la consolidación del empleo temporal de puestos de carácter estructural de los correspondientes Cuerpos, Escalas o Categorías, si están dotadas presuntamente y se encuentran desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005. En la fase de concurso, podrá valorarse como mérito los servicios previamente prestados en la Administración y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria¹¹¹.

¹⁰⁶ Aunque este principio no haya sido proclamado en el artículo 55 del EBEP, entre los principios rectores, sí que se prevé como criterio configurador de los procesos de selección, presidiendo su regulación.

¹⁰⁷ Como ya había declarado con anterioridad el Tribunal Constitucional en SSTC como 174/1998, de 23 de julio, 302/1993, de 21 de octubre ó 31/2006, de 1 de febrero.

¹⁰⁸ Siguiendo el razonamiento de la STC 27/1991, de 14 de febrero, más permisiva aún es la STC 12/1999, de 11 de febrero.

¹⁰⁹ Calificados por PARADA VÁZQUEZ como «variedades falsificadas» de los sistemas clásicos u «oposiciones simuladas o... abaratadas», *Derecho Administrativo II*, p. 494.

¹¹⁰ En todo caso, no pueden valorarse los servicios prestados en fase de concurso, después en la fase de oposición, STC 67/1989, de 18 de abril.

¹¹¹ La valoración de los servicios prestados, para el TC, se justifica por la consolidación y estabilidad en el empleo, STC 67/1989, de 18 de abril y 107/2003, de 2

6.2. La distinción entre los sistemas selectivos de personal laboral y funcionarios

Cabe destacar que la norma parte de diferenciar los sistemas o instrumentos selectivos de personal, según estos correspondan a funcionarios o a laborales. Así, de un lado, los sistemas de selección de funcionarios de carrera siguen siendo los tradicionales de oposición¹¹² y concurso-oposición. En el sistema de concurso-oposición no se permite que la valoración de los méritos pueda condicionar por sí misma el resultado del proceso (61.3 EBEP). En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha considerado que el tiempo efectivo de servicios en la Administración es un mérito que puede ser reconocido en un proceso de selección y que, como tal, no vulnera el principio de igualdad, sin embargo, ha matizado que tal mérito no puede convertirse en un requisito que impida la posibilidad de acceso de terceros¹¹³. Así, la prohibición de valoración desproporcionada de méritos recoge esta jurisprudencia con el objeto de impedir el uso fraudulento del concurso-oposición para que, desvirtuando la

de junio, para las que la finalidad de consolidar el empleo público temporal no debe considerarse *a priori* constitucionalmente ilegítima, puesto que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un cierto tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas; además, declaran que la valoración de la antigüedad como mérito no puede estimarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a la finalidad de consolidación del empleo y aunque efectivamente provoca una desigualdad, esta viene impuesta en atención a un interés legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública.

¹¹² Por el que la jurisprudencia ha mostrado su preferencia señalando que la única regla básica con relación a la capacidad de la Administración de elegir libremente los sistemas de selección de los funcionarios es la de que esta ha de realizarse ordinariamente por oposición, SSTs de 23 de enero de 1990 (RJ 1999, 581), de 21 de julio de 1994 (RJ 1994, 6105) ó de 18 de abril de 1995 (RJ 1995, 3177).

¹¹³ SSTC 67/1989, de 18 de abril y otras como 185/1994, de 20 de junio y 73/1998, de 31 de marzo.

fase de oposición, quede sólo el concurso como único sistema de valoración¹¹⁴. En definitiva, con esta exigencia, la experiencia en puestos de la Administración puede valorarse como mérito, siempre que no resulte determinante del resultado último del proceso; en tal caso, no se consideraría contraria al principio constitucional de igualdad¹¹⁵.

Junto al mantenimiento de los sistemas ordinarios de selección, para el personal funcionario, de oposición y concurso oposición, el EBEP introduce una novedad; se permite, como excepción, la posibilidad de recurrir al sistema de concurso pero, para su utilización, se establece reserva de Ley, pretendiendo con ello neutralizar el inferior grado de garantía que este sistema ofrece, de cara al respeto del principio de igualdad¹¹⁶. De manera que el concurso, que consiste en la valoración de méritos, puede aplicarse para la selección de funcionarios pero, sólo, si está previsto en una Ley especial.

En cambio, de otro lado, para el personal laboral fijo en la Administración los sistemas de selección previstos son, indistintamente, la oposición, el concurso-oposición y el concurso de valoración de méritos. No se establece, pues, ninguna prioridad entre tales sistemas de selección; pero, desde luego, ello no quiere decir que la Administración Pública goce de total libertad para determinar, en cada caso,

¹¹⁴ Queda desterrada con esta prohibición la práctica llamada «efecto mochila» que supone que la puntuación obtenida en la fase de concurso pueda aplicarse para superar también los ejercicios de la fase de oposición, puesto que se suma dos veces la puntuación correspondiente a los servicios prestados. SSTC 27/1991, de 14 de febrero, 93/1995, de 19 de junio, 11/1996, de 29 de enero y 16/1998, de 26 de enero...

¹¹⁵ SSTC 27/1991, de 14 de febrero, 302/1993, de 21 de octubre ó 281/1993, de 27 de septiembre...

¹¹⁶ A través de este sistema de concurso se ha facilitado, en no pocas ocasiones, el ingreso a la condición de funcionario de carrera a aspirantes a los que se les seleccionaba a través de referencias concretas e individuales y no generales y abstractas; STC 18/1987, de 16 de febrero.

el sistema que considere ya que la decisión administrativa quedará condicionada por la elección de aquel que mejor se adapte a la selección de personal para un determinado puesto de trabajo o función. En todo caso, resulta innegable que se establece un sistema más flexible para el personal laboral que para el funcionario, lo que resulta especialmente llamativo dada la voluntad uniformadora que parece impregnar todo el Estatuto; por ello, creemos que hubiera sido más coherente con el espíritu del legislador considerar que el concurso para el acceso del personal laboral se encontrara igual de restringido que para el ingreso de los funcionarios¹¹⁷.

A diferencia de lo previsto para el personal laboral fijo, no se hace mención en el EBEP a los sistemas de selección del personal laboral temporal¹¹⁸. Esta omisión es denunciante habida cuenta de la necesidad de aplicar a este personal temporal los mismos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y, además, por los efectos que la ausencia de regulación provoca consistente en la proliferación excesiva de regulación convencional del acceso al empleo público del personal laboral temporal; normativa que, como ya se puso de manifiesto, resulta de dudosa pertinencia con relación a una materia de carácter administrativo como la que se está tratando¹¹⁹.

¹¹⁷ Es también de esta opinión, J. B. VIVERO SERRANO, para quien no se comprende por qué si las tareas a desempeñar por funcionarios y contratados laborales cualitativamente no son, en general, diferentes –excluidas, claro está, las vinculadas al ejercicio de potestades públicas, reservadas a los funcionarios públicos (art. 9.2 EBEP)– los sistemas selectivos difieren, convirtiendo la selección de contratados laborales fijos en sospechosa, si no de derecho, sí de hecho. «El acceso al empleo público en régimen laboral tras el EBEP: algunas luces y demasiadas sombras» REDA, nº 143, 2009 (BIB 2009, 873), p. 6.

¹¹⁸ El artículo 61.7 del EBEP al establecer los sistemas selectivos del personal laboral sólo se refiere al fijo, por lo que la selección de la contratación determinada puede seguir otras fórmulas.

¹¹⁹ En la misma idea, J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 150.

En todo caso, se entiende que la celeridad requerida en la cobertura de puestos de naturaleza temporal justifica que no resulten adecuados sistemas selectivos demasiado lentos y excesivamente prolongados. Así, para este personal los procesos deben ser ágiles, pero esta exigencia no puede suponer una disminución de las garantías y la objetividad que son ineludibles puesto que no dejan de ser aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad prevaleciendo incluso sobre la rapidez y la urgencia. La ausencia de un procedimiento regulado expresamente en el EBEP para el personal laboral temporal no significa que este pueda mantenerse al margen de los principios rectores del acceso al empleo público, puesto que les es aplicable el contenido del artículo 55 del EBEP¹²⁰; pero, además, resulta posible incorporar otros criterios procedimentales que permitan, respetando las correspondientes garantías y principios, agilizar los procesos selectivos, como la reducción, en lo posible, de los plazos o la aplicación de una adecuada planificación de recursos humanos, que facilite la provisión de vacantes. Se ha utilizado, muy frecuentemente, como mecanismo agilizador de los procesos selectivos para este personal, el de las denominadas bolsas de trabajo¹²¹, que permiten satisfacer las necesidades de la Administración de selección rápida de perso-

¹²⁰ De manera que el acceso al empleo público temporal sin filtro objetivo alguno debe reputarse nulo; como podría llegar a ser el caso de procedimientos de selección previstos en algunos convenios colectivos (III Convenio Colectivo Único, art. 36.2), ante la imposibilidad de convocar otros más garantistas para cubrir contrataciones temporales de muy breve duración; a través de este sistema se produce una selección directa de personal a partir de una lista remitida por el correspondiente Servicio Público de Empleo.

¹²¹ Ante la ausencia de regulación en la AGE, el III Convenio Colectivo Único, publicado en el BOE de 12 de noviembre de 2009, en su artículo 36.3, recoge los aspectos generales de este particular sistema de selección de personal: estableciendo el carácter provincial de las bolsas de trabajo y las dos modalidades que presenten. En las CCAA la regulación de esta figura es tanto convencional como reglamentaria.

nal, pero con las que, muy fácilmente, se corre el riesgo de vulnerar los principios constitucionales que presiden el acceso al empleo público. En tal caso, lo más recomendable parece ser¹²² asegurar que las bolsas de trabajo se constituyan a partir de procesos selectivos de acceso libre y se integren por aspirantes que no hayan alcanzado la calificación necesaria para alcanzar un puesto que les permita acceder a las plazas convocadas, pero que hayan aprobado el correspondiente ejercicio.

En los casos en los que no pueda acudir por no existir bolsas de trabajo y a la Administración le urja contratar personal, antes de articular cualquier otro sistema de selección que no cumpla con los principios de igualdad, mérito y capacidad, parece más recomendable acudir a los servicios de empresas de trabajo temporal¹²³. La disposición adicional 4ª de la Ley 14/1994, introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, establece la supresión de las limitaciones o prohibiciones a la contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal para ponerlos a disposición de las Administraciones Públicas. Esta supresión se produce a partir del 1 de abril de 2011, fecha en la que queda derogada la disposición adicional 5ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (que permitía la celebración de contratos de servicios con empresas de trabajo temporal por parte de los entes u organismos del sector público para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos). De todos modos, las empresas de traba-

jo temporal no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, se encuentren reservadas a funcionarios públicos. Otras limitaciones o prohibiciones pueden ser establecidas aunque sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general, relativas a la protección de los trabajadores cedidos por la empresa de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.

Por último debe mencionarse la posibilidad, prevista en el EBEP, de que los convenios colectivos puedan prever distintas fórmulas de colaboración de los sindicatos. Si bien hay que concretar a qué se refiere tal colaboración en el desarrollo de los procesos selectivos; de una parte, la selección de personal es una potestad pública que, correspondiendo a la Administración, no puede ser delegada en organizaciones representativas de intereses; pero además, como se expuso, los miembros de las Comisiones de selección no pueden ostentar esa condición en representación de organización alguna (art. 60). Esta colaboración no puede ser interpretada en el sentido de atribuir a las organizaciones sindicales las funciones que habían tenido con anterioridad en la constitución de los órganos selectivos, que han quedado vedadas, sino que el papel de los sindicatos habría que reconducirlo al apoyo, asistencia y ayuda a la Administración en las distintas tareas que se han de realizar durante el desarrollo del proceso de selección¹²⁴ descartando tareas decisorias¹²⁵. Esta posibilidad de prever fór-

¹²² Se aconseja establecer la duración y vigencia máxima de las bolsas de trabajo, así como la posibilidad de reingreso a la misma. J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, p. 152.

¹²³ *Vid.*, R. BODAS MARTÍNEZ, «Particularidades del Régimen Jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (Dir. MOLINER TAMBORRERO, G.) *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 307.

¹²⁴ J. CANTERO RODRÍGUEZ, «Sistemas Selectivos» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 553

¹²⁵ En opinión de J. L. GOÑI SEIN, no parece que la Ley impida fórmulas participativas de los representantes de los trabajadores; resulta posible, por tanto, que la Administración, antes de adoptar las diversas iniciativas en materia de procesos selectivos abra algo parecido a

mulas de colaboración que pueden negociarse en los convenios colectivos –y no es de aplicación directa– está referida únicamente a los procesos de selección del personal laboral y no del funcional, puesto que no se alude en ningún caso a los acuerdos o pactos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos¹²⁶.

6.3. Otras reglas aplicables a los procesos de selección

La adecuada estructuración y gestión de los procesos selectivos depende, en gran medida, de la credibilidad y eficacia del sistema de acceso, por ello el EBEP recoge ciertas reglas que persiguen garantizar procesos selectivos que cumplan los principios de mérito y capacidad.

Debe apreciarse, en primer lugar, el intento de responder a la garantía de tales principios, asegurando la capacidad y adecuación de los candidatos a los cometidos o funciones que corresponden a los puestos a cubrir, al disponerse que los procedimientos de selección deberán cuidar especialmente la conexión entre el tipo de pruebas y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso,

un período de consultas para dar a conocer sus intenciones y recabar la opinión de los representantes de los trabajadores. Para el autor, ante determinadas corruptelas llevadas a cabo por las Administraciones, los sindicatos pueden ser los únicos agentes capaces de garantizar de forma efectiva la imparcialidad objetiva de los órganos de selección y eso requiere reconocerles algún tipo de presencia en los órganos selectivos. «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio» en *El Estatuto Básico del Empleado Público*. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 187.

¹²⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 418.

las pruebas prácticas que resulten necesarias¹²⁷.

En segundo lugar, se ha ampliado, con relación a la normativa anterior, el tipo de pruebas a realizar por los aspirantes ya que, además de las tradicionales, se prevén otras que permiten la comprobación de las habilidades, destrezas y el conocimiento de lenguas extranjeras; si bien sorprende que no se haga ninguna referencia expresa al manejo de lenguas cooficiales. Junto a esto, resalta la posibilidad que ofrece la norma respecto a la complementación de las pruebas clásicas; así, estas se pueden completar con la superación de cursos, de períodos de prácticas, mediante la exposición curricular, realización de pruebas psicotécnicas¹²⁸, realización de entrevistas¹²⁹, reconocimientos médicos o, en nuestra opinión, aunque no se diga expresamente, cualquier otro tipo de prueba que contribuya

¹²⁷ Según establece el apartado c) del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, uno de los ejercicios obligatorios debe tener carácter práctico.

¹²⁸ Ciertas pruebas psicotécnicas han sido anuladas por contener preguntas relativas a relaciones personales, familiares, convicciones e ideas... por incidir en el ámbito reservado a la intimidad de la persona así como por no estar justificadas preguntas de esta naturaleza con relación al fin perseguido, SSTSJ de Cataluña de 21 de octubre de 1999 (RJCA 1999, 5072), de 2 de marzo de 2000 (RJCA 2000, 417) y de 26 de junio de 2001.

¹²⁹ Se ha denunciado que una prueba como la entrevista tiene poco que ver con la intención de objetivar el proceso selectivo, por las importantes dosis de subjetividad que puede presentar, en la medida en que permite al órgano seleccionador la valoración de rasgos de la personalidad o la apreciación de otro tipo de circunstancias personales o físicas que podrían camuflar un alejamiento de los criterios de mérito y capacidad. J. CANTERO RODRÍGUEZ, «Sistemas Selectivos» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, p.551. Si bien el TS tiene declarado que la entrevista no desnaturaliza el concurso porque es el medio de comprobación de los méritos alegados, SSTS de 17 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3892) y de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7219).

al objetivo perseguido. El tipo de pruebas que se propongan, como complemento y no como sustitutivas de las clásicas, dependerá de los concretos puestos de trabajo a cubrir y de las funciones a desempeñar, y los resultados de las mismas podrán ser eliminatorios o acumulativos.

Las Administraciones Públicas, en tercer lugar, en virtud de su potestad de autoorganización pueden optar por, o bien, realizar directamente las tareas de selección de su personal o, en su caso, encargarlas a las distintas Escuelas de Administración o a los respectivos órganos autonómicos¹³⁰, o bien, descentralizar funcionalmente las labores de selección creando un organismo especializado (Comisión Permanente de Selección¹³¹), dotado de personalidad jurídica propia, con objeto de que asuma en exclusiva la gestión de los procesos selectivos¹³².

Con relación, por último, a la propuesta de aprobados por los órganos de selección sólo se hace referencia al acceso del personal funcionario y, sorprendentemente, nada se dice respecto al personal laboral; se mantiene la prohibición establecida en la norma anterior puesto que no se permite proponer un número

de aprobados superior al de plazas convocadas; pero esta medida se ha flexibilizado con el EBEP que, en su artículo 61.8, dispone una excepción a dicha prohibición. En efecto, si la propia convocatoria lo prevé puede proponerse un número mayor de aprobados. Ciertamente este mecanismo puede producir el efecto negativo de sobrecargar las plantillas, además de permitir el ingreso en el empleo público de aspirantes que no han alcanzado unos mínimos niveles de capacidad para desempeñar el correspondiente puesto de trabajo; pero debe considerarse, también, que hay Cuerpos en la Administración en los que, por la amplitud de su plantilla, se producen constantemente vacantes, cuya cobertura se facilita a través de este sistema, siempre que se utilice de forma justificada y objetiva. Se ha criticado que la aplicación de esta excepción entraña importantes riesgos, sobre todo, la posibilidad de permitir que las convocatorias puedan autorizar el acceso a la condición de empleado público a personas que no han alcanzado un puesto adecuado al número de plazas¹³³.

Más oportuna ha sido la opción del legislador, recogida en el último párrafo del artículo 61.8, referida a que, cuando los órganos de selección hayan propuesto el nombramiento de igual número de aspirantes que de plazas convocadas, sólo en caso de que se produjeran renunciaciones, expresas o tácitas, el órgano convocante podría pedir al órgano seleccionador la relación complementaria de aspirantes que sigan a los propuestos por orden de puntuación para proponer su nombramiento como funcionarios de carrera. Es frecuente que no se cubra la totalidad de las plazas convocadas en un proceso de selección de funcionarios por la renuncia de aspirantes seleccionados —por ejemplo, en caso de simultanear varios procesos de selección— y este mecanismo evita que las plazas convocadas queden vacantes.

¹³⁰ Así el INAP o en el ámbito autonómico, entre otros: el IAAP en Andalucía, el IVAP en el País Vasco, ICAP, en Canarias...

¹³¹ El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, prevé la existencia de Comisiones Permanentes de Selección cuando el elevado número de aspirantes y el nivel de titulación o especialización exigidas así lo aconseje (el régimen de designación de sus miembros se establece en la Orden APU/313/2005, de 7 de febrero, modificada por la Resolución de 3 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, sobre la composición de la Comisión Permanente de Selección).

¹³² Así ha ocurrido en el ámbito comunitario con la Oficina de Selección de Personal de la Unión Europea (creada en 2002). Consulta en http://europa.eu/epso/index_es.htm.

¹³³ M. SÁNCHEZ MORÓN, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, p. 419.

En fin, tras analizar el régimen jurídico del acceso del personal al servicio de las Administraciones públicas, puede advertirse que en esta materia se produce una doble dinámica. De un lado, ambos regímenes, el funcional y el laboral, tienden a confluir en la idea de asegurar la objetividad en la selección de empleados, independientemente de la naturaleza del vínculo que mantengan con la Administración; pero, a pesar de este acercamiento basado en el reforzamiento de las garantías para el cumplimiento de los principios constitucionales, se detecta también una tendencia en sentido inverso¹³⁴, esto es un distanciamiento de regímenes que responde a la necesidad de asegurar la agilización de procesos selectivos. En efecto, este mayor distanciamiento se aprecia en la atribución de los correspondientes sistemas de selección a cada tipo de personal, mucho más estricto para el personal funcionario que para el laboral. Se produce, en este aspecto, una quiebra en el proceso de convergencia entre la relación laboral y funcional de los empleados públicos de difícil justificación.

BIBLIOGRAFÍA:

- AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», en *AS* n° 5, 2003, p. 582 y sig.
- ÁLVAREZ CARREÑO, S.M., «El proceso de institucionalización de las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos en España», *Via Iuris*, n° 7, 2009.
- ALZAGA RUÍZ, I., «Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad», *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 217-271.
- ARROYO LLANES, L.M., *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AZEMAR I MALLARD, LL., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. S. del REY GUANTER), La Ley, Madrid, 2008.
- BODAS MARTÍNEZ, R., «Particularidades del Régimen Jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas» en AA.VV. (Dir. MOLINER TAMBORRERO, G.) *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales*, CGPJ, Madrid, 2000.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 2000.
- CANTERO RODRÍGUEZ, J., «Sistemas Selectivos» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, CEF, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Régimen Público de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 12, 2001, p. 61 y sig.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 13ª ed., Civitas, Madrid, 2006.
- GIL PLANA, J., «La selección del personal laboral de las Administraciones locales», *Revista de Estudios Locales*, n° 112, 2008.
- GODINO REYES, M., *El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.
- GOÑI SEIN, J.L., «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio» en *El Estatuto Básico del Empleado Público*. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2008.

¹³⁴ Vid., las interesantes reflexiones de F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, en «El personal laboral en el Anteproyecto del Estatuto Básico del Empleado Público», *Tribuna Social*, agosto-septiembre, 1999.

- LÁZARO SÁNCHEZ, J.L., «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- MAURI MAJÓS, J., «El acceso al empleo público» en *Manual de Empleo Público*, (Dir. F.A. CASTILLO BLANCO), Iustel, Madrid, 2009.
- MONTOYA MELGAR, A., «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)» en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, 2008.
- PALOMAR OLMEDA, A., *El derecho de la función pública*, Dykinson, Madrid, 2003.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II*, 21 ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PÉREZ GÓMEZ, J.M., «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «El personal laboral en el Anteproyecto del Estatuto Básico del Empleado Público», *Tribuna Social*, agosto-septiembre, 1999.
- PINAZO HERNANDIS, J., «El régimen del personal al servicio de las Agencias Estatales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 720, 2006.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La promoción de los cupos de reserva a favor de las personas con discapacidad en el nuevo contexto normativo sobre empleo público», *AS*, nº 4, 2010.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., *El Estatuto de los Funcionarios Públicos*, Comares, Granada, 1997.
- ROQUETA BUJ, R., *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007.
- ROQUETA BUJ, R., «El empleo público en la Constitución de 1978» en *Jornada sobre la Constitución de 1978 y las relaciones de trabajo* (coord. J. GARCÍA MURCIA), Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo, 2010.
- SALA FRANCO, T., «Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública», INAP, Madrid, 1989.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio» en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008.
- SOLER ARREBOLA, J.A., «Particularidades en el acceso al empleo público de personas con discapacidad» en *AS*, nº 9, 2009.
- VIVERO SERRANO, J.B., «El acceso al empleo público en régimen laboral tras el Estatuto Básico del Empleado Público: algunas luces y demasiadas sombras», *REDA*, nº 143, 2009 (Ref. Ar. BIB 2009/873).

RESUMEN En el Estatuto Básico del Empleado Público se aprecia una tendencia a la convergencia de los regímenes jurídicos de naturaleza administrativa y laboral que se manifiesta sobre todo en que, aunque la dualidad funcionario-trabajador asalariado sigue manteniéndose, estos se acogen bajo la categoría genérica de «empleados públicos». El objetivo principal del trabajo es comprobar si esta tendencia hacia la aproximación de los regímenes de tales empleados públicos se percibe realmente en materia de acceso al empleo público y para ello se analizan los principios que rigen el acceso, los requisitos que se exigen a los aspirantes, la constitución de los órganos de selección y los procedimientos selectivos de acceso. Ciertamente, en algunos aspectos, se produce un acercamiento basado en el reforzamiento de las garantías para el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, pero se aprecia, a su vez, un distanciamiento de regímenes que responde a la necesidad de asegurar la agilización de procesos selectivos.

ABSTRACT The Basic Statute of Public Employees shows a tendency towards convergence of the legal systems of an administrative and labour nature. Such convergence is reflected in that, despite the fact that the civil servant-waged worker duality still exists, workers are grouped under the generic category of «public employees». The main goal of this paper is to check whether this trend towards a convergence of regimes of such public employees is actually perceived with regards to the access to public employment. To this end, the main principles governing such access are analysed, as well as candidate requirements, the composition of recruitment bodies and recruiting procedures. In some aspects, there is certainly a rapprochement based on reinforcing the warranties related to abiding by the constitutional principles of equality, merit and capacity. However, the regimes have also grown apart due to the need to speed up recruitment processes.

Responsabilidad social y ética «públicas» y relación laboral de empleo público

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA*

1. LOS INTERESES DE (Y EN) LAS ORGANIZACIONES. CONVERGENCIA ENTRE LA EMPRESA PRIVADA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El estudio que ofrecemos tiene como objetivo analizar desde una perspectiva jurídica el efecto de la integración de un fenómeno de múltiples connotaciones, la Responsabilidad Social en la gestión de los servicios que tiene encomendados la Administración Pública y, en particular, en la dirección y control de quienes, por su cuenta y bajo su dependencia, es decir sus empleados, desarrollan las funciones para la consecución de aquéllos. Fenómeno conectado a la Ética Empresarial y ambos utilizados como criterios de modulación de múltiples aspectos del empleo público, entre ellos, el que refiere a los «deberes, principios éticos o principios de conducta» que el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, (en adelante, EBEP) establece o lista para todos los empleados públicos.

Por ello aquí sólo contemplaremos la Administración Pública en su vertiente subjetiva, es decir, como Organización a la que es imputable un conjunto de actividades de distinta naturaleza¹ y, en particular, su consideración de persona jurídica, sujeto de una relación jurídica múltiple, con los ciudadanos a los que sirve y con los empleados a su servicio y, en este caso, en su condición de «empleadora», ya sea en sentido estricto jurídico-laboral o amplio, comprensivo también de la relación de empleo público al margen del contrato de trabajo, esto es, funcional.

De otro lado, conviene advertirlo, la expresión «Administración Pública» se utiliza en este trabajo en singular porque, si bien en nuestro Derecho positivo se parte de la existencia de una pluralidad de las Administraciones Públicas, a los efectos aquí perseguidos pretendemos dotarle de un carácter global, omnicomprendido de todas ellas. Se utiliza, en definitiva, el concepto amplio que otorga el EBEP (Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de Abril), com-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense.

¹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: «Administración Pública», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Dtor. Montoya Melgar, A.), Edit. Civitas, 1995, pág. 337.

prendiendo (art.2º) a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, a las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y a las Universidades Públicas.

1.1. El «interés general» y los principios de actuación de la Administración Pública

Tras esas primeras consideraciones, se ha de comenzar recordando el mandato constitucional que exige a la Administración Pública servir a los «intereses generales» (CE, art. 103.1).

Si éste, el interés general, se entiende sinónimo de «interés social», «bien común» e «interés público»², resulta que es un concepto jurídico indeterminado, no definido ni precisado en el texto constitucional, que ha de interpretarse según el contexto social y económico. De tal manera que corresponde a los poderes públicos valorar los intereses que emanan de la sociedad y publicar los que hayan de ser tutelados por la Administración Pública y, en definitiva, determinar la prevalencia de unos intereses sobre otros. Porque, como ha afirmado la doctrina, es el interés de la comunidad el que el poder público asume como propio, prestándole sus medios públicos de gestión y tutela, definiendo los intereses generales como «intereses sociales publicados»³.

² NIETO, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en AA. VV: *Estudios sobre la Constitución en Homenaje a García de Enterría*, Madrid, Edit. Civitas, 1991, pág. 2186; vid. también SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*; Edit. Civitas, Madrid, 1976.

³ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Interés general», en EJB, pág. 3659.

Ejemplo actual de interés general, a tutelar y garantizar por la Administración Pública, es el que los poderes públicos han definido como «*Economía Sostenible*», entendida legalmente como patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras (art.2º de la Ley de Economía Sostenible, en adelante, LES⁴).

Desarrollo sostenible que requiere de una acción de los poderes públicos y, en particular, de una actuación de las distintas Administraciones Públicas guiada por los que el legislador considera principios básicos de la Economía Sostenible, entre otros, estabilidad de sus finanzas y racionalización, es decir, simplificación y sostenibilidad de la estructura administrativa y de acceso directo de los ciudadanos a los servicios y prestaciones públicas, garantizando una actuación *ética, eficaz, eficiente y transparente* (art.3º LES).

Principios de actuación que, siguiendo el que puede considerarse patrón o modelo en nuestro ordenamiento jurídico, no son definidos o concretados en la ley y cuya puesta en práctica requerirá responden a éstas u otras parecidas cuestiones ¿qué se entiende por actuación eficaz, eficiente y transparente de las Administraciones Públicas?; ¿qué criterios de sostenibilidad y simplificación de la estructura administrativa son adecuados para que su actuación pueda ser definida de ese modo?; y, sin intentar agorar las dudas, pero sí con expresión de una esencial a los objetivos de este estudio ¿cómo se pueden concretar esos principios en la organización

⁴ Ley 2/2011, de 4 de marzo. BOE de 5 de marzo de 2011.

del trabajo prestado para las Administraciones Públicas, cómo se expresan en la relación de empleo público y, en fin, en qué deberes legales, exigibles jurídicamente, de los sujetos de la relación de empleo público se manifiestan?

La «Economía Sostenible», utilizada aquí como ejemplo legal de interés social publicado, permite una aproximación hacia un planteamiento general, a saber, el que deriva de los principios constitucionales que informan la actuación de la Administración Pública y que, en gran medida, pudieran condicionar la relación de empleo público. En este sentido, contemplada la Administración Pública como organización instrumental al servicio de los intereses generales, son varios los principios constitucionales que informan su actuación, entendidos como mandato para la misma, entre ellos, el de *legalidad, objetividad y eficacia* (CE, art.103.1).

Principios que, aunque no constituyan título jurídico suficiente para crear ningún tipo de obligación ni, por tanto, para otorgar derechos subjetivos típicos o activos porque no definen previamente el contenido de la obligación, sí imponen un deber genérico de carácter negativo que prohíbe actuar en contra del valor por él consagrado⁵, «participan de la fuerza normativa de la Constitución»⁶ y, en gran medida, como veremos, son el fundamento de los deberes legales que se imponen al personal al servicio de la Administración Pública.

Salvo el primero, el de legalidad, que no es otra cosa que la actuación conforme a la Ley y al Derecho, al ordenamiento jurídico en su conjunto en lo que refiere a su actuación

hacia terceros (los ciudadanos) y a su actuación hacia sus empleados, los dos restantes, objetividad y eficacia, adolecen de un significado preciso y concreto porque la CE no los define y, con carácter específico, en relación con el de eficacia se debatió en el iter constituyente su inclusión, proponiéndose en diversas enmiendas su supresión, y queriéndose restar importancia por un sector de la doctrina, ya hace tiempo que, como veremos, se ha revitalizado y hoy en día, no sólo no se ha suprimido, sino que estudios, documentos e informes sobre criterios de actuación de las Administraciones Públicas, y reiterado por el legislador, se mantiene como principio básico de (y en) la Administración Pública en el contexto de la «Economía Sostenible».

Por lo que respecta al principio de *objetividad*, son varias las acepciones que cabe atribuir al término. Por un lado, puede entenderse como «cualidad de adecuación de la Administración Pública a su objeto, a los fines que la justifican», asimilándose al de «buena administración, es decir, con la exigencia de una actuación administrativa bien fundada en el conocimiento de los hechos, en el Derecho vigente y en los objetivos que se propone alcanzar»⁷. De otro, y parece como posición mayoritaria en la doctrina administrativista⁸, se identifica con el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y refiere a la actuación neutral desde el punto de vista político y económico e imparcial de la Administración Pública.

Aquella, la objetividad, está relacionada con la eficacia en tanto se conciba ésta como aptitud para la efectiva consecución de objetivos prefijados⁹. Dado que se trata de un prin-

⁵ BELADIEZ ROJO, M. : *Los principios jurídicos*; Edit. Civitas, Madrid, 2010, pág. 114.

⁶ Expresa ARAGÓN REYES, M. que «los principios constitucionales ocupan en las fuentes formales del Derecho el lugar de la Constitución, simplemente porque son Constitución», en *Constitución y Democracia*, Edit. Tecnos, 1989, pág. 82.

⁷ SÁINZ MORENO, F. : «Objetividad», en *EJB*, pág. 4491.

⁸ *Vid.*, al respecto, LÓPEZ GÓMEZ, J. M. : *La relación laboral especial de empleo público*, Edit. Civitas, Madrid, 2009, pág. 120.

⁹ Esta noción en LAVILLA RUBIRA, J. J. : «Eficacia», en *EJB*, pág. 2624. *Vid.*, también PAREJO ALFONSO, L. : «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Ad-

cipio sumamente genérico y relativamente indeterminado, que, no obstante, tiene carácter vinculante, requiere, como ha expresado el TC, de una tarea de concreción por los poderes públicos, pues su previsión constitucional entraña una remisión a la decisión del legislador «respecto de las normas, medios e instrumentos que se concrete la consagración de la eficacia» (STC 22/1984, de 17 de febrero¹⁰), que se proyectará en todas las que pudieran considerarse como manifestaciones jurídicas del mismo y, en particular, en las que confluyen en su esfera interna, esto es, en la capacidad de autoorganización de la Administración Pública, en la organización de sus recursos económicos y humanos.

En ésta, como en otras tareas, se ha expresado que el principio exige (y ésta es la aptitud que debe pedirse a la Administración) *optimizar* la relación entre los recursos y los fines u objetivos y la *racionalización* de la gestión o, lo que es lo mismo, la consecución más intensa o más *rápida* de los objetivos con el mismo coste o en la *reducción* de éste con mantenimiento del nivel de cumplimiento de los fines¹¹, obteniendo, se dice, el máximo grado de *utilidad* o de *rendimiento* en los resultados concretos a alcanzar¹², sin menoscabar los derechos fundamentales de la persona o los valores superiores del ordenamiento jurídico, entre ellos, el de igualdad.

ministración Pública», *D. A.*, num. 218-219, pág. 19 y 20; del mismo autor, *Eficacia y Administración*. Tres estudios, MAP, 1995.

¹⁰ Cfr. otras sentencias del TC, entre ellas, SSTC 27/1987, de 27 de febrero, 178/1989, de 2 de noviembre, 42/1990, de 15 de marzo, 41/1991, de 28 de febrero.

¹¹ LAVILLA RUBIRA, J. J.: op. ult. cit., pág. 2624.

¹² CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: op. ult. cit., pág. 338. *Vid.*, también, PAREJO ALFONSO, L.: «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública», *D. A.*, núm. 218-219, 1989, para quien la Administración Pública debe procurar siempre la obtención del resultado pretendido con un mínimo de recursos, pero siempre que dicha regla no se degrade a la condición de ser una máxima de simple ahorro.

El nexo de conexión entre uno y otro principio, el de objetividad y el de eficacia está en los objetivos y fines a los que sirve la actuación de la Administración Pública. Se cierra así el círculo conectando esos principios a los «intereses generales» y, en consecuencia, el grado de eficacia dependerá de la precisión en la determinación normativa del interés general.

1.2. Organización y gestión «eficiente» del empleo público en el modelo económico de desarrollo sostenible

Decíamos que los principios constitucionales informan la actuación *ad extra* y *ad intra* de la Administración Pública o, lo que es lo mismo, en lo que refiere a esa segunda esfera, son un mandato dirigido a aquella para que actúe conforme a los mismos en tanto que organización por cuenta de la que, y bajo su dirección, prestan servicios los denominados empleados públicos. Lo que quiere decir que esos principios trascienden también a la organización y dirección de la prestación de servicios de su personal. En efecto, si la Administración ha de actuar con objetividad, eficacia y con respeto a la legalidad vigente, en aras a la consecución del interés general o público, deberá adecuarse a ellos también en la planificación, organización y dirección de sus recursos humanos, en la organización de su personal, lo que exige la publicación y concreción de esos principios jurídicos, la definición por los poderes públicos (primera-mente, por el legislador) de la prestación mutua, delimitando el contenido y alcance de la misma; o, lo que es lo mismo, definiendo los derechos y deberes que conciernen a uno y otro de los sujetos de la relación jurídica de empleo público, a la Administración Pública en tanto que «empleadora» y a sus empleados, cualesquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica que los une a aquella, laboral, funcional o estatutaria.

Desde esta perspectiva, respecto de la gestión de los recursos humanos de la Adminis-

tración Pública, en su consideración de empleadora, se ha de indagar si la organización, planificación y coordinación de sus recursos humanos difiere y, si así fuera, en qué sentido de la propia de una empresa privada y ello en el contexto de los debates, ya no tan modernos, sobre la Administración Pública, entre ellos, los que refieren a las «nuevas» formas de actuación administrativa, a la relación de la Administración con los ciudadanos y, en particular, a la posición de supremacía de aquella sobre éstos, y por último a la estructura organizativa de la misma¹³.

En una primera aproximación a la cuestión planteada podría argumentarse que la organización y gestión de los recursos humanos en una y otra organización es diferente¹⁴ porque el trabajo de las personas que prestan servicios por cuenta ajena es un factor que contribuye al logro de objetivos distintos. Consecución del «interés particular» del empresario en el sector privado, que, en el marco de una economía de mercado, se refleja en la rentabilidad económica, en la maximización a corto plazo del valor de la empresa para su propietario y, por el contrario, el de la consecución del interés general a través de la satisfacción del servicio público que presta la Administración Pública. A estos diferentes objetivos responden principios diferentes, economía de mercado, libertad de empresa, eficacia económica (*vid.*, CE, art. 38) y los de objetividad y eficacia para la Administración Pública, que se reflejan en la política de personal de sus respectivas organizaciones¹⁵.

¹³ *Vid.*, al respecto, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: op. ult. cit., pág. 339.

¹⁴ E incluso, podría afirmarse, que en ésta, en la Administración Pública, es más difícil. *Vid.*, al respecto, DE SADE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la administración pública*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 178 y ss, 201 y 204.

¹⁵ En la doctrina laboralista se sigue afirmando que la prestación laboral del trabajador es una obligación dirigida a la obtención del objetivo empresarial, a la satisfacción del interés económico del empleador (MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R.: «Obligaciones del trabajador en la

Pero estas diferencias entre la empresa privada y la Administración Pública en lo que refiere a objetivos y concepción del empleo ya hace tiempo que comienzan a diluirse, percibiéndose elementos o rasgos de confluencia entre el modelo tradicional monista de empresa privada y el modelo de Administración Pública en el marco del Estado Social y la opción constitucional por una economía de mercado y ahora con el que se ha convenido en denominar «*modelo económico de desarrollo sostenible*»¹⁶, en su triple dimensión económica, social y medioambiental, en el que el legislador ha decidido implicar de forma activa tanto a empresas privadas como a las Administraciones Públicas. Se expresa que este modelo requiere de un desarrollo sostenible en tanto que económicamente más sólido, asentado en la mejora de la competitividad, en la innovación y en la formación; medioambientalmente, que haga de la imprescindible gestión racional de los recursos naturales también una oportunidad para impulsar nuevas actividades y nuevos empleos; y socialmente, en tanto que promotor y garante de la igualdad de oportunidades y de la cohesión social¹⁷.

Como hemos avanzado en páginas anteriores, se reitera ahora por el legislador, como uno de los principios básicos de la actuación de la Administración (junto a la equidad y la transparencia), que ésta ha de realizar *cumplidamente* la función para la que está destinada, buscando la eficiencia de los medios utilizados para lograr el objetivo prefijado a través, entre otros, de la gestión más eficaz del empleo público. Aunque es cierto, la eficacia y la eficiencia de la Administración Pública no parece que hayan de medirse en térmi-

relación de trabajo», en SEMPERE NAVARRO (Dtor.) y CHARRRO BAENA, P. (Coord.): *El contrato de Trabajo*, Volumen I, Edit. Aranzadi, 2010, pág. 568.

¹⁶ *Vid.*, al respecto, Preámbulo del Proyecto de Ley de Economía Social.

¹⁷ *Vid.*, Preámbulo de la LES (Ley de Economía Sostenible).

nos económicos absolutos (es decir, cumpliendo escrupulosamente los requerimientos del mercado a través de la consecución del máximo beneficio económico) sino, como expresa el EBEP, art.69, en el sentido que la planificación de sus recursos humanos contribuya realmente a la consecución de la mejor, más rentable, utilización de los recursos económicos disponibles (lo que ahora expresa la LES, art.3º como estabilidad financiera, estabilidad de las finanzas públicas) mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad (lo que ahora se expresa en la LES, art.3º, como «simplificación y sostenibilidad» de la estructura administrativa). Hasta tal punto que se le insta cada vez con más frecuencia a que los servicios que presta sean óptimos, útiles, «eficaces» aunque para ello sea necesario implantar fórmulas organizativas similares a las de Derecho Privado (con, se dice, técnicas extrañas a planteamientos iuspublicistas) e, incluso, a veces proponiendo la equiparación de la organización de los servicios públicos a la propia de la empresa privada¹⁸, sin olvidar, no obstante, que la medida de la eficacia de la Administración Pública no puede eludir el resultado que le es propio, a saber, el de la consecución del «beneficio social»¹⁹. Lo que,

en definitiva, exige ponderar, equilibrar, también en la organización de sus medios personales, el uso de técnicas importadas del Derecho Privado, del Derecho del Trabajo, con el mantenimiento de las peculiaridades del empleo público en tanto que medio para conseguir la satisfacción del interés general.

Pero resulta que también la concepción de la empresa privada hace años que ha comenzado a ser replanteada. Hace tiempo que el modelo de empresa privada se ha «repensado», como expresan al menos, tres teorías, la de la ética empresarial²⁰, la de la responsabilidad social empresarial²¹ y la de la empresa como coalición de intereses plurales o teoría pluralista empresarial²², adoptadas desde muy diferentes ámbitos, sociología, economía, psicología, filosofía, recursos humanos y, por supuesto, Derecho. Y en este ámbito, confluyendo al respecto diferentes áreas de la ciencia del Derecho, entre ellas, la del Derecho del Trabajo, exigiéndose al jurista y en especial al jurista del trabajo conocer estas tendencias para precisar los límites de los deberes básicos de los sujetos en la relación laboral, entre ellos, el de buena fe, en un sistema económico de mercado y en un sistema democrático de relaciones laborales. La ética

¹⁸ ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*; Madrid, 1983, pág. 46. Y ello aunque el propio autor reconoce que en la actuación de la Administración Pública no puede aplicarse mutatis mutandi «el concepto empresarial de productividad», ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «Función Pública», EJB, cit., pág. 3182.

¹⁹ Reitera que éste es el objetivo principal de la actuación de la Administración Pública y que el mismo no puede desconocerse en la política de personal a su servicio, DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación...*, cit., págs. 146-151, 156, 181. Expresa la autora: «La Administración Pública no puede comportarse en materia de personal como una empresa privada, no puede atender, como criterios de medición de la eficacia de sus actuaciones, exclusivamente a parámetros de corte economicista, no debe olvidar cuál es raíz última y el sentido de su papel, constitucionalmente atribuido. El sistema regulador del régimen jurídico del personal se encuentra fuertemente conectado a todo este discurso» (pág. 156).

²⁰ Más allá de una teoría filosófica, la ética empresarial, *Business Ethics*, es una disciplina específica y autónoma cuyos orígenes se remontan a los años 70 del Siglo pasado en Estados Unidos. Sobre la misma, *vid.*, entre otros, CORTINA, A.: *Ética de la Empresa*, 6ª edic., 2003, Edit. Trotta, Madrid.

²¹ Sus precedentes se remontan a los años veinte del siglo pasado, se comienza a utilizar el término a finales de la década de los cincuenta y principios de los sesenta y a partir de la década de los setenta comienza a utilizarse como elemento que ha de incorporarse a los procesos de planificación estratégica de cada empresa.

²² Con fundamento en normas y propuestas legislativas de los años 70 del Siglo pasado. *Vid.*, al respecto, ESTEBAN VELASCO, G.: «Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en AAVV: *Responsabilidad Social Corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Univ. Jaume I, Castellón, 2005, pág. 30.

empresarial, la Responsabilidad social empresarial (en adelante, RSE) y la teoría pluralista pueden obligar a replantear el contenido y límites de las obligaciones recíprocas de los sujetos de la relación laboral.

Al margen de la teoría jurídico-mercantil pluralista empresarial, la ética empresarial y la Responsabilidad Social Empresarial (en adelante, RSE), ambas de origen no jurídico, sino filosófico, sociológico y/o económico, pero con indudable repercusión en el ámbito del Derecho, a veces se confunden o se explican como relación de género a especie. Así, unas veces se dice que la RSE es una de las dimensiones de la Ética de los negocios o de la Ética empresarial²³; otras, se dice que ésta, la ética, es una de las cuatro dimensiones de la RSE, en concreto de la que puede denominarse responsabilidad ética, relacionada con las expectativas que los accionistas, trabajadores, clientes y sociedad en general tienen respecto del comportamiento de la empresa según su consideración de lo que es justo y según sus principios morales²⁴.

Si integramos estas teorías, resulta que, más o menos, se traducirían en exigir a la empresa privada (al empresario) que asuma y aplique en su gestión interna y externa los valores y normas compartidos por una sociedad pluralista, la que se denomina «ética cívica», basada en la igualdad, solidaridad, libertad, diálogo y respeto activo o tolerancia²⁵.

²³ Vid., en este sentido, LOZANO AGUILAR, J. F.: *Códigos Éticos para el mundo empresarial*; Edit. Trotta, Madrid, 2004, pág. 31; también CORTINA, A.: «La responsabilidad social corporativa y la ética empresarial», en *Mitos y realidades de la RSC en España. Un enfoque interdisciplinar*, Edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

²⁴ En la conocida definición de RSE propuesta por CARROLL: *Business and Society. Ethics and Stakeholder Management*, South-Western Publishing, Cincinnati, Ohio, EEUU, 1993, pág. 34, que distingue una responsabilidad económica, responsabilidad legal, responsabilidad ética y responsabilidad filantrópica.

²⁵ En el concepto propuesto por CORTINA, A.: *op. ult. cit.*, pág. 89 y asumido por LOZANO AGUILAR, J. F.: *op. ult. cit.*, pág. 57-58.

Que integre la responsabilidad social como inversión estratégica en el núcleo de su estrategia empresarial, sus instrumentos de gestión y sus actividades²⁶. Y, en fin, que, sin desprestigiar el objetivo de maximizar el valor de la empresa para sus propietarios (interés social según las teorías monistas de la empresa, esto es interés social como interés común de los socios), se tenga en cuenta su dimensión de «institución social» en el sentido de que hayan de valorarse otros intereses que se relacionan con la empresa²⁷, lo que se expresa por los juristas con el término, propio de la teoría de la RS, *stakeholders*, o grupos de interés, distinguiendo entre internos (los propios trabajadores) y externos (clientes, consumidores, ciudadanos, sociedad). Y ello, sencillamente, porque el valor de las empresas para sus propietarios no es incompatible, se expresa, con las exigencias del Estado Social.

Dimensión institucional de la empresa que exige valorar eficazmente la integración en su organización interna y externa de los aspectos relacionados con el bien social o el bien público que, conviene precisar, no se circunscribe a las organizaciones a las que cabe definir como de «economía social»²⁸, sino

²⁶ Tal como expresa el punto octavo del Libro Verde de la Comisión Europea «Fomentar un Marco Europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas», Bruselas, 2001, COM (2001).

²⁷ ESTEBAN VELASCO, G.: *op. ult. cit.*, pág. 40.

²⁸ Entendiendo por tal, en virtud del Proyecto de Ley de Economía Social, el conjunto de actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado lleva a cabo aquellas entidades que persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos y que se rigen, entre otros, por los principios de primacía de las personas y del fin social sobre el capital, la aplicación de los resultados en función del trabajo aportado por sus integrantes al fin social objeto de la entidad y promoción de la solidaridad interna y con la sociedad, entiendo por tal el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

a todas las empresas, incluidas aquéllas constituidas con una finalidad o ánimo de lucro.

Este replanteamiento de la finalidad y objetivos de la empresa privada converge en gran medida (o, cuando menos, se acerca) con el interés que se dice propio de la Administración Pública, exigiéndose también a ésta, y tal vez con mayor fundamento porque a ella corresponde constitucionalmente servir al interés general o público, que tenga una actuación ética y socialmente responsable. Se incluye a ambas, como apuntan estudios doctrinales, informes y documentos, bajo la expresión ORGANIZACIONES, con la finalidad de, al margen de sus propias peculiaridades, definir las como sujetos comprometidos con y promotores de la ética y de la responsabilidad social. Lo que cabría expresar como RS y Ética de la empresa y de la Administración Pública, entendida como compromiso por ser y presentarse ante sus grupos de interés como organizaciones éticas y socialmente responsables; y RS y Ética en la empresa y en la Administración Pública, en el sentido de extender hacia sus empleados ese compromiso de tal manera que éstos se definen como medios o instrumentos para conseguir que su ética y su RS se proyecte hacia los terceros con los que se relacionan, en particular, con los ciudadanos, con la sociedad.

La Ética y la RS se traducen en la adopción de conductas, comportamientos o reglas materializados y publicitados en los que se han con-

El proyecto de Ley de Economía Social, contempla, a título ejemplificativo, como entidades privadas de Economía Social, las siguientes: cooperativas, mutualidades, fundaciones, sociedades anónimas laborales, empresas de inserción, centros especiales de empleo, cofradías de pescadores, sociedades agrarias de transformación y cualesquiera otras entidades que realicen actividades económicas y empresariales y respondan a los principios legales de Economía Social, descritos en el artículo 4º de la Ley y se incluyan en el catálogo de entidades de economía social que elabore el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

venido en denominar «Códigos», ya sean Códigos de Conducta, Códigos Éticos, Códigos de Buenas Prácticas o Códigos de Buen Gobierno, entre otras varias acepciones al uso.

Estos Códigos (en adelante, CDC) pueden entenderse, en una primera aproximación, como el conjunto de principios y reglas de comportamiento autoimpuestos para adecuar la actividad (interna y externa) de la organización pública y de la privada al objetivo de satisfacción de los intereses de sus stakeholders y, en particular, de los ciudadanos, de la sociedad en su totalidad, implicando a sus trabajadores o empleados en el logro de su propia política de responsabilidad social, no sólo en su condición de grupo de interés hacia los que ha de ir dirigido el comportamiento de la organización sino también como instrumento o medio para contribuir a la imagen externa de la misma como ética y socialmente responsable.

2. ÉTICA Y RS DE (Y EN) LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PROYECCIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

2.1. El contexto y marco legal español

En su origen y desarrollo internacional y europeo la RS y la Ética de los negocios sólo se orientaron a la estrategia empresarial privada, quedando al margen las organizaciones o instituciones públicas.

Con el transcurso del tiempo y en el marco de la estrategia europea a favor del desarrollo sostenible²⁹, varios documentos, informes y normas internas españolas confirman que la RS y la Ética Empresarial en nuestro país

²⁹ Vid., Comunicación de la Comisión de 13 de diciembre de 2005, COM (2005) 658 final; Comunicación de la Comisión de 24 de julio de 2009, sobre «Incorporación del desarrollo sostenible en las políticas de la UE», informe 2009 sobre la estrategia europea para el desarrollo sostenible (COM 2009, 400 final).

han adquirido también una «dimensión pública». Y no sólo en el sentido de que los poderes públicos las promuevan e incentiven (vertiente institucional de su dimensión pública), sino también en el que interesa desde la perspectiva de análisis de este estudio, a saber, que ambas se han integrado como elementos o rasgos nuevos de la Administración Pública en tanto que organización, en la dirección, planificación, organización ad intra, del empleo público, y en la actuación que de ella se exige hacia los ciudadanos.

La consideración de la Administración Pública como sujeto de RS exige indagar en el significado que haya de otorgarse a esa nueva dimensión «pública» del fenómeno, porque si la eficacia y eficiencia de aquélla se mide, sobre todo, según se dijo en páginas anteriores, en función de un criterio de beneficio social parece que una de las vertientes más importantes de la RS, la social, ya quedaría integrada entre los objetivos o finalidades esenciales de la Administración Pública. Por tanto habrá que interrogarse sobre lo que aporta la RS a la concepción de la Administración Pública como organización y, en particular, sobre su proyección en el empleo público. En este sentido, sin demorar la respuesta, a nuestro juicio la RS «pública» puede entenderse que es un criterio de medición de la Eficacia de la Administración Pública tal como cabe entenderla ahora en el marco del modelo de desarrollo económico sostenible promovido por los poderes públicos.

La misma cuestión cabría plantear sobre el significado de la Ética de (y en) la Administración Pública, si ésta se concibe hoy como una parte o vertiente de la RS, tanto más cuanto que la «ética pública» se fundamenta en la finalidad propia de esa organización y en los que se apuntan como valores que se deben potenciar y desarrollar para conseguir con éxito el fin perseguido³⁰. Resulta,

³⁰ Así lo expresa la doctrina. *Vid.*, entre otros, LOZANO AGUILAR, J. F.: *Códigos éticos para el mundo...*, *cit.*, pág. 115 y ss.

conviene apuntarlo, que desde la Ética pública no hay otra finalidad, se dice, que la que deriva de la CE, art.103, esto es, la consecución del interés general o interés público, elemento de conexión o confluencia entre el principio jurídico y la ética. Y se expresa seguidamente los que se consideran valores esenciales (éticos) que influyen en la actividad de la Administración Pública, respecto de los que, nos consta, hay un amplio consenso entre la doctrina y los poderes públicos, que los promueven a través de instrumentos diversos (incluidos los normativos).

Los valores (éticos) que se estiman propios de la Administración Pública son, entre otros, los siguientes: altruismo, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo³¹. O, profesionalidad, eficiencia, eficacia, calidad del producto o del servicio, imparcialidad, sensibilidad suficiente para percatarse de que el ciudadano es el centro de esa actividad, quien da sentido a su existencia³².

De donde, como bien puede apreciarse, deriva también aquí la conexión entre principios jurídicos constitucionales que informan la actuación de la Administración Pública (objetividad y eficacia) con los que se consideran valores esenciales de la ética «pública».

El recurso a la Ética, no tanto a la RS (tal vez por el retraso inicial en su recepción en nuestro país si comparada con otros países del norte de Europa), ha influido decisivamente en el ámbito de la actuación de la Administración Pública. Hemos constatado, en este sentido, que los «valores éticos», así expresados, se han traspasado miméticamente a documentos, informes de organizaciones internacionales y europeas³³ y mate-

³¹ Informe NOLAN, «Normas de conducta para la vida pública», Madrid, INAP, 1995.

³² LOZANO AGUILAR, J. F.: *Códigos éticos para el mundo...*, *cit.*, pág. 118, que recoge la lista propuesta por CORTINA, A.

³³ *Vid.*, al respecto, OCDE: «La ética en el servicio público», INAP, 1997.

realizados en muy distintos Códigos de Conducta en la Administración Pública, y en particular, en aquellos que refieren a comportamientos de las personas que prestan determinados servicios públicos (altos funcionarios, jueces y miembros de tribunales, altos cargos en la Administración Europea³⁴). Han trascendido a otros varios Códigos que rigen en la Administración Pública española (Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado³⁵, Código de Buenas Prácticas de varias Administraciones Públicas autonómicas y locales³⁶); y, en fin, se han reflejado posteriormente en las normas jurídicas, en concreto, en el elenco de los que EBEP expresa como principios éticos y de conducta de los Empleados Públicos (Título II, Capítulo VI. Deberes de los Empleados Públicos. Código de Conducta, arts, 52, 53 y 54.).

Sin entrar aquí a analizar el origen de la RSE y las causas por las que, a diferencia de otros países, se ha integrado mucho más tar-

de en España³⁷, lo cierto es que tal vez para compensar esa tardía incorporación, durante los últimos años (desde 2003) ha sido objeto de un desarrollo amplísimo, contando al efecto con el impulso e incentivo de los poderes públicos (Gobierno y Parlamento). Bien pudiera definirse este proceso español con la alocución «nuevos actores, nuevas dimensiones de la RS».

Brevemente, la concepción originaria de la RSE y su asunción por los poderes públicos integran las que pueden considerarse dimensiones propias de la misma (económica, social y medioambiental) desde o bajo las premisas de «sostenibilidad». Se manifiesta claramente en los dos ámbitos de la gestión de la actividad empresarial (interna y externa). Exige replantear las relaciones con el Derecho del Trabajo en tanto se integra «lo laboral» (como expresión de lo social) en este fenómeno complejo y heterogéneo. Y, en fin, alcanza también a la Administración Pública en su dimensión de organización de recursos humanos para la consecución del interés general. Hoy, desde la vertiente social/laboral, se ha generalizado la expresión «RS de los empleadores» para referirse a los compromisos asumidos por los sujetos para los que prestan servicios en régimen de ajenidad y dependencia otras personas, sean trabajadores en sentido técnico-jurídico o no, es decir, visto desde la Administración Pública, hacia sus empleados públicos, laborales, funcionarios o personal estatutario.

³⁴ Pueden ponerse aquí como ejemplo los siguientes CDC:

- Código de Conducta de los Comisarios Europeos, SEC (2004) 1487/2;
- Código de Conducta de los miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, DOUE, de 22-9-2007 C223/1. Sobre éste vid. FELIÚ REY, M. I.: «Códigos modelo y poder judicial», en REAL PÉREZ, A. (Coord.): Códigos de Conducta y actividad económica...cit., pág. 65 y ss., inspirado en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo mediante resolución de 6 de septiembre de 2001.
- Declaración de Gobernanza de la Comisión Europea, de 30 de mayo de 2007

³⁵ Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, BOE de 7 de marzo de 2005.

³⁶ Entre otros muchos, Código de Buenas Prácticas Administrativas de Cataluña; Código orientativo de Buenas Prácticas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en sus relaciones con los ciudadanos, Orden Foral 46/2010, de 25 de enero (BON de 12 de febrero de 2010); Código de Buenas Prácticas del Ayuntamiento de Madrid de 4 de diciembre de 2008.

³⁷ Vid., al respecto, ARAGÓN, J. y ROCHA, F.: *La responsabilidad social en España: una aproximación desde la perspectiva laboral*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 120 y ss. Estimaban los autores, entre otras razones, la en ese momento incipiente implicación de la Administración Pública en la promoción de la RSE. Precisamente sobre esa fecha, en el entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (hoy Ministerio de Trabajo e Inmigración) se constituyó en julio de 2003 una Comisión de expertos que publicó un informe de orientaciones y recomendaciones para el desarrollo de la RSE, asumido posteriormente por el Congreso de los Diputados.

La ampliación de los sujetos socialmente responsables, es decir, la dimensión pública de la RS, tal vez tenga su fundamento en la creciente importancia de los aspectos sociales de este fenómeno, que pueden identificarse con la expresión «estándar justo de trabajo» o garantía de condiciones sociolaborales satisfactorias de los empleados de empresas privadas y de las Administraciones Públicas y definirse como el conjunto de derechos que integran la relación de empleo responsable de aquellas organizaciones.

Uno de los rasgos que definen la RS en nuestro país en los últimos años es la ampliación de los sujetos que se dice han de ser y presentarse como socialmente responsables. Decíamos más arriba que los documentos, informes y ahora las normas jurídicas identifican a la Administración Pública, junto a las empresas privadas, como sujeto de RS. Ponemos algún significativo ejemplo.

La Recomendación 34 del Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados (2004)³⁸, bajo la rúbrica Promover la Responsabilidad Social en la propia gestión de las Administraciones Públicas, dice que:

«la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, los Organismos Públicos dependientes de la Administración, las Empresas Públicas y la Administración Local deben ser ejemplares en la integración de principios y prácticas de RSE en su propio funcionamiento».

La Recomendación o Directriz General transcrita no define los «principios y prácticas» de la dimensión pública de la RS y tampoco si esos principios o prácticas son peculiares, diferentes o especiales, si comparados con los que se expresan propios de la RS de las empresas privadas. Si resulta, como dijimos, que la organización de los medios, en particular, de los recursos humanos, no es

exactamente igual ni se mide exactamente con los mismos criterios ni responden a los mismos principios que los que rigen el empleo privado aun cuando, como también se expresó, hay una cierta convergencia, habría que cuestionarse si coinciden los principios y prácticas «socialmente responsable» de una, la empresa privada, y de la otra, la Administración Pública. En una primera aproximación, podríamos concluir que pueden aplicarse a ésta los que el Informe del Congreso de los Diputados define como propios de la dimensión privada de la RSE y si así fuera, habría que entender la RS de la Administración Pública en el mismo sentido que la RSE, definida en el Informe del modo siguiente: «La responsabilidad social de las empresas es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, *la integración voluntaria* en su gobierno y su gestión, en su estrategia políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que derivan de sus acciones. Una empresa es socialmente responsable cuando responde satisfactoriamente a las expectativas que sobre su funcionamiento tienen los distintos grupos de interés»³⁹.

Este Informe, publicado por el entonces MTAS en 2007, se completa con la Proposición no de Ley sobre RSE de 2009 (DO del Congreso de 2 de julio de 2009, Serie D, núm.233), que incorpora recomendaciones al Gobierno para, en especial, impulsar una gestión socialmente responsable de las Adminis-

³⁹ Proviene la definición de la propuesta del Libro Verde de la Comisión Europea: *integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores.*

Confróntese la definición propuesta por el Informe del Congreso de los Diputados con la de Economía Sostenible y sus principios básicos que expresa la Ley de Economía Sostenible.

³⁸ Publicado por el MTAS, 2007.

traciones Públicas y, a diferencia del Informe, incluye principios o prácticas que permite definir la RS de la Administración Pública, desde su perspectiva de organización, que se manifiesta en sus relaciones con los ciudadanos y con su propio personal (las que podríamos definir como vertiente externa e interna de la RS), atrayendo hacia la «dimensión social», claramente priorizada en el Documento del Parlamento español, manifestaciones o principios de la ética empresarial o de los negocios junto a principios que, a su vez, son auténticos deberes jurídicos exigidos por las leyes. Así, con clara influencia en la Ética, se habla de la transparencia y de la *cultura del trabajo que crea valor*⁴⁰ en el seno de la Administración Pública. Por lo que refiere a deberes recogidos en leyes, se menciona la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de los empleados públicos, la contratación de personas con discapacidad y en riesgo de exclusión social y la reducción de la temporalidad.

Y conclusión, por el momento, en la Ley de Economía Sostenible, que incluye un precepto, artículo 39, bajo la rúbrica «Promoción de la RSE», en el que se promueve o incentiva a empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas para introducir políticas de RS. Aunque éstas no se definen, se deducen de los que la norma considera objetivos de los modelos de referencia e indicadores que se introduzcan para valorar las políticas de RS y, en gran medida, reproduce las recomendaciones que se incluyen en la Proposi-

⁴⁰ Nueva expresión que, no concretada, parece conectar con la que en el ámbito privado se expresa como «cultura empresarial», que puede definirse como «conjunto de normas, de valores y formas de pensar que caracterizan el comportamiento del personal en todos los niveles de la empresa, así como en la propia presentación de la imagen de la empresa» (GARCÍA-ÉCHEVARRÍA, S. Y PÜMPIN, C.: *Cultura empresarial*, Madrid, Díaz de Santos, 1988. pág. 20). En la doctrina laboralista, analizando críticamente su proyección en la buena fe laboral, MONTÓYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, RAJL, Madrid, 2001, pág. 29 y ss.

ción no de Ley del Congreso de los Diputados. Cita expresamente la Ley de Economía Sostenible la transparencia de la gestión, el compromiso con lo local y el medioambiente, el respeto a los derechos humanos, la mejora de las relaciones laborales y la promoción de la integración de la mujer, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Precepto que, cierto es, no define qué haya de entenderse por RS, no define los objetivos de RS diferenciando entre empresas privadas y entidades públicas, no clarifica si ésta la RS es sólo un compromiso o principio o, por el contrario, puede considerarse que sea una obligación legal y, en cuanto tal, coercible y sancionables los incumplimientos de los objetivos de RS y, por último, no define con precisión las diferentes dimensiones que, en su origen, aglutina el fenómeno complejo y heterogéneo de la RS. No obstante, esta primera apreciación, la interpretación sistemática del precepto y atendiendo al contexto social y económico de la Ley de Economía Sostenible, podría afirmarse que la RS queda definida o englobada en el concepto legal de Economía Sostenible y que de forma concreta y específica la RS «pública», en su vertiente interna y externa, se concreta en la exigencia legal de que la Administración Pública sea *ética, eficaz, eficiente y transparente*.

2.2. Proyección de la RS y la Ética en el Empleo Público

Conviene precisar, al objeto de este estudio, el sentido que haya de otorgarse a la expresión «Empleo Público».

Recuérdese que éste, el Empleo Público, puede ser entendido en una acepción amplia o restrictiva, según se admita que refiere a la prestación de servicios para la Administración Pública, cualquiera que sea el régimen jurídico de aquélla, o por el contrario, comprensivo sólo de los servicios prestados en

régimen funcional. Mayoritariamente se ha optado por un concepto mixto o intermedio que admite la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos en la prestación de servicios por cuenta y bajo la dependencia de aquélla⁴¹.

El EBEP define a los empleados públicos (art.8º) como aquellos que desempeñan funciones atribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, entre los que incluye a los funcionarios y al personal laboral y adopta, en apariencia, un criterio restrictivo en la contratación de éste último porque, si bien no especifica con carácter general rasgo o criterio diferenciador entre ambos correspondiendo a las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP concretar los criterios para la determinación de los puestos que pueden ser desempeñados por personal laboral (art.11.2), se expresa que «las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca» (art.9º.2). Principio general en virtud del cual reserva al personal funcionario el ejercicio directo de las potestades administrativas, esto es, las funciones de autoridad.

La dualidad de prestaciones de servicios de empleo público no implica, no obstante, disparidad absoluta en los regímenes jurídicos específicos, de tal manera que, debiéndose respetar en ambos los principios o previsiones constitucionales respecto del contenido del estatuto de la función pública, la diferencia no puede estar basada en la naturaleza jurídica formal del vínculo con la Administración Pública sino «por razón de de las fun-

ciones o especialidades profesionales»⁴², si, añadimos, éstas existen.

De otro lado, si comparado el empleo público con el empleo privado, en el EBEP hay rasgos de identidad sustancial en todas las prestaciones de servicios para la Administración Pública (cualesquiera que sea el vínculo formal) pero también entre éstas y las que se prestan para el empresario privado, en la actualidad más acentuadamente si, como hemos advertido en este estudio, se aprecia una cierta convergencia entre los objetivos y finalidad, es decir, los intereses de una, la empresa privada y de la otra, la Administración Pública, en el marco del modelo de desarrollo económico sostenible. De ahí que, a nuestro juicio, acabe ahora reforzada la opinión doctrinal de que «la invocación general a los intereses generales no justifica, por sí misma, cualquier especialidad de las relaciones laborales en el sector público respecto del resto de los trabajadores»⁴³, pero, es cierto, ello no quiere decir que haya paridad absoluta o equiparación entre unos y otros trabajadores porque, no hay que olvidarlo, los principios de actuación de la Administración Pública (objetividad y eficacia, a los que se añade ética y transparencia) pudieran justificar determinadas matizaciones, modulaciones o especialidades de su régimen jurídico frente al régimen jurídico laboral común.

En este sentido, si *ad intra*, el EBEP, art.1º, establece los criterios o principios comunes del empleo público (elementos, por tanto, de unidad para todos los empleados públicos, laborales o no); y si *ad extra*, la norma tiende a la parificación del derecho social al empleo, trabajo y ocupación y de los derechos y deberes individuales de las personas que prestan servicios por cuenta ajena, abstracción hecha del vínculo que las une a su

⁴¹ Vid., ampliamente, LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pág. 65 y ss.

⁴² SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, pág. 64.

⁴³ LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pág. 119.

empleador y del sector en que estén empleadas.

Siendo evidente que el EBEP distingue dos colectivos y que el personal laboral público es un «*tertium genus*» con un régimen jurídico intermedio entre el propio de los funcionarios públicos y el general o común de los trabajadores por cuenta ajena que disciplina el Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, con carácter general, que la normativa laboral común sólo se aplicará con las matizaciones, a veces importantes, que establezca el EBEP, habrá que indagar cuáles pueden ser las peculiaridades, y si las hubiera cuáles sus límites, que la norma establece o introduce en las que pueden en principio definirse como pautas de comportamiento «ético» y «socialmente responsable». Peculiaridades o modulaciones del régimen jurídico del empleo público laboral analizadas comparativamente con las reglas que fija el Estatuto de los Trabajadores.

Desde esta perspectiva, y también confrontando con lo que pudiera definirse como estrategia empresarial privada, es decir con la dimensión social de la RS y de la Ética de la empresa y su particular proyección en el empleo privado, es el momento de cuestionarse la eficacia jurídica de la política socialmente responsable y de la ética de la Administración Pública en tanto que organización, es decir, como sujeto público receptor de servicios prestado en régimen de ajenidad y dependencia que ha de gestionar y planificar con eficiencia sus recursos humanos en aras de la consecución de la EFICACIA que le exige la Constitución.

En primer lugar, habría que interrogarse sobre lo que imponen la RS y la Ética a la Administración Pública, en tanto que empleadora y organización. Podríamos afirmar que no otra cosa que la ordenación de conductas o pautas de comportamiento socialmente responsable, sea en la vertiente interna de su actividad (y, por tanto, dirigidas hacia sus empleados) o sea en su vertiente externa (y,

por tanto, dirigidas a los ciudadanos, a la sociedad).

En segundo lugar, habría que plantearse el significado de la RS y la Ética públicas. En este sentido, así como en su dimensión privada cabe adoptar una posición crítica ante la más que habitual utilización por los empresarios de la estrategia consistente en exigir (no sólo orientar) comportamientos de sus trabajadores más allá de lo que exige la buena fe contractual en su significado laboral⁴⁴, como si, valga la expresión, la RSE (en su vertiente ética) fuese un escalón o paso más (un plus) que requiriese de la exigencia o imposición a los trabajadores de pautas de conducta nuevas en respuesta a esa nueva cultura empresarial y advirtiendo de la «llamada de atención» de la doctrina sobre la problemática aplicación hacia los trabajadores de las exigencias de la Ética empresarial⁴⁵. Si esto, decíamos, nos preocupa a los juristas del trabajo de la dimensión privada de la RS y de la Ética, en la pública y, en particular, en lo que concierne al empleo público, se ha de buscar un nada fácil equilibrio o una complicada medida justa entre las que pudieran definirse o concretarse como pautas de comportamiento «socialmente responsable» o «ético» de la Administración Pública en su condición de empleadora y los que pudieran considerarse comportamientos o conductas exigibles a los

⁴⁴ *Vid.*, al respecto, MOLINA NAVARRETE, C.: «Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales», *R. L.*, 1992, I, pág. 355.

⁴⁵ Expresa al respecto el prof. MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe...cit.*, pág. 31 que la corriente neoinstitucionalista de la empresa (derivada de la ética y la cultura empresarial que crea valor) «ofrece a los juristas del trabajo no poco motivos de reflexión» (pág. 31) porque «si algunas normas éticas integrantes de la cultura empresarial enlazan con naturalidad con principios consustanciales a la idea de Derecho –así, el respeto por los demás–, otros criterios pueden resultar de más problemática aplicación, como ocurre con reglas contenidas en declaraciones empresariales de cultura...y como ocurre sobre todo en ciertas prácticas empresariales...» (pág. 33).

empleados públicos porque en el ámbito del empleo público es aún más fácil el recurso a considerar que éstos son medio o instrumento de los que puede valerse la Administración Pública para que consiga eficaz y eficientemente el interés general al que sirve. Y es que en la dimensión pública, como expusimos en páginas anteriores, la proyección externa de la RS es uno de sus rasgos básicos porque, sencillamente, el objetivo esencial o finalidad de la Administración Pública es el beneficio social.

Por tanto, la cuestión no es tanto, a nuestro juicio, si los empleados públicos aparecen como elemento integrante de la RS «en» y de la Ética «en» la Administración Pública, sino la búsqueda de equilibrio y concreción de criterios objetivos para lograr el engarce constitucional entre los comportamientos que cabe exigir a la Administración Pública en su condición de empleadora y los que cabe imponer a los empleados públicos, ya sea desde una perspectiva formal o sea desde una perspectiva material, en el sentido de precisar si han de ser expresados a través de los mismos instrumentos y, sobre todo, si su eficacia jurídica debe ser análoga,

Es cierto que a lo largo de los últimos años han aparecido en nuestro país muchos CDC «públicos», de distinto tipo o tenor. Así, cabría distinguir los que, en una primera aproximación, podrían denominarse CDC públicos propios, en el sentido de que expresan principios y pautas de comportamiento de los que en el seno la Administración Pública encarnan la autoridad política y que en gran medida son, y en eso está su valor, la concreción detallada y prolija de las conductas que se autoimponen como expresión de su actuación ética, eficaz, eficiente y transparente, de aquellos otros que pudieran denominarse CDC públicos mixtos o impropios porque junto a las pautas de comportamiento que se promueven de la autoridad, de la propia Administración Pública (sea un Ayuntamiento, una Comunidad Autónoma y sus respectivas Consejerías, una Universidad, entre otras), se «exigen» princi-

pios éticos y de conducta de sus propios empleados públicos.

Con respecto a los que se imponen a la autoridad política y los que suscriben, promueven o promocionan las respectivas instituciones públicas, coinciden en expresar principios de actuación «externa» hacia los ciudadanos (porque, como decíamos más arriba, hoy hay un modelo de Administración Pública que se quiere promover, a saber, no el de su supremacía hacia los ciudadanos sino el de servicio hacia ellos). De ahí que se diga, por ejemplo en el C.de Buenas Prácticas Administrativas del Ayuntamiento de Madrid, que la finalidad del mismo, entre otras, sea la de «mejorar las relaciones de confianza entre la Administración Pública y los ciudadanos». No son, por tanto, estandarización de obligaciones o deberes para o hacia sus empleados públicos.

Ni siquiera aquellos que recogen pautas de comportamiento de los que en el ámbito de la Administración Pública ejercen la autoridad política (en concreto, los miembros del Gobierno y los Altos Cargos de la AGE), se expresan como deberes u obligaciones jurídicas porque a veces su contenido es tan impreciso, genérico e indeterminado que, difícilmente, puedan considerarse que se trate de obligaciones que puedan exigirse por quienes con ellos se relacionan, es decir, los ciudadanos. E, incluso, en algún caso, se limitan a ser expresión «orientativa» de la actuación de la Administración, afirmando que ésta se «ajustará en la medida de lo posible a los principios y reglas generales contenidas en este Código»⁴⁶.

Y lo más importante, en ellos no se especifican los efectos jurídicos de estos Códigos de Conducta o Códigos de Buenas Prácticas, es decir, las sanciones por incumplimiento de

⁴⁶ Así lo expresa el Código Orientativo de Buenas Prácticas Administrativas de la Comunidad Foral de Navarra.

esas pautas de comportamiento. Y lo que es más reprochable, a nuestro juicio, que incluso se exprese en ellos que «sus previsiones no pueden ser alegados como de cumplimiento obligatorio frente a la Administración»⁴⁷.

3. EL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES. SIGNIFICADO Y ALCANCE

Se decía en páginas anteriores que en el EBEP hay ciertos rasgos de identidad sustancial entre las distintas prestaciones de servicios que engloba el empleo público, es decir, para todo el personal que presta servicios para la Administración Pública con independencia o abstracción del concreto vínculo jurídico, laboral, funcionarial o estatutario.

Ejemplo de esa identidad o parificación es el Código de Conducta de los Empleados Públicos, regulado en el Capítulo VI de su Título III (arts.52.53 y 4), sin distinguir o establecer rasgos peculiares para los empleados públicos laborales y, entre ellos, sin graduar los deberes en función del concreto puesto de trabajo o de sus funciones.

3.1. Relación EBEP y Estatuto de los Trabajadores. Fuentes normativas de regulación de las pautas de comportamiento de los Empleados públicos

Tal vez por esta razón, o con fundamento en la identidad, la primera cuestión que se plantea es la que refiere al sistema de fuentes, es decir a la relación entre el EBEP y el ET en lo que refiere al contenido y límites de los deberes que uno y otro exigen a los trabajadores.

⁴⁷ También aquí el Código Orientativo de Buenas Prácticas Administrativas de la Comunidad Foral de Navarra.

Si, con carácter general, en esta relación de trabajo se aplica la normativa laboral común con las matizaciones que se contengan en el Estatuto (art.7º), resulta que éstas, las matizaciones, son a veces importantes. Hasta el punto que en ocasiones, como ocurre en el tema que nos ocupa, el EBEP introduce sustanciales modulaciones o especialidades para esta relación laboral si confrontada con la común u ordinaria que disciplina el ET.

Y si, como se ha advertido, las relaciones entre el EBEP y la legislación laboral no obedecen a un criterio general, sino a una tipología variada, porque no se ha concedido al EBEP el carácter de *lex specialis*⁴⁸, habrá que preguntarse por la regla a aplicar en esta materia concreta para elegir la norma aplicable en caso de duda. Sobre los deberes de los empleados públicos se ha señalado que se trata de un aspecto en que el EBEP resulta de aplicación directa al personal laboral al referirse a los empleados públicos en general⁴⁹ y la legislación laboral es de aplicación complementaria por considerarse «compatible» y no contradictoria⁵⁰.

No obstante, aun teniendo en cuenta que el fundamento de la regulación unitaria en el EBEP está en la razón que adujo la Comisión de Expertos, cuando expresaba que quienes sirven en la misma organización y realizan funciones equiparables no pueden, por principio, sujetarse a deberes básicos diferentes, como consecuencia de la trascendencia que el Estatuto otorga a la defensa y promoción de los intereses públicos como prioritarios en la ordenación del personal público que establece⁵¹, la cuestión no es otra que, precisamente,

⁴⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *La relación laboral especial...*, cit., pág. 144.

⁴⁹ Instrucción de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, art. 12.

⁵⁰ LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: op. ult. cit., pág. 145 y 146.

⁵¹ DEL REY GUANTER, S.: «Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley, Madrid, 2008, pág. 103.

si respecto de todos los deberes que lista el EBEP, y la trasposición que de algunos de ellos lleva a cabo la negociación colectiva pública laboral, cabe una interpretación conforme a los criterios hermenéuticos que aplican los jueces y tribunales del orden de lo social y el Tribunal Constitucional en lo que refiere a la efectiva aplicación en la relación laboral de los deberes laborales que lista el ET, art.5º. Si, como se acaba de expresar, hay identidad sustancial entre los empleados laborales y los funcionarios en lo que refiere a los deberes que hayan de cumplir en el empleo público, la defensa y promoción de los intereses públicos se convierte en el criterio o principio básico para fijar el contenido y límites de las obligaciones impuestas a los empleados públicos laborales y, en gran medida, para justificar las peculiaridades en su ordenación legal.

Pongamos un ejemplo. La obligación de lealtad, incluida como principio ético en el EBEP (art.53.3⁵²), y reiterada en los convenios colectivos públicos laborales, aunque no la definan y concreten e incluyan la contraria, la deslealtad o el abuso o la falta de confianza, entre las infracciones o faltas muy graves de los empleados públicos laborales⁵³, es rechazada de plano por el Tribunal Constitucional en la relación laboral porque, se dice, no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales la sujeción del trabajador al interés empresarial⁵⁴. Claro es, ello es cierto, que en la actualidad tal vez sea necesario

⁵² Expresa la norma que los empleados públicos «ajustarán su actuación a los principios de lealtad... con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos».

⁵³ Así, Convenio Colectivo de la Administración General del Estado, que reiteran, entre otros, Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma de Aragón, de la Junta de Andalucía, de la Agencia estatal de la Administración Pública, del Senado y del Congreso de los Diputados.

⁵⁴ Vid. STC 120/1983, de 15 de diciembre. Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: «Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual...», cit.,pág. 338 y ss.

repensar el significado de la buena fe contractual en relación con el interés empresarial porque, como dijimos, éste ha sido replanteado desde la teoría de la ética, la responsabilidad social y la tesis pluralistas o institucionales de la misma.

Si, como se decía, la defensa y promoción de los intereses generales que la regulación legal prioriza en la ordenación del personal público requiere de una fijación clara y contundente de las obligaciones de los funcionarios y del personal laboral al servicio de la Administración Pública, resulta que el EBEP puede considerarse aquí Básico en el sentido de que se trata de una norma marco que ha de ser objeto de posterior desarrollo y concreción, bien por normas legales o reglamentarias bien por la negociación colectiva⁵⁵.

Pero resulta que en esta materia, hasta la fecha, no existe la concreción legal y convencional que deriva del Estatuto como norma «básica». Muchos de los deberes o principios éticos o principios de conducta enunciados por la ley no se concretan en la negociación colectiva pública. Siendo consciente de ello, los interlocutores sociales firmaron el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la Función Pública, 2010-2012, el 25 de septiembre de 2009, que tiene como objeto acordar un conjunto de medidas dirigidas a procurar la mejora de la calidad, la eficacia y la productividad de la Administración en el camino hacia el modelo de economía sostenible, reconociendo la necesidad de precisar previsiones y compromisos en desarrollo del EBEP. Así, en concreto, en el marco de lo que denomina «impulso de la calidad y de la *eficacia* del servicio público», se afirma que, «de conformidad con los principios establecidos en el EBEP, se hará *efectivo* el *Código Ético de Conducta* de los empleados públicos para establecer con *claridad* los principios de actuación de aquéllos en el ejercicio de sus funciones así como en relación con la ciudadanía».

⁵⁵ DEL REY GUANTER, S.: op-ult. cit., pág. 102.

3.2. Concepto del «CDC» de los Empleados Públicos

En la terminología utilizada en la presentación de los deberes de los empleados públicos difiere el EBEP respecto del ET porque aquél usa la expresión «Código de Conducta» y éste, por el contrario, no contempla esa figura jurídica, diferencia, por cierto, en la que la doctrina ha querido ver signos de modernidad de la norma estatutaria pública.

¿Qué significado cabe otorgar al término CDC?. En definitiva, qué es, cómo puede definirse el CDC de los Empleados Públicos.

En el ámbito jurídico una de las cuestiones de mayor trascendencia planteada en la doctrina científica en estos últimos años es la que refiere a la naturaleza y efectos de los denominados Códigos de Conducta, entendida esta expresión en sentido amplio. Sencillamente, porque el término es poliédrico y adolece de un significado único.

Desde la perspectiva que aquí interesa el previsto o denominado como tal en el EBEP no responde a los rasgos o caracteres de un CDC.

En primer lugar no es, no puede identificarse, con una acepción impropia de CDC porque en la norma estatutaria no hay reglas que rijan el comportamiento de los empleados públicos sin intención o finalidad jurídica como si, valga la expresión, se tratase sólo de recomendaciones morales que aquéllos pueden o no seguir. Una cosa es que se diga que es un listado de deberes sin la necesaria concreción y otra, bien distinta que en base a la generalidad o indeterminación de alguno de los que indica el legislador se quiera restar eficacia jurídica.

En segundo lugar, no se trata o responde al concepto estricto de Código de Conducta⁵⁶

⁵⁶ Utilizamos el que, a nuestro juicio, es el concepto más atinado que cabe atribuir a los Códigos de Conduc-

porque a diferencia de éste el denominado así en el EBEP no es una estandarización de comportamientos no exigidos por la ley (es, precisamente, la norma legal la que expresa y relaciona esos comportamientos); no se trata de reglas de comportamiento que voluntaria y autónomamente haya establecido la Administración Pública (por el contrario lo impone el legislador con eficacia normativa general); no se trata sólo de un instrumento de publicidad del compromiso de actuar conforme a esas reglas (no hay compromiso alguno sino imposición heteronormativa), es decir, de que simplemente pretenda generar hacia terceros (los ciudadanos) confianza de que actuarán de acuerdo a las reglas que se han publicado (por el contrario, los ciudadanos tienen certeza de que el comportamiento del empleado público se adecuará a los deberes legales y, en consecuencia, pueden imponerse).

Sin perjuicio de su concreción posterior, podría definirse como elenco de los deberes jurídicos que la norma legal, el EBEP, exige a los empleados públicos en la prestación de servicios. Con independencia de expresiones o términos más o menos acertados como estandarización legal de los comportamientos exigibles a los empleados públicos en su actividad desarrollada por cuenta y bajo la dependencia de la Administración Pública, surtiendo los efectos que establece la propia norma jurídica.

ta en el ámbito jurídico. El que, al respecto, formula REAL PÉREZ, A. (Coord.): *Códigos de Conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 13: «reglas de comportamiento no exigidas por la ley, pero voluntariamente establecidas por los interesados, quienes dan publicidad a su compromiso de actuar conforme a esas reglas. De tal modo que suscitan en los terceros confianza de que actuarán de acuerdo a las reglas que hacen públicas. Con base en esa confianza, se genera en el tráfico jurídico un buen nombre y reputación del que se somete a los códigos de conducta, que mueve a otras personas a preferir contratar, o en general relacionarse, con quienes los suscriben».

3.3. Interpretación del «CDC» de los Empleados Públicos. Aspectos formales y materiales

Recapitulando todo lo que hasta aquí hemos indicado, es el momento de, cuando menos, dejar planteadas las cuestiones que, a nuestro juicio, derivan de la regulación diferenciada en el EBEP entre deberes, principios éticos y principios de conducta.

- Comiencese por intentar vislumbrar la razón que pudiera haber movido al legislador para utilizar términos diferentes.

A nuestro juicio es clara la influencia de estudios, informes y práctica en organizaciones internacionales y europeas, que asumen términos propios de las modernas teorías de gestión de recursos humanos. En particular, se aprecia la influencia de documentos internacionales y comunitarios, entre ellos, el Código de Conducta del Tribunal de Justicia y el Código de los Comisarios de la Comisión Europea y reproduce el elenco de principios que incluye el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la AGE (2005)⁵⁷, sin ofrecer, como éste, una definición de cada uno de ellos, pero con una diferencia no mínima. Mientras éste incluye sólo principios éticos y principios de conducta (no habla en ningún momento de deberes), el EBEP añade los «deberes»; y en lo que concierne al control y verificación del cumplimiento de los comportamientos y, sobre todo, las consecuencias o efectos de incumplimiento de los principios del Código, el de Buen Gobierno no tipifica infracciones y

⁵⁷ El Código de Buen Gobierno lista como principios éticos y de conducta los siguientes: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno e igualdad entre hombres y mujeres.

Confrontando la lista de principios con los que enumera el EBEP, art. 52, sólo añade aquél respecto de éste el principio de «credibilidad».

sanciones y se limita a remitirse al Consejo de Ministros, que conocerá un informe anual del Ministerio de Administraciones Públicas en el que se propondrá las medidas a aplicar en caso de incumplimiento. El Consejo de Ministro adoptará las medidas oportunas en ese caso, sin que se especifique alguna de las que pudieran imponerse.

El EBEP, anterior en el tiempo, se reproduce en algún Código de Buenas Prácticas Administrativas, como es el caso del Código del Ayuntamiento de Madrid de 5 de diciembre de 2008, en el que se dice que el Código define principios, criterios e instrumentos que permitan incrementar, entre otros, «el comportamiento ético de los servidores públicos», entendiendo que lo son sus empleados públicos.

- ¿Hay una razón o fundamento material de la distinción?. Se trata de analizar si las expresiones utilizadas tienen alcance o eficacia jurídica diferente como si, pudiéramos entender, aplicando un criterio gradual, los enunciados como principios éticos y principios de conducta fueran un escalón inferior respecto de los deberes, entendiendo que aquéllos (los principios éticos y los principios de conducta, únicos listados en preceptos separados, artículos 53 y 54, respectivamente) como reglas o pautas morales y éstos (los de deberes) como obligaciones jurídicas, exigibles, derivadas de la relación jurídica sinálgmática y onerosa de empleo público, en la que los empleados (laborales y funcionarios) adquieren una posición jurídica de deudor y el «empleador», la Administración Pública, una posición jurídica de acreedor, que dispone de la prestación de servicios realizada por su cuenta y bajo su dependencia, ordena la prestación, especificando qué deben hacer y cómo deben actuar sus empleados y organiza el trabajo de todo el personal a su servicio.

A nuestro juicio, las expresiones no tienen distinto significado y alcance, debiendo entender que en su conjunto integran las pautas de comportamiento que se exigen a los

empleados públicos, tanto más cuanto que, en varias ocasiones, el legislador incluye unas mismas pautas de comportamiento entre los deberes, los principios éticos y los principios de conducta. Pongamos algún ejemplo: la *diligencia* se menciona como deber, principio ético y principio de conducta; el *respeto a la Constitución* y resto del ordenamiento jurídico se incluye como deber y como principio ético. En otras ocasiones algunas de ellas son o pretenden ser concreción de los principios inspiradores y éstos, a su vez, en ocasiones se reiteran, unas veces entre los principios éticos otras entre los principios de conducta, sin definirlos en modo alguno; por ejemplo, el principio de *austeridad* se expresa entre los principios de conducta como «los empleados públicos administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad»; o la *neutralidad*, reiterado entre los principios éticos bajo la expresión «ejercerán sus atribuciones absteniéndose de conductas que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos».

Y ello pese a opiniones contrarias de la doctrina científica. En efecto, cabe apreciar en los autores intentos, a nuestro juicio, infructuosos, de distinguir unos, los deberes, de otros, los principios éticos y de conducta, considerando que entre éstos últimos se «incluyen cuestiones de tono menor como si de simple urbanidad o de buena educación se tratase» o que se trata de «meros enunciados morales» o, en fin, que la enumeración de deberes es una «retahíla de obviedades morales» o «meros enunciados morales»⁵⁸ considerando que lo son la «diligencia» y la «obediencia», es decir, aquéllos que desde el Derecho del Trabajo se configuran como auténticos deberes jurídicos de los trabajadores, porque desde la perspectiva de esta disciplina jurídica y conforme a lo dispuesto en el ET, una, la diligencia cabe entenderla como obligación

⁵⁸ Estas expresiones en PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo Público*, 21ª edic., Marcial Pons, 2010, pág. 541-543.

modal que contribuye a configurar la forma de ser de la prestación laboral⁵⁹ y otra, la obediencia, no es sino la consecuencia del ejercicio legal y reglado del poder de dirección del empresario, manifestación de la dependencia del trabajador respecto de éste y prueba de que sus relaciones son jerárquicas⁶⁰.

También cabe apreciar intentos doctrinales de distinción entre unos, los principios éticos y otros, los principios de conducta, pero sin restar eficacia a unos y a otros, aunque con dificultad para encontrar la línea de división o frontera exacta entre ambos desde la obligatoriedad de cumplimiento o la imposición de deberes específicos y completamente delimitados⁶¹.

• Precisando lo que se avanzó en páginas anteriores, el significado del denominado

⁵⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Edit. Tecnos, 30ª edic., Madrid, 2009, pág. 322; si puede decirse «que es diligente todo comportamiento dirigido al cumplimiento correcto (cuidadoso, atento, adecuado) de la prestación contractualmente asumida» (MARTÍNEZ BARROSO, M^º. R.: «Obligaciones del trabajador...», cit., pág. 577), no puede minusvalorarse su incidencia en la prestación de servicios de los empleados públicos porque muchos de los principios que inspiran su actuación no son otra cosa que modulaciones o expresiones de lo que haya de entenderse por un cumplimiento correcto de las funciones o tareas que tienen asignadas.

⁶⁰ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 329. ¿Puede considerarse, así configurada la obediencia, que sólo es una obviedad moral en el empleo público cuando en éste, como en el empleo privado, las relaciones entre la Administración Pública, empleadora, y sus empleados públicos son también jerárquicas, no paritarias o de igualdad?

⁶¹ Desde la ética, *vid.*, VILLORIA MENDIETA, M.: «La ética en el Estatuto Básico del Empleado Público», en DEL REY GUANTER (Dtor.): *Comentarios al Estatuto...*, cit., pág. 645 y ss., que analiza sólo los principios éticos desde los que denomina «tres polos de integridad», la integridad como promoción de la ética pública, integridad como objetividad e integridad como eficacia; CASTILLO BLANCO, F. A. y QUESADA LUMBRERAS, J. E.: «Deberes de los empleados públicos. Códigos de conducta», en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dtores.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 455 y ss., en particular, págs. 462 y 474.

«Código de Conducta de los Empleados Públicos» hay que alejarlo de una noción estricta de RS (de) y (en) la Administración Pública, no sólo por su «falta de simetría»⁶² (paliada, en gran medida, con los CDC que han comenzado a aparecer en diferentes Administraciones Públicas, que reiteran principios generales de actuación contenidos en el EBEP, con la intención de exteriorizar una imagen de «ejemplaridad» hacia los ciudadanos), sino porque, aún basándose en los mismos principios, no parece que tengan la misma eficacia jurídica para unos, los empleados, y para otra, la Administración. Porque ¿qué derecho subjetivo típico o activo tiene el empleado público que considera que su empleadora ha actuado en contra de los principios, denominados éticos, que ella se autoimpone, en la relación jurídica de jerarquía de empleo público?. Es decir ¿en qué deberes se materializa la que, desde la RS, podría calificarse como cumplimiento ejemplar de sus obligaciones hacia sus empleados públicos?

Y es que, sencillamente, lo que para los empleados públicos son deberes y obligaciones contractuales para la Administración Pública no va más allá de orientaciones o compromisos; lo que para unos, los empleados públicos se expresan como obligaciones no sólo hacia su empleadora, la Administración Pública, sino también hacia los ciudadanos, para ésta no hay un elenco de deberes desde la vertiente «interna» de la RS, esto es, de obligaciones hacia su grupo de interés interno (sus propios empleados). En fin, lo que para unos, los empleados públicos, son deberes exigibles y, en caso de incumplimiento, objeto de las preceptivas sanciones jurídicas⁶³, entre

otras razones, porque el legislador busca una actuación «responsable» de los empleados públicos con la finalidad de contribuir al logro de los intereses generales en el marco del que se estima es el «ideario» (tipo o prototipo en el contexto internacional y nacional) de una Administración Pública moderna cuya imagen se quiere preservar ante la sociedad, hasta tal punto que en la tipificación de las faltas graves del personal (art.95.3 EBEP) se ha de tener en cuenta «el descrédito para la imagen de la Administración», para ésta no se listan los mecanismos de control y verificación de sus pautas de comportamiento y, lo más importante, las sanciones jurídicas que cabe imponer en caso de incumplimiento⁶⁴.

Puede concluirse que bajo la expresión «Código de Conducta de los empleados públicos» se agrupa un conjunto de deberes y obligaciones que la Administración Pública exige a todo empleado público (laboral o funcionario) en el desempeño de las concretas funciones y tareas que cada uno de ellos tienen asignadas con el objetivo de contribuir a la tutela del interés general que tiene encomendada la

miento constitutivas del código de conducta se incluyen en el Estatuto con una finalidad pedagógica y orientadora pero también como «límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias»; expresando el artículo 52 EBEP, y concretado en los convenios colectivos laborales de las Administraciones Públicas, que «los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos».

⁶⁴ Y ello aunque quiera paliarse con lo que también parece es propio en el CDC empresariales. Nos referimos en concreto a la creación de una Comisión o Comité de Ética. Tal es el caso del C. de Buenas Prácticas Administrativas del Ayuntamiento de Madrid, que menciona el Comité de Ética Pública con el objeto de realizar funciones de asesoramiento, informe, seguimiento y evaluación de la aplicación de los principios, criterios e instrumentos contenidos en el presente Código. Sin que, al efecto, adviértase, se especifiquen las sanciones que pueda imponer en caso de incumplimiento de esos principios y criterios que han de regir la actuación del Ayuntamiento.

⁶² GÁRATE CASTRO, J.: «Art. 52. Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta», en MONEREO, MOLINA, OLARTE Y RIVAS (Direcc. y Coord.): *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Comares, Granada, 2008, pág. 506 y 507, con atinadas críticas a la presentación del «Código de Conducta» en el EBEP.

⁶³ Téngase en cuenta que la Exposición de Motivos del EBEP dice, al respecto, que las reglas de comporta-

Administración Pública para la que prestan servicios⁶⁵.

Deberes que, inspirados en unos principios, los que derivan directamente de la CE y los que enuncia el art.52 EBEP, comunes ahora a los empleados públicos y a una Administración Pública ética y socialmente responsable, se expresan por el legislador unas veces a través de las que se consideran manifestaciones concretas de los principios inspiradores y otras, bastante más de lo que sería procedente desde la perspectiva jurídica, sin concreción o precisión alguna, con excesiva abstracción de las conductas establecidas y utilización de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas abiertas.

Ésta es, tal vez, una de las observaciones críticas que cabe hacer al legislador porque si estos principios y reglas informan la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos (art.52 EBEP) los principios constitucionales de seguridad jurídica y no arbitrariedad de los poderes públicos (además del de tipicidad de las infracciones) hubiese requerido que todos los deberes listados se especificasen para dotar de seguridad jurídica a la relación de empleo público, distinguiendo, además, claramente, en su graduación o exigencia en virtud del concreto puesto o función que desarrolle el empleado

⁶⁵ Expresa la doctrina, a nuestro juicio acertadamente, que «si algo caracteriza a los principios éticos y de conducta es que son la formulación en positivo de lo que debe hacer y cómo debe actuar el empleado público en el contexto de una organización caracterizada primordialmente por su dimensión pública al servicio de los ciudadanos y del interés general», JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en DEL REY GUANTER, S. (Dtor.): *Comentarios al Estatuto...*, cit., pág. 75.

La caracterización de los empleados públicos como «servidores de los intereses generales» es común en la doctrina, *vid.*, MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 58; IVARS RUIZ, J. y MANZANA LAGUARDA, R. S.: *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 28.

público⁶⁶; tanto más cuanto que, entre otras razones, el EBEP incluye ahora entre los empleados públicos, al personal directivo, esto es, el que, conforme a su artículo 13, desarrolla funciones directivas profesionales para la Administración Pública en el marco de una relación funcional o laboral y, en este caso, sujeto a la relación laboral especial de Alta Dirección, basada, según dispone el RD 1382/1985, en la mutua confianza y especial buena fe.

- Podría utilizarse diferentes criterios de clasificación de los deberes impuestos a los empleados públicos en el EBEP. Podríamos distinguir entre deberes generales y deberes específicos, en deberes ad intra, es decir, hacia la Administración Pública como empleadora, y ad extra, es decir, exigibles en su relación de empleo público hacia los ciudadanos.

En cualquier caso debe tenerse en cuenta que cualquier intento de clasificación no estará exento de dificultad como evidencian los estudios doctrinales que, sobre esta materia, pueden consultarse.

A nuestro juicio, y derivado de la indeterminación legal, es sumamente arriesgado intentar precisar los principios generales que lista el artículo 52 EBEP y derivar de los mismos concretos deberes de los empleados públicos o, dicho de otra forma, identificar sin duda

⁶⁶ Así lo expresa también la doctrina científica; *cfr.* CASTILLO BLANCO, F. A. y QUESADA LUMBRERAS, J. E.: «Deberes de los empleados públicos...», cit., pág. 457.

La ausencia de toda mención en el EBEP a una graduación en la exigencia de cumplimiento de los deberes impuestos en función de la tarea o puesto asignado se suple en la negociación colectiva. En efecto, algún Convenio Colectivo, como el de la AGE, tipifica como falta grave el «abuso de autoridad», entendiendo que lo es «la comisión por un superior de un hecho arbitrario, con infracción de un derecho del trabajador reconocido legalmente por este Convenio, Estatuto de los Trabajadores y demás leyes vigentes, de donde se derive un perjuicio notorio para el subordinado, sea de orden material o moral».

alguna, las que pudieran considerarse obligaciones derivadas o manifestaciones concretas de dichos principios (valores para la ética). Más allá del principio general de respeto a la Constitución y a las normas de nuestro ordenamiento jurídico (que reitera el artículo 53.1) y el de igualdad entre hombres y mujeres, que se expresa en el artículo 53.4 como obligación del empleado público de evitar toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de sexo y, con carácter general, obligación de respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancias personal o social. Más allá de ese principio, decíamos, la exigencia legal de que su actuación vaya dirigida a la satisfacción de intereses generales, del interés común (expresado en el artículo 53.2 como obligación adicional de «vigilar la consecución» de dicho interés, ex artículo 53.8) con objetividad y eficacia, trasunto del artículo 103 CE el intento de concretar los principios «inspiradores» a través de los «principios éticos» (art.53) y «principios de conducta» (art.54) puede ser una tarea baladí porque, entre otras razones, algunas ya apuntadas en páginas anteriores, algunos de los principios mencionados se repiten sin más, a veces con ligeras modulaciones, en los artículos 53 y 54⁶⁷; otros se emplean para supuestamente describir la

⁶⁷ *Vid.*, apartados 1, 2, 8 y 11 del art. 53 (principios éticos): «Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico»; «su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés general...»; «actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y vigilarán la consecución del interés general...»; «ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación del servicio público...», respectivamente.

conducta o comportamiento⁶⁸; otros, en fin, no se mencionan en esos preceptos pero la doctrina ha intentado deducir el principio al que responden⁶⁹ y, en esa tarea, nos consta, no existe unanimidad entre los autores, constándose al respecto que una misma pauta de conducta o de comportamiento ético se utiliza para justificar muy diferentes principios y otras veces, al contrario, muy distintas pautas de conducta o de comportamiento se derivan del mismo principio general.; y, por último, hay alguno que no tiene reflejo en las pautas de comportamiento ético y en las conductas, tal es el caso del principio citado como de «promoción del entorno cultural y medioambiental» y, a nuestro juicio, también el de responsabilidad, ejemplaridad y honradez⁷⁰.

⁶⁸ Sobre la neutralidad, art. 53. 11: el empleado público ejercerá sus atribuciones «absteniéndose de conductas que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos»; sobre la confidencialidad, art. 53. 12 «guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público»; sobre la austeridad, art. 54. 5: los empleados públicos «administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad».

⁶⁹ Pongamos algún ejemplo, del principio de objetividad pueden derivarse las obligaciones siguientes: art. 53. 5, abstención en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflicto de intereses con su puesto público (sin que, adviértase se defina qué haya de entenderse por «conflicto de intereses»); art. 53. 6: obligación de no contraer obligaciones económicas o negocios jurídicos con personas o entidades cuando puedan suponer un conflicto de intereses»; art. 53. 7: no aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas; art. 54. 6: rechazarán cualquier regalo, favor o servicio de condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía.

Del principio de objetividad pueden derivarse los principios de neutralidad, conectado a su vez con la imparcialidad (reiterados ambos en los artículos 53. 11 y 53. 8, respectivamente).

⁷⁰ No hay posición unánime en la doctrina en lo que refiere al significado de la lista de principios generales de

Tal vez por ello y puesto que el objetivo de este trabajo es identificar los que pudiéramos considerar deberes de los empleados públicos laborales y teniendo en cuenta que el EBEP y el ET pueden considerarse complementarios, podríamos intentar una clasificación teniendo en cuenta que la relación jurídica de empleo público laboral comparte con la relación jurídica laboral la sinalagmaticidad y onerosidad y que el servicio, el trabajo, del empleado laboral público se ejerce por cuenta y bajo la dependencia de la Administración Pública para la que presta su actividad.

En base a estas consideraciones, podríamos identificar como obligación general y básica del empleado laboral la de prestar su actividad o, en expresión del art.52 EBEP, desempeñar «las tareas que tengan asignadas», enunciado o expresado en el EBEP a través de tres fórmulas diferentes, una como principio general (art.52), otra como principio ético (art.53.10) y otra, en fin, como principio de conducta (art.54.2).

No define el EBEP, no podría hacerlo, cuáles son las tareas concretas que desempeña cada uno de los empleados públicos pero en tanto que éstos se conciben como medio a través del cual la Administración Pública sirve al interés general, conecta, de modo más o menos directo, más o menos exigente, con una doble exigencia modal. A saber, una específica del EBEP, expresada como obligación de ejercer sus atribuciones (tareas)

actuación que enumera el EBEP, art. 52. Para unos, denota el interés del legislador en insistir en el especial compromiso del empleado público con los principios constitucionales propios y específicos de la actividad administrativa (MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «Art. 53. Principios éticos», en MONEREO, MOLINA, OLARTE Y RIVAS, Direcc. y Coord.: *El Estatuto*, cit., pág. 519. Para otros (CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los funcionarios públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, M., Dtor.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edic., Lex Nova, pág. 367), podría haberse obviado, puesto que ya están incluidos en los principios generales de actuación que expresa el art. 1. 3 EBEP.

según el principio de «*dedicación al servicio público*» (arts. 52 y 53.11 EBEP); y otra coincidente con la propia de la relación laboral, en tanto que la obligación de prestar su servicio se modula con el *deber de diligencia* (citado en los artículos 52. 53.10 y 54.2, es decir, como deber, como principio ético y como principio de conducta).

Conectado así el principio de dedicación al servicio público con el deber de diligencia en la prestación del servicio o ejercicio de las tareas asignadas al empleado público, podría concluirse que los empleados públicos laborales deben ejercer sus tareas con dedicación diligente al servicio público. Si ello es así, son varias las cuestiones que cabe plantear. Primera, y fundamental, definición del deber de diligencia desde el empleo público; segunda, y derivada de la anterior, deberes u obligaciones concretas positivas (de hacer) o negativas (de no hacer, abstenciones o prohibiciones) que caben imponer a los empleados públicos.

Advirtiendo que el EBEP (en coincidencia aquí con el ET) no define la diligencia, puede entenderse más allá de la obligación de «todo comportamiento dirigido al cumplimiento correcto (cuidadoso, atento, adecuado...) de la prestación asumida»⁷¹ como «aplicación de la voluntad (del empleado público) a la realización de sus tareas (de su trabajo) para obtener el rendimiento debido»⁷² y, en consecuencia, la operación siguiente, no exenta de dificultad, es precisar o determinar el nivel de diligencia del empleado público, expresado en términos del rendimiento debido. Dificultad que trasciende a la negociación colectiva pública laboral porque, más allá de expresar en la tipificación de las infracciones de los empleados públicos laborales la de «falta

⁷¹ AAVV: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Edit. Thomson-Aranzadi, 2ª edic., Navarra, 2005, pág. 669.

⁷² MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 322.

notoria de rendimiento»⁷³, no escapan a una gran vaguedad porque si éste, el deber de diligencia, es un deber relacional, exige de un término de comparación homogéneo para medir el nivel medio de rendimiento, ligado, parece, a la misma función o categoría.

En un intento de vislumbrar en el propio EBEP manifestaciones más o menos concretas de este deber, podría apreciarse que lo son:

a) manifestaciones concretas y objetivas: «resolverán dentro del plazo los procedimientos o expedientes de su competencia» (art.53.10); el desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará «cumpliendo la jornada y el horario establecidos» (art.54.2); «mantener actualizada la formación y cualificación» (art.54.9), si olvidar que en este caso estamos ante un deber-derecho porque el artículo 14.g) EBEP recoge el derecho de los empleados públicos a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales y, en consecuencia, parece, la obligación quedaría mejor expresada en el sentido de que el empleado público no podrá negarse, salvo causa justificada, a seguir los cursos de mejora y actualización que, al respecto, pudiera poner a su disposición la Administración Pública; o, en fin, puede derivarse también del deber de diligencia el de «observar las normas sobre seguridad y salud laboral» (art.54.9), en virtud de lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, aplicable, con peculiaridades, a la relación de empleo público.

b) manifestaciones derivadas de lo que pudiera entenderse como comportamiento

del empleado público dirigido al cumplimiento correcto, esto es, orientado a la consecución del interés general, dedicándose al servicio público cooperando o colaborando con la Administración Pública para la que presta su trabajo. Aquí podríamos encuadrar las siguientes:

- cooperar con la Administración Pública para conseguir el interés general y, en consecuencia, obligación de «abstenerse en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto de trabajo» (art.53.5); «no contraerán obligaciones económicas (neutralidad económica) ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando puedan suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto de trabajo» (art.53.6). Podrían interpretarse ambos preceptos como especificaciones del principio de neutralidad, no absoluto, sino limitado a cuando haya «conflictos de intereses», sin que, al respecto, defina el EBEP qué haya de entenderse por tal. Los convenios colectivos laborales de la Administración Pública tampoco lo definen mientras que el CDC de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la AGE entiende por conflicto de intereses con sólo la confluencia entre intereses de su puesto de trabajo con «intereses privados propios», sino también con intereses de «familiares directos» (sin definir tales) o «intereses compartido con terceras personas.
- colaborar con la Administración Pública para mejorar el desarrollo de las funciones obligándose a «poner en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad

⁷³ Así lo expresa el Convenio Colectivo de la AGE (12 de noviembre de 2009). En otros se expresa como «disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado» (es el caso de los Convenios Colectivos de las Comunidades Autónomas de Aragón, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Junta de Andalucía, Senado, Congreso, Agencia Tributaria, entre otros).

en la que estén destinados. A estos efectos, se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos...que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio» (art.54.10)

c) prestación de servicio diligente cuando por razón de la función o el puesto de trabajo haya un trato directo con el ciudadano. En estos casos, y con fundamento en los principios de transparencia y accesibilidad, preocupa especialmente al legislador la prestación de servicios correcta y considerada de los empleados públicos en sus relaciones con los ciudadanos y, en consecuencia, les exige una obligación de «informar a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer» (art.54.4), de «facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones» (art.54.4), atendiéndoles «en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio» (art.54.11), y en general, una obligación de trato «con atención y respeto» (art.54.1).

Se trata, a nuestro juicio, de una obligación diferente a la de respeto a los derechos humanos y, en particular, la de evitar toda actuación que pueda producir lesión del derecho a la no discriminación. El respeto y la atención es, si se quiere, un grado inferior al trato vejatorio o que atente a derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos, el de igualdad y no discriminación y a ellos refieren los convenios colectivos asimilando a la expresión «trato atento y respetuoso», el de corrección y consideración, que, sin definirlo en positivo, se tipifican como faltas su incumplimiento⁷⁴.

⁷⁴ Algún Convenio Colectivo de personal laboral en la Administración Pública incluye la «incorrección» con el público como falta leve; otros, hablan de «desconsideración con el público», incluyendo ésta entre las faltas graves y la «leve incorrección» como falta leve (Convenio Colectivo de la Agencia Tributaria).

El empleado público no sólo ha de ser diligente en el ejercicio de sus tareas sino que, además, ha de cumplir con las exigencias del *deber de buena fe* (expresado en el art.53.3 como principio ético junto al deber de lealtad) con la Administración en la que presten sus servicios y con sus respectivos superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos. Lo que, ante la ausencia de definición legal, y parece con la finalidad u objetivo de, aparentemente, establecer límites a ese deber y desconectarlo de un deber de fidelidad y lealtad acrítica hacia la Administración Pública, dirigido ahora más bien hacia los ciudadanos, podría conectarse a los principios de integridad, confidencialidad y honradez, y derivar del mismo los que pueden considerarse en el EBEP manifestaciones concretas del mismo. Así pudieran entenderse los siguientes:

- deber de secreto, distinguiendo el deber de secreto profesional («guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente», art.53.12; piénsese, por ejemplo en todas aquellas protegidas por la legislación sobre protección de datos) y el deber de discreción o sigilo profesional («mantendrá la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros o en perjuicio del interés público», art.53.12; obligación de contenido más amplio e indeterminado en su alcance).
- deber de custodia documental, ex art.54.7, que establece la obligación de garantía de la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables
- prohibición de percibir ciertas gratificaciones: «no aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de

personas físicas o entidades privadas» (art.53.7); «rechazarán cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal» (art.54.6)

- abstención en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, «en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros» (art. 53.9).

Nada expresa el EBEP sobre la que pudiera considerarse prohibición legal de concurrencia, plena dedicación o, en expresión administrativista, incompatibilidades. Pese al silencio del legislador, bien pudiera derivarse ésta, la incompatibilidad, del principio de objetividad y neutralidad, y pudiera relacionarse con la especial atención del legislador en procurar que la actuación del empleado público quede alejada de todo conflicto de intereses entre su puesto de trabajo y el que pudiera derivar de un interés particular, privado.

Por último, como expresamos en páginas anteriores, la dependencia del personal laboral respecto de la Administración Pública y, en particular, la caracterización de la relación de empleo público como relación jerárquica y no paritaria o de igualdad, deriva también para el empleado público laboral un *deber de obediencia*, unido, siempre, a un ejercicio regular y lícito del poder de dirección que cabe atribuir a aquélla. Expresa el EBEP tal deber de obediencia en su artículo 54.3, conforme al cual «los empleados públicos obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de sus superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso se pondrán inmediatamente en conocimiento de los órga-

nos de inspección procedentes». Quiere ello decir que, con cierta similitud a lo previsto para los trabajadores comunes, hay un *ius resistentiae*, entendido como justificación de la desobediencia cuando se impongan conductas a los empleados públicos manifiestamente ilegales, aunque no constituya infracción penal. Incluida, también, en aplicación de lo dispuesto en la LPRL (art.21) la posibilidad de paralizar su actividad (y, por tanto, desobedecer la orden del superior) cuando se esté ante un riesgo grave e inminente.

Especial y renovado interés tiene el deber de obediencia a instrucciones y órdenes profesionales relacionadas con el control y vigilancia de la actuación de los empleados públicos, en especial, en lo que concierne al uso de las nuevas tecnologías. En este sentido, y dada la ausencia de prescripción legal en el EBEP y cláusulas convencionales al respecto, la Administración Pública ha procedido a dictar, instrucciones para el «adecuado uso de equipos y sistemas informáticos» por los usuarios (funcionarios y personal laboral) al servicio de aquélla. Es el caso de la Instrucción 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (BOE de 10 de marzo de 2003) sobre «Código de Conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia». En esta Instrucción, considerando que aquéllos, los equipos y sistemas informáticos, son de propiedad de la organización que tienen como finalidad garantizar la rapidez y eficacia en la prestación de sus servicios, se fijan «pautas de comportamiento» o reglas «claras» que determinen la mayor eficiencia en las comunicaciones y eviten determinadas prácticas consistentes en la utilización incorrecta o inadecuada de los medios informáticos, incluyendo, al respecto, la navegación en la red de Internet o el uso del correo electrónico y, lo más importante, evitando duda alguna sobre su eficacia jurídica. Se dice que todos los usuarios de la Administración de Justicia «están obligados al cumplimiento de las pautas de conducta esta-

blecidas en el presente código, pudiéndose derivar de su incumplimiento la pertinente responsabilidad en el ámbito disciplinario, si a ello hubiere lugar en aplicación de las normas reguladoras del Estatuto jurídico propio del usuario». Lo que, parece, deriva hacia el EBEP, cuando éste nada dice al respecto,

aunque bien pudiera incluirse entre las faltas derivadas del incumplimiento de órdenes e instrucciones legítimas, considerando que lo serán las específicas órdenes y instrucciones sobre uso de los medios y sistemas informáticos dictadas cumpliendo la Instrucción antes citada.

RESUMEN Parte el estudio del interés general al que, conforme la Constitución, artículo 103, sirve la Administración Pública y de los que se expresan como principios constitucionales de actuación, en particular, la Objetividad y la Eficacia, para posteriormente analizar como éstos se proyectan en la organización y gestión de la Administración Pública en el modelo de desarrollo económico sostenible. Y ello con la finalidad de analizar si la organización y dirección de sus recursos humanos difiere, y en qué modo, de la que se dice es propia de la empresa privada. En este sentido, y concluyendo en el estudio que hay rasgos de convergencia entre ambas organizaciones a partir de varias teorías (Responsabilidad Social, Ética y dimensión institucional) que exigen replantear en gran medida la concepción de la empresa privada, se dice que ambas son promotoras de la Ética y de la Responsabilidad Social. Si ello es así, deviene necesario cuestionarse el modo en que se proyectan en el Empleo Público, analizando en primer lugar el contexto y el marco legal español de la que denominamos «dimensión pública» de la Ética y de la Responsabilidad Social para, en segundo lugar, concretar en la medida de lo posible su proyección en el empleo público y, en particular, en lo que refiere al código de conducta de los empleados públicos, indagando en su significado y eficacia jurídica.

ABSTRACT The starting point of this paper is the common interest served by Public Administration, according to article 103 of the Constitution, as well as the constitutional principles of action, particularly, Objectivity and Effectiveness. Then, this paper analyses how those principles are projected on the organisation and management of Public Administration within the sustainable economic development model. The main goal is to analyse whether and how human resources organisation and management in Public Administration differs from those of the private sector. Following several theories (social accountability, ethics and institutional dimension) which demand a new definition of the private sector, this paper concludes that there are convergence factors between both organisational systems, and that both Public Administration and private sector organisation systems promote ethics and social accountability. This being so, it is necessary to question how these reflect on public employment by firstly analysing the Spanish context and legal framework of the so-called «public dimension» of ethic and social accountability in order to then specify how this is conveyed on public employment and, particularly, on the Code of Conduct of civil servants, inquiring into its meaning and legal effectiveness.

La prodigalidad de los derechos individuales de los empleados públicos en el artículo 14 EBEP

R. YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO*

1. INTRODUCCIÓN

El Título III de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP, bajo la rúbrica «Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos» regula, un conjunto de derechos que se reconocen, junto con los deberes que se imponen, a los empleados públicos.

El EBEP incorpora reglas comunes a funcionarios y personal laboral cuando determina los derechos y deberes básicos de los trabajadores públicos, en la medida en que ambos tipos de trabajadores están implicados en la realización de las tareas públicas, por lo que se hace necesario que ambos se sometan a pautas de conducta similares. Los derechos reconocidos en el art. 14 EBEP son, en general (con los matices que después analizaremos), derechos básicos ya reconocidos con anterioridad al EBEP en las distintas legislaciones funcionarial, laboral o común, lo que demuestra que el legislador del EBEP ha

querido unificar en este punto los distintos regímenes jurídicos¹. En este sentido, el EBEP es un reflejo de la progresiva unificación de los derechos básicos de los empleados públicos, que ha venido operando en los últimos años, a través, no solo de la legislación, sino fundamentalmente, del instrumento de la negociación colectiva².

En el presente artículo, vamos a analizar cada uno de los derechos de los empleados públicos reconocidos en el art. 14 EBEP, para comprobar los puntos coincidentes y los

¹ Así lo recomendaba la Comisión para el estudio y preparación del EBEP. T. SALA FRANCO: «Capítulo Tercero. El personal laboral», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 121.

² M. L. SEGOVIANO ASTABURUAGA: «Derechos y deberes de los empleados públicos», en AAVV: *El Estatuto Básico del Empleado Público*, vol. II, XIX Congreso Nacional de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales nº 89. Ministerio de trabajo e Inmigración, Madrid, pág. 18. F. A. CASTILLO BLANCO: «Capítulo Cuarto. Los derechos individuales de los empleados públicos», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 136.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

divergentes para los empleados públicos funcionariales y los laborales.

El art. 14 EBEP enumera los derechos básicos de los empleados públicos, distinguiendo entre individuales y colectivos. En el presente estudio, analizaremos los derechos individuales, dentro de los cuales se incluyen los siguientes:

1. Desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional.
2. Progresión en la carrera profesional y promoción interna según los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.
3. Percibo de las retribuciones e indemnizaciones por razón del servicio.
4. Participación en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar.
5. Obtención de defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier órgano jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos.
6. Recepción de formación continua y actualización permanentemente sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral.
7. Respeto a su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.
8. No discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género,

sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

9. Adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.
10. Libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico.
11. Protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.
12. Disfrute de vacaciones, descansos, permisos y licencias.
13. Jubilación y prestaciones de Seguridad Social.
14. Libre asociación profesional.

La doctrina ha aportado diversas clasificaciones de los derechos enunciados en el art. 14 EBEP. En este sentido, se han clasificado los derechos del art. 14 en función de si tienen contenido básicamente económico o no³, en función del sujeto titular del derecho⁴, o por categorías de inespecíficos, referidos al puesto de trabajo, referidos a las condiciones de trabajo, y derechos de seguridad social⁵.

El presente estudio se aborda siguiendo el orden que el legislador ha utilizado en el art. 14 EBEP, con algún pequeño ajuste en derechos de contenido conexo. Por tanto, huimos del intento de clasificación de los mismos, porque el resultado no es óptimo con ninguna de las sistematizaciones que se han propuesto hasta ahora por la doctrina.

³ F. A. CASTILLO BLANCO: «Los derechos individuales...», cit., pág. 134.

⁴ M. L. SEGOVIANO ASTABURUAGA: «Derechos y deberes de los empleados públicos», cit., pág. 19.

⁵ A. PASTOR MARTÍNEZ: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Ed. La Ley, pág. 251 ss.

2. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES RECONOCIDOS EN EL ART. 14 EBEP

2.1. Derecho a la inamovilidad

2.1.1. *El derecho a la inamovilidad de los empleados públicos funcionarios*

El derecho a la inamovilidad se concibe como un derecho subjetivo público, complejo y limitado, que se compone de un contenido mínimo esencial⁶. En virtud del derecho a la inamovilidad, el empleado público funcionario de carrera conserva indefinidamente el vínculo jurídico que le une a la Administración, sin poder ser libremente separado ni trasladado por ésta, salvo por incurrir en falta disciplinaria muy grave. Además, el funcionario queda protegido respecto del ejercicio de las funciones que son inherentes a su puesto de trabajo.

En este sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 287/1994, de 27 de octubre, interpretando que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos garantiza el derecho de los funcionarios públicos a mantenerse en sus puestos de trabajo, para desempeñarlos conforme a la Ley y fuera de perturbaciones ilegítimas.

Respecto de los empleados públicos funcionariales, el legislador solo reconoce el derecho a la inamovilidad a los funcionarios de carrera, es decir, a los que, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente (art. 9.1 EBEP). De este modo, quedan fuera

de su campo subjetivo tanto los funcionarios interinos, como el personal eventual y el personal directivo, además del personal laboral, del que nos ocuparemos posteriormente.

El reconocimiento del derecho a la inamovilidad está íntimamente relacionado con el principio de servir con objetividad a los intereses generales de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE)⁷, además de verse vinculado íntimamente con el principio de imparcialidad del empleado público, como garantía de dicha imparcialidad que, a su vez, sirve de garante de la objetividad de la actuación administrativa «frente a posibles injerencias arbitrarias del poder político de sus superiores»⁸.

La inamovilidad en la condición de funcionario de carrera se predica de su categoría administrativa, de su residencia, y del sueldo consignado en los Presupuestos, ya que estos contenidos constituyen derechos adquiridos por el funcionario de carrera vinculantes para la Administración.

Sin embargo, la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera no implica su inamovilidad absoluta de las condiciones en las que realiza su prestación de servicios para la Administración, puesto que esta última goza de la potestad para alterar la normativa legal y reglamentaria reguladoras de las con-

⁷ F. A. CASTILLO BLANCO: «Capítulo Cuarto. Los derechos individuales de los empleados públicos», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 137.

⁸ D. LARIOS RISCO («El art. 14 EBEP», en AA. VV. (A. PALOMAR y A. V. SEMPERE NAVARRO (Dir.) y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 167) lo relaciona con el principio de imparcialidad, calificando el derecho a la inamovilidad como la garantía más importante de esa imparcialidad del funcionario en la realización de su trabajo.

M. L. SEGOVIANO ASTABURUAGA: «Derechos y deberes de los empleados...», cit., pág. 23.

⁶ R. MANZANA LAGUARDA: *Derechos y deberes de los funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo blanch Valencia, 2006, pág. 220 ss.

diciones de la relación estatutaria, amparada por la facultad de cambiar la organización administrativa por necesidades del servicio y para un mejor funcionamiento y cumplimiento de sus objetivos⁹.

Tampoco podemos calificar la inamovilidad de absoluta en la medida en que opera la evaluación del desempeño de los distintos puestos de trabajo, como factor que puede conllevar la no continuidad en el desempeño de los mismos. Lo mismo cabe deducir de las posibles sanciones de suspensión o separación del servicio, o de otro cambio de destino forzoso que se prevea por las legislaciones de desarrollo del EBEP¹⁰.

2.1.2. *¿Existe un derecho a la inamovilidad para los empleados públicos laborales?*

Cuando el art. 14.a) EBEP reconoce el derecho a la inamovilidad, sólo lo proyecta sobre la figura del funcionario de carrera, como hemos señalado, quedando fuera de su campo subjetivo de aplicación el personal laboral. No obstante, si tenemos en cuenta que el art. 83 EBEP se refiere a la negociación colectiva como fuente reguladora de la provisión de puestos y la movilidad del personal laboral; añadiendo que, «en su defecto», habrá que acudir a la regulación normativa prevista en estos casos para el personal funcionario de carrera; entonces, de algún modo, se puede afirmar que el derecho al cargo o al desempeño del puesto de trabajo se extiende también al personal laboral¹¹, en virtud de dicha remisión que hace el legislador para que la norma-

tiva funcional opere de forma subsidiaria en las relaciones públicas laborales.

Una vez realizada esta afirmación, en seguida conocemos la diferencia de situaciones: mientras que el funcionario de carrera queda efectivamente protegido en su estabilidad en el empleo, sin embargo el empleado público laboral puede ser despedido improcedentemente (salvo en caso de despido disciplinario improcedente –art. 96.2 EBEP–), optando el empresario por extinguir dicha relación laboral a cambio de una indemnización, al igual que puede ser despedido por causas objetivas a cambio de la indemnización correspondiente. Por ello, sería más ajustado a Derecho concluir que se produce un reconocimiento teórico, implícito y subsidiario del derecho a la inamovilidad a favor de los empleados públicos laborales en el art. 83 EBEP, pero que no se ve materializado en la práctica, como consecuencia de la propia naturaleza jurídica del vínculo laboral, que la separa del vínculo administrativo del funcionario público.

De acuerdo con el art. 83 EBEP, los convenios colectivos constituyen la fuente reguladora de la provisión de puestos y de la movilidad del personal laboral, en cuyo defecto, actuaría supletoriamente la regulación prevista para los funcionarios de carrera. En la negociación colectiva no se ha producido vacío al respecto. Si acudimos al II Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado (AGE), en su art. 21 se dispone lo siguiente: «Los órganos competentes de la Administración General del Estado podrán acordar en el ámbito de este Convenio, la movilidad funcional entre puestos de trabajo dentro del grupo profesional al que pertenezca el trabajador, con las únicas limitaciones de la titulación académica o profesional exigida para ejercer la prestación laboral y de las aptitudes de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, que podrán completarse, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos básicos de formación y adaptación».

⁹ Entre otras, STC 293/1993, de 18 de octubre, y STS-CA 2 julio 2001.

¹⁰ F. A. CASTILLO BLANCO: «Capítulo Cuarto. Los derechos individuales de los empleados...», cit., pág. 140. De ahí que este autor prefiera entender la inamovilidad más como una garantía funcional, que como una prerrogativa personal del funcionario público.

¹¹ J. M. LÓPEZ GÓMEZ: La relación laboral especial..., cit., pág. 222.

Se establecen, asimismo los requisitos procedimentales para los supuestos de movilidad que afecte a otro Área funcional, tanto si la movilidad afecta a funciones de distinto grupo profesional, y que implique la realización de funciones (inferiores o superiores), o, por el contrario, que se produzca sin cambio de funciones.

Por su parte, el art. 23 II Convenio Colectivo Único remite a sus arts. 63, 64 y 65 la regulación de los supuestos de movilidad por incapacidad laboral, por disminución de capacidad, por razones objetivas, para la protección integral de la mujer, y para protección a la maternidad.

En relación con la movilidad geográfica, también el II Convenio Colectivo Único recoge su regulación en los arts. 25, 26 y 27, refiriéndose a la figura de la movilidad geográfica de carácter definitivo, que puede ser obligatoria (individual o colectivo), o a petición del trabajador. Junto a la movilidad geográfica definitiva está prevista la de carácter temporal, que ha de ser voluntaria. Por otro lado, se recoge el derecho al traslado a un puesto de trabajo en distinta Unidad administrativa, en la misma o en distinta localidad, para la contratada laboral que sea víctima de violencia de género (art. 32.1 II Convenio Colectivo Único), así como la movilidad entre Administraciones y la permuta (art. 32.2 y .3 II Convenio Colectivo Único, respectivamente).

Las figuras de la movilidad funcional, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, la movilidad geográfica son consecuencia de que el empleado público laboral no goza del derecho a la inamovilidad, lo cual es acorde con la propia razón de ser del empleo público laboral, esto es, dotar de mayor agilidad y eficiencia la gestión de los recursos humanos para prestar de forma más flexible servicios públicos que no son exclusivos del Estado¹².

¹² F. A. CASTILLO BLANCO: «Capítulo Cuarto. Los derechos individuales de los empleados...», cit., pág. 139.

2.2. Derecho al desempeño efectivo de las funciones profesionales. Derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna

2.2.1. *El derecho-deber de desempeñar efectivamente las funciones profesionales*

Todo empleado público, tanto funcionario como laboral, ostenta el «derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional» (art. 14.b EBEP). Del mismo modo que el art. 14.b EBEP reconoce este derecho, más adelante, en el art. 52 se establece, con ese mismo contenido, un deber exigible al empleado público, de desempeñar con diligencia las tareas que tenga asignadas y velar por los intereses generales, además del deber de cumplir con diligencia las tareas que le correspondan o se le encomienden y, en su caso, resolver dentro del plazo los procedimientos o expedientes de su competencia (art. 53.11 EBEP). La «doble cara» de este contenido ha llevado a algún autor a calificarlo como «derecho-deber» o «facultad»¹³.

En su faceta de derecho a la promoción profesional se reconoce en el art. 35.1 CE a todos los trabajadores, como derecho de los ciudadanos, a promover por el legislador y por los poderes públicos y privados, con el fin de que desarrollen una política de formación y ascenso del trabajador a lo largo de su vida laboral.

Las funciones de competencia del empleado público se definen en la Relación de Puestos de Trabajo, previa negociación o consulta con las organizaciones sindicales. En este

¹³ D. LARIOS RISCO («El art. 14 EBEP», en AA. VV. (A. PALOMAR y A. V. SEMPERE NAVARRO (Dir.) y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril...*, cit., pág. 168.

sentido, el art. 74 EBEP señala que «las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias».

No obstante, el propio legislador perfila este derecho de manera flexible, puesto que, después de reiterar el derecho del art. 14.b) en el art. 73.1, añade en el art. 73.2 lo siguiente: «Las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones». Esta facultad reconocida a las Administraciones Públicas es una manifestación de sus competencias de autoorganización, y permite acomodar dichas funciones en razón de la multiplicidad de servicios que dichas Administraciones prestan a los ciudadanos¹⁴.

2.2.2. *El modelo de carrera profesional y las Leyes de Función Pública autonómicas*

La carrera profesional se define en el art. 16.2 EBEP como «el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional, que han de promover las propias Administraciones (art. 16.2 párr. 2º EBEP) conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. De ahí que este precepto sirva de nexo de unión entre los derechos enunciados en el art. 14.b y c EBEP,

¹⁴ F. A. CASTILLO BLANCO: «Capítulo Cuarto. Los derechos individuales de los empleados...», cit., pág. 194.

relativo este último a «la progresión en la carrera profesional y promoción interna», según los mismos principios constitucionales antes mencionados, terminando con una referencia a los sistemas objetivos y transparentes de evaluación que deben ser implantados a tal fin.

Los principios de igualdad, mérito y capacidad han de ser aplicados en relación con la carrera administrativa en su conjunto¹⁵, incluyendo, por tanto, a los empleados públicos laborales¹⁶, hecho que debe ser valorado positivamente en la medida que enfoca el conjunto de la relación jurídica de empleado público conforme a una lógica común¹⁷.

No obstante este reconocimiento general, serán las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP las encargadas por el legislador para regular la carrera profesional que resulte de aplicación en cada ámbito, ofreciendo el EBEP tan solo distintas posibilidades a modo de ejemplo, entre las que menciona la carrera horizontal, la vertical, así como la promoción interna horizontal y vertical (arts. 16 a 19 EBEP). Por tanto, queda a las Comunidades Autónomas la competencia de optar por un modelo vertical u horizontal puros o por modelos mixtos de los dos anteriores.

¹⁵ Las SSTs cont-adm 23 noviembre 2007 (RJ 2008, 573) y 9 febrero 2009 (RJ 2009, 959) han declarado nula la normativa que exonera en los procedimientos para la provisión de puestos de trabajo el conocimiento de la lengua autonómica a los funcionarios que hayan cumplido 50 años antes de la finalización del plazo de presentación de solicitudes. La nulidad se declara por considerar que esa exoneración vulnera el art. 23.2 CE.

¹⁶ Asimismo, el art. 31 II Convenio Colectivo Único reitera y recuerda estos principios rectores de los sistemas selectivos de oposición, concurso y concurso-oposición.

¹⁷ A. PALOMAR OLMEDA y A. V. SEMPERE NAVARRO: «Artículo 19. Carrera profesional y promoción del personal laboral», en AA. VV.: A. PALOMAR y A. V. SEMPERE NAVARRO (Dir.) y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril...*, cit, pág. 229.

Aun siendo un reconocimiento general, el EBEP no pierde la oportunidad de marcar unos conceptos que sirvan de guía, si se desea utilizar, en el momento de diseñar el modelo de carrera administrativa por cada Ley de Función pública de desarrollo del EBEP. Por eso, dispone una serie de reglas, sin ánimo taxativo ni básico, en relación con cada modalidad de carrera, remarcando que el sistema de progreso profesional mediante la carrera profesional que define solo es aplicable a los funcionarios de carrera. Así, define la carrera horizontal de los funcionarios de carrera como un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso, diferenciados retributivamente, pero sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo (art. 17 EBEP). La carrera vertical se conceptúa como el ascenso en la estructura de puestos de trabajo, por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en los arts. 78 a 80 EBEP.

2.2.3. *La promoción interna*

También se define la promoción interna, tanto si es vertical (ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo profesional a otro inmediatamente superior), como si es horizontal (acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional). En ambos tipos, se rigen por lo establecido en el art. 18 EBEP, que solo es aplicable a los funcionarios de carrera.

Como el EBEP se remite de inmediato a la forma que determinen las respectivas Leyes de Función Pública de desarrollo del EBEP, resulta lógico que se reconozca el derecho a la carrera profesional de modo abstracto y tan amplio en cuanto a la opción del modelo. Por eso, se ha afirmado con acierto que esta intencionada configuración del derecho a la carrera profesional se hace «en circunstancias ciertamente limitadas»¹⁸.

¹⁸ A. PALOMAR OLMEDA y A. V. SEMPERE NAVARRO: «Artículo 19. Carrera profesional...», cit., pág. 228.

2.2.4. *La evaluación del desempeño*

Respecto de la evaluación del desempeño, como procedimiento para medir la conducta y el rendimiento profesionales o los resultados obtenidos en su trabajo por los empleados públicos (art. 20.1 EBEP), solo se mencionan los principios generales que deben informar todo proceso de evaluación (transparencia, objetividad, imparcialidad, no discriminación, y que su aplicación se haga sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos –art. 20.2 EBEP–), pero se deja libertad a cada Administración para que fije los criterios y los efectos derivados de dicha evaluación para los empleados públicos afectados.

Para que el sistema de evaluación del desempeño esté correctamente perfilado, se hace preciso definir los objetivos concretos a lograr por el mismo, además de detallar en qué consistirá la evaluación, esto es, qué se evaluará, quién será competente para llevar a cabo tal función evaluadora, cómo se realizará y cuándo se ejecutará¹⁹. En este mismo sentido, se pronunciaba el Informe de la Comisión de Expertos, añadiendo que el desarrollo de estos sistemas de evaluación puede suponer una inversión importante para las Administraciones, pero que redundará en su beneficio a medio y largo plazo, al incrementar la calidad y eficiencia del sector público²⁰.

2.2.5. *Conclusión*

Como hemos señalado, son las leyes de función pública que desarrollen el contenido

¹⁹ P. NIETO ROJAS: «La evaluación del desempeño. Una herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos», AAVV: El Estatuto Básico del Empleado Público, vol. II, XIX Congreso Nacional de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales nº 89. Ministerio de trabajo e Inmigración, Madrid, pág. 411.

²⁰ AA. VV.: *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, INAP, 2005, pág. 109.

del EBEP, las que incluirán dichos criterios y los efectos de la evaluación del desempeño, así como la regulación de la carrera profesional en su ámbito. De ahí que la Disposición Final 4ª EBEP indique que todas estas remisiones a las leyes de desarrollo hacen que el «derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. Evaluación del desempeño» regulados en el Capítulo II EBEP sólo pueda surtir efectos a partir de la vigencia de dichas Leyes de desarrollo del EBEP.

2.2.6. *La remisión a la normativa laboral que regule el derecho a la promoción profesional de los empleados públicos laborales*

Respecto del personal laboral, se reconoce su derecho a la promoción profesional en el art. 19.1 EBEP, del mismo modo que el de los funcionarios, en principio, aunque en seguida se remite su regulación a los procedimientos que prevea el ET o los Convenios Colectivos, diferenciándose así de la regulación básica que el EBEP contiene respecto del derecho a la carrera administrativa de los funcionarios.

Tanto el ET como los Convenios Colectivos se ocupan de regular los contenidos relativos a la promoción profesional.

El art. 4.2.b ET reconoce este derecho, desarrollándolo en los arts. 23 y 24. En el ámbito laboral, es necesario no perder de vista el poder organizativo que ostenta el empresario y que constituye (además de la formación, los méritos y la antigüedad del trabajador) uno de los límites del derecho al ascenso del art. 24 ET, puesto que, si el convenio colectivo no establece ningún sistema más objetivo de ascenso, será el empresario quien decida cuándo hay una plaza vacante, cómo cubrirla y quién ha de desempeñarla²¹. De todos modos, en el ámbito del sector público, el

²¹ J. M. LÓPEZ GÓMEZ: La relación laboral especial..., cit., pág. 226.

poder directivo de la Administración quedaría matizado en este punto, para proceder según los principios constitucionales de la objetividad, igualdad y no discriminación, mérito y capacidad.

Respecto de las distintas modalidades de carrera administrativa y de promoción interna, el legislador laboral solo menciona la promoción profesional vertical ascendente. Nuevamente la negociación colectiva puede enriquecer esta regulación, como sucede en el II Convenio Colectivo Único.

Por su parte, el art. 28.2 II Convenio Colectivo Único enuncia los sistemas de provisión de puestos de trabajo, incorporando la promoción profesional como uno de esos sistemas. En concreto se señala que dichos sistemas se podrán desarrollar de forma sucesiva o simultánea, pero por orden de enumeración cita, primero, el reingreso de excedentes, segundo, el traslado, en tercer lugar, la promoción profesional, en cuarto lugar, el ingreso libre, y finalmente, otras formas de movilidad previstas en el Convenio.

Se opta por un *sistema de promoción interna vertical de carácter objetivo*, en el sentido de que los trabajadores tienen preferencia para ocupar las vacantes a cubrir que correspondan al personal laboral afectado por un mismo convenio, mediante la participación en concurso o concurso-oposición de carácter interno para el traslado interprovincial y de ascensos²².

En el art. 30 II Convenio Colectivo Único se prevé que será en el segundo semestre del año, cuando la Administración, en concreto, la Dirección General de la Función Pública

²² Con pocos cambios se regula la promoción interna en los Convenios Colectivos de las Administraciones Autonómicas, respecto de la II Convenio Colectivo Único, disponiendo el reingreso de excedentes, el concurso de traslado y, en tercer lugar, la promoción interna como sistemas de provisión de los puestos, para finalizar con la convocatoria pública de las plazas vacantes.

efectuará «las convocatorias que correspondan», en las que se incluirán plazas destinadas a su provisión por medio de promoción interna, en los que participen solo los trabajadores fijos (art. 30.2 II Convenio Colectivo Único), al tiempo que plazas para el acceso libre. La gestión de dichas convocatorias se encarga a los distintos Departamentos ministeriales (art. 30.1 II Convenio Colectivo Único).

Los sistemas selectivos que recoge el II Convenio Colectivo Único en el art. 31 incluyen la oposición, el concurso y el concurso-oposición. En la oposición se ha de incorporar una prueba práctica; en el concurso, se valoran los méritos profesionales, académicos y la antigüedad de los candidatos, y en el concurso-oposición primero hay que superar la oposición, tratándose de un sistema previsto para los puestos en que se considere esencial la experiencia laboral, a efectos de conocer la capacidad e idoneidad de los candidatos.

En cuanto a *los ascensos*, la regla general en la negociación colectiva del sector público es que el mero desempeño de un puesto de superior categoría por el empleado público laboral durante un espacio de tiempo determinado, no le hace acreedor de un ascenso automático, sino solo de la posibilidad de participar en el proceso de selección del candidato que ocupe la plaza vacante de categoría superior, una vez sea provista, y a participar en la selección, de acuerdo con lo que establezcan los convenios colectivos correspondientes.

También en la regulación convencional, han de operar los principios de capacidad y objetividad, igualdad de oportunidades y no discriminación para los procesos de selección que puedan implicar un ascenso.

Por otro lado, cabe *la promoción profesional*, la de los funcionarios se basa en la carrera horizontal, como prevé el art. 17 EBEP, entendida como cambio de cuerpo o escala dentro del mismo grupo profesional (o sub-grupo). Para dicha promoción, se ha de valo-

rar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño y otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida.

En el ámbito del empleo público laboral temporal o indefinido, no es viable la carrera horizontal, dada la transitoriedad de dichas relaciones²³. Solo resulta razonable en las relaciones laborales fijas de trabajadores que realizan funciones u ocupan puestos clasificados como propios de personal funcionario. Para estos casos, se prevé el proceso de funcionarización de la Disp. Transitoria 2ª EBEP. En este sentido, se establece la posibilidad de que sigan desempeñando esas funciones los empleados públicos laborales fijos que a la entrada en vigor del EBEP las estuviesen realizando, así como aquellos que pasen a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha.

Asimismo, se permite que participen en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posean la titulación necesaria y reúnan los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.

2.3. Derecho a las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio

La regulación que el legislador prevé respecto de este derecho previsto en el art. 14.c)

²³ SSTS 27 febrero 2009 (RJ 2009, 1842), 17 marzo 2009 (RJ 2009, 218692).

EBEP, es bastante cercana para ambos tipos de empleados públicos, sean funcionarios o laborales²⁴:

. El art. 21 EBEP señala que «las cuantías de las retribuciones básicas y 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 presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos»²⁵.

El art. 27 EBEP prevé que «las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el art. 21 del presente Estatuto».

De este modo, los límites globales fijados anualmente en la LPGE han de ser respetados cuando se negocie la retribución de los empleados públicos laborales, lo que conlleva en la práctica que coincida dicho límite con el dispuesto para las retribuciones del personal funcionario.

. La estructura de las retribuciones de los funcionarios clasifica los distintos conceptos distinguiendo entre retribuciones básicas y complementarias (arts. 22 a 26 EBEP), de modo similar al art. 26.2 ET, cuando se refiere al sueldo base y los complementos salariales.

²⁴ Sistematizamos en este punto, lo ya señalado por J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *La relación laboral especial...*, cit., pág. 234.

²⁵ Respecto de la posibilidad de que se alcancen acuerdos Administración-Sindicatos en los que se pacte un incremento retributivo superior al límite que se haya dispuesto en la Ley de Presupuestos, la STC cont-adm 9 junio 2006 (RJ 2006, 3357) ha declarado que se estaría produciendo una extralimitación competencial de la Administración, en la medida en que se trata de una competencia estatal fijar la política económica nacional así como las bases del régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones públicas.

También se puede afirmar que, en lo principal, se asemejan los conceptos de sueldo, de trienios²⁶, de los distintos tipos de complementos salariales (por razón de las condiciones personales del empleado, por razón del puesto de trabajo y del trabajo realizado, y por razón de los resultados alcanzados), de las pagas extraordinarias, de las deducciones de retribuciones proporcional a la parte de jornada no realizada por cualquier causa, que no tendrá carácter sancionador (art. 30 EBEP y 45.1.1 ET).

No se detiene el art. 28 EBEP en la regulación de las indemnizaciones por razón del servicio, sino que se limita a reconocerlas como derecho del empleado público funcionario. Su regulación detallada se produce en el RD 462/2002, de 24 de mayo, para los funcionarios de la Administración del Estado, que goza de carácter supletorio respecto del resto del personal. Por lo que se refiere al personal laboral, acudimos al art. 27 EBEP de nuevo, que reconduce a la negociación colectiva, la cual, suele remitirse a la legislación funcional, como regla general.

Por último, conviene destacar el contenido del art. 29 EBEP, relativo a que las Administraciones Públicas podrán destinar cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado a financiar 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. Esas cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguros se incluyen dentro de la categoría de retribución diferida, a todos los efectos.

²⁶ Para los matices relativos a los trienios, *vid.* J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *La relación laboral especial...*, cit., pág. 234.

2.4. Derechos a participar en la consecución de los objetivos y a ser informado de las tareas a desarrollar: dos derechos sin desarrollar

Este derecho ha sido relacionado con la «dirección por objetivos» o dirección participativa propia de los modelos de recursos humanos, en los que se parte de la colaboración de los trabajadores en el diseño de los objetivos, para motivarles a alcanzarlos²⁷.

El derecho a participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde el empleado público preste servicios carece de desarrollo posterior, lo cual hace que su mención en el art. 14.e) EBEP resulte actualmente ineficaz desde el punto de vista jurídico²⁸.

La segunda parte del enunciado del art. 14.e) EBEP se refiere al derecho del empleado público a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar, pero, como el anterior, es un derecho no desarrollado, y, por tanto, carente de garantías.

Mientras tanto, en el ámbito jurídico-laboral, el art. 8.5 ET reconoce ese mismo

²⁷ J. M. LÓPEZ GÓMEZ: La relación laboral especial..., cit., pág. 237.

²⁸ En la legislación anterior el D 315/1964, por el que se aprueba la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (en adelante, LMRFP), derogado en sus arts. 64 y 65, entre otros, por la Disp. Derog. Única a) EBEP, establecían contenidos relativos a ambos derechos:

- El art. 64 D. 315/1964 reconocía el derecho del funcionario a ser informado por sus jefes inmediatos de los fines organizativos y de funcionamiento de la unidad administrativa correspondientes, y, sobre todo, de su dependencia jerárquica, de sus atribuciones, deberes y responsabilidades.
- El art. 65 D. 315/1964 establecía que los jefes tendrían que solicitar periódicamente la opinión de sus subordinados inmediatos respecto de las tareas que les han sido asignadas, debiendo estos últimos informar a sus superiores de sus aptitudes profesionales, para que se les puedan encomendar los trabajos más apropiados.

derecho, que es desarrollado por el RD 1659/1988, en el sentido de que el trabajador conozca los elementos esenciales del contrato así como las condiciones más relevantes de ejecución de la prestación laboral, hasta el punto de que, si falta ese derecho de información, el empresario cometerá una infracción administrativa laboral (art. 6.4 LISOS).

2.5. Derecho a la defensa jurídica en los procedimientos judiciales que sigan como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos

Este derecho, estaba ya contemplado en el art. 63.1 LFCE. Sin embargo, la legislación laboral no lo incluye expresamente, lo que permitía dudar del reconocimiento como tal de ese derecho. De ahí la novedad que supone que el art., 14.f) EBEP reconozca este derecho a todos los empleados públicos en general, por tanto, incluidos los laborales²⁹.

El contenido de este derecho incorpora la defensa jurídica a través de los servicios jurídicos de la Administración o a través de servicios externos y la cobertura de responsabilidad frente a terceros en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional.

Este derecho comprende dicha protección solo si el propio funcionario solicita la defensa por los servicios jurídicos de la Administración, y para las actuaciones que resulten ser consecuencia del ejercicio legítimo de las funciones o cargos públicos del empleado público, de modo que se hace eco de la jurisprudencia que distingue entre la responsabilidad o no por parte de la Administración Pública por los daños sufridos por empleados públicos, en razón a que se trate de supuestos de ejercicio

²⁹ J. M. LÓPEZ GÓMEZ: La relación laboral especial..., cit., pág. 238.

legítimo o no de las funciones del empleado público³⁰.

Además, la concesión de esa defensa depende de la autorización administrativa expresa, previo examen de cada caso para comprobar si el funcionario ha vulnerado las disposiciones legales vigentes en la materia de que se trate³¹.

Por otro lado, en virtud del art. 15.5 LPRL, los funcionarios podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo.

2.6. Derecho a la formación continua

2.6.1. *El derecho-deber de formación continua*

La Constitución encomienda en el art. 40.2 a los poderes públicos el fomento de la formación y readaptación profesionales. Cumpliendo dicho mandato, es constante la referencia a la formación en la normativa reguladora de la función pública. También el EBEP reconoce a los empleados públicos el derecho (art. 14.g) –deber (art. 54.8) a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales.

La valoración de la trayectoria profesional, la evaluación del desempeño y la promoción profesional reflejarán la formación continua del empleado público (arts. 17, 18 y 20 EBEP). No se detiene, sin embargo, en su regulación concreta para los funcionarios, salvo en relación con:

- La preferencia por el horario laboral para realizar el ejercicio del derecho a la formación continua.

- El permiso para concurrir a exámenes para obtener un título académico o profesional, en el art. 48.1.e) EBEP.

Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna han de ser objeto de negociación entre la Administración y los representantes de los empleados públicos (art. 37.1.f) EBEP).

Desde la creación de la Comisión General para la Formación Continua, como órgano paritario que ordena la formación continua en las Administraciones Públicas (en virtud del Acuerdo Administración Sindicatos de 15 de septiembre de 1994), se han firmado cuatro Acuerdos sobre Formación Continua. A partir del 1 de enero de 2011 ha entrado en vigor el Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas de 22 de marzo de 2010, que goza de vigencia indefinida³².

Por su parte, los empleados laborales disponen del art. 4.2.b) ET que, reconociéndoles ese derecho, se desarrolla por el art. 23 ET, en el sentido de establecer la posibilidad de que los trabajadores soliciten:

- Permiso para concurrir a exámenes para la obtención de un título académico o profesional.
- Elección de turno de trabajo por este motivo.
- Adaptación de la jornada o permiso para asistir a cursos de formación o perfeccionamiento.

2.6.2. *Las acciones positivas de formación continua a favor de las mujeres empleadas públicas*

El legislador define las «acciones positivas» en el art. 11 LOI, como medidas específi-

³⁰ STS 1 febrero 2003.

³¹ D. LARIOS RISCO: «Artículo 14», cit., pág. 174.

³² BOE 17 junio 2010, núm. 147.

cas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres; se añade que han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Con las acciones positivas se pretende reconocer ventajas en favor de las empleadas, constituyendo instrumentos alternativos rectificadores de un criterio mecánico de igualdad³³. Las medidas de acción positiva suponen, en sí mismas, una desigualdad de trato, que puede resultar admisible en cuanto persigue un fin legítimo, e incluso puede ser imprescindible si se orienta a remover los obstáculos que impidan una igualdad efectiva.

En concreto, las medidas propuestas en el art. 60 LOI se basan en la experiencia de que la participación de las mujeres en su formación profesional es menor cuando tienen obligaciones familiares que atender, de modo que la situación existente desde la perspectiva de la igualdad justifica dicha acción positiva. Asimismo, es un hecho la escasa representación femenina entre los altos cargos de las diferentes Administraciones Públicas, como fue demostrado en el Informe CES 3/2003.

No olvidemos que la formación no es solo un instrumento necesario para la mejora de las oportunidades de acceso al empleo, sino también para «mantener, adaptar y mejorar las competencias profesionales del trabajador a las necesidades del mercado de trabajo»³⁴, configurándose la formación como un objetivo prioritario de la política de empleo, que se concreta en el art. 42.1 LOI cuando hace referencia a la necesidad de mejorar la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo».

³³ SIERRA HERRAIZ, M^a. S.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, 1999.

³⁴ MONTOYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre)*, Madrid, 2004.

El RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo³⁵, siguiendo lo dispuesto en el derogado RD 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regulaba el subsistema de formación profesional continua, considera a las mujeres como un colectivo específico que tiene carácter preferente a la hora de participar en las distintas iniciativas de formación para el empleo (art. 19 RD 395/2007). Los supuestos de formación profesional previstos en el art. 60 y 61 LOI, se encuadran dentro de la modalidad de formación de demanda aplicada a las Administraciones Públicas (art. 4 RD 395/2007).

Se trata de una materia cuyo ejercicio se desarrolla por la negociación colectiva, como indicación prevista en los arts. 23.2 ET y 27.1.f) EBEP. En la práctica, se suele regular mediante los Acuerdos nacionales de formación continua, de carácter conjunto, el último de los cuales es el Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas de 22 de marzo de 2010, ya mencionado. Su ámbito de aplicación se circunscribe a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades y Ciudades Autónomas y la Administración Local, para el conjunto de los empleados públicos que en ellas presten servicios a través de una relación de carácter funcional, laboral o estatutaria (art. 3 V Acuerdo).

– La primera medida prevista en materia formativa consiste en conceder preferencia durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación, a quienes se hayan incorporado al servicio acti-

³⁵ A partir del RD 395/2007, se suprime la tradicional distinción entre formación profesional ocupacional y formación profesional continua, y se pone en marcha un sistema aplicable tanto a los desempleados como los trabajadores en activo y que, entre otros objetivos, persigue mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral (art. 3 RD 395/2007).

vo procedentes de determinadas situaciones, como la maternidad o la paternidad, o que hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad³⁶.

Se trata de una medida de fomento no coercitiva, promovedora de la participación en los cursos de formación para los empleados públicos en los que concurren las circunstancias que el art. 60 LOI exige.

También conviene destacar que la preferencia sólo se mantiene durante un año. Se refiere al año inmediatamente posterior a la fecha de su incorporación al servicio activo, después de haber disfrutado del permiso de maternidad o paternidad o de la situación de excedencia por guarda legal o por atención a personas mayores dependientes o discapacitados.

– La segunda medida de acción positiva prevista en el art. 60.2 LOI persigue como fin facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas, y su acceso a puestos directivos en la AGE y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

Esta medida preceptúa que, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación, se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a las empleadas públicas que reúnan los requisitos establecidos, para facilitar su promoción profesional y su acceso a puestos directivos en la AGE y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

Nos encontramos ante el establecimiento de un porcentaje mínimo de plazas que quedan reservadas para las empleadas públicas,

³⁶ Asimismo, la Disp. adicional 19ª LOI introduce una modificación en el art. 29.4 párr. 5º LMRFP para que el tiempo de excedencia para el cuidado de familiares sea computable a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos.

al servicio de la AGE y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

De todos modos, la acción positiva de resultado en la formación no se traduce en la obligatoriedad de que la mujer acceda al puesto de trabajo para el que se ha formado con preferencia, en virtud de la reserva de plazas en los cursos de formación correspondientes, sino que las empleadas públicas deberán cumplir los demás requisitos que se exijan en la convocatoria para acceder a los cursos de formación, así como los requisitos que se exijan en la convocatoria para acceder a puestos directivos en la AGE y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

2.7. Derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

2.7.1. Aspectos generales

En el art. 56 Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOI) se establece un mandato para que el legislador disponga un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, además del mandato específico para reconocer un permiso de paternidad.

El mandato al legislador se cumple en la propia Ley y en el EBEP. Por su parte, la Disposición Adicional 19ª LOI incluye las modificaciones necesarias que deben ser introducidas en el régimen jurídico aplicable a la función pública. Dicha normativa general para los empleados públicos de la AGE y de los demás organismos públicos vinculados o dependientes de ella, se entenderá completa con las mejoras que puedan derivarse de los acuerdos alcanzados por la Administración mencionada y por los organismos públi-

cos señalados, con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública. El legislador se refiere, por ejemplo, al II Convenio Colectivo Único.

El art. 49 EBEP regula los permisos específicos, que engloba bajo el título «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género», disponiendo el régimen jurídico del permiso por parto, por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple; el permiso por paternidad, y, por último, el permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria.

– *Por parto, adopción o acogimiento.* Este permiso está regulado en el art. 48 EBEP, quedando derogado expresamente el art. 30.3 LMRFP³⁷, que antes se ocupaba del mismo. El permiso consiste en 16 semanas ininterrumpidas, ampliable por dos más en caso de discapacidad del hijo, y, por cada hijo más en caso de parto múltiple. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria, siempre que 6 semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

Después de las 6 semanas mencionadas, cuando ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. Resulta novedosa la previsión en virtud de la cual se permite que el otro progenitor pueda seguir disfrutando del permiso de maternidad que le corresponda, en virtud de la cesión señalada, aun-

que en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el permiso por parto, hay varias diferencias entre el previsto para los funcionarios y el previsto para los empleados públicos laborales: el cómputo del período de descanso en caso de parto prematuro, el diferente fundamento en la posibilidad de disfrutar del mismo a jornada completa o parcial; y en la participación en cursos de formación.

En los supuestos de adopción o de acogimiento, ha desaparecido el límite de la edad del menor que antes se establecía en seis años, con algunas excepciones. El permiso durará 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. También se amplía el permiso en dos semanas más para el supuesto de discapacidad del menor adoptado. Cuando ambos progenitores trabajen, se puede distribuir el permiso pudiendo disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos. En todo caso, la suma de los periodos de descanso no podrá exceder de las 16 semanas previstas o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del hijo o menor adoptado o acogido.

La principal diferencia entre el art. 49.b) EBEP y el art. 48.4 ET en relación con el permiso por adopción y acogimiento está en que este último no prevé el supuesto especial de adopción internacional.

En los casos de parto prematuro y aquellos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, se amplía el periodo de suspensión en proporción al tiempo en que el neonato se

³⁷ El art. 30.3 LMRFP es modificado por la Disp. Adicional 19ª LOI, y veintidós días después, es derogado expresamente por Disposición Derogatoria Única b) EBEP.

encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales. Por su parte, el art. 30.1 letra f bis) párr. 1º LMRFP, modificado por la nueva redacción derivada de la Disp. Adicional 19ª nueve LOI, sigue regulando este contenido, en los mismos términos que el EBEP.

Parece ser más exigente el art. 48.4 ET en los casos de partos prematuros, puesto que requiere que se trate de prematuros con falta de peso u otro supuesto en el que el neonato precise hospitalización a continuación del parto por alguna condición clínica, esto es, no «por cualquier causa» como establece el EBEP; además la hospitalización que se computa tiene que ser por un periodo superior a siete días, y los términos de disfrute del periodo de suspensión mencionado han de esperar al desarrollo reglamentario correspondiente.

En los supuestos de adopción internacional, en el EBEP se establece una regulación más favorable que la contemplada por el ET, para el caso en que resulte necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, de modo que el funcionario tendrá derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante ese periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Una vez finalizado el periodo de permiso por parto o maternidad, la funcionaria tendrá derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no le resulten menos favorables al disfrute del permiso, además de poder beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiese podido tener derecho durante su ausencia.

Se mantiene vigente el permiso por nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo, consistente en quince días a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, permiso regulado en

el art. 30.1.a) LMRFP, modificado en su duración (con anterioridad, diez días) por la Disp. Adic. 19ª Seis LOI, y que se regula también en el art. 49 c) EBEP³⁸. Conviene recordar que el art. 37.3 b) ET prevé tan sólo dos días (o cuatro, si se requiere desplazamiento) de permiso por estas mismas causas. Son varias las diferencias entre la regulación normativa del EBEP y la del ET en relación con el permiso por paternidad:

- En el ámbito laboral, junto con el permiso retribuido de 2 días se encuentra la causa de suspensión contractual de 13 días de duración. Para el personal funcionario solo existe un permiso retribuido de 15 días de duración.
- Para el personal laboral, el permiso se amplía hasta 4 días si el beneficiario ha de desplazarse. No se prevé esta circunstancia para los funcionarios.
- La protección económica del funcionario que disfruta del permiso por paternidad solo se garantiza de modo absoluto si aquel funcionario está incluido en el ámbito del mutualismo administrativo. Por el contrario, si perteneciese al Régimen general de la Seguridad Social, como funcionario o como empleado público laboral, su percepción económica está condicionada a que haya cotizado previamente³⁹.

³⁸ Se observa la referencia al «padre» en el art. 30.1 LMRFP, como sujeto beneficiario del permiso, frente a la referencia más amplia a «el padre o el otro progenitor» en el art. 49.c) EBEP. En opinión de: DE SANDE PÉREZ-BEDMAR («El principio de igualdad...», Ob. cit., pág. 237), aquella referencia debe ser entendida en el sentido de esta última más amplia, para garantizar el acceso al permiso de las parejas homosexuales.

³⁹ De modo más extenso, *vid.* A. GARRIGUES GIMÉNEZ: «Empleo público y corresponsabilidad familiar: paternidad, protección económica y los claroscuros de una pluralidad de estatutos jurídicos», en AAVV: El Estatuto Básico del Empleado Público, vol. II, XIX Congreso Nacional de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Colección Informes y

La STS social 19 mayo 2009⁴⁰ ha señalado que el permiso de paternidad que establece el EBEP de 15 días de duración no es compatible ni acumulable con la suspensión del contrato de trabajo de 13 días que prevé el ET. La primera norma se dirige exclusivamente a los funcionarios públicos y la segunda a trabajadores, sin que respecto a estos últimos sea más beneficioso el régimen regulado para los funcionarios.

Como se observa, debemos tener en cuenta los permisos que aún permanecen vigentes del art. 30.1 LMRFP, por no haber sido derogados expresamente por el EBEP. Dichos preceptos han sido modificados por la Disp. Adicional 19ª LOI, y, como hemos analizado, en la mayoría de los casos, el contenido actual supone una reiteración innecesaria de lo previsto en el EBEP.

2.7.2. Las excedencias

El art. 89 EBEP establece cuatro modalidades de excedencia, de las cuales consideramos que sólo dos persiguen como objetivo directo proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. No nos detendremos en el estudio de las otras dos, la excedencia voluntaria por interés particular y la modalidad de excedencia por razón de violencia de género.

En primer lugar destaca la *excedencia voluntaria por agrupación familiar*, que no está prevista en el ET. Se puede conceder aunque no se hayan prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas. Su duración comprende el período establecido para los funcionarios cuyo cónyuge resida en otra localidad, por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo, como funcionario de

carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones Públicas, organismos públicos y Entidades de Derecho público dependientes o vinculados a ellas, en los Órganos Constitucionales o del Poder Judicial y órganos similares de las Comunidades Autónomas, así como en la Unión Europea o en Organizaciones Internacionales (art. 89.3 EBEP).

El régimen jurídico de esta situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar se caracteriza por no devengar retribuciones, ni ser computado el tiempo de excedencia a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea aplicable.

En segundo lugar encontramos la *excedencia por cuidado de familiares*. La Disp. Adicional 19ª. Uno LOI ha modificado el art. 29.4, párr. 2º LMRFP, precepto que ha sido expresamente derogado por la Disposición Derogatoria única b) EBEP (aunque manteniendo vigente el último apartado de sus párrafos 5, 6 y 7), Ley que incorpora su contenido en el art. 89.4 EBEP. Por tanto, la LOI ha modificado un párrafo (el 2º) del art. 29.4 LMRFP, que días después el EBEP ha derogado; no obstante, el contenido correspondiente al mismo se encuentra en el art. 89.4 EBEP, con lo que se salva la incongruencia⁴¹.

⁴¹ Señala C. SOLÍS PRIETO que el art. 29.4 LMRFP solo se refería a los funcionarios con carácter general, sin distinciones, mientras que el art. 89.4 EBEP especifica que esta excedencia por cuidado de hijos se reconoce a los funcionarios de carrera. Con ello, plantea la autora citada que se está sembrando la duda sobre si se ha producido un error o si es intención del legislador reducir el disfrute de esa excedencia al mero supuesto de que el beneficiario de la misma sea un funcionario de carrera. Vid. C. SOLÍS PRIETO: «¿Niega el EBEP las excedencias por cuidado de hijos a los funcionarios interinos?», en AAVV: El Estatuto Básico del Empleado Público, vol. II, XIX Congreso Nacional de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales nº 89. Ministerio de trabajo e Inmigración, Madrid, págs. 470-471.

Estudios, Serie Relaciones Laborales nº 89. Ministerio de trabajo e Inmigración, Madrid, págs. 193 ss.

⁴⁰ RJ 2009, 4167.

La situación de excedencia por cuidado de familiares se establece en favor del cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

Asimismo se podrá adoptar esta modalidad de excedencia por el funcionario de carrera para atender el cuidado de un familiar hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, y que no pueda valerse por sí mismo por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, ni desempeñe actividad retribuida alguna.

En este caso, se establecen las siguientes condiciones para los funcionarios de carrera en excedencia por cuidado de familiares:

- La duración del período de excedencia no será superior a los tres años ante cualquiera de los hechos causantes previstos en el art. 89.4 EBEP. Con anterioridad a esta regu-

En mi opinión, el precepto es claro y se refiere expresamente y en varias ocasiones a los funcionarios de carrera: en el art. 85, cuando menciona la excedencia como una situación administrativa en la que se puede encontrar el funcionario de carrera; en el art. 89.1 EBEP, para enumerar las excedencias de las que es titular el funcionario de carrera, y en el art. 89.4 expresamente para reconocerle el derecho a la excedencia por cuidado de hijos. Por ello, habría que aplicar la regla «in claris, non fit interpretatio». En el mismo sentido, haciendo una interpretación literal del precepto, R. CRISTOBAL RONCERO, R. AGUILERA IZQUIERDO y N. GARCÍA PIÑERO («Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», en AAVV: El Estatuto Básico del Empleado Público, vol. II, XIX Congreso Nacional de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales nº 89. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, pág. 529), que, sin embargo, matizan su apreciación al recordar que la STC 240/1999, de 20 de diciembre, declaró el derecho a la excedencia por cuidado de hijos para aquellos funcionarios interinos que llevan mucho tiempo en esta situación, por lo que dichas autoras concluyen que la duración de la interinidad será decisiva para determinar si el funcionario interino tiene o no derecho a dicha excedencia.

lación, el tiempo previsto era de un año para el cuidado de un familiar.

Por otra parte, recordemos que el ET diferencia entre tres años de duración máxima de la excedencia por cuidado de hijos y dos años para el cuidado de familiares (art. 46.3 ET).

- El período de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando surja un nuevo sujeto causante que genere derecho a una nueva excedencia, el inicio del período de la misma dará fin al periodo de la excedencia que con anterioridad se viniera disfrutando.

- Cuando dos funcionarios generen el derecho a disfrutar la excedencia por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo cuando existan razones justificadas que afecten al funcionamiento de los servicios prestados por ellos.

- A diferencia de la excedencia por agrupamiento familiar, será computable el tiempo de excedencia por cuidado de familiares a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación. Se modifica así el art. 29.4 párr. 5º LMRFP por la Disp. Adicional 19ª Dos LOI.

- El puesto de trabajo del excedente por cuidado de familiares se reserva, al menos, durante dos años. Después de este tiempo, la reserva solamente garantizará un puesto en la misma localidad y de igual retribución (en modificación del art. 29.5 párr. 5º LMRFP por la Disp. Adicional 19ª Dos LOI).

En el art. 46.3 ET, el derecho a la reserva del puesto de trabajo se limita al primer año de duración de la excedencia mencionada.

- Durante el tiempo de excedencia por cuidado de familiares, los funcionarios podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración, con lo que se facilita la conciliación al tiempo que no se

menoscaba la formación profesional del empleado público⁴².

Por otro lado, se sigue manteniendo en el art. 46.3 ET la referencia a las familias numerosas para ampliar los períodos de reserva del puesto de trabajo en estas excepciones, mientras que dicha referencia no aparece en el EBEP.

El régimen de excedencias previsto no es aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas mencionadas, que según el art. 92 EBEP debe regirse por el ET y por los convenios colectivos que le sean de aplicación. No obstante, estos últimos pueden prever la aplicación de lo dispuesto en el EBEP que resulte compatible con el ET (art. 92, párr. 2º EBEP).

2.7.3. Reducciones de jornada

En segundo lugar, están las reducciones de jornada. Los supuestos en los que se reconoce el derecho a la reducción de la jornada normal se encuentran incluidos dentro del art. 48 EBEP, dedicado en general a los «permisos de los funcionarios públicos». En este sentido destacan los siguientes:

– *Por lactancia de un hijo menor de 12 meses*, se puede solicitar una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho puede ser ejercido de manera indistinta por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen (art. 48. f) EBEP).

A diferencia de la regulación descrita, en el art. 37.4 ET se permite la acumulación en jornadas completas, en los términos previstos en la negociación colectiva, o en el acuerdo al

que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

– *Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto*. La reducción de la jornada del funcionario o la funcionaria será de hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones (art.48. 1.g) EBEP).

En sentido similar se regula esta causa de reducción de jornada en el art. 37. 4 bis ET, señalando un máximo de dos horas de reducción de la jornada y la disminución salarial correlativa. No obstante, el ET prevé la posibilidad de que se produzca la ausencia al trabajo con el límite de una hora, mientras que ese límite se eleva a dos horas, cuando estamos ante la regulación del EBEP.

– *Por razones de guarda legal*, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de 12 años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida. También en este supuesto, se produce la disminución de las retribuciones en proporción al tiempo de jornada de trabajo reducido (art. 48. 1.h) EBEP).

Según el art. 37.5 ET, el menor no será mayor de ocho años salvo que tenga deficiencia física, psíquica o sensorial. La disminución del salario en este caso tiene establecido un límite mínimo de 1/8, y uno máximo de la mitad de la duración de la reducción de la jornada de trabajo.

El art. 30.1 letra g) LMRFP es modificado por la Disp. Adicional 19ª Diez LOI, incorporando el mismo contenido que el previsto por el art. 48.1 h) EBEP antes analizado.

– *Por el cuidado directo de un familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida*. La reducción de la jornada afecta proporcionalmente a

⁴² DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M^a.: «El principio de igualdad...», Ob. cit., pág. 236.

la reducción de las retribuciones del funcionario público (art. 48.1. h) EBEP).

En este caso, el art. 37.5 ET prevé la disminución proporcional del salario entre, al menos un tercio, y un máximo de la mitad de la duración de dicha reducción.

– *Por el cuidado de un familiar de primer grado, por razones de enfermedad muy grave*, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el 50% de la jornada laboral, con carácter retribuido y por el plazo máximo de un mes. Si el mismo hecho causante generase el derecho a la reducción de más de un titular, el tiempo de disfrute de esa reducción se puede prorratear entre los citados titulares respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes (art. 48.1.i) EBEP).

Este hecho causante de la reducción de jornada no aparece establecido en el ET, pero sí en el art. 30.1.g bis) LMRFP, añadido por la Disp. Adicional 19ª Once LOI, que incorpora el mismo contenido que el EBEP.

2.8. Derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo

Uno de los principios rectores de la política social y económica de los establecidos en la Constitución, recoge el mandato constitucional a los poderes públicos para que velen por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). En cumplimiento de dicho mandato, se aprobó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL), que define su objeto en el art. 2, como el de «promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo».

La LPRL incluye dentro de su ámbito de aplicación no solo las relaciones laborales reguladas en el ET, sino también las de carác-

ter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aunque prevé para estos últimos, la posibilidad de incorporar peculiaridades en la propia Ley o en sus normas de desarrollo (art. 3.1 LPRL). En este sentido, conviene destacar los siguientes aspectos:

- La adaptación de la normativa general de la AGE se ha llevado a cabo principalmente a través del RD 67/2010.
- Las materias que contienen la adaptación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en el ámbito de la AGE tienen relación con el Plan Global de Prevención de Riesgos Laborales, la participación y representación de los trabajadores, organización de la prevención, control y responsabilidades.
- Es preciso tener presente además el Acuerdo Administración-Sindicatos sobre adaptación de la normativa de prevención de riesgos laborales (Resolución de 23 de julio de 1998).
- Determinadas actividades quedan excluidas de la normativa general (art. 3.2 LPRL): policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de riesgo grave, catástrofe o calamidad pública, Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil⁴³.
- La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo 2007-2012 ha señalado la necesidad de mejorar la eficacia de la prevención de riesgos laborales en el marco de las Administraciones Públicas, además de expresar que resulta imprescindible la implicación de los empleados públicos en el diseño y desarrollo de la acción preventiva.

⁴³ Los Capítulos III, V y VII LPRL han de aplicarse de acuerdo con lo previsto en la regulación específica militar (Disp. Adic. 9ª LPRL).

La AGE tiene el deber de garantizar la seguridad y la salud de los empleados públicos a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, debe prevenir los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de sus empleados públicos.

La prevención de riesgos laborales que lleve a cabo la AGE ha de incorporarse al sistema general de gestión del que disponga la misma, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de la misma, mediante la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales.

En el plan de prevención de riesgos laborales, la AGE debe incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos. Dicha información ha de estar disponible para la autoridad laboral, las autoridades sanitarias y los representantes de los trabajadores (arts. 3.3.a, .b, .d y .e RD 67/2010).

2.9. Jornada, permisos y vacaciones

En el art. 56 LOI se establece un mandato para que el legislador disponga un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, además del mandato específico para reconocer un permiso de paternidad.

El mandato al legislador se cumple en la propia Ley y en el EBEP. Por su parte, la Disposición Adicional 19ª LOI incluye las modificaciones necesarias que deben ser introducidas en el régimen jurídico aplicable a la función pública. Dicha normativa general para los empleados públicos de la AGE y de los

demás organismos públicos vinculados o dependientes de ella, se entenderá completada con las mejoras que puedan derivarse de los acuerdos alcanzados por la Administración mencionada y por los organismos públicos señalados, con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública. El legislador se refiere, por ejemplo, al II Convenio Colectivo Único.

El art. 14.m) EBEP reconoce el derecho a las vacaciones, descansos, permisos y licencias⁴⁴.

2.9.1. La jornada

Para los funcionarios públicos, la jornada la establecerá la Administración Pública a la que pertenezcan, como señala el art. 47 EBEP, tanto si se trata de una jornada general, o de jornadas especiales de trabajo. También serán las Administraciones quienes decidan si la jornada será a tiempo completo o parcial.

Por su parte, el art. 37.1.m) EBEP se refiere a que son materia de negociación colectiva «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».

En materia de relaciones laborales, el art. 34 y siguientes del ET contiene una regula-

⁴⁴ Aún no se ha elaborado la Guía Práctica para la aplicación de los permisos y licencias en el ámbito de la Administración General del Estado. Su elaboración se prevé en el art. 7.a) sobre permisos, de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

ción pormenorizada de normas que se consideran mínimas indisponibles en perjuicio del trabajador.

2.9.2. *Los permisos*

El EBEP se ocupa de los permisos en dos artículos distintos: el art. 48 EBEP está dedicado a los permisos con carácter general, e incluye los permisos por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar, y por lactancia de un hijo menor de 12 meses.

Por su parte, el art. 49 EBEP regula los permisos específicos, que engloba bajo el título «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género», disponiendo el régimen jurídico del permiso por parto, por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple; el permiso por paternidad, y, por último, el permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria.

– *Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad.* Se trata de un permiso de tres días hábiles, que se elevan a cinco días hábiles cuando implique desplazamiento (art. 48.1.a) EBEP). Este supuesto se incorpora como letra a) bis del art. 30.1 LMRFP, y, como hemos señalado, ya está previsto en el EBEP, con lo que se produce una reiteración normativa.

– *Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.* En este caso, el permiso es de dos días hábiles, o de cuatro en caso de requerir desplazamiento (art. 48.1.a) EBEP). De nuevo nos encontramos ante la reiteración normativa a la que antes hacíamos referencia.

En el art. 37.3.b) ET, este permiso es de dos días naturales (o cuatro, si requiere desplazamiento) incluyendo hasta parientes de

segundo grado, y dentro de los hechos causantes incluye también el nacimiento de hijo, así como la hospitalización o la intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario.

– *Por lactancia de un hijo menor de 12 meses.* Por esta causa, se genera el derecho a un permiso de una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones. Este derecho podrá ser sustituido por una reducción de jornada, como hemos señalado. Del mismo modo, la funcionaria puede solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido por acumulación de las jornadas completas del tiempo correspondiente, e incrementado proporcionalmente en caso de parto múltiple (art. 30.f) LMRFP).

El permiso por lactancia previsto en el art. 37.4 ET exige que se trate de un hijo menor de nueve meses, por lo que la regulación del permiso para los funcionarios públicos es más favorable que para los trabajadores por cuenta ajena, además de permitir una mayor flexibilidad en su aplicación práctica⁴⁵.

2.9.3. *Las vacaciones*

En el art. 59 LOI se establece la garantía en favor de la empleada pública al servicio de la AGE o de alguno de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, de su derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan, siempre y cuando el periodo de vacaciones haya coincidido con algunas de las situaciones siguientes:

- Incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural.

⁴⁵ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M^a.: «El principio de igualdad...», Ob.cit., pág. 238.

- Permiso de maternidad, o su ampliación por lactancia.
- Permiso de paternidad.

De este modo, las situaciones mencionadas reciben un tratamiento idéntico en materia de vacaciones. Pero el legislador deja fuera los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural⁴⁶.

Además de la presente garantía se permite su mejora mediante los acuerdos suscritos entre la AGE o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, con la representación de los empleados y empleadas al servicio de la Administración Pública. En este sentido, el art. 45.3 II del Convenio Colectivo Único establece el derecho a acumular el periodo de disfrute de vacaciones junto con el permiso de maternidad, lactancia, paternidad, adopción y acogimiento, aún habiendo expirado ya el año natural al que corresponda tal periodo. Se añade para el supuesto de baja por maternidad que se interrumpa el periodo vacacional coincidente con la situación de baja, de modo que pueda disfrutarse de las vacaciones una vez haya concluido el periodo del permiso por maternidad.

Por tanto, la negociación colectiva en el ámbito de la AGE se había adelantado parcialmente al contenido ahora previsto en el art. 59 LOI. El contenido del art. 45.3 II del Convenio Colectivo Único no hace sino reflejar lo ya establecido en el Plan Concilia.

Desde otro punto de vista, conviene hacer mención de la doctrina jurisprudencial establecida en la STSJCE de 18 de marzo de

⁴⁶ Como se señala en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Coord.): *Igualdad de mujeres y hombres...*, Ob. cit., pág. 400. En este sentido, el legislador está exigiendo que se haya provocado un daño efectivo, y no sólo un riesgo, para la gestante o para la madre, que les hace encontrarse en situación de incapacidad temporal.

2004⁴⁷, que es acogida, de este modo, por el art. 59 LOI, como también por el art. 38.3 p. 2º ET (en virtud de la Disposición Adicional 11ª Seis LOI). Con anterioridad a los textos legales mencionados, la doctrina del TSJCE había sido asumida por el Tribunal Supremo⁴⁸, y más recientemente por la STC 324/2006, de 20 de noviembre, que ha reconocido esta garantía en el disfrute del derecho a las vacaciones de una trabajadora una vez finalizado el permiso por maternidad.

Tanto el art. 58 LOI, el art. 38.3 p. 2º ET, como el TC y el TS aceptan expresamente la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia⁴⁹, jurisprudencia que ahora se ve ampliada, a los supuestos de incapacidad temporal por embarazo, parto, y lactancia natural.

Respecto de la duración de las vacaciones en estos supuestos, el TJUE entiende que debe prevalecer el derecho nacional frente al establecido en la Directiva 93/104/CEE⁵⁰, que sea más favorable a los intereses del trabajador.

Por su parte, el art. 58 LOI va más allá, y amplía los supuestos reconociendo el derecho al disfrute de las vacaciones, no sólo ante los

⁴⁷ TJCE 2004, 69,

⁴⁸ STS 10 noviembre 2005 (RJ 2005, 10084).

⁴⁹ STJCE 18 marzo 2004, Asunto C-342/01, Merino Gómez (TJCE 2004/69), relativo al disfrute de las vacaciones anuales en un período distinto del periodo de permiso de maternidad. Vid. CHARRO BAENA, P.: «Incidencia de la maternidad en el derecho a vacaciones. Especial referencia a la STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/2001, Merino Gómez/Continental Industrias de Caucho», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y realidades*. Aranzadi, Navarra, 2006. Vid. MARTÍNEZ MORENO, C.: «Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de vacaciones. En particular, sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad. Comentario a la sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004», AS nº 3, 2004.

⁵⁰ Aunque la Directiva 93/104/CEE ha sido derogada por la actual Directiva 2003/88/CE, no obstante la interpretación que el TJCE realiza de los artículos mencionados es trasladable en su totalidad a la nueva Directiva, que los transcribe literalmente en sus preceptos.

ya señalados en el art. 38.3 pár. 2º ET, sino también ante los supuestos de acumulación en jornadas completas del periodo de lactancia, supuesto este último que mejora la regulación del ET⁵¹. Esta ampliación trae como consecuencia una disparidad de regímenes jurídicos en esta materia para los empleados públicos, en función de si son funcionarios o laborales, al aplicarse a los primeros la ampliación del art. 58 LOI, mientras que los segundos sólo se benefician de lo dispuesto en el art. 38.3 pár. 2º ET.

En todo caso, el derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta a la de las situaciones antes mencionadas, aunque haya terminado el año natural al que correspondan, no permite el disfrute en cualquier momento de los días de vacaciones que han coincidido con los periodos de suspensión de la relación de empleo, sino que han de ser disfrutadas al finalizar esa suspensión, esto es, cuando la empleada pública se incorpora tras el periodo de incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural o por el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, o por el permiso de paternidad⁵².

2.9.4. Régimen de jornada, permisos y vacaciones de los empleados públicos laborales

Respecto del régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral

⁵¹ Como afirman MONTROYA MELGAR, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Coord.) *Igualdad de mujeres y hombres...*, Ob. cit., pág. 401, se amplía, en consecuencia, el periodo de 16 semanas, como regla general, de suspensión de la relación de trabajo en el número de días que correspondan por dicha acumulación. En contraste con esta situación en el empleo público, sin embargo, en la relación laboral común «al no tenerse en cuenta esta posibilidad, si el período de vacaciones coincide con el período de lactancia acumulada, no podrán disfrutarse las vacaciones en una fecha distinta».

⁵² MONTROYA MELGAR, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Coord.): *Igualdad de mujeres y hombres...*, Ob. cit., pág. 401.

al servicio de las Administraciones Públicas, se aplica lo dispuesto en el Capítulo V EBEP, y en la legislación laboral correspondiente (art. 51 EBEP). En este sentido, es preciso acudir al EBEP, en algunos supuestos; al ET, en otros, y también al II Convenio Colectivo Único. Este último texto convencional ha entrado en vigor con anterioridad a la LOI y al EBEP, por lo que algunos contenidos son menos favorables para los empleados públicos laborales que los derivados del EBEP o del ET modificados por la LOI. En todo caso, destaca el esfuerzo de las partes negociadoras por incorporar las materias objeto de tratamiento en el Plan Concilia.

Como ya hemos señalado, el art. 51 EBEP prevé la aplicación al personal laboral del régimen de jornada, permisos y vacaciones establecido en el propio EBEP y en la legislación laboral correspondiente. Se plantea, en este sentido, un problema aplicativo cuando el permiso previsto en el EBEP prevé un número de días de disfrute o requisitos distintos respecto de los previstos en el ET.

2.9.5. La polémica aplicación de los arts. 48 y 49 EBEP en relación con el art. 51 EBEP

Bastante polémica han generado los arts. 48 y 49 EBEP, que regulan los permisos, el primero, de los funcionarios; el segundo, los que tienen su causa en la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, y por razón de violencia de género. El art. 48 EBEP opera en defecto de legislación aplicable, por lo que su contenido tiene carácter subsidiario. Llama la atención que las condiciones que el art. 48 EBEP incluye son mucho más favorables que las previstas en la legislación laboral (aunque la negociación colectiva laboral en el ámbito público consiga recortar las diferencias), por ejemplo, por fallecimiento de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, se conceden tres días hábiles de permiso, cuando el suceso se pro-

duzca en la misma localidad, mientras que serán cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.

Muy distinto es el contenido del art. 49 EBEP, porque comienza titulándose «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género», y se señala que «en todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas», de forma que nos encontramos ante normas mínimas de derecho necesario no reservadas a los funcionarios, sino aplicables a todos los empleados públicos. De todos modos, la regulación que se establece de dichos permisos es muy similar a la prevista en la legislación laboral, a excepción de lo que hemos analizado con anterioridad.

Con carácter general, podemos afirmar que los permisos previstos en el EBEP establecen condiciones mejores para los empleados públicos laborales que las previstas en el ET, tras la reforma de que es objeto por la LOI. Esas mejoras se producen tanto en relación con nuevos permisos (por ejemplo, para someterse a técnicas de reproducción asistida), como en cuanto al tiempo de disfrute de los permisos (por ejemplo, respecto del permiso por paternidad).

En este contexto, la previsión del art. 51 EBEP sobre jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral, señala que «se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente».

Con el fin de evitar injustificados agravios comparativos entre los dos colectivos de personal al servicio de las Administraciones públicas (funcionarios y laborales), el EBEP entiende aplicables las previsiones anteriormente comentadas, sobre jornada, permisos y vacaciones, no sólo a los primeros sino también a los segundos. Pero añade que también será aplicable a los empleados públicos laborales, la legislación laboral al respecto.

Se plantea, en este sentido, un problema aplicativo cuando el permiso previsto en el EBEP prevé un número de días de disfrute, o requisitos distintos respecto de los previstos en el ET, como sucede respecto del permiso por paternidad, entre otros.

En relación con la polémica a la que me refería anteriormente, el art. 51 EBEP determina que «para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente». Como el legislador se remite tanto al EBEP como a la legislación laboral, se plantea el interrogante, de cuál de ellas se aplicaría con preferencia, en caso de que los contenidos de una y otra en materia de permisos, no coincidan sino que sean divergentes o contrarios. Un sector doctrinal considera que la legislación laboral sólo se utilizaría de forma subsidiaria⁵³. No obstante, el art. 48 EBEP comienza diciendo que «en defecto de la legislación aplicable, los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes», y el título de este artículo dice «Permisos de los funcionarios públicos». Por eso, otro sector doctrinal considera que este artículo se aplicaría a los empleados públicos funcionariales, pero no a los laborales, que disponen de su propia normativa. Añade esta doctrina citada en segundo lugar que tan solo en defecto de normativa laboral, operaría el art. 48 en las relaciones laborales de empleo público⁵⁴.

2.9.6. *El II Convenio Colectivo Único*

Por otro lado, se refiere a la cuestión de los permisos el art. 47 II Convenio Colectivo Único. Si la norma convencional establece un

⁵³ MARTÍNEZ FONS: «La regulación de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral de las Administraciones públicas», en AA. VV: (DEL REY, Dir.): *Comentarios...*, cit., pag. 637.

⁵⁴ J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *La relación laboral especial...*, cit., pág. 240.

mejor derecho, tiene preferencia de aplicación sobre el contenido legal, en virtud del principio de norma más favorable.

En ocasiones, como por ejemplo en el permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves de un familiar, nos encontramos con que el art. 37.3.b) ET no distingue más que dos días (o cuatro, en caso de desplazamiento), en favor de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Por su parte, tanto el art. 48.1.a) EBEP como el art. 47.c) II Convenio Colectivo Único prevén tres días hábiles (cinco, en caso de desplazamiento) en casos de muerte, accidente o enfermedad graves u hospitalización del cónyuge o pareja de hecho acreditada o de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad; el tiempo de disfrute queda rebajado en el art. 47.d) II Convenio Colectivo Único a dos días hábiles (cuatro, en caso de desplazamiento) para los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. De modo similar podemos referirnos al permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses, previsto en el 48.1.f) EBEP, que se reduce, reconociéndose por lactancia de un hijo menor de nueve meses, en el caso del 37.4 ET.

En estos supuestos, debemos acudir al principio de la norma más favorable, para seleccionar el contenido más ventajoso para el empleado público laboral. De este modo, sería aplicable con preferencia el art. 48.1.a) y f) EBEP.

2.10. Derecho a la jubilación

El EBEP introduce novedades en materia de jubilación, además de las que incluye sobre las causas de extinción o pérdida de la relación de servicio de los funcionarios públicos. En este sentido, el art. 67.1 EBEP establece las distintas modalidades de jubilación de los funcionarios, esto es, voluntaria, forzosa, por declaración de incapacidad permanente, así como la jubilación parcial.

La jubilación forzosa se prevé a los sesenta y cinco años de edad, siendo declarada de oficio. Se establece la posibilidad de que se pueda solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta los setenta años de edad⁵⁵, en los términos previstos en las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP.

Se mantiene la posibilidad prevista en el art. 39.4 LFCE de 1964, que el EBEP no deroga expresamente, de prorrogar el servicio activo hasta que el funcionario alcance el mínimo de servicios computables para causar haberes pasivos de jubilación.

No obstante, la norma general señalada sobre la jubilación forzosa no es aplicable a aquellos funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación, como es el caso de la carrera judicial o el personal militar.

Tanto la jubilación voluntaria como la jubilación parcial se producen a solicitud del funcionario, cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. En este punto, existen distintas reglas según la rama jurídica que analicemos:

- El art. 28.2.b) Ley de Clases Pasivas del Estado recoge la regla general de que el solicitante tenga cumplidos sesenta años y reúna treinta de servicios efectivos.
- El art. 161.3 TRLGSS exige haber cumplido sesenta y un años y treinta de cotización efectiva.

Por su parte, el EBEP prevé que por Ley de las Cortes Generales y en el marco de la planificación de los recursos humanos se puedan

⁵⁵ De lo dispuesto sobre la edad de jubilación forzosa, quedan exceptuados los colectivos de funcionarios que dispongan de normas estatales específicas de jubilación.

establecer, excepcionalmente, condiciones especiales para la jubilación voluntaria (art. 67.2 EBEP).

Resulta novedosa la referencia a la jubilación parcial en la legislación básica de función pública; no así en la legislación de Seguridad Social, puesto que el art. 166 TRLGSS prevé dicha posibilidad, cuando se cumplan los requisitos para la jubilación o todos ellos salvo la edad, siempre que falten cinco años o menos para alcanzarla. El jubilado parcialmente mantiene el puesto de trabajo, pero sus retribuciones son reducidas.

Por lo que se refiere a la jubilación por incapacidad permanente, procede si esa incapacidad es declarada para el ejercicio de las funciones propias del cuerpo o escala donde trabaja el funcionario, o bien por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala. Esta modalidad de jubilación no experimenta variaciones respecto de lo previsto con anterioridad al EBEP.

Por último, el art. 67 guarda relación con la Disposición Adic. 6ª EBEP, que obliga al Gobierno a presentar en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de que se amplíe la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos.

2.11. Derecho a las prestaciones de la Seguridad Social

En virtud del art. 7.1.c) TRLGSS, los funcionarios públicos (civiles y militares) que ejerzan su actividad en territorio nacional están comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva. El art. 10.2.d)

TRLGSS prevé que dichos funcionarios públicos disfrutarán de un Régimen Especial, necesitando de una Ley específica que se dicte al efecto (art. 10.3 TRLGSS). La normativa básica al respecto la constituye el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (aprobado por RD Legislativo 670/1987, de 30 abril).

Los derechos de Seguridad Social que se reconocen a los empleados públicos son los previstos en los siguientes regímenes:

2.11.1. *El Mutualismo administrativo*

El Mutualismo administrativo incluye las mutualidades obligatorias de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), la de los funcionarios militares, que es el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), y la de los funcionarios de la Administración de Justicia, que es la Mutualidad General Judicial (MUGEJU).

Las prestaciones reconocidas a los beneficiarios de MUFACE son las recogidas por el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el TRLGSS de los Funcionarios Civiles del Estado, y que incluye las siguientes prestaciones: asistencia sanitaria, subsidio por incapacidad temporal, prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, prestaciones para la remuneración de la persona encargada de la asistencia al gran inválido, indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades, causadas por enfermedad profesional en acto de servicio o como consecuencia del mismo, Servicios Sociales, asistencia social en situaciones de necesidad, prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido, y ayudas económicas en caso de parto múltiple.

2.11.2. *El régimen de Clases Pasivas del Estado*

Respecto a las prestaciones de las Clases Pasivas del Estado, reguladas en virtud del

Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del estado (LCPE, aprobado por RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril), se trata de prestaciones de carácter económico, destacando fundamentalmente las pensiones de jubilación, incapacidad y muerte y supervivencia.

El ámbito personal de aplicación de este régimen de Clases Pasivas está previsto en el art. 2 LCPE, que incluye, principalmente, a los funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado, el personal militar de carrera, los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia, de las Cortes Generales, de otros órganos constitucionales o estatales si lo prevé su legislación reguladora, el personal transferido a las Comunidades Autónomas; el personal en prácticas pendiente de incorporación definitiva, los ex miembros del Gobierno y otros ex altos cargos a los que se refiere el art. 51 LCPE (entre otros, los Presidentes del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo).

2.12. Los derechos fundamentales de los empleados públicos reconocidos en el art. 14 EBEP

2.12.1. Aspectos generales

La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano⁵⁶, pero puede condicionar su ejercicio⁵⁷, de modo que manifestaciones de esos derechos que, en otro contexto, pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo dentro del ámbito de esa relación contractual⁵⁸.

⁵⁶ SSTC 197/1998, de 13 de octubre (FJ 2º), 151/2004, de 20 de septiembre (FJ 7º).

⁵⁷ SSTC 6/1988, de 21 de enero (FJ 6º), 186/1996, de 25 de noviembre (FJ 3º), 80/2001, de 26 de marzo (FJ 3º).

⁵⁸ SSTC 99/1994, de 11 de abril (FJ 4º), 94/1995, de 19 de junio (FJ 5º), 197/1998, de 13 de octubre (FJ 2º), 151/2004, de 20 de septiembre (FJ 7º).

Ello es debido a que la inserción en la organización ajena empresarial modula los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, aunque solo sea en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva⁵⁹; de igual modo, esa modulación ha de ser proporcional y adecuada a la consecución de los legítimos intereses empresariales⁶⁰. La diferencia entre los empleadores privados y los públicos se puede constatar en que los segundos están más comprometidos que los primeros en el respeto a los derechos de la persona del trabajador, ya que sobre ellos pesa tanto la obligación de abstención a la hora de permitir su ejercicio, como el deber de protección y promoción de los mismos.

No obstante, la problemática respecto de los derechos fundamentales y su ejercicio es bastante similar en el ámbito del empleo público, si la comparamos con la que se produce en las relaciones laborales privadas, pero con los matices que veremos.

El principio de autonomía de la voluntad de las partes de la relación laboral ofrece un campo de libertad de los sujetos de la relación, que se matiza con los límites previstos, como el principio de no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», como señala el art. 17.1 ET. Este principio también está previsto en el art. 14.i EBEP para todos los empleados públicos, por lo que tanto los laborales como los funcionarios se encuentran dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, como todo ciudadano al que se aplica el art. 14 CE.

⁵⁹ SSTC 99/1994 (FJ 4º), de 11 de abril, 186/1996, de 25 de noviembre (FJ 3º), 126/2003, de 30 de junio (FJ 4º).

⁶⁰ SSTC 20/2002, de 28 enero (FJ 4º), 213/2002, de 11 de noviembre (FJ 7º).

No sucede lo mismo con el principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley, establecido en el art. 14 CE, que no es extensible al ámbito privado de las relaciones individuales, sino más bien a las relaciones de carácter público, al obligar a excluir las diferencias de trato arbitrarias en la regulación de los supuestos legales y en la aplicación de la normas, lo que señala como principales destinatarios de la obligación de cumplir este principio, a los poderes públicos, y dentro de estos, fundamentalmente al legislador y a los órganos encargados de aplicar las leyes⁶¹.

En el ámbito de las Administraciones públicas, el principio de eficacia puede justificar tratos diferenciados que incentiven el trabajo del personal, pero si concurren los requisitos de la justificación, razonabilidad y proporcionalidad de dichas medidas singulares, se permitirá la adopción por la Administración, de dichas medidas, que no serán calificadas de arbitrarias.

En todo caso, el margen de autonomía que disfruta la Administración a la hora de la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos laborales, estableciendo las mejoras que hemos señalado, ha de observar más límites que en el sector privado, puesto que el principio de igualdad rige más intensamente junto a la prohibición de arbitrariedad.

Desde otro punto de vista, como estamos viendo a lo largo del análisis del art. 14 EBEP, el legislador ha intentado homogeneizar las condiciones laborales de todos los empleados públicos, pero, aún así, sus intentos se han visto frustrados por las diferencias entre los dos regímenes jurídico funcional y laboral, en cuanto a que los empleados públicos sometidos a una u otra rama jurídica tienen diferencias en muchos aspectos, como

que han ingresado en la Administración de distinto modo, tienen distinta jornada, distintos permisos, etc.

2.12.2. Derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social

Con la incorporación de este derecho en el art. 14 EBEP se trasponen, en la normativa estatal sobre función pública, las previsiones de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en relación con el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Para profundizar en la efectividad de este derecho, la Disposición Adicional 8ª EBEP prevé que las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral, de modo que han de adoptar medidas que estén enfocadas a evitar toda discriminación laboral entre mujeres y hombres. A este mismo objetivo se dirige el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2008-2011).

No obstante, conviene recordar que se considera legítima desde el punto de vista constitucional del principio de igualdad, aquella normativa o aquel acto de los poderes públicos que incluya condicionamientos diferenciales y regule efectos o consecuencias jurídi-

⁶¹ J. M. LÓPEZ GÓMEZ: La relación laboral especial..., cit., pág. 244.

cas distintas que pretendan favorecer una equiparación material en el puesto de trabajo⁶². Lo que no resulta constitucionalmente lícito es determinar el régimen jurídico de una relación laboral en función, solamente, del sexo de los trabajadores, salvo que sea una circunstancia fáctica relevante en la aplicación de las normas⁶³.

2.12.3. Libertad de expresión

La Constitución reconoce en su art. 20.1 el derecho de los ciudadanos a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones, así como el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz.

La libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma pueda disgustar o molestar a quien se dirige⁶⁴. Mientras que las opiniones vertidas en el ejercicio de la libertad de expresión no requieren de la prueba de la veracidad, sin embargo, en el ejercicio de la libertad de información sí es necesario adoptar la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto. No obstante, la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva o incontestable de los hechos⁶⁵.

En virtud de la STC 243/1997, de 25 noviembre (FJ 1º), el valor preponderante de las libertades del art. 20 CE solo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por la materias a que se refieren y por las personas que intervienen, y contribuyan a la formación de la opinión pública.

⁶² STC 166/1988, de 26 septiembre (FJ 2º).

⁶³ STC 28/1992, de 9 marzo (FJ 2º).

⁶⁴ STC 20/2002, de 28 de enero (FJ 4º), 189/1999. No obstante, la crítica no puede amparar «el derecho al insulto» (SSTC 148/2001, 105/1990, 172/1990)..

⁶⁵ SSTC 6/1988, de 21 enero (FJ 5º), 197/1998, de 13 octubre (FJ 5º), 139/1995, de 26 septiembre, 6/1996, de 16 de enero, 21/2000, de 31 enero (FJ 5º), 126/2003, de 30 junio (FJ 4º).

En el artr. 14.k EBEP no se menciona el derecho de información, lo que ha sido relacionado con el art. 53.12 EBEP, en el sentido de que este último fija como un principio ético del empleado público el deber de mantener la debida discreción sobre los asuntos que conozca por razón de su cargo, no pudiendo utilizar esa información en su propio beneficio o en el de terceros, ni en perjuicio del interés público⁶⁶.

En el ámbito de las relaciones laborales, la libertad de expresión posee limitaciones específicas derivadas de la propia relación laboral, más allá de las genéricas contenidas en el art. 20.4 CE⁶⁷. En concreto, el ejercicio de dicha libertad debe desarrollarse conforme a las exigencias de la buena fe⁶⁸, para que no se convierta en una utilización ilícita o abusiva del ejercicio del derecho⁶⁹.

El mandato de que la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), como también que se trate de una información de relieve público o la trascendencia pública constituyen factores fundamentales a la hora de ponderar el deber de buena fe en el ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, el Tribunal Constitucional ha destacado la innecesariedad de la diferenciación a priori entre personal laboral o funcionarial, cuando se trata de ejercer la libertad de expresión en el ámbito de las Administraciones Públicas, porque se entiende que lo decisivo es el carácter de «servicio público» que concurre tanto en las relaciones funcionariales como en las laborales con las Administraciones Públicas.

Unidos a los anteriores, se sitúan otros factores, como el «*animus nocendi*» o intención del empleado público de dañar y despresti-

⁶⁶ J. M. LÓPEZ GÓMEZ: La relación laboral especial..., cit., pág. 250.

⁶⁷ STC 1/1998, de 12 enero (FJ 3º).

⁶⁸ SSTC 1/1998, de 12 enero (FJ 3º), 204/1997, de 25 noviembre (FJs 3º y 4º).

⁶⁹ STC 88/1985, de 19 julio (FJ 2º).

giar al empleador, poner en entredicho públicamente la autoridad de los superiores jerárquicos, o poner en compromiso el buen funcionamiento del servicio, además de la necesaria disciplina. Todos estos elementos son relevantes cuando se está valorando si se ha respetado la buena fe contractual o si se ha sobrepasado el ámbito de ejercicio lícito de la libertad de expresión⁷⁰.

Además de los límites de todo ciudadano en el ejercicio de este derecho fundamental, el funcionario tiene fijados otros límites, puesto que el grado de jerarquización y de disciplina interna suponen factores, entre otros, que han de ser apreciados para comprobar si se ha producido una transgresión de los límites en el ejercicio de ese derecho al ponerse en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, o al comprometer el buen funcionamiento del servicio⁷¹.

Requiere especial atención el ejercicio de la libertad de expresión por los representantes sindicales, porque a esa libertad se une el derecho fundamental a la libertad sindical, lo que exige una protección prioritaria frente a los intereses empresariales⁷². De ahí se deriva la legitimidad de algunas expresiones que, aunque puedan dañar la sensibilidad de algunas personas, estén emitidas en una situación de conflicto entre los representantes sindicales y la empresa⁷³.

Por otro lado, la libertad de expresión se limita en su ejercicio cuando los funcionarios son miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, o miembros de las Fuerza Armadas⁷⁴; y para los empleados

laborales, cuando la moral, el orden público o la seguridad nacional lo requieran⁷⁵.

2.12.4. *Derecho a la intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad*

El art. 14.h EBEP garantiza a los empleados públicos el respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral, en términos similares al art. 4.2.e ET⁷⁶, preceptos que traen su causa del art. 18.1 CE, que reconoce y garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se trata de derechos de la personalidad, por lo que tienen carácter irrenunciable, inalienable e imprescriptible⁷⁷.

El derecho a la intimidad de la persona deriva de la dignidad reconocida como derecho fundamental en el art. 10 CE, como el derecho a un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, considerándose que en el lugar de trabajo se ejerce el derecho a la intimidad⁷⁸. Puede haber restricciones al derecho a la intimidad y a la propia imagen, que vengan justificadas por deberes previstos en el propio ordenamiento jurídico, lo que nos reconduce al carácter no absoluto de ningún derecho fundamental, y, por tanto, tampoco del derecho a la intimidad y a la propia imagen. De este modo, si

⁷⁵ STC 66/1982.

⁷⁶ A pesar de la similitud, es necesario matizar que el EBEP menciona el derecho a la propia imagen y el ET no lo hace; o, también, que el EBEP protege frente al acoso laboral, mientras que el ET se refiere al sexual, por razón de sexo, por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. No obstante la jurisprudencia se ha ocupado de reconocer la eficacia de la protección frente al acoso laboral en las relaciones laborales.

⁷⁷ M. L. SEGOVIANO ASTABURUAGA: «Derechos y deberes de los empleados públicos», cit., pág. 225.

⁷⁸ STC 98/2000, de 10 abril (FJ 5º), 186/2000, de 10 julio (FJ 5º).

⁷⁰ CASTILLO BLANCO, F.: «Los derechos individuales...», cit., pág. 145. STC 29/2000.

⁷¹ SSTC 81/1983, 29/2000.

⁷² SSTC 186/1996, de 25 noviembre, 104/1997, de 25 noviembre, 197/1998, de 13 de octubre, 241/1999, de 20 noviembre, 213/2002, de 11 noviembre.

⁷³ STC 198/2004, de 15 noviembre.

⁷⁴ SSTC 241/1999 y 29/2000.

existen intereses constitucionalmente atendibles, podrá verse modulado alguno de los derechos fundamentales, eso sí, de modo proporcionarlo, solo mientras sea imprescindible y siempre que el recorte sea necesario para el fin legítimo previsto⁷⁹.

En el aún vigente art. 13.5 LMRFP se establece que «En la documentación individual del personal de las diferentes Administraciones Públicas no figurará ningún dato relativo a su raza, religión u opinión». Sin embargo, la Administración ha de conocer si el candidato ha sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas, órganos constitucionales o estatutarios o se halla inhabilitado para empleos o cargos públicos por resolución judicial; si alguno de esos casos concurriera, el candidato no podría participar en los procesos selectivos (art. 56.1.d) EBEP).

En la práctica, es frecuente que se planteen denuncias acerca de los mecanismos relativos al control del absentismo en la empresa por razones de salud, y de la utilización de las nuevas tecnologías en la empresa, tales como el correo electrónico, internet o videocámaras.

El derecho del empresario a fijar medidas de vigilancia y control (por ejemplo, control a través de videocámaras, uso del correo electrónico, o internet) del cumplimiento por el empleado de sus obligaciones encuentra un límite en el respeto a la dignidad del trabajador, límite predicable no solo en el ámbito laboral sino también en el funcionarial. No se observan diferencias reseñables entre ambos ámbitos jurídicos en lo relativo a estos derechos a la dignidad y a la propia imagen y a la intimidad personal.

Si nos detenemos en el primer aspecto citado, el control del absentismo por razones

de salud, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales prevé que el tratamiento de los datos relacionados con la salud de los trabajadores no requerirá el consentimiento de los mismos en aquellos supuestos en que el sometimiento a las actuaciones de vigilancia de la salud resulte impuesto directamente por la propia Ley de Prevención, del mismo modo sucede si el trabajador accede voluntariamente a la realización de esas pruebas de control de su salud por la empresa. La razón que justifica que no se exija el consentimiento de los trabajadores es la obligación del servicio de custodia de la historia clínico-laboral de dichos trabajadores. No obstante, se considera ilícito el registro no autorizado de bajas médicas con el objeto de controlar el absentismo⁸⁰.

Respecto de la utilización de las nuevas tecnologías en la empresa, la Ley de Protección de datos de carácter personal ha establecido qué requisitos se deben cumplir para instalar videocámaras en los lugares de trabajo. Del mismo modo, los datos de los trabajadores recabados por el empresario para su tratamiento deben limitarse a los que sean adecuados para el desarrollo de la relación laboral, no pudiendo aplicar los datos obtenidos a otra finalidad distinta de la vinculada al desarrollo de la citada relación. De ahí que se imponga al responsable del fichero, el deber de secreto (art. 10 LOPD).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse declarando que ha de apreciarse el equilibrio entre los medios de vigilancia y control establecidos en ejercicio del poder de dirección del empresario y la injerencia en el derecho a la intimidad del trabajador, de modo que la finalidad que persiguen aquellos no resulte desproporcionada con el sacrificio que comparte en dicho trabajador⁸¹.

⁸⁰ STC 202/1999.

⁸¹ SSTC 98/2000, de 10 abril (FJ 6º) y 186/2000, de 10 julio (FJ 7º).

⁷⁹ SSTC 186/2000, de 10 julio (FJ 5º), 57/1994 (FJ 6º) y 143/1994 (FJ).

Del mismo modo, la instalación de cámaras de vídeo-vigilancia para controlar el desarrollo de la prestación de servicios no vulnera el derecho a la intimidad del trabajador si se realiza de conformidad con el principio de proporcionalidad⁸².

El derecho a la propia imagen ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como «la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto a instrumento básico de identificación y proyección exterior, y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual»⁸³. Se trata de proteger frente a las reproducciones de la imagen que hagan reconocible a la persona, y que afectan a la esfera personal de su titular, aunque no a su honor ni a su intimidad.

Como consecuencia de la protección jurídica del derecho a la propia imagen, se exige el consentimiento del funcionario para el supuesto de que se vaya a reproducir su imagen, aunque sea solo con meros fines de publicidad.

En relación con la orientación sexual, nos encontramos ante un motivo contra cuya discriminación se exige luchar, como establece el art. 13 del Tratado de la Unión Europea y la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000.

2.12.5. *Las medidas contra el acoso sexual y por razón de sexo, el acoso moral y laboral*

• Aspectos generales

Respecto del acoso sexual o por razón de sexo⁸⁴, aparece definido en el art. 7.1 LOI el

⁸² STC 186/2000, de 10 julio (FJ 7º).

⁸³ STC 81/2001.

⁸⁴ En relación con el Derecho europeo, y, en concreto, la Recomendación de la Comisión de las Comuni-

acoso sexual como cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Respecto del acoso por razón de sexo, se concibe como cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

El art. 54.2.g ET considera que el acoso sexual o por razón de sexo constituye un incumplimiento contractual grave, susceptible de despido disciplinario, del mismo modo lo hace el art. 95.b EBEP, al considerarlos faltas muy graves, que pueden conllevar la separación del servicio o el despido, según se trate de personal funcionario o laboral respectivamente. Del mismo modo, el art. 8.13 LISOS tipifica el acoso sexual como ilícito «cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección del empresario». No obstante, en el ámbito de las Administraciones Públicas no cabe la sanción entre Administraciones, por el principio de unidad de caja, lo que parece dejar impune las actuaciones de acoso sexual y por razón de sexo, y acoso moral en el trabajo⁸⁵.

Tanto el EBEP como el ET establecen mecanismos preventivos y sancionadores de las conductas constitutivas de acoso sexual y por razón de sexo de unos empleados contra otros.

Para dicha prevención en el sector público, han de negociarse colectivamente protocolos

dades Europeas de 27 de noviembre de 1991, como primera norma que trata decididamente de llamar la atención sobre el tema del acoso sexual, *vid.* F. A. CASTILLO BLANCO: «Capítulo Cuarto. Los derechos individuales...», *cit.*, pág. 161-163.

⁸⁵ F. A. CASTILLO BLANCO: «Capítulo Cuarto. Los derechos individuales...», *cit.*, pág. 167.

de actuación (ya exigidos por el art. 62 LOI) en los que la Administración se comprometa a dicha prevención, forme a su personal en el deber de respeto de la dignidad de las personas y de su derecho a la intimidad, además del de igualdad de trato entre mujeres y hombres, realice un tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual y por razón de sexo, y que identifique qué persona o personas se responsabilizarán de atender a quienes formulen denuncias o quejas al respecto.

Se añade en el ámbito laboral la falta muy grave cuando el acoso sexual o por razón de sexo se produzca dentro del ámbito de dirección empresarial y este último, conociéndolo, no haya adoptado medidas para impedirlo (art. 8.13 y 8.13 bis LISOS).

En el ámbito laboral no se incorpora el acoso laboral, pero sí se incluye en el EBEP. En efecto, el art. 14. h EBEP se refiere directamente al acoso moral y laboral, considerando faltas muy graves estas conductas (arts. 95.1.b y 95.1.o EBEP).

El acoso moral o «mobbing» consiste en una situación en que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo⁸⁶. Estamos ante una falta muy grave en el ámbito público, estando la Administración obligada a adoptar medidas correctoras de los

⁸⁶ M. L. SEGOVIANO ASTABURUAGA: «Derechos y deberes...», cit., pág. 225. Además de los elementos citados (violencia, de carácter intenso, prolongada en el tiempo y con el fin de dañar psíquica o moralmente al trabajador), algunos autores defienden la existencia de un quinto elemento en la definición del acoso moral o mobbing, que sería la exigibilidad de que se produzcan daños psíquicos en el trabajador afectado.

correspondientes incumplimientos⁸⁷, tal y como se prevé en el art. 45 LPRL, en el cual se disponen los siguientes pasos:

- Inicio del procedimiento por la Inspección de Trabajo, por orden superior, por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal.
- Requerimiento de la Inspección sobre las medidas a adoptar y plazo de ejecución.
- En caso de discrepancia entre los Ministros competentes como consecuencia de la aplicación de este procedimiento, se elevarán las actuaciones al Consejo de Ministros para su decisión final.

• La negociación colectiva como instrumento contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo

La inclusión de la negociación colectiva en la ordenación de la protección contra el acoso sexual tiene una relevancia práctica indudable⁸⁸; entre otras razones, porque implica una participación activa de los representantes de los trabajadores⁸⁹ y, en este caso, de la Administración Pública, quienes se comprometen en la política contra tal tipo de comportamiento, desarrollando la conciencia social contra el mismo.

En segundo lugar, por una razón que es característica típica de la negociación colecti-

⁸⁷ Las Administraciones no serán sancionadas con multas económicas, sino mediante la imposición de medidas correctoras de los incumplimientos que se hayan producido, siguiendo lo dispuesto en el art. 45 LPRL.

⁸⁸ DEL REY GUANTER, S.: *Acoso sexual y relación laboral*, RL 1/1993, pág. 229.

⁸⁹ MONTROYA MELGAR, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (Coord.): *Igualdad de mujeres y hombres...*, Ob. cit., pág. 336 califican de «imprecisión legal» la mención a los representantes «de las trabajadoras y trabajadores», cuando debería decir «de los empleados públicos», incluyendo, por tanto, también a los funcionarios.

va, como es su capacidad de adaptación a los factores variables que dependen de las características propias del ámbito de aplicación del contenido negociado; además de permitir que el contenido regulado pueda perfeccionarse y corregirse en el futuro, atendiendo a los inconvenientes y las ventajas que se demuestran en su aplicación práctica. De ahí que se pueda concluir en la conveniencia de que el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo se plasme por medio de un instrumento negociado.

En este sentido, el II Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2007-2010), y en la misma línea, los últimos acuerdos interconfederales para la negociación colectiva, han hecho hincapié en la necesidad de que esta última mejore el tratamiento del acoso sexual.

• Régimen disciplinario aplicable

Se menciona la normativa de régimen disciplinario que, en el caso de la prestación de servicios para las Administraciones Públicas, hay que remitirla al Título VII EBEP, aplicable a todos los empleados públicos; incluso afectará al personal laboral al servicio de la AGE, como prevé el art. 93.4 EBEP. En lo no previsto por este último texto legal, en materia de régimen disciplinario, será necesario acudir a la legislación laboral (art. 93.4 EBEP) y, en su caso, al Capítulo XIV del II Convenio Colectivo Único.

Respecto del EBEP, el art. 95.2 b) tipifica como falta muy grave «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». De este modo, el Gobierno cumple su compro-

miso incluido dentro de las medidas contra la violencia de género en la AGE del Plan Concilia, como era la de tipificar el acoso sexual como falta muy grave en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

Las sanciones previstas en el art. 96 EBEP pueden alcanzar la separación del servicio de los funcionarios, o la revocación del nombramiento de los funcionarios interinos, previo el procedimiento disciplinario establecido, que sólo es mencionado en el art. 98 EBEP, haciendo una remisión al desarrollo del mismo que ha de llevarse a cabo. Hasta que se produzca ese desarrollo, habrá que acudir al procedimiento de incoación del expediente disciplinario regulado en el RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

Por su parte, el art. 78.2 c) 9 del II Convenio Colectivo Único tipifica como falta muy grave el acoso sexual. Las sanciones aplicables pueden alcanzar desde la suspensión de empleo y sueldo, de tres meses y un día a seis meses, la inhabilitación para promocionarse o ascender, de un año y un día hasta cinco años, el traslado forzoso o el despido (art. 79.1.c) II Convenio Colectivo Único). Asimismo se contiene la obligación de la apertura de expediente disciplinario previo a la imposición de sanciones por infracciones muy graves (art. 80.3 II Convenio Colectivo Único).

• Aplicación del protocolo de actuación

El contenido del art. 62 LOI ha de completarse con la Disp. Final 6ª LOI, donde se prevé que la aplicación del Protocolo de actuación sobre medidas relativas al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en la AGE, tendrá lugar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto que lo apruebe. El Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo regulado en el art. 62 LOI, adoptará, la forma jurídica

de Real Decreto, a efectos de legalidad y de publicidad, con su inserción en el BOE.

Por último, estimamos que no habría impedimento para que el Protocolo se plasmasse dentro del Plan de Igualdad que aprobase el Gobierno, previa negociación entre la AGE y la representación de los empleados públicos.

2.12.6. *Derecho a la libre asociación profesional*

La Constitución reconoce este derecho individual de manera uniforme y común tanto para los empleados públicos laborales como para los funcionarios. Se observa un ejercicio más limitado de esta libertad cuando nos encontramos con funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas, inclusive de Policía Local, por tratarse de institutos armados⁹⁰.

Traemos a la memoria los arts. 22 y 28.1 CE. El derecho reconocido en el art. 22.1 CE garantiza la libertad de asociación con el objeto de conseguir fines que sean lícitos y a través de medios lícitos. En el momento en que se limite o impida ilegalmente el ejercicio de esta libertad, se habrá producido una vulneración de la misma⁹¹. En el art. 28.1 CE se reconoce el derecho a la libertad sindical, tanto en su vertiente positiva como negativa. Precisamente, la libertad de asociación o sindical en su aspecto negativo garantiza que el Estado no podrá obligar a pertenecer a asociaciones o Corporaciones que monopolicen una determinada actividad social.

La excepción a la regla general de la libertad negativa de asociación la encontramos en la obligación de colegiarse de determinados profesionales. No obstante, dicha excepción ha de estar justificada en la consecución de

fines públicos y debe tener carácter limitado⁹².

La LOLS reconoce a todos los trabajadores, incluyendo aquí a los que mantienen una relación administrativa o estatutaria con la Administración, el derecho a constituir sindicatos, para lo cual les exige los siguientes requisitos:

- La elaboración de los estatutos.
- El depósito por medio de promotores de los estatutos en la oficina pública establecida al efecto.
- El trámite de subsanación de defectos.
- La publicidad en el BOE y en el tablón de anuncios de la oficina pública. Esta última dispone de 10 días como máximo para proceder al depósito o requerir que se subsanen los defectos en un plazo de igual duración.

Las modalidades de sindicatos por razón de su representatividad, se proyectan en el ámbito tanto funcional como laboral ante las Administraciones Públicas. Asimismo se determinan las competencias de cada tipo de sindicatos, aplicables en las relaciones de trabajo con la Administración, tanto funcionariales como laborales; del mismo modo que es predicable en ambos casos el contenido del art. 10 LOLS sobre la acción sindical a través de las secciones sindicales.

2.13. **Derecho a los demás derechos reconocidos por el Ordenamiento Jurídico**

Como hemos señalado con anterioridad, los derechos reconocidos en el art. 14 EBEP no son los únicos de los que son titulares los empleados públicos. A través de diversas vías se puede aumentar el status de derechos de

⁹⁰ STC 85/1995, de 6 junio.

⁹¹ SSTC 24/1987, 113/1994.

⁹² STC 67/1985.

los empleados públicos, en concreto, a través de las siguientes:

- La legislación de desarrollo de las distintas Administraciones Públicas.
- La legislación sectorial, que puede superar lo previsto como derechos de carácter básico de los empleados públicos.

- La negociación colectiva del personal laboral.

Como ejemplos de dicha ampliación, podemos destacar el derecho a una adecuada asistencia social, previsto en el art. 67 EBEP, y el derecho del funcionario a ser premiado si destaca en el cumplimiento de sus deberes, previsto en el art. 66 LFCE, aprobada por D. 315/1964.

RESUMEN El listado de los derechos enunciados supone una mezcla de derechos de distinta naturaleza y protección jurídicas, puesto que se incluyen sin orden sistemático alguno, derechos fundamentales genéricos o inespecíficos (como por ejemplo el derecho a la libertad de expresión, al respeto a la intimidad, la no discriminación, etc.), junto con otros derechos reconocidos a los trabajadores en general, como es el caso del derecho a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; aparte de un tercer tipo de derechos que solo se reconocen a los empleados públicos, como por ejemplo, el derecho a la protección y defensa jurídica.

Dentro del tercer tipo de derechos mencionado, esto es, los que solo se reconocen a los empleados públicos, no todos los derechos se reconocen en sentido estricto a todos los empleados públicos; ejemplo de lo anterior es el derecho a la inamovilidad del funcionario de carrera, previsto en el art. 14.a) EBEP.

Como señala la letra q) del art. 14 EBEP, los empleados públicos ostentan también «los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». De este modo, el legislador aclara que el listado del art. 14 EBEP no es taxativo, y que se puede y debe completar con otros derechos reconocidos o desarrollados en normas sectoriales legales o reglamentarias. Así sucede con el personal laboral, que disfrutará además de los derechos del art. 14 EBEP, de aquellos otros que reconozca la legislación laboral a todos los trabajadores, aunque algunos necesitarán de alguna matización.

Algunos aspectos del art. 14 EBEP resultan novedosos, bien para los funcionarios como es el derecho a participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios –art. 14.e) EBEP–, bien para los laborales, como el derecho a la defensa jurídica en los procedimientos que se sigan como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos –art. 14.f) EBEP–.

La mayor parte de los derechos individuales que el art. 14 EBEP reconoce están desarrollados parcialmente en el propio texto normativo, pero dicho régimen jurídico solo supone un contenido parcial, que debe ser completado por medio del desarrollo de las Leyes de Función Pública y sus reglamentos correspondientes. Así sucede, por ejemplo, con los derechos retributivos (excepto con las retribuciones de los funcionarios interinos), que producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP (disp. Final 4ª EBEP).

Asimismo, el listado puede verse ampliado como consecuencia de la negociación colectiva. El art. 14 EBEP tiene carácter básico, lo que conlleva como una de sus consecuencias jurídicas más notables la de incluir condiciones legales fijas no alterables por la negociación colectiva en lo relativo a los derechos reconocidos a los funcionarios públicos.

El EBEP es una norma nueva que reconoce principios y conceptos que tratan de servir de punto de encuentro común para empleados funcionariales y laborales. Sin embargo, el legislador intenta regular de forma concreta para los funcionarios de carrera, muchos de los contenidos comunes, dándose cuenta de su incompetencia al respecto, y del vacío normativo hasta que se dicten las Leyes de función pública de desarrollo del EBEP.

Por otro lado, cuando el legislador del EBEP remite la regulación de esos contenidos para los empleados laborales, obtiene mayor éxito, puesto que cuentan con regímenes jurídicos que alejan la sombra de laguna normativa.

En otras palabras, el EBEP surge como solicitud consolidada de un régimen único básico para empleados públicos funcionariales y laborales, pero a lo largo de su articulado, se comprueba que se van disgregando los regímenes de unos y otros, que el legislador del EBEP no tiene competencia normativa para desarrollar los aspectos relativos a los funcionarios, que siguen quedando sin regular; y que carece asimismo de competencia para los aspectos aplicables a los empleados públicos laborales, ya regulados sin necesidad de la existencia de una ley como el EBEP. Desde este punto de vista, cabe plantearse la utilidad práctica o eficacia de dicha norma, puesto que resulta ser un intento loable pero fallido de unificación del régimen jurídico de los empleados públicos.

Podemos reconocer que es notable el esfuerzo realizado por el legislador al sentar las bases del régimen estatutario y de las normas aplicables a los empleados públicos funcionariales y laborales respectivamente (art. 2 EBEP). No obstante, cabría pedir un esfuerzo mayor, quizás por medio de un Texto Refundido, que permitiera aclarar más la normativa aplica-

ble a unos y otros, y conocer en un solo Texto el régimen jurídico de cada figura o institución que afecte a los empleados públicos. Solo de esta manera se pueden conocer los puntos de conexión y los de divergencia de forma clara, y se puede luchar más por homogeneizar sus situaciones. Se ganaría en seguridad jurídica y en claridad a la hora de hacer interpretaciones de las normas, evitando tantas remisiones y plasmando la verdadera intención del legislador.

ABSTRACT The list of rights mentioned is a combination of rights of different nature and with different legal protection. They are organized randomly and they include generic or non-specific fundamental rights (such as freedom of speech, right to privacy, right to non-discrimination, and so on), other rights acknowledged to workers at large, such as the right to an effective safety and health protection, and a third group of rights acknowledged just to public employees, such as the right to legal protection and defence.

Within the third group of rights, i.e. those accorded to public employees, not all rights are acknowledged, *strictus sensu*, to all public employees. For example, the right of irremovability of civil servants, as established in the Basic Statute of Public Employees, article 14. a).

EBEP's article 14, letter q) states that public employees are also accorded "all other rights acknowledged by the legal system". Thus, legislators clarify that the list included in article 14 of EBEP is not restrictive, and that it can and should be completed with other rights which are established or developed by legal sectorial rules or legislation. This is the case of contract personnel, who will enjoy rights accorded by labour legislation to all workers, as well as those included in article 14 of EBEP, even though some of these rights will need to be explained further.

EBEP's article 14 includes some new aspects. On the one hand, civil servants have the right to contribute towards the achievement of their department's objectives (EBEP, article 14. e)?). On the other hand, contract personnel have the right to legal defence with regards to proceedings derived from the legitimate exercise of their functions or public roles (EBEP, article 14. f)?).

Most of the individual rights recognised by article 14 are partially developed within EBEP text. However, the content of such legal regime is only partial and must be completed by means of developing the Public Office Laws and their relevant regulations. This applies, for instance, to remuneration rights (except remuneration of acting civil servants), which will be applied once Public Office Laws are developed and come into force in accordance to EBEP (final provision 4).

Furthermore, the list of rights could be expanded as a result of collective bargaining. EBEP's article 14 is of a basic nature, meaning that one of its most important legal consequences is that it provides fixed legal conditions, unalterable by collective bargaining with regards to the rights accorded to civil servants.

EBEP is a new legislation that acknowledges principles and concepts which are trying to serve as a meeting point for civil servants and contract personnel. However, legislators try to govern many common contents specifically for civil servants, recognizing their incompetence to do so as well as the legal vacuum until Public Office Laws developing EBEP are passed.

However, EBEP legislators are more successful when they refer the legislation of content specific to contract personnel, because they have legal regimes with which they can avoid any legal gap.

In other words, EBEP is the result of a consolidated request for a joint and basic regime applicable to both public employees and contract personnel. However, it becomes clear throughout its articles that regimes to be applied are actually separated, that EBEP's legislators have no legal competence to develop aspects related to civil servants, which therefore remain unresolved, and that legislators also lack the necessary competence to legis-

late on aspects affecting contract personnel, who are already being governed and are not in need of a law such as EBEP.

Efforts undertaken by legislators to lay the foundations of the statutory regime and the rules applicable to public employees, both civil servants and contract personnel (article 2 of EBEP), should be acknowledged. However, a further effort may be demanded, perhaps through a rewritten text, in order to clarify the applicable rules to either type of employee and to know in just one text the legal regime of each post figure or institution affecting public employees. Only in this manner may the common and diverging factors be known in a clear way, and further struggle towards homogenising their realities may be promoted. Legal certainty and clarity when interpreting legislation would be increased, thus avoiding referrals and showing the legislator's actual intent.

La libertad sindical

REMEDIOS ROQUETA BUJ*

INTRODUCCIÓN

Los funcionarios públicos tienen reconocido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), entre otros derechos individuales de ejercicio colectivo, el de libertad sindical [art. 15.a)]. Mas este derecho se regula extramuros del EBEP, concretamente en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS). En efecto, el contenido normativo de esta disposición legal resulta totalmente aplicable a la libertad sindical de los funcionarios públicos en lo que se refiere a las facultades en que se concreta la libertad sindical (art. 2), el régimen jurídico sindical (arts. 4 y 5), la regulación de la mayor y suficiente representatividad sindical (arts. 6 y 7), la acción sindical en el ámbito de la empresa o centro de trabajo (arts. 8 y 10), los derechos de los cargos electos sindicales (art. 9)¹, la tutela de la libertad sindical y la represión de las conductas antisindicales (arts. 12 y 15).

De este modo, se regula en una misma ley la libertad sindical de los funcionarios públicos y de los trabajadores con contrato de trabajo. Ahora bien, como tiene declarado el Tri-

bunal Constitucional, el ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones públicas reconocido en el art. 28.1 de la Constitución «está sometido a ciertas peculiaridades derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (art. 103.1 CE) y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo»².

De ahí, que en el articulado de la LOLS se establezcan determinadas peculiaridades propias de la libertad sindical de los funcionarios públicos, a saber: – en primer lugar, en una serie de artículos se distinguen los comités de empresa y delegados de personal de «los correspondientes órganos de las Administraciones públicas» [arts. 2.2.d), 6.2.a), 7.1 y 2, 8.2 y 10, y Disposición Adicional 2ª] y se habla de «los oportunos procedimientos de consulta o negociación» para canalizar la participación en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas, distinguiéndolos de la negociación colectiva [art. 6.3.c)]; – en segundo lugar, la ley establece una limitación al ejercicio de los derechos sindicales, perfectamente justificada por lo demás en la naturaleza de las cosas, al disponer que «quienes ostenten cargos directivos o de representación en el sindicato

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

¹ STC 18/2003, de 30 de enero.

² SSTC 143/1991, de 1 de julio, y 336/2005, de 20 de diciembre.

en que estén afiliados, no podrán desempeñar, simultáneamente, en las Administraciones públicas cargos de libre designación de categoría de Director General o asimilados, así como cualquier otro de rango superior» (art. 3.2); – en tercer lugar, la Disposición Adicional 3ª de la LOLS, en aras a preservar la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas³, establece que «el derecho reconocido en el apartado d) del número 1, artículo 2, no podrá ser ejercido en el interior de los establecimientos militares», afectando dicha limitación al personal civil, funcionario y laboral, que trabaja en los establecimientos militares, toda vez que el personal funcionario de carácter militar está excluido por completo de este derecho; – en cuarto lugar, el art. 2.2.d) de la LOLS se remite en cuanto al ejercicio de la actividad sindical colectiva «a los términos previstos en las normas correspondientes», de suerte que serán éstas últimas las que establezcan las condiciones de su ejercicio y, por ende, las peculiaridades del mismo.

En este contexto se sitúa el presente estudio en el que se analiza la incidencia de la regulación del EBEP sobre el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, considerando por este orden los siguientes temas: 1º) La representatividad sindical; 2º) La representación sindical (las secciones y delegados sindicales); y 3º) Los derechos de los cargos electos sindicales.

LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

Los arts. 6 y 7 de la LOLS, que constituyen el núcleo de la regulación de la representatividad sindical, contemplan el conjunto de sectores de actividad, sin establecer peculiaridades respecto de la función pública⁴. Dada la

³ STC 101/1991, de 13 de mayo.

⁴ El art. 31.6 del EBEP establece que «las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito de la Función Pública están legitimadas para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección».

opción legal a favor del cómputo conjunto de las representaciones unitarias de los trabajadores y funcionarios para determinar la mayor representatividad sindical, los sindicatos de funcionarios integrados en las confederaciones sindicales más representativas a nivel estatal o de Comunidad Autónoma ostentan, automáticamente, la condición de más representativos en su respectivo ámbito, aunque carezcan de una efectiva implantación entre los funcionarios públicos. Lo que puede producir la ruptura del principio que conecta la acción sindical y, más concretamente, la actividad negocial con la implantación de las organizaciones sindicales en el ámbito correspondiente⁵. En efecto, los sindicatos funcionariales adscritos a las Confederaciones más representativas a nivel estatal o autonómico ostentan, automáticamente, la condición de más representativos en su respectivo ámbito y, por tanto, la legitimación automática para negociar en el mismo, aunque no hayan obtenido un solo voto en las elecciones de las juntas y delegados de personal, compartiendo así la mesa con los sindicatos de capacidad propia. En contraste con lo que se exige al resto de sindicatos, a éstos les bastará con acreditar su vinculación orgánica con la Confederación sindical, sin necesidad de demostrar que en ese ámbito concreto cuentan con la audiencia electoral mínima exigida como norma general. La irradiación de la representatividad que la ley viene a conceder a esos sindicatos generales, atribuyéndoles legitimación para intervenir en la función pública se acomoda por ahora a las características que presenta el sindicalismo funcional. Pero, aunque en la actualidad exista una concordancia entre la audiencia electoral y las previsiones legales, pudiera suceder que en el futuro cambiara la actual correlación de fuerzas. En tal caso estos sindicatos tendrían la posibilidad de represen-

⁵ Ver GARCÍA MURCIA, «Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre las relaciones colectivas en la función pública*, I.A.A.P., Sevilla, 1990, pág. 192.

tar a los funcionarios en los foros de negociación sin acreditar una representatividad real o cierta dentro de dichos contornos; es más, aunque se demostrase que no cuentan con ella. No obstante, la distorsión producida por la presencia en el órgano negociador de un «convidado de piedra» se compensa por estar repartidos los puestos en función de la implantación sindical (art. 35.1 EBEP) y porque no impide que quienes alcancen la suficiente representatividad en el ámbito de negociación puedan formar parte de la mesa negociadora⁶. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que el EBEP, a diferencia de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones públicas (LORAP), exige una representatividad mínima de conjunto para la válida constitución de la mesa negociadora, por lo que la no concurrencia o posterior abandono de la mesa de una o varias organizaciones sindicales, haciendo descender el nivel de representatividad por debajo de la mayoría absoluta de representantes unitarios, va a impedir a este tipo de organizaciones sindicales concluir en solitario los Pactos y Acuerdos dotados de eficacia general.

Por el contrario, los sindicatos que limitan su campo de acción a la función pública no podrán alcanzar la condición de más representativos, pues, computando únicamente la representación en ese ámbito, difícilmente alcanzarán los mínimos establecidos en los arts. 6.2.a) y 7.1.a) de la LOLS⁷. Por ello, estos sindicatos, a diferencia de los anteriores, sólo podrán ejercitar las prerrogativas establecidas en el art. 7.2 de la LOLS si acreditan expresamente la suficiente representatividad en el ámbito al que se extiende su

⁶ Por todos, ROQUETA BUJ, *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 242 y ss.

⁷ GARCÍA MURCIA, «Libertad sindical y representatividad...», cit., pág. 192.

actividad⁸. Esta consecuencia común a los sindicatos que actúan en los ámbitos privado y funcional, es, sin embargo, más enojosa para estos últimos porque encuentran mayores dificultades para alcanzar en sus respectivos ámbitos los umbrales de representatividad dispuestos en la ley. En efecto, el sistema electoral infrarrepresenta a los funcionarios⁹ y, de este modo, al ser inferior el número de representantes unitarios, los sindicatos que actúan dentro de la Administración pública deben obtener mayor número de votos que los que intervienen en el ámbito privado para que su candidatura consiga la atribución de representantes y, a la postre, para alcanzar la suficiente representatividad¹⁰.

La LORAP, en un claro intento de garantizar la gobernabilidad de las relaciones colectivas en la función pública, permitía la irradiación de la suficiente representatividad a determinados efectos. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del 31.2 de esta disposición legal, en las Mesas Sectoriales de negociación de la Administración General del Estado, además de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma y de las que hubieran obtenido el 10 por 100 o más de los representantes unitarios en el correspondiente sector, estaban también presentes los sindicatos que hubieran obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones a las juntas de personal en la referida Administración pública. De este modo, se reconocía legitimación directa y automática para formar parte de las Mesas Sectoriales de

⁸ Cfr. STSJ de la Comunidad de Madrid de 26 de abril de 2005 (Rec. núm. 911/2001).

⁹ Ver DEL REY GUANTER, «Órganos de representación unitaria y proceso electoral en la función pública», *T.L.*, núm. 10, 1987, pág. 111; SALA FRANCO y ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, págs. 92 y 93; y OJEDA AVILÉS, «La representatividad sindical como excepción», *R.L.*, núm. 7, 1991, pág. 21.

¹⁰ GARCÍA MURCIA, «Libertad sindical y representatividad...», cit., pág. 193.

negociación de la Administración General del Estado a los sindicatos simplemente representativos en el conjunto de la función pública estatal, esto es, a aquellos que habían obtenido el 10% o más de los miembros de las juntas de personal electos en el ámbito de la Administración estatal. De esta suerte se procedía a una ampliación de las posibilidades de «irradiación» de la representatividad sindical, pues se concedía legitimación para negociar, sin necesidad de acreditar otra circunstancia, a los entes sindicales que, actuando en el correspondiente sector, se encontrasen vinculados orgánicamente con un sindicato que hubiera obtenido el 10 por 100 como mínimo de los representantes unitarios elegidos en el conjunto de la función pública estatal¹¹. El legislador quería garantizar así la presencia en las negociaciones sectoriales de los sindicatos que integraban a todos los funcionarios de la Administración General del Estado a fin de asegurar la consideración, en cada concreto sector, de los intereses generales de todos ellos¹².

Sin embargo, lo cierto es que dicha presencia reducía el peso porcentual de los sindicatos verdaderamente representativos en el sector de que se tratase. Seguramente, por ello, el art. 79.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, dispondrá que en la Mesa sectorial de negociación que se constituya en el ámbito de cada Servicio de Salud estarán presentes «las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como las que hayan obtenido el 10 por 100 de los representantes en las elecciones a delegados y juntas de personal en el servicio de salud». Por consiguiente, en el sector sanitario la legitima-

ción para negociar corresponderá a las organizaciones sindicales simplemente representativas siempre y cuando «hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud»¹³. Es decir, los sindicatos que no sean más representativos sólo tendrán derecho a formar parte de la Mesa sectorial de sanidad si acreditan el 10% como mínimo de los representantes unitarios en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado. Se trata, por tanto, de una opción distinta de la que mantenía la LORAP. Y, en este sentido, no cabe duda que estos sindicatos, guiados por sus intereses privativos, ahondarán en las peculiaridades del régimen jurídico aplicable al personal estatutario, a pesar de que la Ley 55/2003 establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria (art. 1) y, además, proclama que en lo no previsto en ella o en sus normas complementarias, «serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente» (art. 2.2).

El EBEP generaliza esta regla a todos los sectores de actividad¹⁴. De esta manera, las

¹³ Cfr. ROQUETA BUJ, «La negociación colectiva en la función pública», *T.L.*, núm. 76, 2004, pág. 329.

¹⁴ Por lo demás, esta medida ya había sido incorporada por la Ley 21/2006 en el párrafo segundo del art. 31.2 de la LORAP que quedó redactado de la siguiente forma: «En las Mesas Sectoriales, además de las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y las de Comunidad Autónoma, estarán presentes los sindicatos que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y juntas de personal». Así lo destacan ROQUETA BUJ, «La negociación colectiva en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público y en la Ley 21/2006», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 14, 2007, págs. 15-16; y MARÍN ALONSO, «La reforma de la negociación colectiva en las AA.PP.: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas. A propósito de la Ley 21/2006 de reforma de la Ley 9/1987, de Órganos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del personal al servicio de las AA.PP.», *A.S.*, núm. 15, 2006, págs. 3-4-10.

¹¹ Así lo subraya GARCÍA MURCIA, «Libertad sindical y representatividad...», cit., pág. 188, y *Organizaciones...*, cit., pág. 118.

¹² ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 232.

organizaciones sindicales simplemente representativas deben acreditar su representación en el ámbito territorial y funcional de la correspondiente Mesa Sectorial de negociación sin que pueda operar de forma automática la irradiación de la suficiente representatividad. Aunque la presencia de los sindicatos que integran a todo el personal funcionario de la correspondiente Administración pública en las negociaciones a nivel sectorial sea aconsejable, en la medida en que asegura, a su vez, la presencia, en cada concreto sector, de los intereses generales de todos los funcionarios públicos¹⁵, la adopción de esta medida se comprende si se tienen en cuenta las novedades que se introducen en cuanto a la válida constitución de las mesas de negociación (art. 35.1 EBEP)¹⁶.

Por otra parte, dada la peculiar delimitación de las unidades electorales, resulta imposible determinar con rigor la representatividad de las organizaciones sindicales funcionariales en determinados ámbitos, verbigracia a nivel ministerial, en el que se puede conocer la representación obtenida en los servicios centrales, pero no en los provinciales, limitándose con ello las posibilidades de acción de tales sindicatos¹⁷. Por ello, la STS de 26 de mayo de 2020 (Rec. núm. 941/2007) entiende razonable la participación en la Mesa Sectorial de Negociación específica del Ministerio de Hacienda del sindicato que ha obtenido un 12,9% en las elecciones a la junta de personal del Ministerio de Hacienda, sin tomar en consideración los resultados de esas elecciones en los servicios periféricos de dicho

ministerio, ya que su participación no impide la de los demás sindicatos con representación y que la finalidad de limitar la participación de los sindicatos es hacer posible y viable aquella, estableciendo un límite de participación. Mas, como señala la STS de 27 de septiembre de 2002 (Rec. núm. 4838/1998), «la inescindible conexión entre libertad sindical, negociación colectiva y representatividad del sindicato debe llevar a la conclusión de que la libertad sindical puede verse lesionada no sólo cuando injustificadamente se excluye de la mesa negociadora a un sindicato legitimado para participar en esa actividad, como era el caso contemplado en la STC 73/1984, de 27 de junio, sino también cuando se minusvalora su representatividad y, como consecuencia de ello, se rompe «el equilibrio real entre los distintos legitimados» o se reduce «la capacidad de alguno o algunos de ellos»; y ello porque, en el ámbito de la negociación colectiva, la representatividad sindical actúa «no sólo para atribuir la capacidad negociadora sino también el grado o «quantum» de dicha capacidad», pues la medición de representatividad de las distintas organizaciones sindicales legitimadas para intervenir en la negociación colectiva y la consiguiente distribución de puestos en la comisión negociadora podrían afectar el derecho a la libertad sindical de los sindicatos concurrentes en el proceso negociador». Además, los problemas de las organizaciones sindicales aumentan a partir del nuevo esquema legal, pues el art. 35.1 del EBEP, a diferencia de la LORAP, les exige para la válida constitución de la mesa negociadora que representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de las representaciones unitarias en el ámbito de la negociación colectiva de que se trate. Por lo tanto, si la configuración de las unidades electorales no se adecua a los ámbitos de negociación, ello impide la válida constitución de las mesas de negociación.

No obstante, debe advertirse que los cambios que el EBEP introduce respecto del sistema electoral instaurado en la LORAP pueden

¹⁵ ROQUETA BUJ, «La negociación colectiva en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público...», cit., pág. 15; y VALVERDE ASENCIO, «Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: La Ley 21/2006», *T.L.*, núm. 87, 2006, pág. 89.

¹⁶ ROQUETA BUJ, «La negociación colectiva en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público...», cit., pág. 15.

¹⁷ Cfr. STS de 26 de mayo de 2010 (Rec. núm. 941/2007); y STS de la Comunidad de Madrid de 9 de abril de 2008 (Rec. núm. 1329/2004).

contribuir a paliar en parte las dificultades reseñadas. En primer lugar, porque la escala que establece el art. 39.5 del EBEP en orden a la determinación del número de representantes de las juntas de personal, en línea con lo dispuesto en el ET, amplía el número de ellos en los tramos intermedios, incrementándolos en cada uno de ellos en un número de dos (9, en vez de 7; 13 en lugar de 11, etc.). En segundo lugar, porque, aunque provisionalmente se mantiene el art. 7 de la LORAP [Disposición Derogatoria Única.c) EBEP]¹⁸, se dispone que «el establecimiento de las unidades electorales se regulará por el Estado y por cada Comunidad Autónoma dentro del ámbito de sus competencias legislativas» y que «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» (art. 39.4 EBEP). Por consiguiente, será posible delimitar las unidades electorales con arreglo a criterios más reducidos e idóneos que los actuales para la actividad sindical. No obstante, esta posibilidad, al formularse en términos tan amplios y, sobre todo, al abrirse a todas las Administraciones públicas, presenta riesgos nada desdeñables a propósito de la configuración del instituto de la mayor representatividad sindical diseñada en los arts. 6 y 7 de la LOLS si no se siguen las mismas pautas en todas ellas. Además, la reducción del ámbito de las unidades electorales puede favorecer la entrada de sin-

dicatos más pequeños y con un ámbito de actuación más limitado territorial y funcionalmente, atomizando la representación. Es claro, por consiguiente, que dicha opción tiene ventajas e inconvenientes, y que son los propios sujetos implicados los que deben ponderarlos convenientemente, dejando al margen intereses particulares y teniendo como referentes últimos el interés de los representados y el buen funcionamiento de las Administraciones públicas para dar satisfacción a los administrados¹⁹.

Conforme a lo dispuesto por la Disposición Adicional 1ª de la LOLS (según redacción introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo), la condición de sindicato más representativo o de simplemente representativo «se comunicará en el momento de ejercer las funciones o facultades correspondientes, aportando el sindicato interesado la oportuna certificación expedida a su requerimiento por la oficina pública establecida al efecto». Así, los sindicatos no tendrán atribuida la mayor o simple representatividad por un tiempo determinado, sino que habrán de demostrarla en cada momento a través de la «foto fija», esto es, a través de las «certificaciones acreditativas de su capacidad representativa» que los arts. 27 de la LORAP²⁰ y 75.7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), prevén que expedirán las Oficinas Públicas de Registro de las Actas Electorales, consiguando «si el sindicato tiene o no la condición de más representativo o representativo, salvo que el ejercicio de las funciones o facultades correspondientes requieran la precisión de la concreta representatividad ostentada»²¹.

¹⁸ 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), si bien en tanto no se regulen nuevas unidades electorales del modo previsto en el EBEP se mantiene la lista de unidades electorales que establece el art. 7 de la LORAP (Disposición Derogatoria Única.c) EBEP).

¹⁹ PELAY LABRADOR, «El Estatuto Básico del Empleado Público y la Negociación Colectiva», en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Zaragoza, 2007, págs. 181-182.

²⁰ Cfr. la Disposición Transitoria 5ª del EBEP.

²¹ Cfr. STS de 30 de noviembre de 2004 (Rec. núm. 4095/2001).

Ello no obstante, en materia de participación institucional, se entenderá por «momento de ejercicio» el de la constitución del correspondiente órgano y, en su caso, el de renovación de sus miembros. Y, para el caso de que el órgano donde se participa institucionalmente no tuviera prevista una renovación periódica de los representantes sindicales, «el sindicato interesado podrá solicitar en el mes de enero, y cada tres años a partir de esa fecha, su participación en el órgano correspondiente, aportando certificación acreditativa de su capacidad representativa» (Disposición Adicional 1ª LOLS), lo que podrá implicar indirectamente la renovación de los representantes sindicales en el caso de que nuevos sindicatos distintos de los participantes hasta ese momento acreditaran una representatividad idónea para ello.

Y, según previene el art. 35.2 del EBEP, «las variaciones en la representatividad sindical, a efectos de modificación en la composición de las Mesas de Negociación, serán acreditadas por las Organizaciones Sindicales interesadas, mediante el correspondiente certificado de la Oficina Pública de Registro competente, cada dos años a partir de la fecha inicial de constitución de las citadas Mesas». Aunque este precepto no sea un dechado de claridad, si se compara con la Disposición adicional 4ª de la LORAP²², la conclusión que se

²² Los sindicatos, según establecía la Disposición Adicional 4ª de la LORAP, añadida por la Ley 18/1994, debían «acreditar la representatividad necesaria para estar presentes en las Mesas de Negociación de las Administraciones públicas {...}, en el mes de enero y cada dos años a partir de esa fecha, mediante la presentación del correspondiente certificado de la oficina pública, a los efectos de que pueda constatarse la existencia de la legitimación necesaria para estar presentes en los citados órganos». Según la STS de 19 de abril de 2007 (RJ/5744), la LORAP «reduce a dos años la obligación de acreditar la representatividad, pero esta acreditación no puede ser sino la derivada de la condición de Sindicato más representativo o la que se deriva del último proceso electoral» y, en consecuencia, «la única representatividad que podría certificarse al sindicato demandante, era la de haber obtenido en las últimas elecciones más de un

puede avanzar es la siguiente: mientras que antes dichas certificaciones debían presentarse por las organizaciones sindicales con legitimación negocial cada dos años a partir del mes de enero de 1996; en cambio, a partir del EBEP, deberán presentarse por primera vez en la fecha inicial de constitución de las mesas de negociación y cada dos años a partir de esta fecha, pero sólo si se producen variaciones en la representatividad sindical que incidan en la composición de las mesas de negociación, y por las organizaciones sindicales interesadas.

LA REPRESENTACIÓN SINDICAL: LAS SECCIONES Y DELEGADOS SINDICALES

La representación sindical de los funcionarios públicos se encuentra regulada en los arts. 8 y 10 de la LOLS, con idéntica normativa que la representación sindical de los trabajadores. Esta disposición legal refiere indistintamente la creación de las secciones sindicales y la designación de los delegados sindicales, alternativamente, al ámbito de la empresa o del centro de trabajo. Sin embargo, para que las secciones sindicales puedan gozar de los derechos y prerrogativas de acción sindical establecidos en los arts. 8.2 de la LOLS y, sobre todo, del derecho a designar y estar representadas por uno o varios delegados sindicales con todos los derechos y garantías legales anejos a éstos, han de estar representadas en las juntas y delegados de personal. Por ello, su espacio de actuación debe coincidir con el de éstos, de suerte que, a la postre, es el ámbito que la LORAP atribuye a las juntas y delegados de personal el que rige y condiciona el de las secciones y delegados sindicales. En este sentido, la STS de 1 de

diez por cierto de representación». En el mismo sentido, la STSJ de las Islas Canarias de 14 de diciembre de 2007 (Rec. núm. 271/2006). Por todos, SALA FRANCO y ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales...*, cit., págs. 99 y ss y 123 y ss.

abril de 1995 (Rec. núm. 11907/1990) afirma que si tenemos en cuenta el significado de los conceptos de «empresa» y «centro de trabajo» y la finalidad de la LOLS, «el ámbito equiparable e idóneo para llevar a cabo la acción sindical es (...) el de las Unidades Electorales para la constitución de las juntas de personal por ser el único que permite la representatividad sindical en la forma regulada por el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1985, en relación con el artículo 7 de la Ley 9/1987, de 12 junio»²³. Aunque en resoluciones judiciales posteriores el Tribunal Supremo mantuvo una solución contraria a la seguida en la antecitada sentencia a los efectos de la creación de secciones sindicales y de la designación de sus delegados sindicales, ha de precisarse que lo hizo porque mediaba un acuerdo de relaciones laborales que precisaba que por centro había que entender el centro físico, es decir, aquellas oficinas que tuvieran ubicación independiente, cualquiera que fuera su rango, siempre que contaran con más de 250 trabajadores²⁴.

La LORAP modificó lo dispuesto en las letras a) y c) del art. 8.2 de la LOLS en rela-

²³ En el mismo sentido, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 1999 (Rec. núm. 2932/1998) y 27 de julio de 1999 (Rec. núm. 3798/1996), de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2002 (JUR/173596) y de Galicia de 6 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 434/2001).

La STS de 31 de marzo de 2006 (Rec. núm. 7246/1999) reconoce el derecho a constituir una sección sindical para los empleados públicos (personal laboral y funcionarios) y a designar un delegado sindical con los derechos del art. 10.3 de la LOLS en el ámbito de la Delegación del Gobierno, de la Jefatura Provincial de Tráfico y de la Jefatura Superior de Policía y comisarías de la provincia de Valencia, considerando todas estas dependencias del Ministerio del Interior como integrantes de un centro de trabajo.

²⁴ SSTS (Sala de lo Social) de 10 de abril de 2001 (Recud. núm. 1548/2000) y 13 de junio de 2001 (Recud. núm. 1564/2000), y SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de diciembre de 2002 (Rec. núm. 5297/1999) y 9 de mayo de 2003 (Rec. núm. 4510/1999).

ción con los funcionarios públicos. Por un lado, el art. 42.5 de la LORAP extendió el derecho a usar los tablones de anuncios a todas las secciones sindicales, ya que el precepto se refería a la exposición de «cualquier anuncio sindical» en general, sin las cualificaciones del art. 8.2.a) de la LOLS respecto a la representatividad de los sindicatos de pertenencia²⁵. Además, obligaba a la Administración pública a poner a disposición de las representaciones sindicales tablones de anuncios en todos los establecimientos que existieran en cada unidad electoral y en las unidades administrativas con ubicación independiente cualquiera que fuera su rango. Por otro lado, el art. 42.4 de la LORAP también ampliaba el derecho a utilizar locales a todas las secciones sindicales con independencia de la representatividad del sindicato de procedencia²⁶, si bien obligándolas a compartirlo con la junta de personal y, además, lo situaba en el ámbito del «centro de trabajo» (establecimiento) y no en el de la «unidad electoral», como resultaba de la aplicación estricta de la LOLS²⁷.

²⁵ Cosa distinta es que la Administración pública estuviese obligada a habilitar un tablón de anuncios por sección sindical, ya que el número y distribución de los tablones de anuncios dependía del tamaño y estructura del centro de trabajo, por lo que era posible que las secciones sindicales se vieran obligadas a compartir el tablón de anuncios no sólo entre ellas, sino también con las representaciones unitarias. Ahora bien, caso de tratarse de un tablón de anuncios común a todas ellas, éste tenía que contar con las divisiones específicas necesarias. Por todos, SALA FRANCO y ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales...*, cit., págs. 177 y ss.

²⁶ Cfr. la STS de la Comunidad de Madrid de 26 de marzo de 2003 (Rec. núm. 482/2000).

²⁷ No obstante, la STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2008 (Rec. núm. 363/2006) sostenía que las secciones sindicales tenían derecho a disponer del uso de un local para el ejercicio de sus actividades de acuerdo con los arts. 8.2.c) de la LOLS y 42.4 de la LORAP, en aquellas unidades electorales con más de 250 funcionarios. Por su parte, la STSJ de Andalucía de 8 de septiembre de 1999 (Rec. núm. 3878/1996) consideraba que la dicción del art. 8.2.c) de la LOLS y del art. 42.4 y de la Disposición Adicional 5ª de la LORAP era lo suficientemente clara y terminante como para concluir que el derecho

Por el contrario, el EBEP nada dice sobre estos derechos instrumentales de las representaciones sindicales, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto con carácter general en el art. 8.2 de la LOLS. Este precepto reserva tales derechos exclusivamente a favor de las secciones sindicales que pertenezcan, bien a los sindicatos más representativos, bien a los sindicatos que hayan obtenido puestos en los órganos de representación unitaria de los funcionarios públicos²⁸. Además, el ámbito

a la utilización del local se reconocía únicamente en los centros con más de 250 trabajadores, aplicando el concepto de «único centro de trabajo» que se contenía en la disposición adicional quinta de la Ley 9/1987 y que, configurado por el legislador a los solos efectos de los referidos artículos 39 y 40, podía servir perfectamente como pauta interpretativa, por lo que había de entenderse por centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del Departamento u Organismo de que se tratase, que radicasen en una misma provincia, pues, de otro modo, quedaba desvirtuado el derecho de que se trataba, al atenderse únicamente a la ubicación física de los funcionarios y no a su dependencia funcional.

²⁸ El art. 8.2.a) de la LOLS dispone que con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la empresa pondrá a disposición de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas «un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores». Este precepto tampoco exige la facilitación de un tablón de anuncios a cada una de las secciones sindicales que pueden constituirse en las empresas o centros de trabajo. Como pone de manifiesto la STS de 15 de febrero de 1995 (Rec. núm. 1408/1994), «el mínimo legal de derecho necesario es un singular «un tablón de anuncios», situado en lugar adecuado y accesible (garantía de «adecuado acceso»», y –se entiende implícitamente– apropiado a la finalidad de «difusión de avisos que puedan interesar a los afiliados del sindicato y a los trabajadores en general».

El art. 8.2.c) de la LOLS dispone que las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas tendrán derecho «a la utilización de un local adecuado en el que puedan desa-

idóneo para reconocer el derecho al local será el de las unidades electorales para la elección de los delegados y juntas de personal siempre que cuente con más de 250 funcionarios, ya que es el único que permite acreditar la representación que requiere el art. 8.2.c) de la LOLS.

Los delegados sindicales que no formen parte de la junta de personal tendrán derecho a acceder a la misma información y documentación que la Administración deba poner a disposición de ésta, estando obligados a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda, a asistir a las reuniones de las juntas de personal y de los órganos internos de la Administración en materia de seguridad e higiene, con voz pero sin voto y a ser oídos por la Administración previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los funcionarios en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en las sanciones de estos últimos (art. 10.3 LOLS).

El art. 10.3 de la LOLS establece que «los delegados sindicales, 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 órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas». De este modo, si el delegado sindical forma parte de los órganos de representación unitaria ostenta las garantías y facilidades que le correspondan en su condición de representante uni-

rollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores». Ahora bien, el citado precepto no obliga a facilitar un local para uso exclusivo de las secciones sindicales, y mucho menos de cada sección sindical, pues lo que ordena es que sea adecuado, condición que ha de entenderse cumplida cuando en dicho local pueda desarrollarse eficazmente la actividad de la representación unitaria y de las secciones sindicales [STS de 24 de septiembre de 1996 (Recud. núm. 3170/1995), 19 de diciembre de 1996 (Recud. núm. 806/1996) y 3 de febrero de 1998 (Recud. núm. 888/1997)].

tario, y, de no ser así, tendrá las mismas garantías y facilidades que las establecidas legalmente para los miembros de las juntas de personal y delegados de personal, existiendo una remisión plena a lo establecido al respecto en el art. 41 del EBEP²⁹.

La operatividad del art. 10.3 de la LOLS está supeditada a la concurrencia de los requisitos básicos expresados en el apartado 1 del art. 10 de la LOLS, a saber: 1º) La unidad que sirve de base a la constitución de la sección sindical –que, como regla general, será la «unidad electoral»³⁰– ha de contar con 250 o más funcionarios públicos³¹; y 2º) Las secciones sindicales, representadas por los delegados sindicales, tienen que estar constituidas por funcionarios afiliados a los sindicatos «con presencia (...) en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas» (juntas de personal)³².

En cuanto al crédito de horas mensuales dentro de la jornada de trabajo y retribuidas como de trabajo efecto de los delegados sindicales, cabe formular las siguientes reflexiones³³:

²⁹ Evidentemente, el sindicato de pertenencia ha de tener representación en la correspondiente junta de personal. En sentido contrario se expresa la STSJ de Cantabria de 17 de junio de 2004 (Rec. núm. 61/2004).

³⁰ Por todas, la STS de 31 de marzo de 2006 (Rec. núm. 7246/1999) y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 1999 (Rec. núm. 2932/1998).

³¹ STS de 14 de febrero de 1997 (Rec. núm. 5676/1993).

³² STS de 5 de octubre de 1995 (RJ/2345, 1996) y STSJ de Castilla y León de 4 de enero de 2000 (Rec. núm. 2986/1995).

³³ Aunque la Ley sólo obliga a la Administración a conceder permisos retribuidos, la STSJ de Canarias (Sala de lo Social) de 19 de febrero de 1992 (AR/543), viene a sostener que aquella también viene obligada a sustituir a los representantes sindicales que hagan uso del crédito horario porque lo contrario «supondría el vaciamiento del contenido del derecho de libertad sindical». Por su parte, la STSJ de Galicia de 14 de julio de 1999 (Rec. núm. 1362/1996) subraya lo siguiente: «Cierto es que la Ley 9/1987 nada dice respecto a modelos de instancia y plazos de antelación en cuanto a la comunicación de las

1ª) A la vista de la redacción del art. 10.3 de la LOLS, cuando un funcionario ostente al mismo tiempo la condición de miembro de la junta de personal y de delegado sindical no puede disfrutar de doble crédito horario³⁴.

ausencias de los sindicalistas, pero no lo es menos que el sentido común, que hace compaginar derechos con deberes de los funcionarios, determina, sin decirlo a través de la Ley, que es lógica toda regulación encaminada, no a cercenar los derechos de los representantes del personal (como pretende crear la Federación recurrente), sino a velar porque en ausencia de éstos pueda seguir funcionando el Municipio, pues si importante es la tarea de aquéllos, no lo es menos la que desarrolla el Ayuntamiento que se debe a todos los ciudadanos del municipio. Entender que la decisión municipal entraña arbitrariedad, cuando no hace sino regular la forma y el plazo, de comunicación de la anunciada ausencia (salvo casos de fuerza mayor justificados), supone por parte de la Federación impugnante arrogarse atribuciones por encima del propio Ayuntamiento, hasta el punto de hacer prevalecer los intereses representativos de unos pocos frente a los generales de la ciudadanía, finalidad que la Ley 9/1987 citada tampoco puede amparar». Finalmente, la STSJ de 30 de abril de 1999 (Rec. núm. 1082/1998) matiza lo siguiente: «La situación es distinta en lo que se refiere a la imposición que hace la Administración al recurrente de la obligación de tomar un mínimo de cuatro horas de crédito horario cada vez que desee ausentarse del trabajo para ejercer sus funciones sindicales o de representación de los trabajadores, razonando que ha suscrito un convenio con los sindicatos para garantizar la estabilidad laboral de los sustitutos por el cual el tiempo mínimo de la sustitución será de cuatro horas. En cuanto a este punto creemos que se están imponiendo condiciones al ejercicio del derecho al crédito horario que no tienen amparo en la legislación, y que, además, suponen una merma importante de las horas de que disponen los representantes del personal o sindicales –que son limitadas– para dedicarlas a las actividades que le son propias. La obligación de consumir en cada ocasión cuatro horas como mínimo, determinará que los representantes sindicales o del personal vean disminuida su disponibilidad de crédito horario y, por lo tanto, su actividad dentro de la jornada laboral».

³⁴ Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ y CRUZ VILLALÓN, «Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo», en AA.VV., *Seminario sobre las relaciones colectivas en al función pública*, I.A.A.P., Sevilla, 1990, pág. 246; GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Madrid, 1994, pág. 240; y SALA FRANCO y ROQUETA BUI, *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 184.

2ª) La escala de horas a conceder a los delegados sindicales habrá de acomodarse al mínimo exigido por la LOLS para disponer de representación sindical con tal derecho. Comoquiera que el art. 10.1 de esta disposición legal habla de 250 funcionarios, el número de horas a disponer por el delegado sindical deberá ser de 20, que son las reconocidas en el art. 41.1.d) del EBEP a los representantes unitarios en las unidades electorales de hasta 250 funcionarios, aumentándose el número de horas en función del incremento del número de funcionarios en relación con la escala establecida en el propio art. 41.1.d) del EBEP.

3ª) La exigencia legal del número de funcionarios del art. 41.1.d) del EBEP habrá que entenderla referida a la unidad que sirve de base a la constitución de la sección sindical, sumándose los funcionarios de los distintos establecimientos comprendidos en la misma³⁵.

4ª) Dado que el cuadro de garantías y facilidades establecido en el art. 41 del EBEP para los miembros de las juntas de personal y los delegados de personal es indisponible por la autonomía colectiva, habrá que entender que dicho cuadro tampoco puede ser mejora-

³⁵ No es ésta, sin embargo, la posición que mantiene la STSJ de Canarias de 21 de junio de 1989 (R.L.), frente a la solicitud del Delegado de una sección sindical de Correos, Telefónica y Caja Postal en la provincia de Santa Cruz de Tenerife de que se le reconozca el derecho al crédito horario sindical, en igualdad de condiciones que los miembros de la junta de personal. Pues bien, el citado tribunal afirma que «para computar el número de éstos (los funcionarios) no puede partirse de la idea que propugna el actor de incluir como único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes de la D.G., Correos, Telégrafos y Caja Postal en la provincia de Santa Cruz de Tenerife, sino del sentido técnico-jurídico que haya que dar el concepto «centro de trabajo» que se extrae del art. 1.5 ET como «unidad productiva con organización específica», que evidentemente posee la Caja Postal de Ahorros». Por ello, como este centro, en el que prestaba servicio el recurrente, sólo ocupaba 51 funcionarios, le deniega su petición.

do o ampliado vía Pacto o Acuerdo respecto de los delegados sindicales³⁶.

5ª) Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 41.1.d) del EBEP, cuando haya más de un delegado sindical por sección sindical será posible la acumulación de horas entre ellos en los mismos términos que en el caso de los representantes unitarios, pero no será posible acumular los créditos del delegado sindical con los de un miembro de la junta de personal del mismo sindicato o viceversa³⁷.

En cuanto a las garantías y facilidades de los delegados sindicales, la LOLS utiliza como punto de referencia las que vengan reconocidas a los miembros de las juntas de

³⁶ En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 1999 (Rec. núm. 604/1997) afirma lo siguiente: «Artículo 47, sindicatos o representantes de los sindicatos: Debe ser anulado en la previsión incondicionada de un crédito horario de 20 horas mensuales. El crédito está regulado por ley y es el que corresponda de acuerdo con el artículo 11.d) de la Ley 9/1987, de 12 de junio; el acuerdo no debe ni puede preverlo expresamente, pues aunque pudiera en hipótesis corresponder al crédito adecuado de acuerdo con el artículo mencionado y el número de funcionarios que posea la corporación, lo cierto es que tal número puede cambiar, o incluso cambiar la previsión legal, y en definitiva es materia indisponible por estar regulada por ley y no ser un mínimo mejorable» y «es por las mismas razones ilegal el apartado 3 del artículo 47, pues el plazo de mantenimiento de las garantías es de un año, y no de dos (artículo 11 de la Ley mencionada)». Por su parte, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de enero de 2000 (Rec. núm. 1260/1998), al enjuiciar el art. 59 del Acuerdo del Ayuntamiento de Crespins de fecha de 19 de diciembre de 1997, aprobatorio de convenio de relaciones laborales del personal funcionario a su servicio, por el que se prevé que los delegados sindicales dispondrán de un máximo de 20 horas mensuales para la realización de sus funciones, afirma que tal previsión «contraviene el art. 11.d) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, que fija 15 horas mensuales para Administraciones de hasta 100 funcionarios, estando previsto el de 20 horas para Administraciones de 101 a 250 funcionarios». En el mismo sentido, la STSJ de Extremadura de 18 de marzo de 2003 (Rec. núm. 1103/1999).

³⁷ Así, GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos...*, cit., págs. 240 y ss.

personal, esto es, procede a una equiparación a estos efectos entre los representantes unitarios y los delegados sindicales, debiéndose estar a tales efectos a lo dispuesto en el art. 41 del EBEP. Este precepto establece una serie de garantías que protegen a los representantes de los funcionarios públicos frente a actuaciones de la Administración que signifiquen ejercicio de sus poderes organizativos (a) y disciplinarios (b).

a) El art. 41.2 del EBEP dispone que «los miembros de las juntas de personal y los delegados de personal no podrán ser discriminados en su formación ni en su promoción económica o profesional por razón del desempeño de su representación». Aunque el legislador exclusivamente se refiere a la «formación» y a la «promoción económica o profesional», la prohibición se extiende «al conjunto de la posición del representante como funcionario público, debiendo por tanto ser considerado nulo todo acto administrativo discriminatorio, esto es, todo acto que implique un trato desigual no basado en criterios objetivos y razonables»³⁸.

La Ley 7/2007 establece las siguientes medidas para proteger a los representantes de los funcionarios frente al poder de organización de la Administración pública:

1ª) El legislador les atribuye el derecho a gozar de un crédito de horas mensuales dentro de la jornada de trabajo consideradas como de trabajo efectivo, enfatizando al respecto, que no podrán ser discriminados en su «promoción económica» en razón, precisamente, del desempeño de su representación como establecen los arts. 41.1.d) y 41.2 del EBEP. La finalidad que persiguen los referidos preceptos es la de que los delegados sindicales

puedan desarrollar sus funciones de representación sin que ello suponga merma alguna de sus retribuciones y, por tanto, las puedan desarrollar sin condicionamiento alguno, y como si efectivamente desempeñaran o realizaran sus funciones en situación de actividad. Como subraya el Tribunal Constitucional, un representante sindical «por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo», lo que «puede constituir un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales» y este obstáculo «repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (art. 7 CE)»³⁹. Distinto será si la Administración puede demostrar que la supresión de los complementos retributivos obedece a un cambio en las circunstancias que inicialmente fueron tenidas en cuenta para acordar su implantación respecto del concreto puesto de trabajo desempeñado por el liberado sindical y que tal decisión, además, no es arbitraria, no siendo aceptable como justificación el que la Administración pueda hacerlo simplemente en uso de una facultad discrecional⁴⁰.

El «crédito» de horas que se menciona en la norma legal lo es mediante su retribución «como de trabajo efectivo», por lo que esta efectividad que se predica del funcionario, a manera de ficción o presunción «iuris et de iure», obliga a entender que comprende la totalidad de las retribuciones, cualquiera que

³⁸ RODRÍGUEZ SAÑUDO, «Derechos, obligaciones y garantías de los representantes unitarios en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre las relaciones colectivas en al función pública*, I.A.A.P., Sevilla, 1990, pág. 128.

³⁹ STC 30/2000, de 31 de enero.

⁴⁰ SSTSJ de Andalucía de 2 de julio de 2001 (Rec. núm. 2544/2001) y 1 de octubre de 2001 (Rec. núm. 1565/1997); y de Cantabria de 17 de febrero de 2003 (Rec. núm. 116/2002).

fuera su concepto, que se vinieran disfrutando con anterioridad al acceso a la condición de liberado sindical⁴¹. Así lo vienen razonando los tribunales a propósito del complemento de productividad⁴², las retribuciones por los conceptos de trabajo a turnos⁴³ y guardias⁴⁴, y la indemnización por residencia en Melilla⁴⁵. Es más, dado que la retribución ha de ponerse en conexión con la que «percibe el resto de trabajadores que prestan servicios en las mismas dependencias»⁴⁶, aunque el funcionario, al tiempo de su liberación del servicio no percibiera cantidad alguna en concepto de productividad, tiene derecho a cobrar la cuantía media de la productividad que se abona a sus compañeros⁴⁷. Por lo demás, si el «crédito» se refiere sólo a unas horas de trabajo, la retribución será proporcional a la percibida, y, si afecta a la totalidad de las horas de trabajo, habrán de percibirse la totalidad de las retribuciones anteriores⁴⁸.

2ª) El art. 41.2 del EBEP reconoce a los delegados sindicales el derecho a no «ser dis-

criminados en su formación ni en su promoción (...) profesional por razón del desempeño de su representación». Se trata de una «garantía de indemnidad» que veda cualquier diferencia de trato por razón de su actividad representativa, en relación con el resto de los funcionarios públicos⁴⁹. Lo que respecto de los delegados sindicales que estén dispensados de la asistencia al trabajo por acumulación de los créditos horarios viene a significar un absoluto respeto al mantenimiento tanto del puesto de trabajo de origen como de los derechos profesionales y formativos inherentes al mismo. Y así, por ejemplo, se ha estimado que pueden implicar una discriminación en la promoción económica y profesional contraria al derecho de libertad sindical el cese en un puesto de trabajo de libre designación⁵⁰, la no asignación de un puesto de trabajo funcional en base a la condición de «liberado sindical»⁵¹, el no prorrogar la comisión de servicios otorgada a delegado sindical⁵², la privación del derecho a ocupar una plaza en situación especial en activo por el mero hecho de ser liberado sindical⁵³ o la denegación de la petición de nombramiento como Jefe de Departamento en el centro educativo en el que trabajaba el liberado sindical⁵⁴, y que el tiempo que los representantes sindicales desempeñaron funciones de representación debe computarse como mérito de experiencia profesional en los concursos para la provisión de puestos de trabajo. De lo contrario, se les obligaría a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical, ya

⁴¹ STSJ de la Comunidad Autónoma de Madrid de 11 de mayo de 2002 (Rec. núm. 7/1999).

⁴² STC 151/2006, de 22 de mayo; y SSTSJ de Cataluña de 31 de octubre de 1997 (Rec. núm. 431/1994), de Andalucía de 16 de febrero de 2000 (Rec. núm. 928/1997), de Castilla-La Mancha de 15 de enero de 2001 (Rec. núm. 440/1998), de Andalucía de 2 de julio de 2001 (Rec. núm. 2544/1997) y 1 de octubre de 2001 (Rec. núm. 1565/1997), de la Comunidad de Madrid de 11 de mayo de 2002 (Rec. núm. 7/1999), de Andalucía de 17 de enero de 2002 (Rec. núm. 1542/1998), y de Cantabria de 17 de febrero de 2003 (Rec. núm. 116/2002).

⁴³ SSTC 30/2000, de 31 de enero, 43/2001, de 12 de febrero y 58/2001, de 26 de febrero; y STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 de noviembre de 2003 (Rec. núm. 132/2001).

⁴⁴ SAN de 14 de marzo de 2000 (RJCA/597).

⁴⁵ STC 92/2005, de 18 de abril.

⁴⁶ SSTC 173/2001, de 26 de julio, y 151/2006, de 22 de mayo.

⁴⁷ STC 151/2006, de 22 de mayo; y STSJ de la Comunidad de Madrid de 11 de mayo de 2002 (Rec. núm. 7/1999).

⁴⁸ STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 1997 (Rec. núm. 431/1994).

⁴⁹ Téngase en cuenta que «la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales» constituye una falta disciplinaria muy grave [art. 95.2.k) EBEP].

⁵⁰ SSTC 202/1997, de 25 de noviembre, y 216/2005, de 12 de septiembre.

⁵¹ STC 265/2000, de 13 de noviembre.

⁵² STC 336/2005, de 29 de diciembre. Cfr. la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de enero de 1999 (Rec. núm. 896/1996).

⁵³ SSTC 70/2000, de 13 de marzo, y 241/2005, de 10 de octubre.

⁵⁴ STC 257/2007, de 17 de diciembre.

que sólo reincorporándose a su puesto de trabajo podrían optar a la aplicación de las bases de las convocatorias de los concursos relativas a la evaluación de méritos del mismo modo que se aplican al resto de empleados⁵⁵. También tendrán derecho a participar en las acciones formativas programadas o promovidas por las Administraciones públicas.

Mas la garantía de indemnidad del representante sindical «no excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE»⁵⁶. De esta concurrencia entre la libertad sindical del funcio-

⁵⁵ SSTC 90/2008, de 21 de julio, 137/2008, de 27 de octubre, 179/2008, de 22 de diciembre; y STSJ de Aragón de 16 de junio de 2000 (Rec. núm. 18/2000).

⁵⁶ Cfr. la STC 265/2000, de 13 de noviembre. En el mismo sentido, entre otras muchas, las SSTC 17/1996, de 7 de febrero, 202/1997, de 25 de noviembre, 336/2005, de 20 de diciembre, y 257/2007, de 17 de diciembre.

Es decir, se prohíben las decisiones organizativas de las Administraciones públicas en las que se detecten móviles discriminatorios por razones sindicales, pero no las decisiones organizativas que puedan ser razonables y justificadas. Y así se ha estimado en relación con un funcionario municipal que es designado de forma eventual como encargado de mercado, que dicho puesto es incompatible con la situación de liberado sindical, por imposibilidad de prestación de la función señalada, lo que motiva su cese como encargado [STS de 31 de marzo de 1995 (Rec. núm. 1771/1991)]; que la concesión de una comisión de servicios como Asesor de Formación Permanente es incompatible con cualquier situación que impida la efectiva incorporación al puesto, y en consecuencia, la aceptación del permiso sindical supone la renuncia del puesto de asesor, sin perjuicio de la reserva del puesto de trabajo originario [STS de Castilla-La Mancha de 19 de enero de 1999 (Rec. núm. 896/1996)]; o, en fin, que la denegación de la petición efectuada por un liberado sindical a tiempo total de poder realizar efectivamente las guardias de la Sección de Menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid a la que se encuentra adscrito, responde a una adecuada organización del citado servicio de guardia, sin que quepa atisbar en la misma, ni de manera indirecta o indiciaria, propósito alguno atentatorio al derecho de libertad sindical [STS] de la Comunidad de Madrid de 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 140/2003)].

nario público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la Constitución. Pero habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y ponderados.

Cuando se alegue que una determinada decisión administrativa encubre en realidad una conducta lesiva del derecho de libertad sindical del representante, éste debe acreditar la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales y, constando esta prueba indiciaria, corresponde a la Administración pública la carga de demostrar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio del derecho de libertad sindical⁵⁷, no resultando suficiente la invocación de una potestad genérica o de una norma, pues, al estar involucrado un derecho fundamental, es exigible que la Administración exprese los motivos de su decisión⁵⁸.

3ª) Los delegados sindicales no podrán ser trasladados durante la vigencia de su mandato representativo ni dentro del año siguiente a su extinción, salvo que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el traslado se produzca por causas relacionadas con el ejercicio de su representación [art. 41.1.e) EBEP]⁵⁹. De este modo, los representantes unitarios y sindicales de los funcionarios públicos, por el ejercicio legítimo de su función representativa, no podrán ser perjudicados a través de un traslado. Sin embargo,

⁵⁷ SSTC 293/1995 y 257/2007, de 17 de diciembre.

⁵⁸ SSTC 202/1997, de 25 de noviembre, y 257/2007, de 17 de diciembre.

⁵⁹ Por lo demás, según la STSJ Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 1999 (Rec. núm. 826/1999), el plazo de mantenimiento de la garantía es de un año, sin que la negociación colectiva pueda incrementarlo.

dada la ausencia en la Ley 7/2007 de una previsión similar a la contenida en el art. 40.5 del ET, cuando las necesidades del servicio exijan el traslado forzoso con cambio de residencia, los delegados sindicales aptos para cumplir la finalidad que el traslado se propone no tienen garantizada la prioridad de permanencia en su puesto de trabajo con respecto al resto de funcionarios de su unidad electoral⁶⁰. En todo caso, corresponde a la Administración pública la carga de acreditar que el traslado está debidamente justificado, y que no guarda relación alguna con el desempeño de las actividades representativas⁶¹.

b) Los delegados sindicales no podrán «ser (...) sancionados por causas relacionadas con el ejercicio de su mandato representativo, ni durante la vigencia del mismo, ni en el año siguiente a su extinción, exceptuando la extinción que tenga lugar por revocación o dimisión» [art. 41.1.e) EBEP]. Es decir, no podrán ser sancionados bajo ningún concepto por el ejercicio legítimo de sus competencias, ni durante su mandato ni después. El ejercicio de funciones representativas no puede servir, pues, ni formal ni materialmente, para sancionar disciplinariamente a los representantes⁶². Lo cual no implica que éstos no puedan ser sancionados si infringen sus deberes en cuanto funcionarios o representantes de acuerdo con lo tipificado en la normativa disciplinaria⁶³. Por esta razón el

art. 41.1.c) del EBEP salva la imposición de sanciones a los representantes de los funcionarios, en cuyo caso entra en juego la garantía formal prevista en este precepto.

LOS DERECHOS DE LOS CARGOS ELECTOS SINDICALES

De conformidad con lo dispuesto en el art. 48.1.c) del EBEP, las Administraciones públicas concederán permisos a los funcionarios públicos «para realizar funciones sindicales o de representación del personal, en los términos que se determine». A tales efectos, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 9 de la LOLS donde se prevén dos modalidades de «permisos sindicales»: 1º) Los permisos no retribuidos que necesiten los cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal de las organizaciones sindicales más representativas, para el desarrollo de las funciones propias del cargo [apartado 1.a)]; 2º) Los permisos retribuidos que necesiten los representantes sindicales que participen en las mesas negociadoras, para el adecuado ejercicio de su labor negociadora (apartado 2).

Como quiera que la «materia sindical» es negociable [art. 37.1.h) EBEP], los Acuerdos y Pactos pueden regular los permisos sindicales⁶⁴, detallando el régimen dispuesto en el art. 9 de la LOLS, regulando la forma de solicitud y concesión de los permisos sindicales, la competencia para su reconocimiento⁶⁵,

⁶⁰ STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2002 (Jur. 206510) y STSJ Andalucía de 30 de diciembre de 2002 (Jur. 65351, 2003).

⁶¹ SSTJ de la Comunidad de Madrid de 2 de junio de 2001 (Rec. núm. 1470/1998), de Cataluña de 19 de abril de 2002 (Jur. 206510) y de la Comunidad de Madrid de 21 de septiembre de 2006 (Rec. núm. 58/2006).

⁶² Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Madrid de 15 de junio de 2000 (RJCA/1880).

⁶³ Ahora bien, la suspensión de empleo y sueldo del representante no supone la suspensión del ejercicio del mando representativo, al quedar directamente implicados los intereses de los representados a los que se les privaría de la actuación del representante que eligieron y

en el que depositaron su confianza [STS de 14 de abril de 1997 (Rec. núm. 5718/1994)].

⁶⁴ Así, lo señalan la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 1990 (RL I/1992), y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de octubre de 1996 (Rec. núm. 411/1996). Por lo demás, la STSJ de Andalucía de 15 de septiembre de 2000 (Rec. núm. 254/2000) sostiene que denunciados tales Pactos o Acuerdos, éstos han de mantener su vigencia hasta tanto no se logren otros que les sustituyan.

⁶⁵ Cfr. la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 64/2000).

dando mayor amplitud a los permisos sindicales⁶⁶, etc. Por lo demás, la condición de sindicato más representativo o de simplemente representativo en el conjunto de la Administración General del Estado no puede dar derecho a disfrutar en exclusiva este tipo de permisos que tienen por objeto facilitar la acción sindical en el ámbito de la referida Administración pública, sino que deben asignarse y distribuirse entre las organizaciones sindicales que actúen en dicho ámbito en proporción a su respectiva representatividad⁶⁷. Ahora bien, cuando los permisos sindicales se negocien a nivel general y sectorial, los sindicatos que actúen en el ámbito general de la Administración General del Estado habrán de participar en el reparto de los permisos previstos por la Mesa general de Negociación y los sindicatos sectoriales en el de los previstos por la correspondiente Mesa sectorial de negociación⁶⁸.

Los Acuerdos y Pactos sobre derechos y garantías sindicales suelen contener cláusulas relativas a dos modalidades de permisos retribuidos, a saber⁶⁹: las bolsas de horas sindicales (a) y las licencias institucionales (b).

a) Los sindicatos con presencia en los órganos de representación del personal de la Administración pública correspondiente pueden crear una bolsa de horas sindicales formada por la acumulación de los créditos horarios cedidos por los delegados sindicales y los representantes del personal, así como por las

horas reconocidas por algunos Acuerdos o Pactos a las centrales sindicales para el ejercicio de la acción sindical. La distribución de la bolsa se atribuye a cada central sindical, que puede repartirla entre los empleados públicos que considere oportuno para el mejor cumplimiento de sus fines. La distribución que se hace de las horas permite la liberación total o parcial del receptor del crédito horario por períodos mensuales.

Estipulaciones de este tipo no son válidas en el ámbito de la negociación colectiva funcional⁷⁰. En efecto, la Administración pública sólo puede pactar sobre aquello que le está permitido legalmente y la única previsión de acumulación es la establecida en el art. 41.1.d) del EBEP para los representantes unitarios de una misma candidatura entre sí y, por remisión del art. 10.3 de la LOLS, la de los delegados sindicales de la misma opción sindical también entre sí. Por consiguiente, no estando prevista legalmente esta modalidad de acumulación y tratándose de créditos generados por y entre colectivos diferentes, en canales de representación distintos, la negociación colectiva no puede implantarla y, mucho menos, entre los créditos horarios de los representantes laborales y funcionariales, pues ello supondría una modificación de la Ley. A mayor abundamiento, ésta atribuye la titularidad del derecho al crédito horario a los representantes unitarios y delegados sindicales y son éstos los que deben disponer de él⁷¹. Los Acuerdos y Pactos, sin embargo, transforman un derecho de titularidad individual en un derecho de las organizaciones sindicales, del que ellas pueden disponer como tengan por conveniente, pues son ellas las que designan a los empleados públicos que deben disfrutarlos. Y, a este respecto, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25

⁶⁶ Cfr. la SAN de 11 de diciembre de 1990 (RL I/1992), y la STS de Castilla-La Mancha de 9 de octubre de 1996 (Rec. núm. 411/1996).

⁶⁷ Cfr. STC 99/1987, de 11 de junio; y SAN de 11 de diciembre de 1990 (RL I/1992). Un comentario crítico sobre esta sentencia en NAVARRO NIETO, «Permisos sindicales en la Administración pública y representatividad sindical (Comentario a la Sentencia AN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de diciembre de 1990)», *Relaciones Laborales*, I/1992, págs. 415 y ss.

⁶⁸ Cfr. STC 217/1988, de 21 de noviembre.

⁶⁹ Por todos, ROQUETA BUJ, «Los derechos y garantías sindicales en la negociación colectiva funcional», *Actualidad Administrativa*, núm. 35, 2002, págs. 742 y ss.

⁷⁰ Cfr. GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos...*, cit., págs. 240 y ss.

⁷¹ Por todos, LAHERA FORTEZA, *La Titularidad de los Derechos Colectivos de los Trabajadores y Funcionarios*, Madrid, 2000, págs. 156 y ss.

de enero de 2001 (Rec. núm. 2742/2000) subraya que «la disposición de un crédito horario está prevista en principio para facilitar la representación de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo, por lo que no cabe una utilización que pierda totalmente de vista la condición de representantes electos, y la consiguiente vinculación con sus electores, que tienen tanto los representantes unitarios como los representantes sindicales a los que tal garantía se asigna». En todo caso, la acumulación de los créditos horarios de tales representantes precisa de la libre voluntad de los mismos, tal y como prescribe el art. 41.1.d) del EBEP.

b) La Administración pública se compromete a conceder licencias sindicales a tiempo total generalmente para la realización de actividades sindicales dentro del ámbito de la Administración⁷², aunque en algunos instrumentos negociales se prevén también para la realización de actividades sindicales dentro de la estructura de las organizaciones sindicales. Tales licencias se atribuyen, según los diferentes Acuerdos y Pactos, a las organizaciones sindicales con representación en la Administración, a las organizaciones sindica-

les firmantes o a las organizaciones sindicales presentes en las mesas de negociación, y se distribuyen con base a la representatividad obtenida por las mismas en las elecciones sindicales celebradas en su ámbito específico⁷³. Las licencias se conceden a los empleados públicos propuestos por las centrales sindicales siguiendo el procedimiento pactado⁷⁴, y dicha concesión generalmente queda sometida a las necesidades del servicio. Los empleados públicos a los cuales se les concede licencia sindical quedan en situación de servicio activo, con todos los derechos inherentes a su situación y perciben las mismas retribuciones básicas y complementarias que perciben en el caso de no disfrutar de esta licencia⁷⁵.

A través de estas cláusulas convencionales, las centrales sindicales burlan el golpe recibido con la declaración de inconstitucionalidad del art. 29.2.l) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), que posibilitaba el pase a la situación de servicios especiales de los funcionarios que ostentasen cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal de las organizaciones sindicales más representativas⁷⁶. Es más, a través de los permisos sindicales obtienen mayores ventajas que las que les hubiera podido proporcionar la situación de servicios especiales, pues en

⁷² La STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 26 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 3300/1998) subraya lo siguiente: «La alegación no puede compartirse porque el art. 30. 1. c) Ley 30/84, y el art. 70. 2. e) de la LFPV, y el concepto «funciones sindicales» no pueden entenderse al margen de la acción sindical (arts. 8 y SS LO 11/85) y de las funciones de representación en el ámbito de la Administración pública (Ley 9/87), siendo el Acuerdo Marco sobre Derechos Sindicales y Ejercicio de la Actividad Sindical en la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi el que desarrolla la normativa contemplando la concesión de créditos horarios a los miembros de las Juntas de Personal y Comités de Empresa o delegados de personal, así como a los delegados sindicales. El recurrente, sin embargo, no tiene esta condición, ni desarrolla una acción sindical, aunque actúe como experto en una Comisión sectorial en representación o por designación de un Sindicato, cuya intervención se contempla como agente social, pero no estrictamente desarrollando actividades sindicales en el ámbito estatutario de la función pública».

⁷³ Cfr. SSTs de 21 de abril de 2003 (Rec. núm. 1305/2000) y 30 de noviembre de 2004 (Rec. núm. 4095/2001); y STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 1998 (Rec. núm. 2171/1997).

⁷⁴ Si la designación del liberado es un derecho del sindicato también lo es la cancelación del mismo que de acuerdo con el procedimiento del propio sindicato la Administración no podía modificar sino aceptar por no ser un derecho de la Administración, debiéndose limitar a admitir la notificación con todos sus efectos, sin que, en modo alguno pueda obligar al Sindicato a anular su decisión y mantener la liberación pues la Administración no tiene ninguna facultad ni potestad en la cancelación del permiso sindical [STS] de Castilla-La Mancha de 20 de septiembre de 2002 (Rec. núm. 32/2002)].

⁷⁵ Cfr. la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de octubre de 1996 (Rec. núm. 411/1996).

⁷⁶ Cfr. STC 99/1987, de 11 de junio.

dicha situación la retribución del liberado o dispensado hubiera corrido a su cargo. Mas, como subraya la STC 18/2003, de 30 de enero, la coincidencia sustancial de contenidos entre los art. 9.1.b) de la LOLS y 29.2.1) de la LMRFP no supone que «el art. 9.1.b) LOLS no tenga de por sí entidad propia, y que por ello forma parte del Ordenamiento jurídico con todas sus consecuencias, cualquiera que sea la suerte que pueda correr la otra norma, bien por su derogación o, en su caso, cual es el aquí acaecido, por su declaración de inconstitucionalidad por la STC 99/1987». Ocurre que, al disociarse la suerte del art. 29.2.1) de la Ley 30/1984 de la del art. 9.1.b) de la LOLS, cada una dotada de propia entidad, en razón de la antecitada sentencia, se rompe la coherencia sistemática que antes de esta sentencia existía entre ambos preceptos. Al ser expulsada del Ordenamiento jurídico por dicha senten-

cia la norma que establecía la situación de servicios especiales para el supuesto legal regulado en el art. 29.2.1) de la Ley 30/1984, el art. 9.1.b) de la LOLS no concuerda ya tras dicha expulsión con una situación nominalmente tipificada. Eso produce una cierta incoherencia sistemática en el Ordenamiento jurídico, que el EBEP debería haber subsanado con una nueva regulación que tuviera en cuenta la STC 99/1987. Pero que no lo haya hecho no debe constituir un óbice para la eficacia actual de una norma, como la del art. 9.1.b) de la LOLS, que inequívocamente otorga a los funcionarios que se encuentren en el supuesto legal definido en el párrafo primero de dicho artículo el derecho a una situación que suponga el «derecho a reserva del puesto de trabajo y al cómputo de antigüedad mientras dure el ejercicio de su cargo representativo»⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. STC 18/2003, de 30 de enero.

RESUMEN El derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos se regula en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. No obstante, esta disposición legal, en cumplimiento del doble mandato establecido en los arts. 28.1 y 103.3 de la Constitución Española, establece determinadas peculiaridades propias de la libertad sindical de los funcionarios públicos, al tiempo que se remite en cuanto al ejercicio de la actividad sindical colectiva «a los términos previstos en las normas correspondientes», de suerte que serán éstas últimas las que establezcan las condiciones de su ejercicio. En este contexto se sitúa el presente estudio en el que se analiza la incidencia de la regulación del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, particularmente sobre la representatividad sindical, la representación sindical (las secciones y delegados sindicales), y los derechos de los cargos electos sindicales.

ABSTRACT The freedom of association right of public servants is regulated by the Organic Law 11/1985, of 2nd August, on the Right to Establish Trade Unions. However, this legal provision, in accordance to the double-hatting formula established by articles 28.1 and 103.3 of the Spanish Constitution, establishes certain peculiarities with regards to the freedom of association of civil servants. At the same time, as per the exercise of the collective trade union activity, the legal provision refers to «the terms established in relevant rules», so it will be these rules that will define the conditions governing the exercise of such right. Within this context, this paper analyses how the Basic Statute of Public Employees affects the public servants' freedom of association right, particularly as it regards trade union representativeness, trade union representation (trade union sections and representatives) and the rights of trade union elected representatives.

La negociación colectiva de los empleados públicos

ESTEBAN RODRÍGUEZ VERA*

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda el complejo tema de la negociación colectiva de los empleados públicos, que es una categoría que introduce el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) para referirse conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral que prestan sus servicios a las Administraciones Públicas. Su finalidad es analizar, desde una perspectiva general, las singularidades que presenta la negociación colectiva que tiene lugar en el empleo público respecto de la que se desarrolla en el empleo privado.

Ahora bien, lo primero que debemos decir es que propiamente no podemos hablar de negociación colectiva de los empleados públicos como un todo homogéneo ya que no existe un sistema único de negociación colectiva que se aplique a todos ellos, sino que existen dos sistemas, uno que se aplica a los funcionarios,

incluyendo dentro de esta categoría de empleados públicos al llamado personal estatutario, y otro que se aplica al personal laboral. Es decir, el sistema de negociación colectiva de los empleados públicos es dual, como también lo es el personal que presta servicio a las Administraciones Públicas y el régimen jurídico que se aplica al mismo; así pues, el que existan dos sistemas de negociación colectiva aplicables a los empleados públicos es coherente, en principio, con la existencia en las Administraciones Públicas de dos tipos de personal, los funcionarios y el personal laboral, y con la aplicación a los mismos de dos regímenes jurídicos distintos.. Pues bien, también analizamos, en este artículo, las diferencias que existen entre uno y otro sistema de negociación colectiva, que sin duda son muchas e importantes.

La negociación colectiva de los empleados públicos, y sobre todo la de los funcionarios, ha sido ampliamente tratada por la doctrina científica¹. Hay que decir que en este caso

* Funcionario del Ministerio de Trabajo e Inmigración (MTIN). Ha sido Director General de Trabajo y Secretario General Técnico del mismo y Subdirector General de Relaciones Laborales de la Dirección General de la Función Pública, que es la unidad responsable de la negociación colectiva de los empleados públicos. Es, en este momento, consejero del grupo de expertos del Consejo Económico y Social de España (CES).

¹ Para conocer la evolución que ha tenido la negociación colectiva de los empleados públicos, en general, y la de los funcionarios en particular, así como el régimen jurídico actual de la misma se pueden consultar las siguientes obras generales: «El Estatuto Básico del Empleado Público» AA.VV Volumen II, XIX Congreso

también la doctrina ha sido dual; en efecto, el estudio de un modelo de negociación colectiva tan peculiar como el que se aplica a los empleados públicos ha interesado tanto a la doctrina laboralista como a la administrativista; por ello, hay abundantes trabajos de uno y de otro sector de la doctrina dedicados a la negociación colectiva de los empleados públicos. Lógicamente, la posición que se ha mantenido en relación con este tema y el tratamiento que se ha dado al mismo por uno y otro sector de la doctrina han sido diferentes. Desde la doctrina laboralista, la negociación colectiva de los empleados públicos se veía como algo normal dentro de un Estado social y democrático de derecho, como el que establece nuestra Constitución; era una consecuencia lógica del mismo que el derecho a la negociación colectiva que se reconocía a los trabajadores por cuenta ajena que se regían por el Derecho del Trabajo, se extendiera también a quienes estaban vinculados con las Administraciones Públicas por una relación de trabajo de carácter estatutario regida por el Derecho Administrativo; por el contrario, la doctrina administrativista, con algunas excepciones, veía la negociación colectiva de los empleados públicos, y sobre todo la de los funcionarios públicos, como una institución importada del Derecho del Trabajo y por lo tanto extraña al sistema de empleo público, y más concretamente al de función pública, que venía a alterar la posición dominante que tenía la Administración Pública, en cuanto poder público e institución pública que tiene encomendada la defensa del interés general, respecto de los

Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, MTIN 2009; ROQUETA BUJ, R. «El Derecho de Negociación Colectiva en el EBEP», La Ley 2007; SALA FRANCO, T.: «Los Derechos Colectivos de los Empleados Públicos» en Comentarios a la Ley del EBEP. Lex Nova 2008; AA.VV «Negociación Colectiva en el Empleo Público: Diagnóstico y Perspectiva» en el Observatorio de la Negociación Colectiva 2010, Madrid, CC.OO.; CCNCC, «Informe sobre la Negociación Colectiva en el Empleo Público».AA.VV Madrid, 2001; ALFONSO MELLADO, C «Los derechos colectivos de los empleados públicos» Ediciones Bomarzo, 2008.

llamados servidores públicos, e incluso el sistema de fuentes que regía en el Derecho de la Función Pública.

El diferente enfoque que ha existido en la doctrina respecto de la negociación colectiva de los empleados públicos, y en particular respecto de la de los funcionarios públicos, ha condicionado, sin duda, la evolución que ha tenido su regulación; piénsese, por ejemplo, que la primera ley que pretende reconocer el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, la Ley 9/1987, de 12 de junio (LORAP), no utiliza el término de negociación colectiva sino que lo sustituye por el de participar en la determinación de las condiciones de trabajo; por otro lado, la lógica de la contractualización de las relaciones de trabajo que está implícita en la negociación colectiva no se traslada a las relaciones de trabajo que la Administración establece con los funcionarios, que siguen teniendo su origen, no en el acuerdo de voluntades entre la Administración y el funcionario, no en un contrato como ya ocurre con el personal laboral, sino en un acto unilateral de la Administración, el acto de nombramiento; y tampoco la negociación colectiva, que es un sistema de determinación de las condiciones de trabajo basado en la bilateralidad, acaba con el sistema de determinación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios que es propio de una relación de trabajo de carácter estatutario.

Ahora bien, además de por lo ya indicado, en este momento analizar la negociación colectiva de los empleados públicos tiene un interés especial; como es sabido, el Gobierno, como consecuencia de la crisis o en el contexto de la misma, ha adoptado una serie de medidas que han afectado restrictivamente a la negociación colectiva de los empleados públicos, en la medida en que han supuesto, por un lado, dejar sin efecto acuerdos que afectaban al conjunto de los empleados públicos, que habían sido suscritos por el Gobierno y los Sindicatos representativos de los mismos y que se encontraban en vigor, y, por

otro, modificar en determinados casos las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos aplicables al personal laboral que también estaban en vigor. En estas circunstancias nos ha parecido oportuno analizar y dar nuestra opinión en este artículo sobre dichas medidas y los efectos que han tenido en la negociación colectiva de los empleados públicos, así como sobre su constitucionalidad, que es lo que realmente se discute en el debate que en este momento está abierto sobre las indicadas medidas. En este sentido, en el artículo se analizan las medidas adoptadas por el Gobierno en el Real Decreto Ley (RDL) 8/2010, de 20 de mayo, que afectaba al conjunto de los empleados públicos, y las adoptadas en el RDL 1/2010, de 5 de febrero, que afectaba exclusivamente a una categoría específica de los empleados públicos, los controladores aéreos.

Por último, aunque a lo largo del artículo quedan reflejadas las críticas que, desde nuestro punto de vista, se pueden hacer al modelo dual de negociación colectiva de los empleados públicos que existe en nuestro país, no obstante, hemos querido terminar el mismo identificando los que, a nuestro juicio, son los principales puntos críticos que presenta el referido modelo de negociación colectiva, así como avanzando algunas propuestas sobre posibles soluciones a los mismos.

2. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (EBEP)

2.1. El EBEP no introduce cambios sustanciales en la negociación colectiva de los empleados públicos

El EBEP, en lo que se refiere a la regulación de la negociación colectiva, es, ciertamente, continuista ya que mantiene, en esencia, el modelo de negociación colectiva de los

empleados públicos que se establecía en la legislación anterior.

Que el EBEP fuera continuista en materia de negociación colectiva era lógico ya que cuando se aprobó el mismo (el 12 de abril de 2007) no había transcurrido un año todavía desde que se había aprobado la Ley 21/2006, de 20 de junio, que modificaba en profundidad la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP), que fue la primera que reguló la negociación colectiva en la función pública, habiéndose corregido, por tanto, en la misma las carencias o defectos que se habían detectado en la legislación anterior hasta ese momento; asimismo, la indicada ley incorporaba ya alguna de las recomendaciones que había hecho la Comisión de Expertos que se había creado para estudiar la preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.

El EBEP no altera sustancialmente el modelo de negociación colectiva de los empleados públicos tal como había quedado configurado en la legislación anterior, aunque ello no quiere decir, en cambio, que no se introdujeran reformas en el mismo y que algunas de ellas no fueran de calado. Antes al contrario, el EBEP introdujo reformas importantes que han venido a perfeccionar el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos. Se recuerdan algunas de las reformas introducidas por el EBEP: el reconocimiento conjunto del derecho a la negociación colectiva a todos los empleados públicos, la consideración del derecho de la negociación colectiva como un derecho individual de ejercicio colectivo, la sustitución del procedimiento de consulta que existía en la legislación anterior en determinados casos por el de negociación, la apertura de vías de renegociación en los casos en que no se ratifique un acuerdo, y la posibilidad de utilizar procedimientos de solución de conflictos cuando fracase la negociación, retrasando e incluso reduciendo con ello las posibilidades de que se acuda inmediatamente

te al recurso de determinación unilateral de las condiciones de trabajo.

En todo caso, y aún reconociendo el avance que supone la aprobación del EBEP en la consolidación de la negociación colectiva de los empleados públicos, nos surgen serias dudas, no obstante, respecto de la regulación de tres cuestiones concretas a las que nos referiremos repetidas veces a lo largo del artículo; la primera es que los dos sistemas que se aplican a los empleados públicos presentan diferencias muy significativas y siguen estando muy separados; la segunda es que la regulación de la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral tiene todavía muchas carencias y deficiencias en su regulación; y la tercera es que siguen sin regularse las especialidades o peculiaridades que existen en la negociación colectiva del personal laboral que trabaja en las Administraciones Públicas respecto del que trabaja en las empresas privadas. Por todo ello, creemos que con el EBEP se ha perdido la oportunidad de configurar un modelo de negociación colectiva de los empleados públicos más completo y más integrado que el que existía anteriormente y, como consecuencia de ello, más racional y más eficaz.

2.2. El EBEP resuelve algunos problemas de la legislación anterior, pero deja otros muchos por resolver

El EBEP reconoce el derecho a la negociación colectiva, de forma conjunta, a los empleados públicos, pero deja fuera de su regulación a la negociación colectiva del personal laboral. El reconocimiento conjunto del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos es una novedad que ha introducido el EBEP. Esta previsión del Estatuto era coherente, con la pretensión que tenía el mismo de convertirse en la fuente reguladora de todos los empleados públicos, en lo que fuera común a los mismos, aun-

que, como luego se verá, esta pretensión no llegó a materializarse.

El reconocimiento conjunto del derecho a la negociación colectiva a los empleados públicos se realiza en los artículos 15 y 31.1 del EBEP. Por una parte, el su artículo 15, reconoce a los empleados públicos, como derechos individuales que se ejercen de forma colectiva, entre otros, el derecho a la libertad sindical, a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga y al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo. Y por otra, el artículo 31.1 reconoce de forma conjunta el derecho a la negociación colectiva conjunta a los empleados públicos.

El que la negociación colectiva, y el resto de los derechos a que se refiere el citado artículo 15, se configuren como derechos individuales de ejercicio colectivo quiere decir que la titularidad de los mismos corresponde a los empleados públicos, individualmente considerados, pero que su ejercicio se canaliza a través de los representantes colectivos de los mismos (sindicatos u órganos de representación unitaria). La atribución de la titularidad del derecho a la negociación colectiva, y de los demás derechos llamados colectivos, a los sujetos individuales y no a los colectivos (sindicatos) generó, en su momento, un encendido debate, pues había quienes consideraban que el hecho de que la titularidad de estos derechos fuera individual y no colectiva, rompía con lo que había sido una tradición arraigada según la cual la titularidad de tales derechos se atribuía a los sujetos colectivos.

No es posible, por razones obvias, entrar en este momento a analizar las diferentes posiciones que se han mantenido en el debate que ha tenido lugar sobre esta cuestión; simplemente diremos que, desde nuestro punto de vista, la polémica que se ha suscitado en relación con la titularidad individual o colectiva de tales derechos es más teórica que real, ya que entendemos que lo que existe en relación con estos derechos es una titularidad compartida, o diferenciada como la ha califi-

cado una parte de la doctrina; es decir, lo que ocurre en este caso es que la titularidad de estos derechos no es única; y no lo es porque de estos derechos no existe un único sujeto titular sino que existen dos, uno individual, los empleados públicos, y otro colectivo, la representación colectiva de los mismos (los sindicatos), y los dos son imprescindibles para su ejercicio.

Por otro lado, a pesar del reconocimiento conjunto de la negociación colectiva a los funcionarios y al personal laboral y la pretensión unificadora del EBFP de los regímenes de los funcionarios y del personal laboral, es lo cierto, no obstante, que la negociación colectiva de los indicados colectivos se sigue regulando por normativas distintas: el Capítulo IV del Título III del EBEP la negociación colectiva funcional y el Título III del ET la negociación colectiva del personal laboral. El EBEP sólo contiene una única disposición reguladora de la negociación colectiva del personal laboral (el art. 32.2) que se limita a hacer una remisión a la legislación laboral como norma reguladora de la misma. EL EBEP lo que hace en realidad es que expulsa de su ámbito a la negociación colectiva del personal laboral ya que, además de que la excluye de la aplicación de normas o principios que deberían ser comunes a los dos sistemas de negociación colectiva (por ejemplo, los principios que rigen la negociación colectiva a que se refiere el artículo 33.1 del EBEP), no contempla prácticamente ninguna otra regulación de dicha negociación colectiva del personal laboral; no se contempla, como hubiera sido necesario, la regulación de las peculiaridades que tiene la negociación colectiva de este personal, que trabaja en las Administraciones Públicas, respecto del que trabaja en empresas privadas.

Por ello, también en este caso, como dice el profesor Sala Franco, es probable que «hayaamos desaprovechado la ocasión de regular de una forma más completa y sistemática la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas», y de poder

resolver de esta manera los problemas de adaptación de dicha negociación colectiva a las circunstancias especiales que se dan en este caso, como consecuencia, sobre todo, de la presencia de la Administración Pública en la negociación, opinión que compartimos plenamente. En todo caso, debe quedar claro que el hecho de que los funcionarios y el personal laboral tengan reconocido el derecho a la negociación colectiva conjuntamente en la misma norma jurídica, no significa que el derecho de negociación colectiva tenga el mismo alcance y efectos para los dos colectivos.

El EBEP ha consolidado la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral, pero sigue manteniendo carencias importantes en su regulación. La posibilidad de negociar conjuntamente las condiciones de trabajo de todos los empleados públicos, de los funcionarios y del personal laboral, ha sido realmente la válvula de escape del sistema dual de negociación colectiva de los empleados públicos. Por eso no es de extrañar que este tipo de negociación colectiva se desarrollara desde el principio, con gran fuerza, aún antes, incluso, de que la misma tuviera cobertura legal y respaldo judicial. Es importante destacar, por tanto, que la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral empezó sin tener cobertura legal ni respaldo judicial. Era unánime el criterio de la jurisprudencia de negar validez a este tipo de negociación colectiva².

Poder negociar conjuntamente las condiciones de trabajo de funcionarios y personal laboral era, desde luego, una necesidad senti-

² Fueron muchas las Sentencias que negaron validez a la negociación colectiva conjunta, por considerar que era absolutamente incompatible con los dos regímenes de personal y de negociación colectiva tan diferentes que existían para funcionarios y personal laboral. Entre otras, mantenían dicho criterio las siguientes SS de la Sala Tercera de TS: 29-10-1985, Ar. 4602; 29-6-1992, Ar. 5195; 18-3-1993, Ar. 2074; 22-3-1993, Ar. 2116; 22-10-1993, Ar. 7544; y las siguientes de la Sala 4ª, 24.11995, Ar.153,; 12-6-2007, Ar. 7590 etc.

da tanto por la Administración como por los propios sindicatos. Era para la Administración la forma de introducir una cierta racionalidad y de buscar una mayor eficacia en la gestión de los recursos humanos que empleaba que, por imperativo legal, tenían condiciones de trabajo distintas y sistemas de negociación colectiva de las mismas también distintos. Para los sindicatos era una cuestión de orden estratégico poder negociar conjuntamente las condiciones de trabajo de todo el personal de las Administraciones Públicas. En cierto modo, se puede decir que la sindicalización del sistema de negociación colectiva de los funcionarios públicos está en el origen y fue una de las circunstancias que más influyó en el temprano y amplio desarrollo que adquirió este tipo de negociación colectiva, sobre todo en el ámbito de la Administración Local.

Era tal la necesidad de contar con un tipo de negociación conjunta para todos los empleados públicos, que la práctica terminó por imponerse a la legalidad y al criterio reiterado de las jurisdicciones contencioso-administrativa y social que venían sosteniendo sistemáticamente que la negociación colectiva unitaria de funcionarios y personal laboral era inviable jurídicamente (no se admitía una negociación extraestatutaria). Ello fue posible porque, aunque en la práctica se desarrollara una negociación única, formalmente aparecía como si se hubieran producido dos negociaciones, una para los funcionarios y otra para el personal laboral, respetándose escrupulosamente, en cada caso, las normas de procedimiento, de legitimación y de formalización de los resultados de la negociación. En cierto modo, esta práctica negocial es la que ha inspirado la regulación que se contiene sobre este tipo de negociación colectiva en el EBEP que, desde nuestro punto de vista, es insuficiente e insatisfactoria, pues no da respuesta a los problemas que, en este momento, plantea la existencia de dos sistemas de negociación colectiva de los empleados públicas tan diferentes. Hubiera sido conveniente que

el EBEP hubiera sido más innovador y hubiera avanzado más en la convergencia de los sistemas de negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral. No en la unificación, pues sabemos que no es posible dado que hay derechos, deberes y condiciones de uno y otro tipo de personal que deberán seguir negociándose separadamente.

Ahora bien, teniendo en cuenta la favorable acogida que estaba teniendo la negociación colectiva conjunta y el desarrollo tan importante que estaba experimentando, no había más remedio que darle cobertura legal, y eso es lo que hizo la Ley 21/2006, de 20 de junio, que vino a actualizar y perfeccionar el sistema de negociación colectiva de los empleados públicos, siendo su principal novedad el reconocimiento legal de dicha práctica negocial. Por lo tanto, el reconocimiento legal de la negociación colectiva conjunta es relativamente reciente³. La forma en que se reconoció este tipo de negociación colectiva fue creando dos nuevas Mesas de Negociación en las que se negociarían condiciones de trabajo comunes a los funcionarios y al personal laboral, mesa que posteriormente se mantendrían en el EBEP; una de estas mesas sería una Mesa General de Negociación de todas las Administraciones Públicas, y la otra sería la Mesa de negociación conjunta propiamente dicha que

³ Para conocer el origen y profundizar en el conocimiento de la negociación colectiva conjunta se pueden consultar, además de las obras generales a que ya se ha hecho referencia, los siguientes trabajos: MARÍN ALONSO, I. «La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos». Comares. Granada 1997. «La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el EBEP» Civitas Madrid 2009; ROQUETA BUJ, R. «Los acuerdos mixtos para trabajadores y funcionarios de las entidades locales». REALA nº 280-281.1999; RUANO RODRÍGUEZ, L., «Hacia una negociación colectiva funcional y laboral en las entidades locales» CGPJ, Madrid, 2007; VIVERO SERRANO, J. B. «La Negociación Colectiva Conjunta de los Empleados Públicos: Un marco normativo a medio construir y una realidad difícil de conocer» Observatorio de la Negociación Colectiva. CC.OO 2010.

se podría constituir en cada una de las Administraciones Públicas.

En todo caso hay que advertir que la regulación de la negociación colectiva conjunta que se recoge en el EBEP no pretende superar la dualidad de sistemas de negociación colectiva de los empleados públicos. En efecto, con el reconocimiento legal de esta nueva forma de negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios y del personal laboral en la ley 21/2006, y la posterior regulación de la misma en el EBEP no estamos en presencia de un tercer sistema, unitario, de negociación colectiva de los empleados públicos, sino de una manifestación más del sistema dual indicado ya que, con independencia de que exista un proceso de negociación único y conjunto, es lo cierto que los resultados del mismo no se formalizan en un documento unitario que tiene el mismo alcance y efectos para uno y otro tipo de personal, sino que se hace en los instrumentos negociales propios de cada uno de los sistemas de negociación colectiva, teniendo, por lo tanto, el mismo acuerdo una tramitación y unos efectos distintos según se aplique a los funcionarios o al personal laboral.

En definitiva, la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral sigue sin tener autonomía, pues básicamente se configura más como una modalidad de la negociación colectiva de los funcionarios que como un sistema propio de negociación colectiva, ya que su regulación es muy parca; prácticamente, el EBEP se limita a resolver los problemas que la habían hecho inviable en el pasado; en este sentido se reconoce expresamente la constitución de una mesa de negociación conjunta para funcionarios y personal laboral en cada Administración Pública (art.36.3) y se concreta la naturaleza jurídica y efecto de los pactos y acuerdos que se alcanzan en la indicada mesa; según el artículo 38.8 del EBEP dichos pactos y acuerdos tendrán la consideración y efectos previstos en el mismo para los funcionarios y los previstos en el artículo 83 del ET para el personal laboral.

La consecuencia que podemos extraer de lo indicado anteriormente es que la regulación que se contiene en el EBEP de la negociación colectiva conjunta es insuficiente, por lo que es razonable pensar que vayan a seguir planteándose problemas al desarrollo de la misma, y asimismo que con ello se frene la posibilidad de avanzar hacia la convergencia de los regímenes jurídicos del personal funcionario y laboral que estaba entre los objetivos a alcanzar con el EBEP. Desde nuestro punto de vista es necesario corregir esta situación y establecer un régimen jurídico propio de la negociación colectiva conjunta, máxime si tenemos en cuenta que no se ha avanzado prácticamente nada en la aproximación de los regímenes de negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral y que sus diferencias siguen siendo, por tanto, muy grandes.

El EBEP abre paso a la utilización de procedimientos alternativos para resolver los conflictos derivados de la negociación colectiva de los empleados públicos pero, como en otros aspectos, se queda a medio camino. Sin duda representa un avance que el artículo 45 del EBEP contemple la posibilidad de que se puedan utilizar procedimientos de solución de conflictos que ya se vienen utilizando en el ámbito de las relaciones laborales en el sector privado (la mediación, que sería obligatoria si la solicita una de las partes, y el arbitraje voluntario) si así lo acuerdan las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales que están legitimadas para negociar. No obstante la regulación que se hace de tales procedimientos, nos lleva a pensar que, tal como ocurrió con la mediación que se contemplaba en la legislación anterior, que no llegó aplicarse nunca porque nunca se hizo el desarrollo reglamentario que la misma preveía, en este caso tampoco lleguen a aplicarse porque no se apruebe tampoco la norma reglamentaria, pactada con los sindicatos, en la que deben desarrollarse.

Desde luego, al margen de lo indicado anteriormente, nos parece acertada la vincu-

lación que se hace de la negociación colectiva con la utilización de los indicados procedimientos, ya que los restringe a los conflictos colectivos derivados de la misma, eso sí incluyendo tanto los que se deriven de la negociación propiamente dicha como de la interpretación y aplicación de los pactos y acuerdos, y más importante nos parece, si cabe, el que en caso de fracaso de la negociación colectiva se tengan que agotar los procedimientos de solución de conflictos establecidos (art.38.7 EBEP) antes de que los correspondientes órganos de gobierno puedan hacer uso de la facultad que tienen reconocida de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios, aunque hay que decir que para que esa previsión se haga efectiva es preciso que se hayan desarrollado reglamentariamente los indicados procedimientos, de lo que en este momento somos muy escépticos.

Un aspecto de la regulación de estos procedimientos con el que estamos radicalmente en desacuerdo es que se haya reservado la aplicación de los mismos a los conflictos derivados de la negociación colectiva de los funcionarios; entendemos que este tipo de procedimientos debería ser aplicable a todos los empleados públicos, incluido el personal laboral; no entendemos que no se haya hecho así; no entendemos que no se apliquen al personal laboral ya que su empresario es también una Administración Pública, y precisamente por tener este tipo de empresario ha quedado excluido también de los procedimientos de solución de conflictos que se han acordado entre los sindicatos y las organizaciones empresariales más representativas, salvo en algún caso concreto⁴.

⁴ La razón por la que se excluyen los conflictos del personal laboral de las AAPP de los procedimientos extrajudiciales acordados entre las organizaciones sindicales y empresariales es que éstas últimas organizaciones no representan a las AAPP. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, en la STS de 21 de septiembre de 1999).

2.3. El EBEP mantiene los sistemas de negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral pero no avanza prácticamente nada en la aproximación o convergencia de los mismos

El EBEP ha consolidado, por tanto, el modelo dual de negociación colectiva de los empleados públicos, que ya existía con anterioridad. Esta es la verdadera especialidad de la negociación colectiva de los empleados públicos, la existencia de dos sistemas de negociación colectiva diferentes, uno para los funcionarios y otro para el personal laboral.

Sabemos que la dualidad de sistemas de negociación colectiva de los empleados públicos tiene su origen en la dualidad de regímenes jurídicos que se aplican a los dos tipos de personal que existen en las Administraciones Públicas, funcionarios y personal laboral; y sabemos, asimismo, que las importantes diferencias que existen entre la negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral tienen su origen también en las diferencias que existen en los regímenes jurídicos que se aplican a uno y a otro tipo de personal.

Por otra parte, somos conscientes de que el modelo dual de negociación colectiva de los empleados públicos seguirá existiendo mientras existan regímenes jurídicos diferenciados para los funcionarios y para el personal laboral; y también somos conscientes de que mientras los indicados regímenes jurídicos sean tan dispares como lo son hoy será difícil que se pueda avanzar en la convergencia de los dos sistemas de negociación colectiva. Desde nuestro punto de vista, este último es el verdadero problema. En efecto, es la disparidad que existe entre los regímenes jurídicos que se aplican a los funcionarios y al personal laboral, y no la dualidad de regímenes jurídicos en si misma, lo que verdaderamente está impidiendo avanzar por el camino de la convergencia de los sistemas de negociación colectiva que se aplican a uno y otro tipo de

personal. Y tampoco creemos que pueda ser un obstáculo para avanzar en esa dirección el distinto amparo y cobertura constitucional que tienen uno y otro sistema de negociación colectiva; como es sabido, la negociación colectiva del personal laboral es un derecho que tiene fundamento constitucional y está amparado en el artículo 37.1 CE y regulado en el Título III del ET, en tanto que el derecho de negociación colectiva de los funcionarios no tiene amparo constitucional ni deriva directamente del indicado artículo de la CE, sino que es un derecho de configuración legal según ha declarado reiteradamente la doctrina del TC y la jurisprudencia. del TS (esta doctrina y jurisprudencia se recoge, entre otras, en las siguientes sentencias del TC y del TS: SSTC 57/1982, de 27 de julio; 85/2001 de 26 de marzo; SSTC de 19 de abril de 1991; 2º de enero y 20 de febrero de 1995).

Por lo tanto, no se nos ocultan las dificultades que existen para avanzar por el camino de la aproximación o convergencia de los indicados sistemas de negociación, aunque creemos que es necesario avanzar en esa dirección, sobre todo si tenemos en cuenta que las diferencias que siguen existiendo en este momento entre uno y otro sistema de negociación colectiva son esenciales,

*Siguen siendo diferentes los sujetos legitimados para negociar*⁵. La diferencia que existe entre uno y otro sistema de negociación colectiva, en cuanto a la legitimación para negociar, es que mientras que en el sistema

de negociación colectiva de los funcionarios públicos sólo están legitimados para negociar los sindicatos que hayan alcanzado un determinado nivel de representatividad, en el sistema de negociación colectiva del personal laboral, además de los sindicatos que hayan alcanzado un determinado nivel de representatividad, están también legitimados para negociar, en determinados ámbitos (el de empresa o inferior), los representantes unitarios de los trabajadores (delegados de personal y comité de empresa).

Es decir, en la negociación colectiva de los funcionarios públicos estamos en presencia de una negociación sindicalizada, en la medida en que los sindicatos tienen el monopolio de la negociación colectiva; ellos, y sólo ellos, están legitimados para negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios (art.33.1 del EBEP). En tanto que en la negociación colectiva del personal laboral estamos en presencia de una negociación colectiva compartida en la medida en que pueden negociar las condiciones de trabajo del personal laboral los sindicatos y los representantes unitarios de los trabajadores, dependiendo del ámbito de la negociación; en concreto, pueden negociar las condiciones de trabajo del personal laboral, alternativamente, los sindicatos o los representantes unitarios del personal, cuando se trate de un convenio de empresa o de un ámbito inferior, y sólo están legitimados los sindicatos cuando se trate de negociar un convenio de ámbito superior al de empresa.

Así pues, la principal diferencia que existe entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial, es que en uno pueden negociar los representantes unitarios de los trabajadores y en el otro no. En este aspecto, el legislador del EBEP no ha seguido lo que recomendaba la Comisión de Expertos, que consideraba que debería reconocerse legitimidad para negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios también a los representantes unitarios de los mismos (delegados y juntas de personal), sobre todo en las enti-

⁵ Sobre los sujetos legitimados para negociar se pueden consultar, además de las obras generales, los siguientes trabajos: CRUZ VILLALÓN, J.: «Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo» en AAVV Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública. Sevilla 1990; LAHERA FORTEZA, J.: «La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios» Madrid 2000; SALA FRANCO, T.: «La negociación colectiva en el empleo público» en AAVV Cuestiones actuales de la negociación Colectiva XIV Jornadas de estudio de la negociación colectiva. MTIN Madrid 2001.

dades locales donde no tuvieran presencia los sindicatos.

Los niveles de representatividad que habilitan a los sindicatos para tener legitimación para negociar en ambos sistemas son, de acuerdo con la normativa que se aplica (arts. 6.3. c; 7.1 y 7.2 de la LOLS), la mayor representatividad y la suficiente representatividad. Alcanzan la mayor representatividad, los sindicatos que hayan sido declarados más representativos a nivel estatal por haber obtenido en dicho ámbito el 10 % o más de todos los representantes elegidos para delegados de personal o comités de empresa y para delegados o juntas de personal (órganos de representación unitaria de los funcionarios), o más representativos de Comunidad Autónoma por haber obtenido al menos el 15 % de todos los representantes elegidos para los indicados órganos de representación en el ámbito de la CCAA, siempre que cuenten al menos con 1500 representantes, y la suficiente representatividad los sindicatos que hayan obtenido, en el correspondiente ámbito, el 10 por ciento o más de los representantes elegidos en las elecciones a los órganos de representación unitaria del personal antes indicados.

Sigue siendo diferente también el margen de autonomía que tienen las partes para fijar el ámbito de la negociación. El margen de autonomía que tienen las partes para fijar el ámbito de la negociación es mayor, sin duda, en el sistema de negociación colectiva del personal laboral que en el de los funcionarios. Ello da como resultado el que los ámbitos de negociación de uno y otro sistema de negociación colectiva sean diferentes lo que crea algunos problemas de gestión de los recursos humanos y dificulta la negociación colectiva conjunta de funcionarios y personal laboral. Para resolver estos problemas sería deseable que hubiera una mayor correspondencia entre los ámbitos de negociación de los dos sistemas.

En el sistema de negociación colectiva laboral rige el principio de libertad de elec-

ción de las partes del ámbito de negociación. Es decir, en este sistema de negociación colectiva una cuestión tan importante como la determinación del ámbito de negociación la deciden las partes que negocian; ellas son las que libremente deciden, en cada momento, el ámbito que vaya a tener la negociación. Así lo establece, desde luego, el artículo 83.1 del ET cuando dice que «los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden». En razón al principio de libertad de ámbitos que se aplica en la negociación colectiva del personal laboral pueden negociarse en las Administraciones Públicas convenios de diferentes ámbitos; se pueden negociar convenios de centro de trabajo (por ejemplo, por Ministerios), de empresa (por ejemplo, para entidades públicas que tienen personalidad jurídica propia), supraempresariales (cuando se aplica a más de una Administración Pública o a diferentes organismos con personalidad jurídica propia de la misma Administración Pública), e incluso se pueden negociar convenios franja, que son los que afectan a una determinada categoría de trabajadores (un ejemplo de este tipo de convenio colectivo el que se aplica a los controladores aéreos).

Dos problemas específicos se plantean en relación con los ámbitos de negociación del personal laboral en las Administraciones Públicas; uno es el de la aplicación a las mismas de convenios colectivos de ámbito sectorial, negociados por las organizaciones empresariales representativas del sector, en las que lógicamente no están representadas las Administraciones Públicas; aunque a decir verdad este problema es más teórico que real, ya que en la práctica se les suelen aplicar a las Administraciones Públicas este tipo de convenios. Y el otro problema que se ha planteado ha sido determinar que ámbito tiene un convenio colectivo que afecta al conjunto de una Administración Pública ya que se aplicaría a entidades u organismos públicos con diferente personalidad jurídica, pues en función de que se considere que el ámbito

es de empresa o superior se aplican distintas reglas de legitimación para negociar. Este problema ha llegado a los tribunales y éstos han dado una solución salomónica, muy pragmática. Han considerado que en tales casos existe una unidad de negociación compleja, en la medida en que son muchos los organismos afectados, pero de dirección unitaria, ya que a pesar de la multiplicidad de organismos existe para todos ellos una unidad de dirección. Con este criterio mixto que ha aplicado la jurisprudencia en estos casos, en virtud del cual se reconoce, por una parte, que, en alguna medida, existe una pluralidad de «empresas» y por lo tanto debe aplicarse, a efectos de legitimación para negociar, desde el punto de vista de los trabajadores, las normas que se aplican a los convenios supraempresariales, y por otra que en ese ámbito existe una unidad empresarial en cuanto que existe una unidad de dirección, por lo que en este caso deben aplicarse las normas de legitimación que se aplican cuando se negocian convenios de empresa. Esta solución jurisprudencial, que se recoge con detalle en la STS de 24 de noviembre de 2004 Ar. 2005/1591, ha permitido que hayan sido los sindicatos quienes hayan negociado los convenios únicos que han venido negociando las diferentes Administraciones Públicas.

En el sistema de negociación colectiva funcional el ámbito o unidad de negociación está predeterminado imperativamente por la ley. Como ya hemos dicho, en el sistema de negociación colectiva funcional, las partes no tienen libertad para negociar el ámbito de la negociación; en este caso, la autonomía colectiva está limitada a los efectos indicados, ya que la ley se ha encargado de dejar definidos los ámbitos en que se pueden negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios. En efecto, los artículos 34 y 36 del EBEP establecen las mesas de negociación que existirán en las Administraciones Públicas, en cada una de ellas. Conviene señalar que en este aspecto, el EBEP se limita a consolidar la estructura de mesas de negociación que había esta-

blecido, poco tiempo antes, la ley 21/2006 a la que ya hemos hecho referencia, y en particular la Mesa General de todas las Administraciones Públicas (art. 36.1) y la Mesa General de Negociación Conjunta (art.36.3), que fueron la principal novedad de la indicada ley. La novedad más significativa que incorpora el EBEP en este aspecto es que se puede establecer un ámbito específico de negociación de carácter supramunicipal, al reconocerse legitimación para negociar a las asociaciones de municipios.

No podemos entrar aquí a analizar la compleja y prolija estructura negocial que existe en el sistema de negociación colectiva funcional; únicamente diremos que es una estructura negocial cerrada en la medida en que las Mesas que se crean son los únicos cauces que se pueden utilizar para negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios, adaptada a la estructura administrativa que existe en nuestro país y a la distribución de competencias que existe entre los diferentes niveles de las Administraciones Públicas y concentrada o centralizada en amplias unidades de negociación, aunque se admite una cierta descentralización al reconocerse a las Mesas Generales la posibilidad de crear Mesas Sectoriales de negociación. Se ha discutido si se deben crear obligatoriamente o no las mesas de negociación que se contemplan en el EBEP; nuestro punto de vista es que si se deben crear ya que la negociación colectiva en este ámbito de negociación es obligatoria (el artículo 33 contempla la obligatoriedad como uno de los principios a que estará sujeta la negociación colectiva de los funcionarios) ; ello quiere decir que las materias a que se refiere el artículo 37 («serán objeto de negociación...» empieza diciendo dicho artículo) deben ser objeto de negociación necesariamente, razón por la cual la creación de dichas mesas resulta imprescindible.

Siguen siendo distintos los instrumentos negociales en los que reflejan los resultados de la negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral.—Vaya por delante

que entendemos que existan instrumentos negociales distintos para reflejar los resultados de la negociación colectiva de los funcionarios y de la del personal laboral, dado que estamos en presencia de dos sistemas de negociación colectiva que tienen un alcance y efectos muy distintos. Y que también entendemos que dichos instrumentos negociales tengan una naturaleza jurídica y una eficacia distinta.

Por lo tanto, no nos sorprende que en los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral se utilicen para formalizar el resultado de la negociación instrumentos negociales tan dispares como son el convenio colectivo, que es el instrumento negocial propio de la negociación colectiva del personal laboral, y los pactos y acuerdos, que son los instrumentos negociales propios de la negociación colectiva de los funcionarios. En efecto, unos y otros instrumentos negociales son muy diferentes; la diferencia fundamental está en la fuerza vinculante que tienen los convenios colectivos, que está reconocida en el artículo 37.1 de la CE, y la naturaleza y eficacia normativa que de ello se deriva, que hace que los convenios colectivos trasciendan su faceta convencional y se integren en el ordenamiento jurídico y formen parte de las fuentes del derecho laboral. Los pactos y acuerdos tienen una naturaleza y eficacia más vinculada a su origen convencional, de ahí que su eficacia sea meramente obligacional, pudiendo ser directamente aplicables al personal incluido en su ámbito de aplicación cuando, como en el caso de los pactos, los suscriba el órgano administrativo que tenga atribuidas las competencias sobre las materias que son objeto del pacto, o cuando, tratándose de un acuerdo que verse sobre materias que son competencia del órgano de gobierno y que no tengan que ser regulados por una norma con rango de ley, haya sido ratificado expresa y formalmente por dicho órgano de gobierno. Por el contrario, cuando un acuerdo verse sobre materias que deban ser reguladas por una norma con rango de

ley (negociación prelegislativa), los efectos del acuerdo alcanzado son meramente obligacionales entre las partes: es decir, en este caso el órgano de gobierno cumple con el compromiso adquirido elaborando y aprobando el correspondiente proyecto de ley en el que se recoja lo acordado.

En fin, lo que queremos poner de manifiesto en este caso es que si los sistemas de negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral utilizan instrumentos negociales tan dispares es porque también los propios sistemas son dispares; en efecto son dispares en tres cosas, fundamentalmente: en primer lugar, porque tienen un grado de autonomía colectiva distinto, menor, desde luego, en el caso de la negociación colectiva de los funcionarios; en segundo lugar, porque la Administración tiene una presencia más intensa y decisiva en un sistema de negociación colectiva que en otro; también es en el caso de los funcionarios donde más se nota la posición dominante de la Administración, que se manifiesta, sobre todo, en la necesidad de aprobar expresa y formalmente los acuerdos alcanzados para que tengan validez y eficacia, y en la posibilidad que tiene de recuperar la facultad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios cuando fracase la negociación; y en tercer lugar, porque también es más intensa y decisiva la presencia de la ley en un sistema de negociación colectiva que en otro, siendo también en este caso el de los funcionarios el que más nota esa presencia como consecuencia de que más frecuente en este caso la reserva de ley para regular determinadas materias. Así pues, una aproximación en la naturaleza jurídica y eficacia de los instrumentos negociales pasa necesariamente, a nuestro juicio, por una aproximación de los propios sistemas; y esa aproximación entendemos que pasa por una potenciación de la autonomía colectiva en el sistema de negociación colectiva de los funcionarios.

Son distintas las consecuencias que se derivan del fracaso de la negociación colectiva. En

caso de que en el proceso de negociación no se haya podido alcanzar un acuerdo, las consecuencias y soluciones que ofrecen los sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral son muy diferentes.

En la negociación colectiva de los funcionarios, el fracaso de la negociación permite que la Administración recupere la facultad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los mismos. La recuperación de esta facultad está prevista en el artículo 38.7 del EBEP que establece que el órgano de gobierno correspondiente podrá fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios cuando no se hubiera alcanzado un acuerdo en la negociación inicial o en la renegociación que debe realizarse cuando no se haya ratificado el acuerdo, una vez que se hubieran agotado los procedimientos de solución extrajudiciales de conflictos.

Antes del EBEP, la recuperación de la facultad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios por parte de la Administración era prácticamente inmediata. Existía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la LORAP, la posibilidad de que «por mutuo acuerdo de las partes y conforme al procedimiento reglamentariamente establecido» se sometiera la solución del conflicto a un mediador o mediadores, pero esta posibilidad nunca se materializó; ni siquiera llegó a desarrollarse reglamentariamente el procedimiento de mediación voluntaria tal como estaba previsto. Por lo tanto, en caso de desacuerdo se daba por concluida la fase bilateral de determinación de las condiciones de trabajo y quedaba expedita la fase unilateral.

Después del EBEP algo han cambiado las cosas; en efecto, el EBEP, en su artículo 45, contempla la posibilidad de que las partes, la Administración y los sindicatos, acuerden la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de los conflictos colectivos derivados de la negociación

de los funcionarios, tanto jurídicos como de intereses. Obviamente, dichos procedimientos no se podrían utilizar en el caso de que la negociación afecte a materias que deban ser reguladas por ley (negociación prelegislativa).

Los cambios que en relación con la cuestión que estamos analizando, introduce el EBEP son los siguientes: da un paso más en relación con la mediación, ya que establece que será obligatoria cuando la solicite alguna de las partes; y también es una novedad que se que se admita la posibilidad de que, entre los procedimientos de solución de conflictos, se contemple el arbitraje voluntario.

En la negociación colectiva del personal laboral, el fracaso de la negociación determina la prórroga automática del convenio colectivo cuya vigencia ha concluido y se pretende sustituir. Las condiciones de trabajo del personal laboral, excepción hecha de las que se establecen en las leyes, normalmente con el carácter de mínimas, se regulan en convenio colectivo, igual que ocurre con los trabajadores del sector privado, eso sí con algunas limitaciones o restricciones. Por lo tanto, cuando la negociación del personal laboral fracasa la Administración no tiene la posibilidad de regular unilateralmente las condiciones de trabajo del mismo porque nunca había tenido esa facultad en relación con este personal. La solución de esta situación de fracaso de la negociación sólo puede venir por dos vías: o bien se vuelve a negociar y a intentar de nuevo alcanzar un acuerdo, o bien se acude a procedimientos alternativos en los que se trata de alcanzar un acuerdo con la colaboración de un tercero (mediación) o encomendándole que de la solución (arbitraje)

Ahora bien, la posibilidad, en este caso, de recurrir a alguno de los indicados procedimientos alternativos para la solución de los conflictos derivados del fracaso de la negociación colectiva es problemática, ya que, por un lado, el personal laboral de la Administración no puede acudir a los procedi-

mientos que pueden utilizar los trabajadores de las empresas privadas para resolver los conflictos derivados del fracaso de la negociación (los acuerdos que establecen tales procedimientos –ASEC– no incluyen a dicho personal en su ámbito de aplicación, dado que en las organizaciones empresariales que lo suscribieron no estaban representada las Administraciones Públicas(4), y por otro, el personal laboral está excluido de los procedimientos que pudieran acordar las AAPP y los sindicatos al amparo de lo establecido en el artículo 45 del EBEP, ya que dicho artículo se refiere sólo a funcionarios. No nos parece acertado que el EBEP no se haya contemplado la posibilidad de la utilización de estos procedimientos de solución de conflictos por parte del personal laboral teniendo en cuenta que este personal tiene el mismo empleador que los funcionarios, la Administración Pública, por lo que parece razonable que pudiera utilizar, para resolver los conflictos colectivos derivados de la negociación colectiva, los mismos procedimientos que los funcionarios. Quizás la razón de excluirles de los procedimientos extrajudiciales obedezca a que tampoco comparten los mismos procedimientos judiciales. También esta cuestión creemos que se podría someter a revisión.

El EBEP no dice nada respecto de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos que se pueden utilizar en el caso de la negociación colectiva conjunta. Podemos entender que al estar incluidos en esa negociación los funcionarios debería aplicarse en este caso lo dispuesto en el artículo 45 del EBEP. Es una interpretación defendible, ya que parece lógico que en este tipo de negociación exista una solución similar a la que se arbitre para los funcionarios. Máxime si, como en nuestro caso, entendemos que dicha solución debe extenderse también al personal laboral. Aunque quizás la solución más razonable es que fuera en este ámbito conjunto de negociación colectiva para funcionarios y personal laboral donde se negociaran los acuer-

dos relativos a los procedimientos de solución de conflictos colectivos. Y que lo acordado aquí se aplicara no sólo al fracaso de la negociación conjunta sino también al fracaso de la negociación de funcionarios y del personal laboral. Es decir, el establecimiento de procedimientos alternativos de solución de conflictos debería pasar a ser una condición común a funcionarios y personal laboral. Otra opción podría ser estudiar la posibilidad de adherirse a los procedimientos de solución de conflictos acordados entre las Organizaciones Sindicales y Empresariales más representativas. Algunos acuerdos de este tipo ya contemplan esta posibilidad.

La no ratificación del acuerdo alcanzado en la negociación colectiva funcional no implica la inmediata recuperación de la facultad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios por parte de la Administración. Este es un tema que siempre ha planteado dudas. Antes de la aprobación del EBEP, la no ratificación del acuerdo por parte del órgano de gobierno correspondiente si podría implicar la recuperación inmediata de la indicada facultad por parte de la Administración, aunque también podría pensarse que por razones de buena fe negocial debería intentarse antes una nueva negociación. Ahora bien, con el EBEP estas dudas han desaparecido ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.3 último párrafo, la inmediatez en cuanto a la recuperación de la facultad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios desaparece ya que el acuerdo no ratificado debe renegociarse en el plazo de un mes. Por lo tanto, en este momento, sólo cuando se haya intentado la renegociación y no se haya podido alcanzar un acuerdo la Administración recuperaría la facultad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios. En definitiva, la regulación unilateral sólo es posible en defecto de acuerdo, no en defecto de la ratificación del mismo.

3. LIMITACIONES QUE TIENE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS RESPECTO DE LA DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO

3.1. Las limitaciones que tiene la negociación colectiva de los empleados públicos derivan, fundamentalmente, de la presencia de la Administración Pública en la negociación y de la salvaguarda del interés general

La presencia de la Administración Pública en la negociación condiciona y limita la negociación colectiva de los empleados públicos. Las relaciones de empleo público, en general, ya sean funcionariales o laborales, están impregnadas de la presencia en las mismas de la Administración Pública. La presencia de la Administración Pública implica que en la condición de empleador o empresario interviene un sujeto público que, en su actuación, está sometido al Derecho Público, pero que también en sus relaciones con los particulares tiene determinadas prerrogativas y privilegios.

El carácter público del empleador es determinante en el desarrollo de las relaciones de empleo público, en la medida en que como consecuencia de ello dichas relaciones se ven sometidas a importantes condicionamientos o limitaciones que no afectan, en cambio, a las relaciones laborales en las que el empleador es una empresa privada. Lógicamente, tales condicionamientos y limitaciones afectan tanto a las relaciones funcionariales como a las relaciones laborales, ya que son condicionamientos y limitaciones que se derivan de las normas que rigen la actuación de las Administraciones Públicas y se imponen con carácter general a cualquier actividad que desarrollen las mismas. Por otro lado, tales condicionamientos o limitaciones se trasladan a los correspondientes sistemas de nego-

ciación colectiva imponiendo ciertas restricciones a la capacidad negocial de la Administración cuando interviene como sujeto negociador en un proceso de negociación colectiva.

La participación de la Administración Pública en la negociación colectiva del personal laboral obliga a modular la aplicación de determinados aspectos de la regulación de la negociación colectiva a la misma. Las especialidades o peculiaridades que introduce la presencia de la Administración en las relaciones laborales son de tal entidad que obligan a modular la aplicación de la legislación laboral a las mismas a las mismas; por ello, una parte de la doctrina (Sala Franco, T y otros), con la que coincidimos plenamente, ha defendido la conveniencia y la oportunidad de establecer una relación de carácter especial para el personal que esté vinculado con la Administración Pública a través de una relación laboral.

La ley y la salvaguarda del interés general imponen también restricciones a la negociación colectiva de los empleados públicos. El artículo 103 de la Constitución establece que la Administración sirve con objetividad e imparcialidad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, descentralización, desconcentración y coordinación, y con sometimiento pleno a la ley y al derecho. De este artículo se deduce, por tanto, que la Administración cuando actúa tiene dos límites insalvables, tiene que actuar, en todo momento, por una parte, en defensa y protección del interés general y por otra tiene que ajustar su actuación plenamente a la ley. Estos dos límites se trasladan, lógicamente, también, a la actividad negocial que pueda desarrollar la Administración y se traslada imponiendo determinadas restricciones a la autonomía colectiva de la misma, bien a su capacidad negocial, a la libertad de que dispone la misma a la hora de negociar, o bien a su vinculación a lo pactado en la negociación colectiva, que puede verse afectada por la aprobación de una ley o por la concurrencia de circunstancias graves para el interés público.

La constitucionalidad de estos límites a la negociación colectiva ha sido avalada por el TC; en efecto, este Tribunal ha avalado, por una parte, los límites que por razones de interés público se imponían a la negociación colectiva a través de la LGPE de cada año, y asimismo ha avalado los cambios que una ley ha introducido en convenios colectivos que estaban vigentes por entender que la ley tiene primacía sobre el convenio colectivo porque ocupa una posición superior en la jerarquía normativa y en el sistema de fuentes.

3.2. Limitaciones a la negociación colectiva de los empleados públicos derivadas de las normas y principios que rigen la actuación de las Administraciones Públicas

El artículo 33.1 del EBEP dice que la negociación colectiva de los funcionarios estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia. Ahora bien, los indicados principios son los que, con carácter general, rigen la actuación de las Administraciones Públicas o los que se aplican a cualquier tipo de negociación. Por lo tanto, consideramos que también se deberían aplicar a la negociación colectiva del personal laboral, ya que cuando la Administración Pública interviene en esa negociación colectiva también está sujeta a tales principios. Y siendo esto así, no entendemos por qué dichos principios en el EBEP no se refieren con carácter general a los empleados públicos en lugar de referirse sólo a los funcionarios., máxime teniendo en cuenta que la Comisión de Expertos, en su Informe, refería dichos principios a la negociación colectiva de los empleados públicos y recomendaba, además, que los mismos se recogieran de forma expresa en el texto del Estatuto.

En todo caso, en alguna medida dichos principios están contemplados también en la

legislación laboral .En efecto, el principio de legalidad está recogido en el artículo 85.1 del ET cuando establece como límite al contenido de los convenios colectivos el respeto a las leyes (el indicado artículo dice expresamente lo siguiente: «dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral y sindical...»). Por otra parte, el principio de cobertura presupuestaria es, en cierto modo, una manifestación del principio de legalidad en cuanto que implica que la Administración debe respetar, cuando negocia, lo dispuesto en las leyes de presupuestos; el principio de transparencia y publicidad está recogido en el artículo 90 del ET que exige que los convenios colectivos se formalicen por escrito, se depositen y registren en el registro establecido al efecto y que se publiquen obligatoriamente en el Boletín Oficial que corresponda en función del ámbito territorial que tengan los mismos; y, por último, el principio de buena fe negocial se recoge, también expresamente, en el artículo 89.1 del ET que dice «ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe».

El único principio que tradicionalmente no ha tenido reflejo en la legislación laboral es el de la obligatoriedad, ya que en el ámbito laboral siempre eran las partes las que libremente decidían las materias que iban a negociar y el contenido que iba a tener el convenio colectivo (art. 85.1 ET), aunque, eso sí, en todo caso, tenían la obligación de respetar el contenido mínimo que establecía la ley (art. 85.3 ET). Últimamente, en la legislación laboral, sin perjuicio de mantener la libertad de contratación de las partes, se ha introducido la obligatoriedad de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y de planes de igualdad en el ámbito laboral; el deber de negociar planes de igualdad está referido exclusivamente a la negociación que se desarrolle en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores (art. 85.1 y 2 del ET).

- *El principio de legalidad*

Las Administraciones Públicas, igual que el resto de las instituciones y los ciudadanos, están sometidas al principio de legalidad que se consagra en el artículo 9 de la CE. Según este principio, la ley ocupa la posición superior en la jerarquía de las normas y en el sistema de fuentes del derecho, si excluimos, claro está, a la propia Constitución, que ocupa la posición suprema. Ello quiere decir, en lo que aquí nos interesa, que la ley está por encima de los acuerdos que se alcancen en el marco de la negociación colectiva, incluidos los convenios colectivos que se suscriban con el personal laboral. Reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido la primacía del principio de legalidad sobre el de autonomía colectiva (STS de 9-3-1992), que el convenio colectivo está sometido a la ley por el principio de jerarquía normativa (STS 18-1-2000), que la primacía de la ley sobre el convenio colectivo deriva de la propia Constitución (STC 58/1985), que el convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia jurídica en el campo de juego establecido por la ley (SSTC 58/1985, 63/1986,96/1990, 210/1990)⁶.

Tenemos que aclarar que, el que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva esté sometido al principio de legalidad, ello no quiere decir que la ley no deje espacio para la negociación colectiva en aquellas condiciones que la misma haya regulado; ello no es así ya que en muchos casos la regulación de la ley no tiene carácter imperativo (o aun teniendo este carácter no es absoluto sino relativo) sino dispositivo y en esos casos la negociación puede entrar a regular lo regulado por la ley, eso sí en determinadas condiciones. En conse-

cuencia, la primacía absoluta de la ley sobre la negociación colectiva sólo se produce en aquellos casos en que la regulación de la ley tiene carácter inderogable, inalterable e indisponible (STS de 20-12-2007). Así lo ha reconocido también el TC (STC 58/85) cuando ha dicho que «...en razón a la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa puede desplegar una virtualidad limitada de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedarían excluidas de la negociación colectiva».

Pues bien, a la vista de lo anterior, la conclusión que se puede extraer es que la Administración Pública no puede suscribir, en ningún caso, pactos, acuerdos o convenios colectivos que vulneren lo dispuesto en una ley; o dicho de otro modo, la Administración Pública no está vinculada, en ningún caso, a los pactos, acuerdos o convenios colectivos que contradigan lo dispuesto en una ley.

Ahora bien, las Administraciones Públicas, además de estar sometidas como el resto de las instituciones y los ciudadanos al principio de legalidad, tienen una especial vinculación con ese principio ya que toda su actuación está impregnada por el mismo. Por ello, las Administraciones Públicas, además de estar sometida al principio de legalidad general, están sometidas también al principio de legalidad administrativa, que rige toda la actividad que desarrollan las mismas, y al principio de legalidad presupuestaria, que es una manifestación específica de aquél que viene a regir específicamente la actividad de las Administraciones Públicas que tiene un contenido económico.

Así pues, en lo que aquí nos interesa, cabe decir que esta es una peculiaridad que tienen las Administraciones Públicas, cuando actúan como empleador, respecto de los empresarios privados; la peculiaridad es que las Administraciones Públicas, además de estar sometidas a la legislación general, están también sometidas a una legislación específica.

⁶ Una extensa y muy documentada doctrina constitucional y jurisprudencial sobre las relaciones entre la ley y la negociación colectiva se recoge en el Auto de la AN de 28 de octubre de 2010 en el que se acuerda elevar al TC una cuestión de constitucionalidad sobre el RDL 8/2010, de 20 de mayo.

Es decir, en el tema que nos ocupa, la negociación colectiva de los empleados públicos laborales, las Administraciones Públicas, además de estar sometidas al Estatuto de los Trabajadores (ET) y demás legislación laboral, están también sometidas a la legislación administrativa, el EBEP y demás normativa que regula el empleo público, y a la legislación presupuestaria, las leyes de presupuestos correspondientes y demás legislación presupuestaria.

Indudablemente este sometimiento de las Administraciones Públicas a una doble legalidad, tiene importantes consecuencias; en concreto, y por lo que aquí nos interesa, cabe decir que el hecho de que a las Administraciones Públicas se les aplique una legislación específica, la legislación administrativa y la legislación presupuestaria, obliga, en ciertos casos a modular la aplicación a las mismas de la legislación laboral. Esta circunstancia no puede llevar a que no se aplique la legislación laboral a las Administraciones Públicas pero sí, como está ocurriendo cada vez más, a que se aplique de forma diferente. Esto es algo que ya no ofrece ninguna duda y está plenamente admitido por la doctrina constitucional. Valga como ejemplo, lo que dice el TC en su sentencia 16/1991; lo que dice es que si el empresario es la Administración Pública ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad sino por el principio de legalidad, ya que debe actuar en todo momento, por imperativo constitucional, con sometimiento a la ley y al derecho (art. 103.1 CE).

- *El principio de cobertura presupuestaria*

Este principio es uno de los principios que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 del EBEP, rige en la negociación colectiva de los funcionarios, pero al mismo tiempo es un principio que rige, en general, en relación con cualquier actividad que desarrollen las Administraciones Públicas, incluida también

la actividad negocial.. Por lo tanto, aunque sorprendentemente en el EBEP dicho principio se refiere sólo a la negociación de los funcionarios, es lo cierto que es un principio que se aplica también al personal laboral, ya que se trata de un principio general rector de la actuación de la Administración Pública.

Este principio rector de la actuación de la Administración Pública se deduce de lo establecido en el artículo 134. 2 de la CE que establece que los PGE tendrán carácter anual e incluirán la totalidad de los ingresos y gastos del sector público estatal y de lo establecido en los siguientes artículos de la Ley General Presupuestaria: el 48 que determina que en los presupuestos se incluirán las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer las Administraciones Públicas en el correspondiente ejercicio económico; el 46 que establece que los créditos previstos para gastos en la LGPE son limitativos, y que, por tanto, no podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirir obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los correspondientes estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que se adopten y los acuerdos que se suscriban por encima de la cuantía de dichos créditos; los artículos 42 y 43.1 que establecen que las obligaciones económicas del Estado válidamente nacidas de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que las generan, no podrán ser cumplidas si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerles frente; y el artículo 60 que establece que serán nulos los actos de ejecución presupuestaria o de disposición del gasto que incumplan esta prohibición.

La regulación que se contiene en los indicados artículos nos permite afirmar que las previsiones presupuestarias de gastos constituyen un límite infranqueable para las Administraciones Públicas, en general, y para la negociación colectiva en la que participe la misma, en particular. Como consecuencia de ello, como han reconocido la doctrina constitucional y la jurisprudencia de los Tribunales

(esta doctrina se recoge en el Auto del TC de 15 de enero de 2005 y en la STS de 21 de marzo de 2002) lo pactado en la negociación colectiva, tanto en la de los funcionarios como en la del personal laboral, sin cobertura presupuestaria, es nulo y no producirá efectos.

- *El principio de buena fe negocial*

La buena fe es un principio consustancial a la negociación colectiva; es un presupuesto básico de la misma. La negociación colectiva sólo puede ser eficaz si se negocia de buena fe. Por eso, en todos los sistemas de negociación colectiva, los sujetos negociadores están obligados a negociar bajo el principio de buena fe. También lo están, por supuesto, en los dos sistemas de negociación colectiva que se aplican a los empleados públicos: en uno y otro se reconoce esta obligación de negociar de buena fe. En efecto, el EBEP, por una parte, en el artículo 33, recoge, entre los principios a que estará sujeta la negociación colectiva de los funcionarios, el de buena fe negocial, y el artículo 36.7 establece que «las partes –las que están presentes en las mesas de negociación– estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación». Y por otra parte, el ET, en el artículo 89, también recoge expresamente dicho principio cuando dice que «ambas partes están obligadas a negociar bajo el principio de buena fe» ...

La buena fe negocial es un principio jurídico que impone ciertos deberes de conducta a las partes negociadoras y del que, en caso de incumplimiento, se pueden derivar para las mismas determinadas consecuencias jurídicas (véase, entre otras, la STS de 17 de noviembre de 1998). Estos deberes de conducta no están explicitados en las normas sino que ha sido la jurisprudencia la que los ha ido concretando; en este sentido, la jurisprudencia ha considerado que derivan del principio de la buena fe negocial, entre otros, los debe-

res que tienen las partes negociadoras de iniciar la negociación, de mantenerla abierta, de hacer propuestas y de formular alternativas para negociar, de hacer esfuerzos para llegar a un acuerdo etc Y por otra parte ha considerado que se negocia de buena fe cuando no se abusa de la confianza del otro, cuando se es fiel a la palabra dada, cuando se hacen propuestas y se formulan alternativas para negociar, cuando se hacen esfuerzos reales para alcanzar un acuerdo, y, en cambio, que no se negocia de buena fe cuando se abusa de la confianza del otro, cuando no se cumplen los compromisos adquiridos, cuando no se tienen verdaderas intenciones de negociar, cuando se aparenta que se negocia pero no se negocia...

En todo caso, lo que interesa destacar aquí es que el principio de buena fe negocial tiene una significación especial cuando en la negociación interviene la Administración como parte negociadora. En primer lugar, porque las Administraciones Públicas deben actuar siempre bajo el principio de buena fe, ya que es uno de los principios que rigen su actuación, en cualquier tipo de actividad y no sólo en la negocial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que dice que «las Administraciones Públicas deberán respetar en su actuación, entre otros, los principios de buena fe y confianza legítima» Es decir, las Administraciones Públicas están doblemente obligadas a actuar de buena fe. Pero sobre todo, por lo que es importante que las Administraciones Públicas tengan que ajustar imperativamente su actuación en la actividad negociadora al principio de buena fe negocial es porque de esta manera es más fácil evitar que las Administraciones Públicas hagan un mal uso y abusen, en el desarrollo de su actividad negociadora, de los privilegios y prerrogativas que tienen y la posición dominante en que se encuentran respecto de las otras partes negociadoras, en su condición de poder público.

- *El principio de obligatoriedad*

También el artículo 33 del EBEP incluye, entre los principios rectores de la negociación colectiva de los funcionarios, este principio. Ello quiere decir que las Administraciones Públicas están obligadas a negociar con los sindicatos, en los cauces establecidos al efecto (las mesas de negociación), aquellas condiciones de trabajo de los mismos que expresamente se consideran en el EBEP que deben ser objeto de negociación (las que se enumeran en el artículo 37).

Reconocer la obligatoriedad de la negociación colectiva es muy importante, sobre todo si tenemos en cuenta que nos estamos refiriendo a un colectivo, el de los funcionarios públicos, cuyas condiciones de trabajo tradicionalmente se han determinado unilateralmente por el empleador, la Administración Pública, eso sí en su condición de poder público, y aún hoy este es el criterio que prevalece, amparándose el mismo en el artículo 103 de la CE.

El reconocimiento de la obligatoriedad de la negociación colectiva, aunque no elimine la unilateralidad en la determinación de las condiciones de trabajo, ya que no la sustituye, si la condiciona de forma importante; en primer lugar, porque el hecho de ser obligatoria la negociación quiere decir que a la Administración se le imponen una serie de obligaciones en relación con la negociación colectiva y una serie de consecuencias en caso de que no se cumplan tales obligaciones; en concreto, la Administración tiene que convocar necesariamente a la otra parte para iniciar la negociación de las materias que deben ser objeto de negociación de acuerdo con el EBEP; debe tener una disposición a negociar y esforzarse para alcanzar un acuerdo; debe para ello mantener abierta la negociación; debe negociar de buena fe en los términos antes indicados etc. Y por otra parte, ha de asumir las consecuencias derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones, que con frecuencia se traducen en la declaración de nulidad de ple-

no derecho de la decisión adoptada unilateralmente por ser contraria al ordenamiento jurídico; en este sentido se han venido pronunciando reiteradamente los Tribunales. Así pues, el intento serio de determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios en un marco bilateral es un presupuesto previo y un condicionante para que la Administración pueda hacer uso de la facultad que le reconoce el ordenamiento jurídico de determinar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios.

El principio de obligatoriedad que se recoge en el artículo 33 del EBEP no se recoge, en cambio, en la legislación laboral, aunque realmente esa obligatoriedad de negociar también existe en este ámbito, en alguna medida, ya que una vez que se promueve por alguna de las partes la negociación (en este ámbito el inicio de la negociación esta condicionada a que alguna de las partes legitimadas para negociar la promueva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.1 del ET), obliga a la otra parte a negociar, ya que «sólo podrá negarse a iniciar las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido» (art. 89.1 ET). Por lo demás, una vez iniciada la negociación, en este ámbito existe también el deber de negociar de buena fe (aparece recogido en el art. 89.1 ET), que hemos analizado con anterioridad.

3.3. Limitaciones establecidas en la ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) a la negociación colectiva de los empleados públicos

Las Administraciones Públicas están condicionadas y limitadas en su actuación en general y en la de contenido económico en particular por las correspondientes leyes de presupuestos. El sometimiento de las Administraciones Públicas a la legalidad presupuestaria no es sino una manifestación espe-

cífica del principio de legalidad. (STC 294/1994) La legalidad presupuestaria es, por tanto, un condicionamiento o límite de la capacidad negocial de la Administración., en cuanto a los compromisos de contenido económico que puede asumir.

Las limitaciones que se imponen en las leyes de presupuestos a la negociación colectiva de los empleados públicos afectan fundamentalmente a las retribuciones y a su negociación.

Las retribuciones de los empleados públicos son, sin duda, un elemento económico de primera magnitud y un componente esencial del gasto del sector público, y por ello la política retributiva es una parte fundamental de la política económica de los gobiernos y del contenido de las leyes de presupuestos. En efecto, según el artículo 21 del EBEP, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente ley de presupuestos (LPGE) las cuantías básicas y el incremento de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral. Por su parte, el artículo 24 establece que las retribuciones complementarias deberán reflejarse en las leyes de presupuestos de cada Administración Pública.

Ahora bien, las retribuciones son, además, una de las principales condiciones de trabajo de los empleados públicos y por ello son también una de las materias que más interés tienen en negociar. De acuerdo con lo previsto en el artículo 37.1 del EBEP serán objeto de negociación colectiva, en su ámbito respectivo, por la Administración Pública que, en cada caso, sea competente y con el alcance que legalmente proceda los siguientes aspectos de las retribuciones de los empleados públicos: a) el incremento global de las retribuciones de los empleados públicos que se vaya a incorporar a la LPGE de cada año (artículos 37.1 y 36.2 EBEP); b) la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios que deberán figurar en las

correspondientes leyes de presupuestos; c) la determinación de las retribuciones del personal laboral en el correspondiente convenio colectivo; d) cualquier otro aspecto relativo a las retribuciones de los empleados públicos, respecto de los que exista reserva de ley (la estructura de las retribuciones – arts. 22 y 23 del EBEP-, la cuantía de las retribuciones básicas de los funcionarios-art. 21 EBEP). Hay que advertir que, cuando se trate de aspectos de las retribuciones respecto de los que exista reserva de ley (todos los que afectan a las retribuciones de los funcionarios), los acuerdos a que se llegue en la negociación colectiva no tienen eficacia directa, sino que únicamente obligarán al órgano de gobierno que tenga que aprobar la correspondiente iniciativa legislativa a elaborarlo y presentarlo al órgano legislativo que proceda respetando el contenido del acuerdo alcanzado.

Así pues, los límites que se establecen en las LPGE de cada año a la negociación de las retribuciones de los empleados públicos afectan básicamente al incremento retributivo global que se puede aplicar para la determinación de las retribuciones complementarias de los funcionarios y al que se puede aplicar a la masa salarial del personal laboral a la hora de negociar las retribuciones del mismo; también podemos considerar que es una limitación a la negociación colectiva la cuantía de las retribuciones básicas que se fijan cada año en la LPGE, ya que en ningún caso se pueden negociar unas cuantías distintas; y lo mismo cabría decir respecto de la estructura de las retribuciones que aparece recogida en el EBEP y en las leyes de presupuestos de las CCAA. Incluso podríamos considerar que la prohibición que se establece en el artículo 22.5 del EBEP de que los funcionarios no podrán percibir participación en tributos o en cualquier otro ingreso de las Administraciones Públicas como contraprestación del servicio, constituye un límite a la negociación colectiva de los empleados públicos, ya que en ningún caso podrán acordar nada que contravenga lo dispuesto en dicho precepto legal.

- *Los límites establecidos en cuanto al incremento global de las retribuciones de los empleados públicos*

Las LPGE de cada año vienen estableciendo, sistemáticamente, desde el año 1983, limitaciones al incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas, lo que significa que, aunque se pueda negociar la determinación de las cuantías de las retribuciones relativas a dicho personal, en la negociación no se podrán adoptar acuerdos que superen dicha limitación; y que, en caso de que se adopten acuerdos que la superen, dichos acuerdos incurrirían en ilegalidad y, por lo tanto, serían nulos.

En este momento no se plantea ninguna duda sobre la constitucionalidad de esta medida restrictiva o limitadora de la negociación colectiva de los empleados públicos, tanto de la de los funcionarios como de la del personal laboral, pues existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que ampara esta opción del legislador presupuestario de establecer límites a la negociación de sus retribuciones, aunque ello suponga un trato diferenciado respecto de los trabajadores del sector privado; además, en este momento la posibilidad de establecer este tipo de límites retributivos está recogido en una ley sustantiva, en concreto en la ley que aprueba el EBEP, que en su artículo 21, en su apartado 1, establece la obligatoriedad de incluir en la LPGE de cada año el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios así como el incremento máximo que puede aplicar a la masa salarial del personal laboral, y en su apartado 2 establece que «no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la LPGE». Y por otro lado, ya se recoge también en la indicada norma que el incremento global de las retribuciones de los empleados públicos es una materia que

debe ser objeto de negociación (art. 37.1 EBEP, y que será objeto de negociación específica en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (art. 36.2 EBEP).

Varias han sido las razones y motivaciones que ha esgrimido el Tribunal Constitucional (TC) para admitir la constitucionalidad de los límites a los incrementos de las retribuciones. Por una parte, el TC ha fundamentado la posibilidad de que se establezcan límites máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos en los artículos 149.13 y 149.1.18 de la CE (esta doctrina se recoge, entre otras, en las SSTC 63/1986, 220/1992, 62/2001 y 24/2002). Otras sentencias reconocen la prevalencia y el mayor rango jerárquico de las LPGE sobre la negociación colectiva en general y de los convenios colectivos en particular, y por lo tanto consideran que son perfectamente constitucionales los límites que se establecen en las mismas a la autonomía de las partes en la negociación colectiva., y asimismo que los convenios en todo momento deben respetar lo dispuesto en las LPGE por ser normas de derecho necesario y de mayor rango jerárquico. (recogen esta doctrina, entre otras, las SSTC 58/85, 171/89, 210/90, 92/94.). Y, en fin, otras sentencias consideran que por razones de interés público es constitucional el trato diferenciado que supone entre los empleados públicos y los trabajadores del sector privado el establecimiento de topes salariales a las retribuciones de los primeros y la necesidad de respetar los mismos en la negociación colectiva (se recoge esta doctrina, entre otras, en la STC 96/1990).

Por otra parte, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo (TS) que han declarado la nulidad de cláusulas de convenios colectivos que establecían incrementos retributivos superiores a los que figuraban en la LPGE del año correspondiente (entre otras recoge esta doctrina la STS, Sala 4ª, de 25 de febrero de 1998, Ara. 1965.). Y también son numerosas las sentencias de los Tribunales

Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (TSJ) que recogen la indicada doctrina (entre otras, la STSJ de Galicia de 10 de junio de 1998, Ar 2014, la STSJ de Madrid de 30 de diciembre de 1998..).

En todo caso, y aunque en este momento, como ya se ha dicho, no se plantea ninguna duda respecto de la constitucionalidad de los límites que las LPGE imponen a la negociación colectiva de las retribuciones de los empleados públicos, es lo cierto que, en su momento, cuando se empezaron a establecer, la doctrina científica estuvo dividida respecto de la constitucionalidad de tales límites retributivos.

En efecto, los indicados límites retributivos eran considerados inconstitucionales por una parte de la doctrina por considerar que los mismos eran de tal intensidad que desfiguraban y hacían irreconocible el derecho a la negociación colectiva contemplada en el artículo 37.1 de la CE. Mantenía esta parte de la doctrina que dichos límites afectaban al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, en la medida en que la negociación de los salarios constituía el núcleo mínimo inalienable de la negociación colectiva, y asimismo que vulneraban el derecho a la igualdad ya que daban un trato desigual a un grupo de trabajadores, los del sector público. Con esta línea de la doctrina se alineaban, entre otros, los profesores De la Villa y García Becedas en «Limitaciones salariales y negociación colectiva» RL 1985-I.

En sentido contrario, otra parte de la doctrina mantenía la constitucionalidad del establecimiento de límites presupuestarios a la negociación de las retribuciones de los empleados públicos, Con esta línea de la doctrina se alineaban, entre otros, Sala Franco y Ramírez Martínez en «La negociación colectiva del personal del sector público. Incidencia de la ley 44/1983 de PGE para 1984» RL 1985-I». Mantenía este sector de la doctrina que los derechos regulados en la CE no son derechos absolutos pudiendo ser sometidos

los mismos a limitaciones legales cuando este justificado por la promoción, defensa o ejercicio de otros derechos constitucionales; En este sentido se consideraba que las indicadas limitaciones a la negociación colectiva de los empleados públicos podría encontrar justificación en los títulos competenciales que habilitan a los poderes públicos a adoptar medidas de política económica y de carácter presupuestario con el fin de, por ejemplo, contener la expansión del gasto público.

- *Los controles establecidos para verificar el contenido de los pactos, acuerdos y convenios colectivos alcanzados en el marco de la negociación colectiva de los empleados públicos*

Las LPGE de cada año, viene estableciendo, también de forma sistemática, procedimientos específicos para verificar y, en último término, garantizar el cumplimiento de los límites que se establecen al incremento de las retribuciones de los empleados públicos. En este sentido, se exige obtener antes de que se suscriba el convenio colectivo del que sea parte una Administración Pública un informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda (MEH) y de Administraciones Públicas (MAP), o de las correspondientes Consejerías autonómicas, en su caso, sancionándose la falta de este informe previo o su carácter desfavorable con la nulidad del convenio.

También alguna parte de la doctrina, la misma que cuestionaba la constitucionalidad de los límites retributivos, llegó a cuestionar la constitucionalidad de los controles que se establecían sobre los convenios colectivos a los efectos indicados. Para esta parte de la doctrina el informe preceptivo y favorable del MEN y del MAP que se exigía en relación con los convenios colectivos del sector público era un requisito constitutivo para la validez y eficacia de los mismos y, por lo tanto, equiparable a una autorización administrativa razón por la

cual era inconstitucional en la medida en que el indicado requisito vulneraba lo dispuesto en el convenio número 98 de la OIT. En este momento, la constitucionalidad de dichos controles está fuera de toda duda, si tenemos en cuenta la virtualidad limitadora de la negociación colectiva que reconoce la doctrina constitucional a las leyes de presupuestos. Así se reconoce también en la STS de 22-12-2008.

3.4. La participación de la Administración Pública en la negociación colectiva del personal laboral obliga a modular la aplicación de determinados aspectos de la regulación de la misma

En ocasiones ha sido necesario adaptar las reglas de legitimación para negociar, en concreto, en los supuestos en que la negociación afectaba a diversas entidades públicas de una misma Administración Pública.—El problema que se planteaba era determinar cual es el ámbito o unidad de negociación en estos casos, esto es si era supraempresarial en la medida en que afectaba a diversas entidades públicas dotadas de personalidad jurídica propia o si, por el contrario, era empresarial, en la medida en que respecto todas las entidades existía una dirección unitaria, pues ello era necesario para saber que reglas de legitimación había que aplicar.

La jurisprudencia (SSTS de 8 de octubre de 1993, Ar. 7581; 15 de diciembre de 1994, Ar. 4436; 30 de abril de 1996, Ar. 3623; 14 de junio de 1999, Ar. 5216) ha resuelto este problema aplicando un criterio mixto, en concreto, aplicando las reglas de legitimación empresarial para determinar la representación de la Administración, (art. 87.1 ET) y las reglas de la legitimación supraempresarial para determinar la representación de los trabajadores (art. 87 2 y 3); aplicando estas reglas la representación de los trabajadores correspondería a los sindicatos.

Aunque reconocemos que la solución que ha arbitrado la jurisprudencia es innovadora, ya que no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico expresamente, y por ello ha sido criticada por una parte de la doctrina, nuestra opinión es favorable a la misma ya que, desde nuestro punto de vista resuelve bien el problema de la legitimación para negociar tanto desde el punto de vista de la representación empresarial como de la representación de los trabajadores; quizás no hubiera habido necesidad de acudir al criterio mixto si se hubiera interpretado, aplicando también las reglas de legitimación supraempresarial, que, ante la ausencia de asociaciones empresariales en el ámbito de las Administraciones Públicas, la legitimación para negociar se atribuía a quien asumiera la dirección unitaria de las distintas entidades, ya que, en cierto modo, a ella correspondía la representación colectiva de todas ellas, y ella era la que mejor garantizaba la unidad de negociación que debe existir en el ámbito de las Administraciones Públicas.

También ha sido necesario modular, en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas, la libertad que de acuerdo con el ET tienen las partes para determinar las materias a negociar y el contenido de los convenios colectivos. De acuerdo con la legislación laboral (art.85 ET), las partes que intervienen en la negociación colectiva determinan libremente las materias a negociar y el contenido de los convenios colectivos, sin más limitación que el respeto a las leyes.

Ahora bien, esta regla no se aplica en toda su dimensión cuando una de las partes que negocia es la Administración Pública, ya que, como ya hemos visto, su actuación está sometida al principio de legalidad, y como consecuencia de ello se ve condicionada o limitada su capacidad negocial, condicionamiento o limitación que afecta tanto a la negociación del personal laboral como a la de los funcionarios. Y asimismo hemos visto cómo la nego-

ciación colectiva que se desarrolla en el ámbito de las Administraciones Públicas, afecte tanto a funcionarios como a personal laboral, está condicionada o limitada por las leyes de presupuestos. Por lo que se refiere al personal laboral, la limitación afecta a la masa salarial del convenio que se vaya a negociar que no podrá verse incrementada por encima del porcentaje máximo que se fija en la LPGE de cada año; la masa salarial sobre la que se puede negociar es la que autoriza el MEH o la Consejería correspondiente aplicando para su determinación los criterios que se establecen en las leyes de presupuestos. Además, antes que se firme el convenio colectivo deberá ser informado favorablemente por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas: La ausencia del indicado informe o su carácter desfavorable determinará la nulidad de pleno derecho de los convenios firmados. En consecuencia, la negociación colectiva del personal laboral, en lo relativo a salarios, consistirá básicamente en la distribución y aplicación individualizada de la masa salarial.

En algún caso se han suscitado dudas respecto de si la Administración Pública puede o no negociar las facultades inherentes al poder de dirección, ya que como es sabido, el ejercicio de tales facultades, en alguna medida, son objeto de negociación en el sector privado. Desde nuestro punto de vista, es indudable que algunas de dichas facultades no serían disponibles para las Administraciones Públicas ya que, además de ser facultades que son inherentes al poder de dirección del empresario, son también potestades públicas de las que depende la organización y el buen funcionamiento de un servicio público y las posibilidades de acceso al mismo de sus usuarios. Así pues, entendemos que cuando estemos en presencia de este tipo de facultades no será posible la negociación de las mismas. En alguna medida, esta solución es la que se recoge en el artículo 37.2 cuando excluye de la obligatoriedad de la negociación en el caso de los funcionarios las decisiones de las Admi-

nistraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, la regulación del ejercicio de los derechos o el acceso de los usuarios a los servicios públicos, los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica, así como la regulación y determinación concretas de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

En las Administraciones Públicas no es posible la negociación colectiva extraestatutaria. Desde luego, no nos ofrece ninguna duda que este tipo de negociación es imposible en la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios, dado que el artículo 31.7 del EBEP establece que, en todo caso, se debe respetar lo dispuesto en el mismo; y ello quiere decir, por tanto, que no se pueden utilizar otros cauces de negociación y otros instrumentos negociales distintos a los que se incluyen en el EBEP. En consecuencia, una negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que se desarrollara por cauces e instrumentos negociales distintos a los del Estatuto serían nulos de pleno derecho.

Más dudas nos podría ofrecer si este tipo de negociación colectiva es posible en relación con el personal laboral, aunque estas dudas se disipan cuando caemos en la cuenta de que también en este caso la Administración tiene que actuar de acuerdo con las leyes, y por lo tanto utilizar los cauces de negociación y los instrumentos negociales que están previstos en ellas; no vale acudir en este caso al principio de que lo que no está prohibido está permitido, que es el que ha dado cobertura legal a la negociación colectiva extraestatutaria, ya que ello abriría un espacio incontrolado y peligroso a la discrecionalidad, cuando no a la arbitrariedad, de las Administraciones Públicas; elegir a un sindicato y marginar a otros que están legitimados para negociar nos parece que iría en contra del principio de igualdad de trato.

Ahora bien, el que consideremos que para determinar las condiciones de trabajo válida-

mente a través de la negociación colectiva se tengan que hacer siempre por los cauces y en los instrumentos negociales que a tales efectos establecen las leyes, ello no quiere decir que se prohíba la posibilidad de establecer relaciones individualmente con los sindicatos que están legitimados para negociar con el fin de llegar aun acuerdo, y de alcanzar preacuerdos a los que posteriormente se puedan adherir otros sindicatos, ya que ello supondría negar la esencia misma de lo que es la practica de la negociación colectiva, que se utiliza en todos los ámbitos y que es útil para poder alcanzar acuerdos que se puedan canalizar y formalizar después en los términos que establecen las leyes.

3.5. Restricciones que se pueden imponer a la negociación colectiva de los empleados públicos por razones de jerarquía normativa o de interés público

- *La ley ¿puede modificar lo pactado en la negociación colectiva de los empleados públicos con anterioridad a su entrada en vigor?*

Plantear esta cuestión con una interrogación puede parecer sorprendente si tenemos en cuenta que hasta ahora parece que no había existido ninguna duda para aceptar que una ley podía modificar lo pactado en un convenio colectivo que estuviera vigente en el momento de entrar en vigor la misma, como consecuencia de que la ley ocupa una posición superior en la jerarquía normativa y en el sistema de fuentes del derecho al convenio colectivo. En consecuencia, parece que hasta ahora se había admitido sin ningún tipo de reparo que la modificación por una ley de lo pactado en un convenio colectivo en vigor no vulneraba el derecho a la negociación colectiva porque el convenio colectivo estaba sometido al principio de jerarquía normativa. Y se había admitido pacíficamente porque existe una reiterada y unánime jurisprudencia que así

lo había reconocido. Veamos lo que decía al respecto el TC y el TS. En alguna de sus sentencias.

En concreto, el TC y el TS decían lo siguiente en las sentencias que se indican: La *STC 58/1985*: En esta importantísima sentencia el TC decía: «la intervención del legislador, modificando mediante una ley lo pactado en un convenio en vigor no comporta, de ningún modo, la vulneración del principio de autonomía colectiva especialmente cuando el empleador es una Administración Pública»; «la negociación colectiva no puede entenderse excluyente o inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y progreso del derecho del trabajo y convertir lo negocial en derecho necesario absoluto»; «la norma pactada debe respetar el derecho necesario establecido en la ley que, en razón a la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede igualmente. De forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedarían excluidas, por tanto, a la negociación colectiva»; «es verdad que la negociación colectiva descansa y se fundamenta en la Constitución, pero también la mayor jerarquía de la ley deriva de la Constitución»; «el convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego establecido por la ley» La *STS 9-3-1992*: En esta sentencia el TS decía lo siguiente: «en aras del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la CE, las normas promulgadas por el Estado con carácter de derecho necesario penetran por medio de la ley en la norma paccionada ya creada»; *STS 2-12-2007*: esta sentencia reconocía «la primacía de la ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible» y proclamaba que «...la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone...el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley».

En fin, como vemos la doctrina constitucional y la jurisprudencia reconocen sin ambages la primacía de la ley sobre los convenios colectivos en razón a que el convenio está sometido al principio de jerarquía normativa y en ella la ley ocupa una posición superior.

No podemos en este artículo profundizar en el estudio de esta doctrina del TC y jurisprudencia del TS, ya que eso desbordaría el propósito y la extensión del mismo, pero si nos parece oportuno, en cambio, hacer algunas consideraciones para dejar apuntado, al menos, por qué planteábamos esta cuestión con una interrogación..

El argumento fundamental en el que nos basamos para plantear con interrogantes la cuestión de si una ley puede modificar lo pactado en la negociación colectiva con anterioridad a su entrada en vigor es que la CE en su artículo 9, además de garantizar el principio de legalidad y el de jerarquía normativa, también garantiza los principios de seguridad jurídica, el de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, no parece que pueda ser suficiente, para que una ley pueda modificar lo pactado en un convenio colectivo que esté en vigor en el momento de aprobarse la misma, invocar el principio de jerarquía normativa sin más, ya que con la aprobación de una ley con esa finalidad quedarían afectados y no se garantizarían, otros principios que, como el principio de jerarquía normativa, también están garantizados por la CE, de manera especial el de seguridad jurídica.

Otro argumento, a nuestro juicio de peso, es que entendemos que la ley no puede invadir, en cualquier momento y para regular cualquier materia, el campo de juego que la CE ha reservado a la negociación colectiva, pues aceptar esto supondría instalar la inseguridad permanente en las relaciones laborales y vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva. Desde luego, no creemos

que pueda permitirse eso con la aplicación del principio de jerarquía normativa. Entendemos, por otra parte, que esa interpretación no se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional, pues aún siendo cierto que la misma acepta la posibilidad de que la ley reserve para sí, de manera exclusiva y excluyente, aspectos de la regulación de las relaciones laborales que de otro modo correspondería su regulación a la negociación colectiva, y que pasarían a tener en ese caso el carácter de derecho necesario, es lo cierto no obstante que el TC vincula esa posibilidad a la concurrencia de circunstancias excepcionales.

Y un tercer y último argumento es que hay que tener en cuenta que la doctrina constitucional tan permisiva con la posibilidad de que una ley pueda modificar un convenio colectivo que esté vigente se elaboró, fundamentalmente, a raíz de la aprobación de la ley de jornada máxima legal, que la estableció en 40 horas, siendo así que una parte importante de convenios colectivos tenían pactada una jornada superior. Es decir, hacía una modificación a mejor del convenio colectivo para los trabajadores. Tenemos dudas de que el TC hubiera mantenido el mismo criterio si el convenio colectivo se hubiera modificado a peor.

Ahora bien, debe quedar claro que no defendemos que no se pueda modificar a través de una ley, un convenio colectivo, incluso a peor. Entendemos que ello puede y debe ser posible, eso si siempre que haya otros intereses, también protegidos constitucionalmente, que justifiquen dicha modificación y que la decisión que se adopte supere el control idoneidad, necesidad y proporcionalidad. . En el fondo, esto es lo que debe haber pensado el legislador del EBEP cuando ha introducido la posibilidad de suspender o modificar los acuerdos alcanzados en el marco de la negociación colectiva de los funcionarios por causa grave de interés público cuestión a la que nos referimos a continuación.

Una última consideración nos parece oportuno hacer y es que en este aspecto debería

haber un tratamiento común para la negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral, pues si de lo que se trata es de salvaguardar el interés público al que sirven las Administraciones Públicas, que es el empleador de uno y otro tipo de personal, parece lógico que a ese fin contribuyan todos los empleados públicos, eso sí de manera proporcionada a su situación; pero lo que no tiene sentido es que esos sacrificios se impongan a unos empleados públicos y a otros no en razón a la naturaleza jurídica de su relación.

- *Las Administraciones Públicas pueden desvincularse unilateralmente de lo pactado en la negociación colectiva de los empleados públicos por causa grave de interés público*

Es normal que los ordenamientos jurídicos contemplen medidas excepcionales para proteger o defender el interés público cuando concurren, asimismo, circunstancias excepcionales. Por ello parece también normal que el artículo 38.10 del EBEP prevea, después de decir que se garantiza el cumplimiento de los pactos o acuerdos, la posibilidad de que excepcionalmente y por causa grave de interés público, derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas (se entiende que de las que existían en el momento de la firma de los acuerdos), los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. Y también parece normal, como dice el indicado artículo, que las Administraciones Públicas informen a las organizaciones sindicales de las causas que justifiquen la suspensión o modificación de los pactos o acuerdos. Aunque hubiera sido más lógico no sólo informar sino que, con carácter previo a la toma de la decisión de suspender o modificar los pactos o acuerdos, se abriera una negociación y se intentara alcanzar un acuerdo; entendemos que ello es más coherente con

los principios de obligatoriedad y de buena fe negociada que informan y rigen la negociación colectiva de los empleados públicos.

Así pues, el EBEP otorga a los órganos de gobierno de las correspondientes Administraciones Públicas poderes o facultades extraordinarios y exorbitantes que les permiten incumplir compromisos asumidos en la negociación colectiva de los funcionarios públicos por razones graves de interés público. Pero sólo les permite ejercer esos poderes o facultades excepcionales cuando se haya producido una alteración sustancial del contexto que existía cuando se firmó el pacto o acuerdo, y en todo caso con un alcance muy limitado. Como ha puesto de manifiesto la doctrina (ver el trabajo de Palomar Olmeda, A sobre «La desvinculación de lo pactado en el EBEP») lo que se hace en el indicado artículo del EBEP es aplicar la cláusula «rebus sic stantibus» que tiene su origen y se aplica en el derecho de obligaciones y contratos y que permite revisar unilateralmente lo pactado y alterar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el pacto, cuando hayan cambiado sustancialmente las condiciones que sirvieron de base al mismo.

Ahora bien, ¿qué alteración de las circunstancias debe producirse para que sea sustancial y para que habilite a los órganos de gobierno a utilizar los poderes excepcionales indicados? Y, por otra parte, ¿qué alcance puede tener la modificación o suspensión de los pactos o acuerdos en estos casos? Indudablemente, dar respuesta a estas dos interrogantes en un artículo como este, que tiene unas limitadas pretensiones, no es posible como fácilmente se puede comprender. No obstante haremos algunas consideraciones.

En primer lugar, entendemos que podrían servir de referencia, para determinar si se da o no la concurrencia del cambio sustancial de las circunstancias que exige la norma, las consideraciones que ha hecho el TC para determinar si se da la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que habilitan al

Gobierno para dictar un RDL; se recuerda, en este sentido, que la doctrina del TC ha dicho que el RDL es un instrumento normativo constitucionalmente lícito cuando con el se trata de afrontar «coyunturas económicas problemáticas» que se han presentado de forma súbita.

Y en segundo lugar, el alcance de la modificación o suspensión de los pactos y acuerdos debe ser mínimo, o como dice la propia norma «el estrictamente necesario para salvaguardar el interés público», ya que se trata de una actuación excepcional y por lo tanto ha de ser desplegada de forma restrictiva, máxime si tenemos en cuenta que dicha actuación choca con un principio esencial de la negociación colectiva cual es el de la conservación de lo pactado en la misma y, sobre todo, supone una quiebra de la fuerza vinculante que el artículo 37.1 de la CE reconoce a la negociación colectiva.. En todo caso, es esencial que exista una indudable conexión entre la alteración sustancial de las circunstancias, la causa grave de interés público, y la suspensión o modificación de los pactos y acuerdos, de tal manera que unas sean consecuencias o presupuesto básico de las otras. Y por otra parte es esencial también que la decisión que se adopte supere el control de «idoneidad, necesidad y proporcionalidad»

Dos cosas más nos parece oportuno destacar en relación con la cuestión que estamos tratando. Una es que en el Derecho laboral no se contempla ningún mecanismo que permita la desvinculación unilateral de lo pactado en un convenio colectivo. Y otra es que lo dispuesto en el artículo 38.10 no se aplica tampoco a la negociación colectiva del personal laboral, ya que el mismo está referido exclusivamente a los funcionarios. Sin duda, que no se aplique al personal laboral la indicada restricción no deja de ser paradójico, ya que no parece lógico, como dijo, en su día, en su Informe la Comisión de Expertos, que una facultad extraordinaria o excepcional de poder suspender o modificar el contenido de los pactos o acuerdos alcanzados en el marco

de la negociación colectiva de los funcionarios no se haya extendido también a los convenios colectivos que suscriba la Administración con el personal laboral, teniendo en cuenta que la razón que permite utilizar dicha facultad excepcional es por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas que existían en el momento de la firma de los acuerdos.

Otra cuestión paradójica es que no se haya previsto nada en relación con la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral, teniendo en cuenta la distinta naturaleza y eficacia jurídica que tienen los acuerdos conjuntos; los problemas que se pueden plantear si se suspende o modifica un pacto o acuerdo de este tipo pueden ser importantes, ya que nos podemos encontrar con que un acuerdo que afecta a los dos tipos de personal se suspenda o modifique para uno de ellos y para el otro no; sin entrar a analizar la problemática que se puede plantear en estos casos, si nos parece oportuno decir que una vez más se pone de manifiesto que la regulación que se contiene en el EBEP respecto de la negociación colectiva conjunta es insuficiente.

4. EXPERIENCIAS RELATIVAS A LA NEGOCIACION COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONOMICA

4.1. La crisis económica ha tenido un fuerte impacto en la negociación colectiva de los empleados públicos

La dureza y profundidad de la crisis económica que hemos soportado los últimos años ha impactado gravemente en las finanzas públicas y ha generado importantes déficits públicos en todos los países industrializados, lo cual ha obligado a adoptar exigentes políticas de ajuste que se han traducido en medi-

das de contención del gasto público primero y de reducción del mismo después, con el fin de sanear las finanzas públicas y de corregir el excesivo nivel de déficit. España no ha sido una excepción; por lo tanto ha tenido que adoptar también este tipo de medidas.

Pues bien, teniendo en cuenta que los gastos de personal son un componente importante del gasto público, era lógico esperar que, entre las medidas de contención y reducción del gasto público, se incluyeran también medidas de este tipo en relación con dichos gastos. En este sentido, el Gobierno aprobó el Real Decreto Ley (RDL) 8/2010, de 20 de mayo, en el que se adoptaban medidas de carácter extraordinario con la indicada finalidad, incluyéndose entre las mismas importantes medidas de reducción de los gastos de personal de todas las Administraciones Públicas.

4.1.1. Las medidas que ha adoptado el Gobierno para reducir el déficit público han supuesto una importante reducción de los salarios de los empleados públicos y han incidido restrictivamente en la negociación colectiva de los mismos

En concreto, las medidas que figuran en el indicado Real Decreto Ley que han producido los efectos indicados son las que se indican a continuación.

Por una parte, se ha reducido la masa salarial del sector público en un 5% en términos anuales a partir del 1 de junio de 2010. Como este porcentaje no se ha distribuido proporcionalmente, sino que se han aplicado criterios de progresividad, el impacto en las retribuciones individuales en algunos casos ha sido superior a dicho porcentaje. Con esta medida se anula el incremento salarial que habían experimentado las retribuciones de los empleados públicos en la LPGE de 2010, que había sido del 0,3%, que es lo que se había

pactado en el Acuerdo Gobierno- Sindicatos 2010-2012, suscrito el 25 de septiembre de 2009 en el marco del diálogo social de la función pública. Además, en el RDL se contemplan normas específicas para el personal laboral que tienen por objeto, se dice, «reconocer la función de la negociación colectiva y garantizar a la vez la eficacia de la decisión de reducción.»; estas normas permiten, sin perjuicio de la aplicación directa e individual de la reducción, que se pueda hacer la distribución definitiva de la reducción a través de la negociación colectiva, y asimismo excluyen de la aplicación de lo dispuesto en el RDL al personal no directivo de la Entidades Públicas Empresariales RENFE, ADIF y AENA.

Y por otra parte, se ha suspendido parcialmente la aplicación de las cláusulas de contenido retributivo del Acuerdo Gobierno-Sindicatos 2010-2012 al amparo de lo previsto en el artículo 38.8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP, dejando sin efecto, por tanto, el incremento salarial previsto para el período de vigencia del mismo y la cláusula de revisión salarial que se contemplaba con el fin de intentar mantener el poder adquisitivo del personal, asimismo durante el período de vigencia; de estas medidas se informó a los sindicatos, tal como previene el citado artículo 38.8 del EBEP, el día 20 de mayo en la Mesa General de las Administraciones Públicas.

Con la adopción de las medidas antes descritas, el Gobierno ha incumplido varios compromisos que había asumido con anterioridad en la negociación colectiva. En concreto, los siguientes: a) ha incumplido lo pactado en el Acuerdo Gobierno- Sindicatos 2010-2012 en cuanto a las retribuciones a aplicar en 2010, que ya se habían recogido, por otra parte, en la LPGE de 2010; b) ha incumplido los compromisos asumidos en convenios colectivos suscritos con el personal laboral que están en vigor modificando los salarios pactados en los mismos; y c).ha incumplido el resto de compromisos de contenido económico del referido Acuerdo Gobierno-Sindicatos al desvincularse unilateralmente de dichos compromisos.

4.1.2. En relación con las indicadas medidas se han planteado dudas sobre su constitucionalidad; en particular, se han planteado dudas sobre si las mismas suponen o no una vulneración del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos

Las medidas a que nos venimos refiriendo han generado una importante conflictividad tanto laboral como jurídica; además, en torno a las mismas se ha abierto un interesante debate jurídico en el que, desde distintos ámbitos, se han planteado dudas sobre la constitucionalidad de las mismas. Las dudas se han planteado se centran sobre todo en la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos laborales.

- *El impacto jurídico de las indicadas medidas en la negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral es distinto*

Indudablemente, al ser los dos sistemas de negociación colectiva de los empleados públicos (el funcional y el laboral) tan dispares eso hace que el impacto que, desde un punto de vista jurídico, tienen las indicadas medidas sobre los mismos sea muy diferente. El hecho de tener un grado de autonomía colectiva mayor, una menor intensidad del principio de legalidad, un menor grado de ingerencia de la Administración en la negociación colectiva, y unos instrumentos negociales más potentes en la medida que tienen fuerza vinculante y eficacia normativa, como le ocurre al sistema de negociación colectiva laboral, hace que sea en este ámbito de negociación en el que plantee más problemas jurídicos una intervención legislativa como la que ha llevado a cabo el Gobierno a través del RDL 8/2010, de 20 de mayo, y ello a pesar de que las consecuencias de dicha intervención legislativa hayan sido iguales, o incluso

mayores, en el ámbito de negociación funcional desde el punto de vista de impacto económico.

Desde luego, teniendo en cuenta lo anterior, es difícil admitir que se pueda cuestionar la constitucionalidad de las medidas indicadas en lo que se refiere a la negociación colectiva de los funcionarios, ya que, como ya hemos visto, además de que el derecho de negociación colectiva de los funcionarios no tiene fundamento constitucional (no deriva del art.37.1 CE), y de que los pactos y acuerdos en que se concretan los resultados de la negociación no tienen la fuerza vinculante que tienen los convenios colectivos, es lo cierto además que la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos 2010-2012 tiene cobertura legal, por lo que a los funcionarios se refiere, en el artículo 38.10 del EBEP, que establece, como ya hemos visto, que la Administración puede desvincularse unilateralmente de los pactos y acuerdos alcanzados en el marco de la negociación colectiva por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

Así pues, en relación con la suspensión parcial del indicado Acuerdo lo único que cabe hacer es ver si se ha cumplido o no lo que dice el artículo 38.10 del EBEP; es decir, ver si concurre o no el presupuesto que habilita al Gobierno para tomar la decisión de suspender parcialmente el referido Acuerdo y si el alcance de la decisión adoptada es o no el que se indica en dicho artículo.

Desde nuestro punto de vista, ambos requisitos o condiciones se dan en el presente caso ya que, por un lado, es fácil colegir que en el momento que se toma la medida, mayo de 2010, estamos en presencia de una situación económica muy grave y distinta a la que existía cuando se suscribió el acuerdo y que dicha situación estaba teniendo graves consecuencias para el interés público, por lo que

era necesario tomar medidas que eliminaran o paliaran tales consecuencias, que es lo que hizo el Gobierno; y por otro, parece que las medidas adoptadas fueron proporcionadas si tenemos en cuenta la finalidad perseguida y la progresividad que se introdujo en su aplicación. Por lo tanto, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sin entrar a valorar su oportunidad política, y refiriendo el juicio sólo a los aspectos relacionados con la negociación colectiva, podemos decir que las medidas adoptadas se ajustan a la legalidad vigente. Otra cosa es el juicio que nos merece la respuesta que da a estos problemas dicha legislación. Nuestra opinión es que no es la más correcta ya que conduce a una diferencia de trato entre funcionarios y personal laboral, derivada de los regímenes tan diferentes de negociación colectiva que tienen unos y otros, que, desde nuestro punto de vista, no está justificada, lo que pone en evidencia, una vez más, el modelo de negociación colectiva que se aplica a los empleados públicos,

- *La Audiencia Nacional (AN) ha abierto la vía de la inconstitucional del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo (RDL (6))*

La Sala Social de la AN adoptó el 28 de octubre de 2010 un Auto en el que mostraba sus dudas sobre la constitucionalidad de las medidas ya indicadas que figuran en el citado RDL y acordaba plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad sobre las mismas, ya que podrían afectar al contenido esencial del derecho a la libertad sindical regulado en los artículos 7 y 28.1 CE, en relación con el derecho a la negociación colectiva regulado en el artículo 37.1 CE, como consecuencia de haber aplicado la reducción salarial a los trabajadores de una determinada entidad pública empresarial. Asimismo, la AN plantea que el TC decida también si el haber excluido de la aplicación de la reducción salarial a determinadas entidades del sector público y no a otras ha vulnerado o no el derecho a la igualdad conteni-

do en el artículo 14 de la CE. Con posterioridad la AN ha adoptado otros Autos en los que, con los mismos argumentos jurídicos, se vuelve a plantear de nuevo la cuestión de constitucionalidad del RDL

Las dudas de constitucionalidad que plantea la AN no están referidas en este caso a si se produce la concurrencia o no del hecho que habilita al Gobierno para dictar Reales Decretos Leyes que, de acuerdo con el artículo 86.1 de la CE, no es otro que la existencia de circunstancias extraordinarias y de urgente necesidad, ya que, a juicio de la AN, estas circunstancias es evidente que concurren en este caso, sino a las limitaciones que establece la CE a esta legislación excepcional, según las cuales el RDL no puede afectar, entre otros extremos, a los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la CE, entre los que se encuentra el derecho a la libertad sindical regulado en la sección 1ª del capítulo II del Título I, y el derecho a la negociación colectiva regulado en el artículo 37.1, que está incluido en la sección 2ª del Título I, ya que según la AN el RDL cuya constitucionalidad se cuestiona ha podido afectar al contenido esencial de los indicados derechos, siendo así que, según reiterada doctrina del TC la regulación de estos derechos, cuando afecte a su contenido esencial, está reservada a la ley.

La AN tiene dudas razonables de que el RDL haya podido afectar a elementos esenciales del derecho a la negociación colectiva y del derecho de libertad sindical, de cuyo contenido esencial forma parte aquél, ya que el RDL ha dejado sin efecto el Acuerdo Gobierno-Sindicatos 2010-2012, así como el convenio colectivo de la referida entidad empresarial, vaciando con ello de contenido el mandato al legislador que se contiene en el artículo 37.1 de la CE que establece que la ley garantizará la fuerza vinculante de los convenios, que se ha identificado con la eficacia normativa de los mismos.

La AN no plantea las dudas de constitucionalidad del RDL por el hecho de haberse pro-

ducido una intervención legislativa restrictiva sobre el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, que se ha traducido en la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno –Sindicatos 2010-2012 y en la modificación de las retribuciones pactadas en un convenio colectivo que estaba en vigor, pues la AN acepta y defiende que la negociación colectiva está sometida a la ley por el principio de jerarquía normativa, que la ley tiene primacía sobre la negociación colectiva, que la negociación de las retribuciones de los empleados públicos, funcionarios y personal laboral, está condicionada por los límites que se establecen en las leyes de presupuestos, etc y por lo tanto también acepta y defiende que el legislador pueda intervenir introduciendo limitaciones a la negociación colectiva o incluso modificando lo pactado en convenios colectivos que estén en vigor.

Las dudas de constitucionalidad que plantea la AN sobre el RDL se refieren, sobre todo, al instrumento legislativo que se ha utilizado para llevar a cabo dicha intervención restrictiva sobre la negociación colectiva de los empleados públicos laborales; la AN considera que el RDL no es el instrumento idóneo para llevar a cabo dicha intervención, ya que el RDL tiene prohibido por la CE, artículo 86.1 regular elementos esenciales de los derechos y libertades que se incluyen en el Título I de la CE, entre los que se encuentran los derechos de negociación colectiva y de libertad sindical, y es lo cierto que, a juicio de la AN, el citado RDL pudiera haber entrado por ese camino prohibido.

Así pues, es el alcance de la regulación que se hace en el RDL, y no el RDL propiamente, lo que ha llevado a la AN a plantear la cuestión de constitucionalidad; y hasta tal punto es así que la AN en su Auto dice que no se hubiera planteado la cuestión de constitucionalidad si, en lugar del RDL, el Gobierno hubiera utilizado, para llevar a cabo la regulación que se hace en el mismo, un instrumento legislativo normal, un proyecto de ley que hubiera sido aprobado por las Cortes

Generales. Y asimismo dice que tampoco se hubiera planteado la cuestión de constitucionalidad si el RDL se hubiera limitado a precisar o modular el derecho de negociación colectiva y no hubiera afectado a su contenido esencial.

La razón por la que, a juicio de la AN, la regulación del RDL incide en el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva regulado en el art 37.1 de la CE es porque, al dejar sin efecto, durante la vigencia de un convenio colectivo, condiciones pactadas en el mismo, se está afectando a la fuerza vinculante del convenio que es un elemento sustancial del derecho de negociación colectiva que está integrado en el contenido esencial de ese derecho. Y si esto es así, la conclusión a que se llega es a la falta de idoneidad del instrumento legislativo que ha utilizado el Gobierno, un RDL, para hacer dicha regulación.

Desde nuestro punto de vista, algunos de los argumentos que sirven de base al Auto de la AN nos ofrecen alguna duda: desde luego, no compartimos que, en todo caso, y sólo porque la ley ocupa una posición superior en la jerarquía normativa, mediante una ley se puedan modificar a peor condiciones de trabajo pactadas con anterioridad en un convenio colectivo en vigor; entendemos, como ya hemos dicho, que para que ello sea posible es necesario que concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen; podemos aceptar que en este caso esas circunstancias concurren y por lo tanto que el legislador estaría habilitado para aprobar una ley con el contenido del RDL; y por otro lado, aun compartiendo el argumento que se recoge en el Auto, según el cual un RDL no es un instrumento normativo idóneo para regular elementos esenciales de los derechos y libertades que se incluyen en el Título I de la CE, nos plantea, en cambio, alguna duda aceptar que el RDL estaba incidiendo en este caso sobre elementos esenciales de los derechos de negociación colectiva y de libertad sindical, ya que, a nuestro juicio, lo que está haciendo

el mismo es establecer una restricción concreta a una manifestación también concreta del derecho de negociación colectiva, pero no afectando, en absoluto, a elementos esenciales de los indicados derechos, los que forman parte de su contenido esencial, ya que nos parece que tales elementos, en este caso, permanecen inalterados para futuras manifestaciones de la negociación colectiva. Como consecuencia de ello, dudamos también de la falta de idoneidad del RDL en este caso que es lo que se pone en cuestión por la AN y lo que sirve de fundamento a la cuestión de constitucionalidad. En todo caso, este pronunciamiento tendrá que hacerlo el TC.

4.2. En el contexto de la crisis, pero no como consecuencia de ella, el Gobierno ha adoptado medidas que han afectado también restrictivamente a la negociación colectiva de una categoría específica de empleados públicos, los controladores aéreos

- *El Gobierno, mediante Real Decreto Ley, ha introducido modificaciones sustanciales en el convenio colectivo de los controladores aéreos*

En efecto, en el contexto de la crisis, pero no como consecuencia de ella, el Gobierno aprobó otro Real Decreto Ley, el 1/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, que posteriormente se transformó en la Ley 9/2010 de 14 de abril.

En lo que aquí interesa, cabe decir que el referido Real Decreto Ley introduce importantes modificaciones en algunas condiciones de trabajo contenidas en el I convenio colectivo suscrito entre el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el

colectivo de controladores aéreos, que entró en vigor el 1 de enero de 1999 (se publicó en el BOE el 18 de marzo de 1999) y terminó su vigencia el día 31 de diciembre de 2004.

Son bastantes las condiciones del trabajo que estaban reguladas en el convenio colectivo que son objeto de modificación por el RDL, siendo las más importantes las que afectan a la jornada de trabajo, que pasa de las 1200 horas que se habían pactado en el convenio a las 1750 horas que fija el RDL, a las cuestiones relativas a la organización del trabajo, con las que se tratan de recuperar las facultades inherentes al poder de dirección de la empresa que en el convenio colectivo habían pasado a ser ejercidas por órganos de composición paritaria de la empresa y el sindicato de los trabajadores, a la movilidad geográfica de la empresa, de vital importancia en la nueva orientación estratégica de la prestación del servicio de control del tránsito aéreo, así como la suspensión temporal de la licencia especial retribuida que podían disfrutar los controladores aéreos a partir de los 52 años.

En fin, se trata, como se puede comprobar, de modificar condiciones de trabajo que tienen un importante valor estratégico, un elevado coste económico y una gran incidencia en la gestión del servicio, y que por tanto pueden contribuir a mejorar el funcionamiento del servicio de control de tránsito aéreo que gestiona AENA.

La razón por la que el Gobierno acude al RDL para modificar las indicadas condiciones es porque ello era imposible hacerlo a través del propio convenio ya que, desde hace ya varios años, había una situación de bloqueo de la negociación; a los controladores no les interesaba negociar porque eran conscientes de que tenían unas condiciones de trabajo muy ventajosas, que en un nuevo convenio era difícil mantener.

También en este caso, las medidas que ha adoptado el Gobierno han modificado sustancialmente condiciones pactadas en el conve-

nio colectivo. Por eso también aquí se plantea la duda de si con dichas medidas se estaba vulnerando o no el derecho a la negociación colectiva de los controladores aéreos. En este caso, la AN no ha planteado una cuestión de constitucionalidad sino que ha resuelto el conflicto colectivo que se le había planteado en la sentencia 47/2010, de 10 de mayo, desestimándolo, y por lo tanto considerando ajustado a derecho el RDL contra el que se interpuso el conflicto colectivo, en la versión que definitivamente ha resultado con la aprobación de la indicada ley 9/2010, de 14 de abril.

Y también, en este caso, en torno a la actuación del Gobierno y al conflicto que se ha generado con los controladores aéreos, se ha abierto un interesante debate jurídico sobre si se ha vulnerado o no el derecho a la negociación colectiva de los controladores aéreo.

• *La sentencia de la Audiencia Nacional 47/2010 no avala la pretendida vulneración del derecho a la negociación colectiva de los controladores aéreos*

La sentencia de la AN que resuelve el conflicto colectivo planteado por el sindicato de los controladores (S 47/2010, de 10 de mayo) contra el RDL 1/2010, de 5 de febrero, por entender que el mismo vulneraba los derechos de negociación colectiva y libertad sindical, hace un pronunciamiento claro y rotundo respecto de la constitucionalidad de las medidas adoptadas. En efecto, la AN considera que las medidas adoptadas en el RDL, que posteriormente se convirtió en ley, no vulneraban el derecho a la negociación colectiva y el derecho de libertad sindical por entender que la intervención legislativa que se había producido para adoptar dichas medidas era necesaria para garantizar la seguridad y continuidad del servicio público de tránsito aéreo, era también idónea en la medida que el RDL se transformó con posterioridad en ley

aprobada por el Parlamento (la ley 9/2010, de 14 de abril) y era, en fin, proporcionada en la medida en que impuso el menor sacrificio posible a los trabajadores para cumplir la finalidad perseguida por la ley de garantizar la seguridad y continuidad del servicio público de control de tránsito aéreo.

La solución a que llega esta sentencia de la AN es distinta de la que llega el Auto de la misma que hemos analizado anteriormente, a pesar de que aparentemente se trataba de enjuiciar una cuestión similar; en concreto se trataba en ambos casos de determinar si la modificación que se había hecho mediante una norma con rango de ley de las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo que estaba en vigor vulneraba o no el derecho a la negociación colectiva y, por tanto, si eran constitucionales o no dichas modificaciones convencionales.

Ahora bien, de la lectura de una y otra resolución judicial se deduce que, aunque la solución a que se llega sea distinta no lo es, en cambio, la argumentación que les sirve de base, que es en esencia la misma; y si esto es así, ello quiere decir que entre los dos supuestos de hecho que se enjuician tiene que haber diferencias que expliquen la diferente solución.

En efecto, la argumentación que sirve de base a las dos resoluciones judiciales es la misma y la podemos resumir, en lo que aquí interesa, en los siguientes puntos, todos ellos avalados y aceptados por reiterada doctrina constitucional y jurisprudencial a la que se hace referencia en las dos resoluciones judiciales: a) la primacía de ley sobre el convenio colectivo, que deriva de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa y en el sistema formal de fuentes del derecho y que legitima la intervención del legislador en los contenidos de la negociación colectiva, sin que ello suponga, de ningún modo, una vulneración del principio de autonomía colectiva.; b) la negociación colectiva esta condicionada por los límites y condiciones que se esta-

blecen en las leyes de presupuestos, siendo, básicamente, estos límites: la fijación cada año en la LPGE de topes máximos a los incrementos salariales a los empleados públicos, funcionarios y laborales, y la exigencia de un informe favorable y conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas (CECIR) como requisito previo para la validez de los convenios o acuerdos colectivos que vayan a suscribir las Administraciones Públicas; la falta o el carácter desfavorable de este informe determina la nulidad de pleno derecho de los acuerdos colectivos que se suscriban; c) las modificaciones legislativas de condiciones pactadas en convenios colectivos que están en vigor afectan al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva en la medida que anulan la fuerza vinculante que la CE (art.37.1) reconoce a los convenios, ya que la misma es un elemento consustancial del derecho de negociación colectiva. Por lo tanto, un Real Decreto Ley no puede hacer tales modificaciones puesto que, como hemos visto, ello afecta al contenido esencial del derecho de negociación colectiva; dichas modificaciones, según la CE, sólo pueden hacerse por ley.

Pues bien, si analizamos los dos supuestos de hecho que han servido de base a las dos resoluciones judiciales, observamos que existen dos diferencias sustanciales que justifican o explican la diferente solución. Son estas dos: la primera es que mientras que en un caso las modificaciones que se han introducido en convenios colectivos vigentes se han llevado a cabo por un Real Decreto Ley (RDL 8/2010, de 20 de mayo), en el otro se han llevado a cabo por una ley (la ley 9/2010, de 14 de abril), la que sustituyó al RDL 1/2010, de 5 de febrero, tras su tramitación como proyecto de ley.; y la segunda es que mientras que en un caso las modificaciones afectaban a convenios colectivos estatutarios (RDL 8/2010), en el otro muchas de las modificaciones que se hacían estaban recogidas en acuerdos que eran ilegales (extraestatutarios) en la medida en que se habían suscrito sin contar con el

informe favorable de la CECIR, por lo que eran nulos de pleno derecho.

La solución a que llega, en este caso, la AN nos parece imaginativa y al mismo tiempo consistente, pues aunque, en principio parece que justifica la modificación llevada a cabo por una ley de las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo que estaba en vigor sólo en la primacía de la ley sobre el convenio colectivo, argumento que no compartimos formulado en esos términos ya que consideramos que una modificación a peor de las condiciones pactadas en un convenio colectivo en vigor no es posible hacerla mediante una ley sólo por la razón de que la ley ocupa una posición superior en la jerarquía normativa, es lo cierto, no obstante que la sentencia de la AN aporta otros argumentos que son los que, a nuestro juicio, le dan consistencia a la solución elegida: un primer argumento, son las poderosas razones que existían para llevar a cabo intervención legislativa con el fin que preservar la continuidad y seguridad del servicio de control de tránsito aéreo, ya que, sin duda, dichos requerimientos del indicado servicio estaban seriamente amenazados como consecuencia de las alteraciones que sistemáticamente y, en cierto modo, de forma abusiva se estaban provocando por los propios controladores, y el segundo argumento, es que, ante el bloqueo prácticamente absoluto que existía de la negociación colectiva con los controladores aéreos, por la resistencia de éstos a negociar el cambio de las condiciones pactadas en el convenio que, en gran medida, estaban en el origen del problema, la intervención legislativa se presentaba como la única solución posible para conseguir la finalidad antes indicada.

Hay que señalar que la AN trae a colación un tercer argumento que sirve de apoyo a la solución a que se llega en la sentencia, y es que algunas de las condiciones que se modifican mediante el RDL y luego mediante la ley que posteriormente lo sustituye, habían sido adoptadas en acuerdos que eran ilegales porque no contaban con el informe favorable de

los Ministerios de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas, que era preceptivo y vinculante, por lo que eran nulos de pleno derecho.

Alguna duda nos surge en relación con los argumentos que se dan en la sentencia en virtud de los cuales era necesaria la intervención legislativa para recuperar las facultades del poder de dirección que se habían sustraído al ente gestor en el convenio colectivo.

No compartimos la formulación que se hace en la sentencia en relación con el indicado asunto porque entendemos que el poder de dirección del empresario no está exento de limitaciones, ya que no es un poder absoluto (tampoco es absoluto el poder del legislador); y por otra parte, porque normalmente es a través de la negociación colectiva como se establecen las limitaciones al poder de dirección. Si podríamos admitir, en cambio, otro argumento y es que tratándose de una Administración Pública, el poder de dirección, algunas de las facultades inherentes al mismo, no son disponibles por razones de orden público, ya que son a la vez potestades administrativas en cuanto que pueden comprometer la gestión de un servicio público. En concreto, en el caso que nos ocupa, entendemos que, efectivamente, las facultades que el ente gestor pactó en el convenio colectivo compartir con la representación sindical de los controladores aéreos tienen el indicado carácter ya que, como la experiencia ha demostrado, pueden poner en riesgo la continuidad y seguridad de un servicio público esencial como es el servicio de control de tránsito aéreo, como de hecho así ha ocurrido.

5. PUNTOS CRÍTICOS Y PROPUESTAS DE FUTURO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El EBEP no ha resuelto todos los problemas que se habían detectado en relación con la negociación colectiva de los empleados

públicos en la legislación anterior. Los problemas que están todavía por resolver siguen siendo muchos. No vamos a analizar todos ellos; nos vamos a limitar a los que, desde nuestro punto de vista, son los más críticos y respecto de ellos haremos algunas propuestas de futuro.

5.1. La regulación de los sistemas de negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral son asimétricos: Habría que avanzar hacia una mayor convergencia de los mismos

Ya hemos visto anteriormente las muchas y significativas diferencias que existen entre los dos regímenes de negociación colectiva que se aplican a los empleados públicos, en cuanto al margen de autonomía colectiva que tienen uno u otro, a las distintas reglas que aplican de legitimación para negociar, a los distintos sujetos que pueden negociar, a los distintos instrumentos negociales en que formalizan los acuerdos alcanzados, a las distintas consecuencias que se derivan del fracaso de la negociación, a los distintos órdenes jurisdiccionales que conocen los conflictos derivado de la negociación colectiva...Y también hemos visto que ante tal grado de divergencia era necesario avanzar hacia una mayor convergencia de los mismos, aunque sólo sea para introducir una mayor racionalidad y de buscar una mayor eficacia en la gestión de los recursos humanos de las Administraciones Públicas.

Decimos convergencia y no unificación, pues no creemos que sea posible, ni tampoco conveniente, la desaparición de los dos sistemas de negociación colectiva de los empleados públicos que existen en este momento ni tampoco su unificación en uno sólo. Apostamos por la convergencia de los indicados sistemas de negociación colectiva porque también creemos que no es conveniente, aunque sea posible, que la negociación colectiva fun-

cionarial y del personal laboral sean tan dispares. Desde nuestro punto de vista, como ha demostrado la experiencia, ello conduce a una negociación colectiva fragmentada muy difícil de gestionar, muy costosa y con unos resultados francamente decepcionantes vistos tanto desde el punto de vista de la Administración como de los empleados públicos. Además, ello favorece el desarrollo de unas relaciones de trabajo en el empleo público asimétricas y un modelo global de empleo público con escasa coherencia y poca cohesión interna. Y todo ello da como resultado una, en alguna medida, gestión esquizofrénica de recursos humanos en las Administraciones Públicas.

Desde nuestro punto de vista, los sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral de los empleados públicos deberían converger más porque, al margen de que existan importantes diferencias en la forma de relacionarse con las Administraciones Públicas entre los funcionarios y el personal laboral, en razón a las funciones o cometidos que tienen encomendados cada uno de ellos o los principios y valores de la normativa que rige sus relaciones de trabajo, es lo cierto que tienen una cosa en común y es que su empleador o empresario es una Administración Pública, que, como ya hemos visto anteriormente, está sometida al Derecho Público y, como consecuencia de ello, en su actuación se ve sometida a determinados condicionamientos o limitaciones a los que, por otra parte, no están sometidos los empresarios privados; Además, la Administración, en su condición de sujeto público y en razón del interés general al que sirve, tiene también limitada su capacidad convencional, como ya hemos visto también.

Por lo tanto, parece razonable y sería deseable que existiera una mayor convergencia o regulación común entre el sistema de negociación colectiva funcionarial y el del personal laboral. La convergencia entendemos que debería producirse en lo que es común a ambos sistemas, y es común la modulación que hay que introducir en el ejercicio del

derecho de negociación colectiva por la circunstancia de que la condición de interlocutor o contraparte en la negociación la ostenta una Administración Pública.

Una mayor convergencia de los sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral estamos seguros que introduciría una mayor racionalidad y eficacia en el modelo de negociación colectiva de los empleados públicos y haría más operativa la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral, ya que precisamente se cuestionaba en su día por entender que no era compatible esa modalidad de negociación colectiva con unos sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral tan diferentes.

5.2. La negociación colectiva del personal laboral no está suficientemente regulada: habría que completar dicha regulación

Básicamente, lo que falta de regulación de la negociación colectiva del personal laboral son, fundamentalmente, las peculiaridades que tiene la negociación colectiva de este personal respecto de la negociación colectiva de los trabajadores del sector privado, como consecuencia, sobre todo, de tener como empleador, y como contraparte en la negociación colectiva, a la Administración Pública.

Desde nuestro punto de vista, estas peculiaridades se deberían haber regulado en el EBEP, aunque también podrían regularse en una norma específica en la que se regulasen todas las peculiaridades que tienen las relaciones laborales de este personal respecto de la relación laboral común que regula el ET, incluidas las referidas a la negociación colectiva.

Conviene advertir que con la regulación de las peculiaridades relativas a la negociación colectiva del personal laboral que se sugiere y, en su caso también de las relativas al resto de aspectos de su relación laboral, no se pre-

tende, en ningún caso, que no se aplique a dicho personal el sistema de negociación colectiva que se regula en el Título III del ET, y, en su caso, el resto de Títulos del mismo, que se seguirían aplicando, por tanto; de lo que se trata es de que cuando se aplicara dicho Título del ET se tuvieran en cuenta las limitaciones o restricciones que las leyes que rigen la actuación de las Administraciones Públicas o el interés público al que sirven imponen a las mismas a la hora de negociar, tal como hemos visto anteriormente.

Esto es, precisamente lo que debería hacer la regulación específica que sugerimos, tratar de ver como se puede conciliar la regulación de la negociación colectiva que se contiene en el Título III del ET con las restricciones que otras leyes imponen a la capacidad negociadora de las Administraciones Públicas, en su condición de empleador. Las restricciones o limitaciones a tener en cuenta a los fines indicados son las que hemos analizado anteriormente.

Ahora bien, además de regular las peculiaridades que se contemplarían a la hora de aplicar lo dispuesto en el Título III del ET a la negociación colectiva del personal laboral, entendemos que la regulación específica que sugerimos debería incorporar la regulación de otras materias con el fin de avanzar en la convergencia de los dos sistemas de negociación colectiva de los empleados públicos, en lo que sea posible. Desde nuestro punto de vista los aspectos que se podrían regular para avanzar en la indicada dirección, serían los relativos a los principios a que estaría sujeta la negociación, los sujetos que estarían legitimados para negociar, los ámbitos de negociación y los supuestos en que se podría modificar o suspender lo pactado en los convenios colectivos vigentes. En todos los casos, entendemos que la convergencia debería hacerse regulando estos aspectos tal como están regulados para los funcionarios; ello supondría que se sindicalizaría la negociación del personal laboral, que se aplicarían los mismos principios rectores de la negociación en uno y

otro sistema de negociación, que se negociara en los mismos ámbitos y que se aplicaría también al personal laboral la facultad extraordinaria de modificar o suspender unilateralmente lo pactado en los convenios colectivos que se regula en el artículo 38.10 del EBEP. Conviene recordar que la extensión de dicha facultad extraordinaria al personal laboral ya se recogía en el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio de la preparación del EBEP. Por último, entendemos que, como decimos más adelante, debería también avanzarse en la convergencia de la regulación de otras materias con el fin de facilitar la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral, para hacerla más viable y más operativa.

5.3. La regulación de la negociación colectiva conjunta es insuficiente: habría que hacer una regulación más completa de este tipo de negociación para que pudiera ser el eje central de la negociación colectiva de los empleados públicos

Ya hemos visto anteriormente la importancia y la utilidad que, tanto para la Administración Pública como para los empleados públicos, tiene el poder disponer de cauces formalizados y amparados legalmente para desarrollar una negociación conjunta que afecte a todos los empleados públicos, funcionarios y laborales. Y también que, como consecuencia de ello, es razonable que se potencie este tipo de negociación colectiva.

Por otra parte, ya hemos visto también que la regulación que se contiene en el EBEP de la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral es insuficiente y sigue sin tener autonomía. Desde nuestro punto de vista, sería necesario corregir esta situación y establecer un régimen jurídico propio de la negociación colectiva conjunta, máxime si tenemos en cuenta que no se ha

avanzado prácticamente nada en la aproximación de los regímenes de negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral y que sus diferencias siguen siendo, por tanto, muy grandes.

Creemos que en el futuro la negociación colectiva conjunta para funcionarios y personal laboral debería convertirse en el eje central de la negociación colectiva de los empleados públicos. Ello quiere decir que la negociación de algunas condiciones de trabajo de los funcionarios y del personal laboral deberían irse desplazando de los específicos sistemas de negociación colectiva de cada uno de ellos, al sistema de negociación colectiva conjunta, para ser en este ámbito donde se negocien; o lo que es lo mismo, que muchas de las condiciones de trabajo que hoy son específicas de los funcionarios o del personal laboral pasaran a ser comunes a los dos tipos de personal y que, como consecuencia de ello, pasaran también a negociarse en el ámbito de negociación conjunta. Esta es, por otra parte, la tendencia que se está imponiendo.

Ahora bien, para que ello fuera posible sería necesario que la negociación colectiva conjunta tuviera una regulación más extensa y más autónoma que la que tiene en este momento; es decir, que su configuración legal se apartara del sistema de negociación colectiva de los funcionarios que sigue ahora y que para ella se construyera un régimen jurídico propio, de tal manera que pudiéramos hablar realmente de un sistema común de negociación colectiva de los empleados públicos.

Desde nuestro punto de vista, este sistema común de negociación colectiva debería garantizar un tratamiento uniforme de las condiciones de trabajo comunes de los empleados públicos, para lo cual sería necesario también que se superara la naturaleza dual de los instrumentos negociales donde se recogieran los resultados de la negociación colectiva conjunta; es decir, que aquello que fuera común para funcionarios y personal laboral fuera realmente común para ambos tipos de

personal; es decir, se trataría de crear un sistema de negociación colectiva común de los empleados públicos, con un régimen propio, donde se negociaran las condiciones de trabajo comunes a funcionarios y personal laboral, y que común fueran también los instrumentos negociales, el alcance y los efectos de lo que se negociara en el mismo.

No vamos a entrar a analizar cómo entendemos que deberían quedar regulados los diferentes aspectos de este sistema de negociación colectiva conjunto, por razones obvias; únicamente nos vamos a referir a continuación a una cuestión específica y es la relativa al orden jurisdiccional que debería conocer de los conflictos que se plantearan en relación con este tipo de negociación colectiva.

5.4. Las cuestiones litigiosas derivadas de la negociación colectiva conjunta de los empleados públicos pueden terminar en dos órdenes jurisdiccionales distintos: habría que ir a la unificación jurisdiccional

Dada la doble naturaleza jurídica y la distinta eficacia que tienen los acuerdos mixtos en los que se recojan los resultados de la negociación colectiva conjunta de funcionarios y personal laboral, la de los pactos y acuerdos en que se formalizan los resultados de la negociación de los funcionarios públicos que se determina en el artículo 37 del EBEP, por una parte, y la de los convenios colectivos acordados en los términos previstos en el artículo 83 del ET, por otra, y con independencia de que la jurisprudencia haya considerado que el orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones litigiosas que se planteen en relación con dichos pactos y acuerdo sea la contencioso-administrativa, en la medida en que están regulados en una norma de carácter administrativo, sin ninguna duda, ello no asegura que no terminen lle-

gando también estos asuntos a la jurisdicción social, sobre todo si tenemos en cuenta que dichos pactos y acuerdos tienen la naturaleza y los efectos de los convenios colectivos, y que termine habiendo pronunciamientos judiciales distintos e incluso contradictorios, sobre dichos instrumentos negociales.

Pues bien, para evitar estos problemas entendemos que debería quedar claro que estos asuntos deberían ir a un único orden jurisdiccional, de acuerdo con el principio de unificación jurisdiccional que ha inspirado la reforma de la vigente ley de procedimiento laboral que ha presentado recientemente el Gobierno (en el Anteproyecto elaborado por el Gobierno esta ley pasa a denominarse «Ley de la jurisdicción social»).

Desde nuestro punto de vista, el orden jurisdiccional que debería ser competente para conocer de las impugnaciones que se hagan de dichos pactos y acuerdos mixtos o conjuntos es el social y ello por varias razones; en primer lugar, porque, teniendo en cuenta el fundamento constitucional que tiene la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante que el artículo 37.1 reconoce a los convenios colectivos, parece razonable que sea competente el orden jurisdiccional social para conocer de un acuerdo que está revestido de dichas características; ahora bien, quizás la razón que más justifica que se atribuya el conocimiento de los indicados pactos y

acuerdos a la jurisdicción social es su especialización; no creo que nadie pueda poner en duda que el orden jurisdiccional social es el especializado en materia de libertad sindical y de derechos colectivos; por lo tanto, parece lógico que el conocimiento de todos los asuntos relacionados con el ejercicio del derecho de libertad sindical y de los demás derechos colectivos que tienen fundamento constitucional se atribuya a dicho orden jurisdiccional; ello no supone sino aplicar el principio de especialización que también ha inspirado la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral que ha aprobado el Gobierno.

Hay que decir, por otra parte, que esta es la solución que proponía el Consejo Económico y Social (CES) en el dictamen elaborado en relación con el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Social; el CES entendía que «la solución más razonable es atribuir, de forma unificada, la competencia para resolver las impugnaciones de los pactos y acuerdos conjuntos para el personal funcionario y laboral al orden social; sin duda, la razón de más peso sería la mayor especialización de este orden jurisdiccional por razón de la materia, ya que al orden social se atribuyen las cuestiones litigiosas suscitadas en relación con los instrumentos colectivos y sindicales. También, desde luego, sería una razón de peso la unificación que se debería producir en el orden social de la tutela del derecho de libertad sindical».

RESUMEN En este artículo, el autor analiza críticamente el modelo de negociación colectiva que se aplica a los empleados públicos, que se caracteriza, sobre todo, por la existencia de dos sistemas de negociación colectiva, uno para funcionarios y otro para personal laboral, que son muy diferentes.

El artículo analiza, en primer lugar, la regulación que de la negociación colectiva se hace en el EBEP, llegando a la conclusión de que en este aspecto el referido Estatuto era continuista, ya que, por un lado, mantiene sustancialmente el modelo dual de negociación colectiva de los empleados públicos que ya existía en la legislación anterior, por otro no avanza prácticamente nada en la aproximación o convergencia de los sistemas de negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral, ya que siguen existiendo importantes diferencias en relación con los sujetos que están legitimados para negociar, la determinación del ámbito o unidad de negociación, los instrumentos negociales, las consecuencias que se derivan del fracaso de la negociación etc, y por otro tampoco regula las especialidades que existen en la negociación colectiva del personal laboral ni resuelve el problema de la insuficiente regulación de la negociación colectiva conjunta, aspectos que reiteradamente se habían puesto de manifiesto con anterioridad.

El eje del análisis que se hace en el artículo de la negociación colectiva de los empleados públicos está centrado en las diferencias que existen entre esta negociación colectiva y la que afecta a los trabajadores del sector privado. En el artículo se pone de manifiesto como esas diferencias, en la mayoría de los casos, se traducen en limitaciones o restricciones a la negociación colectiva de los empleados públicos. El artículo se detiene a analizar el origen y fundamento de tales limitaciones o restricciones, identificándose como tales: por una parte, la presencia de la Administración Pública en la negociación condiciona o limita la negociación colectiva de los empleados públicos, en la medida en que la misma está sometida en su actuación a principios o normas, que no se aplican a las empresas privadas, que condicionan o limitan su capacidad negocial.; por otra parte, la primacía del principio de legalidad respecto del de autonomía colectiva que se aplica en el caso de la Administración Pública, y la salvaguarda del interés general cuya defensa tiene encomendada la Administración Pública condicionan o imponen limitaciones a veces a la negociación colectiva de los empleados públicos; y por último, la participación de la Administración Pública en la negociación colectiva del personal laboral obliga a modular determinados aspectos de la normativa que regula dicho tipo de negociación que es el Título III del ET. Con posterioridad, el artículo analiza detalladamente las limitaciones concretas que se imponen a la negociación colectiva de los empleados públicos que se derivan de las normas que rigen la actuación de las Administraciones Públicas, sometiénola a determinados principios tales como el de legalidad, incluido el de legalidad presupuestaria, el de cobertura presupuestaria, el de la buena fe, etc Un análisis especial se hace de las limitaciones que se establecen a la negociación colectiva de los empleados públicos en la leyes de presupuestos, donde destaca el tope máximo que se establece todos los años de incremento de las retribuciones de los empleados públicos que no se puede superar en la negociación colectiva, Asimismo se analiza cómo juega el principio de jerarquía normativa en la relación ley convenio colectivo y en que casos la Administración se puede desvincular unilateralmente de lo pactado en la negociación colectiva.

Un aspecto interesante del artículo es el análisis que se hace en el mismo de dos experiencias recientes que afectan a la negociación colectiva de los empleados públicos, en las que el Gobierno mediante dos RDL modificaba, un acuerdo suscrito por el Gobierno con los Sindicatos representativos de los empleados públicos que se encontraba en vigor, y asimismo modificaba condiciones de trabajo de los empleados públicos laborales que se habían pactado en convenios colectivos que también estaban vigentes. Las referidas experiencias se han materializado, por una parte, en el RDL 8/2010, de 20 de mayo, que afectaba a todos los empleados públicos, y por otra en el RDL 1/2010, de 5 de febrero, que afectaba exclusivamente a los controladores aéreos.

Por último, aunque a lo largo del artículo se reflejan las críticas que se hacen al modelo dual de negociación colectiva de los empleados públicos, el mismo termina, a modo de conclusión, identificando los principales puntos críticos del mismo y apuntando algunas soluciones de futuro a los mismos.

ABSTRACT In this paper, the author takes a critical look at the collective bargaining model applied to public employees, whose main characteristic is the existence of two collective and very different bargaining systems, i.e. one for public servants and one for contract personnel. Firstly, the paper analyses the regulation of collective bargaining within the Basic Statute of Public Employees and comes to the conclusion that such Statute is trying to maintain the status quo. That is to say, on the one hand, it mainly maintains the dual collective bargaining model of public employees, already in existence in previous legislation. On the other hand, it does not make any progress in the rapprochement or convergence of collective bargaining systems of public servants and contract personnel, given that important differences still exist with regards to the following aspects: the subjects who have the legitimacy to negotiate, the definition of the negotiating frame or unit, the negotiable instruments, the repercussions derived from a failed negotiation, and so on. Furthermore, the Statute neither regulates the specialties existing in the collective bargaining system of contract personnel nor does it resolve the problem of insufficient regulation of the joint collective bargaining, both of which aspects had been repeatedly stated.

The analysis of public employees' collective bargaining is focused on the differences between their collective bargaining and the one affecting private sector workers. The paper reveals how such differences are mostly translated into limitations or restrictions on the public employees' collective bargaining. The origin and foundations of such limitations or restrictions are analysed and identified: on the one hand, the presence of Public Administration in the negotiation determines or limits public employees' collective bargaining in so far as it is bound by principles or rules which are not applied to private companies and which condition and restrict its bargaining capacity. On the other hand, the priority of the principle of legality over that of collective autonomy applied in the case of Public Administration, together with the safeguarding of the general interest whose defence belongs to Public Administration, sometimes determines and limits public employees' collective bargaining. Lastly, the participation of Public Administration in contract personnel's collective bargaining forces an adjustment of certain aspects of the rule governing such negotiation — Title III of Workers' Statute. Then, the paper analyses the specific limitations imposed on public employees' collective bargaining in detail, which stem from rules governing Public Administrations action, and which subject such negotiation to specific principles, such as the legality principle, including budgetary legality, budgetary coverage, good faith, and so on. Furthermore, limitations to public employees' collective bargaining included in budgetary acts are specially analysed. Out of these limitations, the yearly maximum ceiling, which cannot be exceeded, limiting public employees' remuneration stands out. Moreover, the principle of normative hierarchy with respect to the collective bargaining act is analysed, and the cases in which the Administration can dissociate itself unilaterally from the agreed collective bargaining.

The paper makes an interesting analysis of two recent experiences affecting public employees' collective bargaining in which the Government modified an agreement signed with trade unions representing public employees through two effective royal decree-law. The Government also modified contract public employees' working conditions, which were agreed upon in effective collective agreements. The above experiences have resulted in Royal Decree-Law 8/2010, of 20th May, affecting all public employees, and Royal Decree-Law 1/2010, of 5th February, affecting air traffic controllers alone.

Finally, throughout the paper, criticism made to the public employees' collective bargaining model is reflected. However, the paper concludes by identifying the main critical points of such model and pointing to some plausible future solutions.

La retribución del personal laboral del sector público cuatro años después del Estatuto Básico del Empleado Público

JAVIER THIBAUT ARANDA*

INTRODUCCIÓN

A nadie se le escapa a estas alturas que el sistema retributivo es un factor decisivo en toda política de personal, también en el sector público, hasta el punto de condicionar sus resultados y que, por consiguiente, es uno de los aspectos claves para la modernización y el buen funcionamiento de la Administración. La retribución de los empleados públicos constituye un elemento esencial no sólo desde la perspectiva de los intereses individuales de los trabajadores sino también de la eficiencia de los servicios administrativos y por su peso en los gastos de la Hacienda Pública.

Dicho esto, la primera reflexión que debe hacerse es que precisamente la retribución del personal laboral del sector público es uno de los aspectos en que menos cambios se han producido. El art. 14.d) del EBEP reconoce de forma común a todos los empleados públicos el derecho «a percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio», pero

a continuación el Capítulo III, que regula los sistemas retributivos, mantiene un régimen normativo y competencial diverso. En lo que se refiere al personal laboral, el art. 27 del EBEP se remite en bloque a la legislación laboral aplicable en materia retributiva y a los convenios colectivos, con amplia flexibilidad y adaptabilidad, por tanto, para regular la retribución de los contratados laborales en cada una de las organizaciones que componen la Administración Pública. Lo cual se aleja singularmente del sistema retributivo establecido legalmente para el colectivo de funcionarios, pues el EBEP distingue entre retribuciones básicas, cuya estructura y cuantía diseña desde una perspectiva común para todos los funcionarios públicos, y retribuciones complementarias, que son las que están previstas para cumplir un papel de gestión de los recursos humanos y que deben ser organizadas y diseñadas por las correspondientes leyes de cada Administración Pública¹. Es decir que, a diferencia de lo que sucede con

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Ampliamente a este respecto, CASTILLO BLANCO, F. A., «Los derechos retributivos de los empleados públicos», en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Madrid, 2008, pág. 240.

otros aspectos, no se ha producido aquí la equiparación por vía legal del personal laboral al funcionario².

Una segunda reflexión es que, a pesar de que los regímenes e instrumentos jurídicos son diversos, en la práctica, como se comprobará, no existen demasiadas divergencias entre las retribuciones del personal funcionario y el personal laboral, al menos en amplios ámbitos de la Administración³. Entre las posibles razones, estaría que no existen diferencias notables entre la estructura salarial que establece el art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores –que distingue entre salario base y complementos salariales– y la estructura de las retribuciones de los funcionarios que se regulan en los arts. 22 a 26 del EBEP –que diferencia entre retribuciones básicas y complementarias–; pero sobretodo que, como se verá, en la práctica negocial existe una tendencia a la igualación de estructuras retributivas. Los convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas, especialmente en el ámbito local, tienden a reproducir los conceptos y las retribuciones del personal funcionario, con lo cual las diferencias de partida a menudo se diluyen e incluso desaparecen.

Una opción por la homogeneización que, como se desarrollará más adelante, comporta un elemento positivo, cual es la consecución de mayores niveles de equidad retributiva

entre personal funcionario y personal laboral, y otro que no lo es tanto, como es la traslación al personal laboral de algunas de las patologías que la aplicación de los sistemas retributivos de los funcionarios públicos ha arrojado a lo largo del devenir histórico. La tendencia de los convenios colectivos del personal laboral a emular o reproducir las retribuciones de los funcionarios unido a la falta de desarrollo del EBEP a través de las correspondientes Leyes de Función Pública explicaría que los convenios colectivos mantengan esquemas retributivos del pasado, ajenos en buena medida a los planteamientos retributivos delineados por el EBEP. Porque si uno de los elementos fundamentales de la nueva regulación es, según se dice en la Exposición de Motivos, la evaluación del desempeño de los empleados públicos y, entre otros aspectos, un diseño retributivo mayormente relacionado con la manera en que el trabajador realiza sus funciones, lo cierto es que la retribución en convenio colectivo de los empleados públicos con contrato de trabajo sigue centrada en lo que se «es» y lo «que se hace», en detrimento del «modo» y la «intensidad» con la que el trabajador cumple con sus tareas.

LA FIJACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES Y LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Lo anterior no obstante, el régimen regulador del salario de los empleados públicos presenta también, como no podía ser menos, algunas peculiaridades. La más llamativa es sin duda la competencia del Estado para establecer límites al gasto público en materia de personal. Algo que se estableció por primera vez en la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos «disciplinarios» para 1984, que después se ha reproducido en las sucesivas leyes presupuestarias, y que ahora se regula con mayor detalle y corrección en el art. 21 del EBEP. Según este precepto, las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento

² El motivo, aparte de las implicaciones presupuestarias que, sin duda, tendría, son los elementos de rigidez que introduciría en el empleo público laboral, limitándose la flexibilidad buscada por las distintas Administraciones, al respecto, SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F. J., «Capítulo III. Derechos retributivos», en AA.VV. (Dir. PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público*, Aranzadi, 2008, págs. 223 a 225.

³ LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial del empleado público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Madrid, pág. 233.

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 presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos; además de 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. Lo que significa que el Estado se ha desprendido de la competencia que hasta ese momento detentaba para participar en la fijación de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos pero mantiene la competencia para determinar sus retribuciones básicas y se reserva la competencia para determinar el volumen de incremento de las retribuciones del personal, lo que viene en denominarse «masa salarial»⁴.

La Ley de Presupuestos tendrá que establecer para cada año un tope máximo al incremento global que pueden experimentar las retribuciones de los empleados públicos. Un sector público que comprende la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y agencias estatales y las universidades de su competencia, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los organismos de ellas dependientes y las universidades de su competencia, las corporaciones locales y organismos de ellas dependientes, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los órganos constitucionales del Estado, las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir

déficit de explotación y las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local⁵. Es decir que esta competencia del Estado rige para todo tipo de empleados, funcionarios o laborales, al servicio de la Administración, cualquier que sea. Trasciende del ámbito de la Administración General del Estado y extiende su eficacia al conjunto de las Administraciones Públicas, de suerte que las Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas y los presupuestos de las Corporaciones Locales no podrán acordar incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites que anualmente establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁶.

En este sentido, para el año 2011 las retribuciones de los empleados públicos con contrato de trabajo no podrán experimentar ningún incremento global con respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2010, incluida

⁵ A lo que se añade, a los efectos de la aplicación del citado incremento global máximo, el personal de las fundaciones del sector público y de los negocios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público, así como el Banco de España, art. 22 Once Ley 39/2010.

⁶ El fundamento de esta competencia del Estado para fijar límites o tipos máximos a los incrementos retributivos se encuentra, por una parte, en la determinación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica prevista en el art. 149.1.13 CE (STC 96/1990, de 24 de mayo), en tanto que «medida dirigida a contener la expansión relativa a uno de los componentes esenciales del gasto público» (STC 63/1986, de 21 de mayo), y por otra, por su relación con uno de los límites que impone el art. 156.1 CE a la autonomía financiera de las CC.AA., la obligada coordinación con la Hacienda del Estado, pues «la necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio nacional, se produzca un resultado disfuncional y disgregador» (SSTC 171/1996, de 30 de octubre y 103/1997, de 22 de mayo).

⁴ Ampliamente al respecto, FERRÁN DILLA, J., «Capítulo III. Derechos retributivos», en AA.VV. (Dir. PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público*, Aranzadi, 2008, págs. 199 y ss.

la reducción del 5 por ciento que introdujo el RD 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (art. 22 Dos Ley 39/2010 de Presupuestos Generales del Estado para 2011). La comparación se tiene que realizar en términos de homogeneidad para los dos períodos de referencia, tanto en lo que respecta a efectivos de personal y antigüedad del mismo, como al régimen privativo de trabajo, jornada, horas extraordinarias efectuadas y otras condiciones laborales, por lo que las cantidades que correspondan a variaciones por tales conceptos se tendrán que computar por separado (art. 27 Ley 39/2010). Y además en la «masa salarial» hay que integrar el conjunto de retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social, exceptuando las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, las cotizaciones al Sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos y las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador (art. 22 Cinco Ley 39/2010). La masa salarial así cuantificada es la que no puede experimentar ningún incremento en 2011 con respecto a la devengada por dicho personal en el año 2010, a salvo de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación en el número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados en el mismo. A lo que se añade que las indemnizaciones o suplidos del personal laboral, al margen de la masa salarial, tampoco podrán experimentar ningún crecimiento con respecto a 2010.

Unas limitaciones a los incrementos salariales que, por otra parte, se acompañan de un procedimiento administrativo especial para la determinación o modificación de las condiciones retributivas. En concreto, para el sector público estatal, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011, al igual que

las precedentes, exige un informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Política Territorial y Administración Pública con carácter previo a la fijación de las retribuciones de nueva creación, la firma de convenios colectivos, sus revisiones y las extensiones y adhesiones a los mismos, la aplicación de los convenios colectivos de ámbito sectorial, la fijación de retribuciones mediante contrato individual, cuando no vengán reguladas, en todo o en parte, mediante convenio colectivo, el otorgamiento de cualquier clase de mejoras salariales de tipo unilateral, con carácter individual o colectivo, y la determinación de las retribuciones correspondientes al personal contratado en el exterior (art. 27 Tres Ley 39/2010). Para lo cual, los organismos afectados tendrán que remitir a los citados Ministerios el proyecto de pacto o mejora del convenio, la propuesta individual o el proyecto de convenio colectivo, antes de su firma, acompañando una memoria con la valoración de todos sus aspectos económicos. Con una cautela importante para el caso de los proyectos de convenios colectivos y es que el informe deberá ser evacuado en el plazo máximo de quince días desde la fecha de recepción del proyecto y su valoración versará sobre todos aquellos extremos de los que se deriven consecuencias directas o indirectas en materia de gasto público, tanto para el año 2011 como para ejercicios futuros y, especialmente, en lo que se refiere a la determinación de la masa salarial correspondiente y al control de su crecimiento. Unas previsiones que se reproducen en términos similares en las Leyes de Presupuestos autonómicas.

Pues bien, todo lo anterior nos conduce al art. 27 del EBEP, que si bien remite las retribuciones del personal laboral a la legislación laboral y al convenio colectivo aplicable, salva las limitaciones contenidas en el art. 21 del EBEP. No se trata de una remisión absoluta en todos sus términos, sino con salvaguarda de la competencia del Estado para garantizar la estabilidad de las cuentas públicas y, dentro de ellas, para equilibrar el gasto de perso-

nal. Algo que le está vedado al Estado respecto del sector privado pero que el Tribunal Constitucional admite para los empleados públicos, en la consideración de que sus retribuciones no se determinan en función de variables puramente económicas o de mercado, sino que el gasto de personal de la Administración constituye una parte sustancial del gasto público y al Estado le corresponde garantizar la estabilidad y equilibrio presupuestarios. Con esta limitación no se vulnera el artículo 14 ni tampoco el 37.1 de la Constitución (STC 96/1990), añadiendo la Sentencia 210/1990 que el Convenio Colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la ley señala: «la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio unidad del ordenamiento jurídico supone (...) el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitativa de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias en virtud de circunstancias que aconsejen una política de control salarial que puede legitimar condicionamientos y limitaciones temporales a la contratación colectiva»⁷.

Es decir, que los negociadores de los convenios colectivos deberán tener presentes los

⁷ STC 58/1985, de 30 de abril (RTC 1985/58). Dicha posición ha sido seguida por el Tribunal Supremo, sin interrupciones y de manera continuada, que se ha decantado por la «primacía de la norma de origen legal sobre la norma de origen convencional en materias de derecho necesario» cada vez que se ha planteado una disparidad entre el incremento fijado por el convenio colectivo aplicable y la Ley de Presupuestos del Estado o autonómica, SSTs de 9 de julio de 1991 (RJ 1991/5877); 7 de abril de 1995 (RJ 1995/3260); 25 de marzo de 1998 (RJ 1998/3013); 28 de enero de 1999 (RJ 1999/1113); 16 de febrero de 1999 (RJ 1999/2596); 18 de enero de 2000 (RJ 2000/950); 2 de marzo de 2004 (RJ 2004/5606).

límites a los incrementos salariales que se reflejen para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos, pues no podrán pactar una masa salarial por encima de los máximos establecidos. La autorización de la masa salarial será requisito previo para el comienzo de las negociaciones de convenios o acuerdos colectivos que se celebren en el año natural que regule la Ley de Presupuestos Generales y con cargo a ella deberán satisfacerse la totalidad de las retribuciones del personal sin poder intentar conseguir un incremento global, dado que éste viene fijado obligatoria e inamoviblemente en la Ley General de Presupuestos. De modo que cualquier acuerdo salarial concluido por los negociadores con omisión del trámite de informe o en contra del informe desfavorable, al igual que los pactos que impliquen subidas salariales para ejercicios posteriores contrarios a lo que determinen las futuras Leyes de Presupuestos, provocarán la ilegalidad del convenio y, consecuentemente, constituirá una de las causas de impugnación judicial de oficio⁸.

⁸ Ahora bien, una cosa es que los actos unilaterales del empleador público y los pactos individuales y colectivos suscritos, en cuanto entran dentro de su poder de disposición, queden limitados por las prescripciones de la Ley de Presupuestos y otra bien distinta que una Administración se pueda amparar en tales limitaciones para incumplir la ley laboral. De ahí que, por ejemplo, en la STSJ Castilla y León/Valladolid, de 12 de mayo de 2010 (AS 2010/1810) se desestimara la pretensión de la entidad pública empresarial ADIF de seguir abonando la hora extraordinaria por debajo del valor de la hora ordinaria, bajo el argumento de que la masa salarial global de la empresa se elevaría por encima de los límites prescritos por las leyes de presupuestos de los diferentes años. Y es que, de lo contrario, nos encontraríamos ante situaciones realmente paradójicas, como que un trabajador que viniera cobrando por debajo del salario mínimo interprofesional no tuviera derecho a percibir éste si se superase el tope de subida de la masa salarial, o que un trabajador con contrato en prácticas o para la formación fraudulento en una Administración no pudiera cobrar conforme a convenio colectivo por la misma causa o que situaciones contrarias al principio de igualdad en materia salarial, por ejemplo entre fijos y temporales, no fueran susceptibles de reparación salarial para evitar superar los topes presupuestarios e incluso que, supera-

EL RECORTE SALARIAL PARA EL PERSONAL LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO IMPULSADO POR EL REAL DECRETO-LEY 8/2010, DE 20 DE MAYO

Cuestión conectada a la anterior y que ha suscitado una importante controversia es la reducción del salario de los empleados públicos llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; en concreto, por lo que aquí interesa, la previsión de que la masa salarial del personal laboral del sector público experimentarían, a partir del 1 de junio de 2010, un recorte equivalente a la minoración del 5 por ciento de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponde percibir a estos empleados públicos según los convenios colectivos, a excepción de lo que se refiere a la paga extraordinaria del mes de junio de 2010 a la que no se aplicó la citada reducción. Dejando a un lado consideraciones de tipo político, los puntos clave son, de un lado, la validez de la fórmula legal utilizada para llevar a cabo la rebaja salarial y, por otro, si al dejar fuera del recorte salarial a algunos empleados públicos se ha podido vulnerar el derecho a la igualdad. Cuestiones que aborda un reciente auto de la Audiencia Nacional, y que la lleva a elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre si el Real Decreto-ley 8/2010 ha vulnerado o no el contenido esencial del derecho a la libertad sindical en relación con el derecho de negociación colectiva y el derecho a la igualdad⁹.

da esa masa salarial, los empleados públicos perdieran el derecho a la retribución por los servicios prestados. Véase también al respecto la STSJ Cataluña de 17 de enero de 2006 (AS 2006/443).

⁹ Auto núm. 63/2010 de 28 de octubre de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (JUR 2010/382573), sobre la aplicación de la reducción retributiva impulsada por el RDL 8/2010 a la Fábrica Nacional de Moneda y

Siguiendo con el orden marcado, no parece que en este caso existan dudas sobre la concurrencia de la nota positiva del art. 86.1 CE, como tampoco las alberga la Audiencia Nacional¹⁰. Atendiendo al texto del Preámbulo, puede admitirse la existencia de la «necesidad» requerida: la dureza y profundidad de la crisis económica y el grave deterioro que ha supuesto para nuestras Finanzas Públicas, la evolución de la coyuntura económica y los compromisos adquiridos por nuestro país en el ámbito de la Unión Europea, que obligaban a acelerar, en 2010 y 2011, la reducción del déficit inicialmente previsto, mediante la adopción de determinadas medidas, entre las que se sitúa el recorte de la masa salarial del sector público en un 5% anual, para de esta forma retomar la senda de la consolidación fiscal y restablecer la confianza de los mercados. Al igual que también puede apreciarse el carácter «extraordinario» y «urgente» de la necesidad, pues de no haberse acometido dichas medidas con rapidez, seguridad y determinación, muy probablemente, los ataques especulativos contra la economía española se habrían intensificado poniendo en peligro la confianza en la moneda única y en la estabilidad de la eurozona. En definitiva, una coyuntura económica adversa y unos objetivos gubernamentales que le permiten al Tribunal apreciar la extraordinaria y urgente necesidad que refiere el art. 86.1 de la CE como presupuesto habilitante para la utilización por el Gobierno de los Decretos-leyes, al menos en una entidad suficiente como para no plantear su inconstitucionalidad.

Timbre. Al respecto, ROQUETA BUJ, R., «El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, AAN de 28 de octubre de 2010 (Proc. núm. 128/2010)», Aranzadi Social, en prensa.

¹⁰ Que entiende que la intervención del Gobierno estaba causada por una necesidad extraordinaria y urgente y que no se actuó de forma abusiva y arbitraria ni, desde esta perspectiva, se invadieron las facultades reservadas a las Cortes Generales, FJ Sexto Auto núm. 63/2010 de 28 de octubre de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (JUR 2010/382573).

En segundo lugar, se ha dicho que el Gobierno no tenía capacidad para incumplir los compromisos adquiridos en la negociación colectiva del personal laboral y que el recorte de su sueldo es ilegal, porque, a diferencia del funcionario, se rige por un convenio colectivo. Y desde esta perspectiva, parece que la Audiencia Nacional sí alberga dudas sobre la constitucionalidad del Decreto-Ley 8/2010, en la consideración de que, aunque concurren las circunstancias anteriormente citadas, la citada norma afecta al contenido esencial de los derechos a la negociación colectiva y de libertad sindical, algo que está vedado por la Constitución.

El Tribunal parte, como no podía ser de otro modo, de que la ley puede modificar un convenio colectivo vigente, por aplicación del principio de jerarquía normativa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.3 CE, en relación con el art. 3 ET¹¹. Y reconoce, asimismo, que las retribuciones de los empleados públicos, incluidas las del personal laboral, están condicionadas por las Leyes de Presupuestos del Estado, porque así lo dispone terminantemente el art. 27 EBEP. La condición pública que ostenta la Administración, aun actuando como empresario, limita la autonomía en varios aspectos y uno de ellos es, según se vio, el de los derechos retributivos, en el que se establecen limitaciones específicas al posible contenido de los convenios

¹¹ El tema de la incidencia de una norma legal en los mandatos de un convenio colectivo con los que choca frontalmente, ha sido abordado con frecuencia por la doctrina constitucional y la jurisprudencia y la colisión se ha resuelto a favor de lo establecido en la Ley, por virtud del principio de legalidad y jerarquía normativa establecido en el art. 9 de la CE, por el que las normas promulgadas por el Estado con valor de derecho necesario han de prevalecer sobre lo acordado en la norma paccionada, incluso respecto de las ya existentes, limitándola en sus efectos a lo dispuesto en la norma de rango superior SSTC 219/1990, de 20 de diciembre (RTC 1990/210) y en la ella citadas 58/1985 (RTC 1985/58), 177/1988 (RTC 1988/177) y 171/1989 (RTC 1989/171) y del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1991 (RJ 1991/5877).

colectivos. Ahora bien, lo que no cree el Tribunal que sea posible, «sin vulnerar lo establecido en los arts. 7, 28.2 y 37.1 de la CE, es modificar lo establecido en un convenio colectivo durante su vigencia mediante un Decreto-Ley, aunque concorra la nota positiva exigida por el art. 86.1 CE, puesto que dicha modificación, al afectar a la intangibilidad del convenio colectivo estatutario durante su vigencia, que forma parte del contenido esencial del derecho (...) incide directamente en la afectación de dichos derechos fundamentales, siendo irrelevante, a nuestro juicio, que el RDL 8/2010, de 20 de mayo, haya modificado la LGPE 2010, porque dicha modificación no convierte al Decreto-Ley en Ley»¹².

Es decir que, para la Audiencia Nacional, se puede modificar por Ley el convenio colectivo durante su vigencia, pero en cambio no parece posible hacerlo mediante Decreto-Ley, por entender que si bien el derecho a la negociación colectiva no se ve afectado en su regulación general por el hecho de dejar sin efecto lo pactado, sí se vacía de contenido uno de sus elementos esenciales, como es la fuerza vinculante de los convenios, regulada en el art. 37 CE: «Es patente, dice el Tribunal, que la fuerza vinculante de los convenios (...) equivale a función normativa, a derecho objetivo, a la configuración del convenio colectivo como una norma jurídica dictada por quien puede hacerlo y con el objetivo concreto para el que resulta habilitado ese poder bilateral, como recuerda la doctrina constitucional, por todas, STC 151/1994 y es precisamente su carácter normativo lo que obliga a que no pueda prescindirse de unos determinados rasgos de estabilidad, pudiendo afirmarse que la intangibilidad durante su vigencia, asegurada por el art. 82.3 ET, constituye un elemento fundamental y determinante, puesto que la normatividad del convenio colectivo depende de la intangibilidad de su contenido

¹² FJ Duodécimo, Auto núm. 63/2010 de 28 de octubre de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (JUR 2010/382573).

durante su vigencia, pues solo mediante su aseguramiento se garantiza la funcionalidad de aquél como instrumento regulador de las relaciones laborales, correspondiendo asegurar dicha garantía al legislador, quien está vinculado a dicho mandato como presupuesto obligado para que el derecho en cuestión sea reconocible, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.1 CE».

Una censura jurídica que no compartimos. Ciñéndonos a la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva y, en concreto, al significado de la fuerza vinculante del convenio colectivo, que es la cuestión crucial, el Tribunal Constitucional y la doctrina mayoritaria insisten en que equivale a función normativa, a derecho objetivo, y que como tal sus normas se imponen externamente a los contratos de trabajo; así, la STC 58/1985 relaciona la fuerza vinculante del art. 37.1 CE con la automaticidad del convenio colectivo frente a los contratos, mientras que otras, como la 105/1992, 208/1993, 225/2001 o 238/2005, proclaman la inderogabilidad *in peius* del convenio colectivo, al afirmar la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la voluntad individual, que no puede eludir por sí misma lo convenido. De este sólido *corpus* constitucional no se deduce, sin embargo, que el convenio colectivo no pueda ser modificado por otro convenio colectivo, caso de la revisión *ante tempus*, o por ley. El Tribunal Constitucional se limita a cerrar la puerta a la modificación o sustitución individual, pactada o unilateral, de las cláusulas convencionales, garantizando con ello la eficacia vinculante del convenio colectivo, sin que de esta operación jurídica se infiera que el convenio no pueda ser modificado durante su vigencia por otro convenio colectivo, una ley o, incluso, un Decreto-Ley respetando los límites del art. 86 CE, esto es, cuando concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad y no consista en una «regulación integral» del derecho a la negociación colectiva ni incida sobre sus «elementos esenciales».

Pues bien, centrándonos en el Decreto-Ley 8/2010, por una parte, ya ha quedado acreditado que responde a una de esas «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes»¹³, y, por otra, no afecta a las libertades de negociación, elección del nivel de negociación, selección de las materias negociables, acuerdo y administración del resultado, que constituyen el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, ni, por extensión, a la libertad sindical. La libertad negocial no está reñida con el recorte de la masa salarial del personal laboral del sector público, porque esa intervención estatal es —se especifica— sin perjuicio de la posibilidad de alterar la distribución de la reducción definitiva en sus ámbitos correspondientes mediante la negociación colectiva. Es decir, estamos ante una manifestación más del papel algo más restringido que asume la negociación colectiva en la fijación de las retribuciones del personal laboral de las Administraciones Públicas. Simplemente que, en este caso, teniendo en cuenta la necesidad de acometer una reducción radical de los gastos de personal en las Administraciones Públicas y que la tramitación por ley, aunque fuera por la vía de urgencia, hubiera producido con toda probabilidad un gravísimo deterioro de nuestro sistema financiero, habría afectado a la credibilidad de nuestra economía e impedido probablemente sentar las bases para una recuperación sostenible, el Gobierno recurrió a la posibilidad constitucional extraordinaria de modificar la Ley de Presupuestos Generales del Estado a través del Decreto-Ley.

Finalmente, existen dudas razonables sobre si no se ha vulnerado el principio de

¹³ SSTC 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983/6); 11/2002, de 17 de enero (RTC 2002/11); y 137/2003, de 3 de julio.

igualdad, dado que el Decreto-Ley 8/2010 excluyó aplicar las rebajas salariales al personal no directivo de RENFE, ADIF y AENA, mientras que el resto del personal laboral del sector público, incluidas otras entidades de naturaleza similar, como la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre, sí se ha visto afectado. De una parte, porque, como señala la Audiencia Nacional, en la Exposición de Motivos no se dedica ni una palabra explicativa para justificar la «idoneidad, necesidad y proporcionalidad» en el trato diferenciado, seguramente porque no existían «razones que pudieran considerarse idóneas, razonables y proporcionadas, porque estamos seguros que, si las hubiera habido, habrían sido expuestas adecuadamente en la exposición de motivos, que es donde procede dar explicaciones sobre ‘normas especiales’»¹⁴. Y de otra, porque, como afirma el Tribunal, «si el objetivo esencial del Real Decreto era reducir el déficit público, utilizándose a estos efectos una medida desconocida en nuestras relaciones laborales, consistente en reducir el 5 por ciento la masa salarial consolidada en la negociación colectiva, parece evidente que excluir de la aplicación de la misma a las entidades públicas controvertidas porque tienen plantillas de grandes dimensiones, conduciría al absurdo». Dudas sobre las que deberá pues pronunciarse el Tribunal Constitucional, en la medida en que la Audiencia Nacional también ha planteado cuestión de constitucionalidad por este motivo¹⁵.

¹⁴ FJ Decimosexto, Auto núm. 63/2010 de 28 de octubre de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (JUR 2010/382573).

¹⁵ La Sala defiende que está legitimada también para plantear esta cuestión de constitucionalidad, en la consideración de que si dicho precepto se declarara inconstitucional, por tratar peyorativamente a los trabajadores de la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre respecto de los trabajadores de RENFE, ADIF y AENA, la consecuencia jurídica sería necesariamente la extensión del derecho a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, FJ Decimoquinto Auto núm. 63/2010, de 28 de octubre, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (JUR 2010/382573).

CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Mención aparte merece, desde el punto de vista de las retribuciones de los empleados públicos con contrato de trabajo, la aplicación al sector público de los convenios colectivos sectoriales. Porque aunque poco a poco se ha ido estructurando la negociación particular de las Administraciones Públicas todavía persisten colectivos de trabajadores de la Administración que no cuentan con convenio propio y se rigen por un convenio colectivo sectorial. En la negociación colectiva referida a la Administración estatal el Convenio Colectivo Único para su Personal Laboral supuso la ordenación y simplificación de la negociación colectiva existente hasta ese momento, y en la Administración autonómica se incluye en la mayoría de los casos no sólo al personal de la Administración autonómica directa, sino también al personal de los organismos autónomos adscritos a la misma e, incluso, al personal de las empresas públicas dependientes; pero en lo que toca a la Administración local existen pequeñas corporaciones a las que no llega la organización sindical ni las formas de representación electiva y que carecen, por consiguiente, de convenio colectivo propio, lo que abrió el interrogante de si alcanzaban a esos trabajadores las normas sectoriales de la construcción, limpieza, jardinería, etc. Cuestión que el Tribunal Supremo resolvió en sentido afirmativo, de manera que cuando no exista un convenio colectivo propio de la Corporación Local, se aplicarán tantos convenios sectoriales como actividades desempeña o acomete la entidad local, en la consideración de que si así no fuera se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo de los Ayuntamientos y quebraría el principio de igualdad que consagra el art. 14 CE y también acoge el art. 17 ET, pues se haría de peor condición a los trabajadores que prestan servicio para una entidad local que a aquellos otros que ejecutan la misma actividad pero para una empresa pri-

vada, en particular en cuestiones retributivas, en la medida en que supondría inaplicar el salario de convenio para acudir al SMI¹⁶.

Pues bien, partiendo de que hay trabajadores de la Administración que no cuentan con un convenio propio y se rigen por un convenio colectivo sectorial pueden cuestionarse dos aspectos.

En primer lugar, sobre la aplicación de los referidos límites a los incrementos salariales en el sector público, esto es, si los topes de la Ley General de Presupuestos del Estado rigen también para un convenio colectivo sectorial, en la medida en que la Administración no participa en su negociación¹⁷. Constituye un punto espinoso porque son convenios colectivos negociados para el sector privado y para los que, por consiguiente, no se habrá solicitado informe previo a la firma ni se habrá considerado ningún tipo de limitación de la Ley de Presupuestos. Pues bien, a pesar de ello, el crecimiento salarial deberá desarrollarse dentro de los márgenes de la política de rentas del empleo público marcado por el Estado, si, llegado el caso, se aplica a una Administración Pública, porque en las sucesivas Leyes de Presupuestos se exige el informe previo no sólo para la «firma de convenios

colectivos suscritos» por los distintos organismos de la Administración sino también para «la aplicación (...) de los convenios colectivos sectoriales, así como sus revisiones y las extensiones y adhesiones a los mismos». Es decir que, aunque el límite presupuestario no opera en el momento de la celebración del convenio colectivo, puesto que la Administración no participa como negociador, sí que deberá tenerse en cuenta si finalmente se aplica también al sector público, porque si resulta que el convenio colectivo negociado supera los topes salariales de las Leyes Presupuestarias, habrá que realizar las oportunas correcciones. Las cláusulas que impliquen una subida de la masa salarial por encima de la prevista en la Ley de Presupuestos anual tendrán que sustituirse para los empleados públicos por el porcentaje máximo impuesto en la Ley de Presupuestos.

En segundo lugar, teniendo en cuenta las dificultades económicas por las que atraviesan algunas Administraciones Públicas, cabe plantearse si antes que dejar de prestar a los ciudadanos determinados servicios, al resultarles excesivamente gravoso en relación con sus disponibilidades económicas, y extinguir, en consecuencia, los contratos de trabajo afectados a esas actividades, puede optarse por inaplicar el régimen salarial del convenio colectivo sectorial. Pues bien, la respuesta debe ser claramente afirmativa. Una cosa es que el mantenimiento de un servicio sea independiente de su carácter deficitario y otra que acreditada una situación de notoria crisis económica una Administración no pueda dejar de prestar determinados servicios, reducir la plantilla o, lo que aquí se plantea, inaplicar el convenio colectivo. Como en cualquier empresa, el descuelgue actuará como medida defensiva, esto es, para evitar los despidos que se producirían de deteriorarse la situación económica como consecuencia de la aplicación del convenio sectorial. Algo que, por otra parte, deviene mayormente factible con la nueva regulación legal, en la medida que cambia radicalmente de orientación,

¹⁶ STS 7 de octubre de 2004 (RJ 2005, 2167) seguida por la de 1 de junio de 2005 (RJ 2005/7320). Doctrina que es seguida de forma generalizada por los distintos Tribunales Superiores de Justicia, entre otras, STSJ Madrid de 24 de abril de 2006 (rec. 410/2006); Castilla-La Mancha 9 de enero de 2007 (rec. 1323/2005); Cataluña 25 de abril de 2007 (rec. 2017/2006) y 20 de diciembre de 2007 (rec. 151/2006); País Vasco 19 de junio de 2007 (rec. 1076/2007) y 1 de abril de 2008 (rec. 2999/2007); Murcia 2 de julio de 2007 (rec. 773/2007); Galicia 22 de mayo de 2008 (rec. 1066/2008); Aragón 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009/113779).

¹⁷ Amplia y certeramente al respecto, TORRENTS MARGALEF, J., «Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas», AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.) *Manual Jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 1289.

reduciendo considerablemente el papel atribuido a la negociación colectiva; y que además, contempla la posibilidad de descuelgue en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores, por vía de negociación con una comisión de trabajadores (art. 82.3 ET).

DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS ENTRE EMPLEADOS PÚBLICOS CON CONTRATO DE TRABAJO Y FUNCIONARIOS

Otro de los aspectos que tradicionalmente se ha venido planteando acerca de la retribución en el empleo público son las diferencias de trato entre trabajadores y funcionarios de la Administración¹⁸. Una cuestión que se plantea lógicamente en aquellos casos en que los empleados de uno y otro colectivo realizan las mismas o similares funciones y que ha constituido un supuesto litigioso muy frecuente, en la medida en que unos reclaman el derecho al cobro de las mismas retribuciones que los otros.

El Tribunal Supremo ha apreciado, sin embargo, una justificación objetiva y razonable para el trato distinto de ambos colectivos que deriva fundamentalmente de la distinta naturaleza del vínculo, de su distinto régimen jurídico y de la distinta posición que respecto a unos y otros tiene la Administración¹⁹. Es cierto, afirma el Tribunal Supremo, que el artículo 14 CE impide el establecimiento de diferencias arbitrarias de trato ante situaciones equiparables y comparables. Sin embargo, añade, en este caso estamos ante situaciones distintas, que, de acuerdo con el mismo precepto, no requieren una

identidad de tratamiento. Existe un régimen jurídico y un sistema retributivo separado para uno y otro personal —el ET, el convenio colectivo y el contrato de trabajo para el personal laboral, y el EBEP y las leyes estatal y autonómicas de la Función Pública para el personal funcionario—, por lo que no es exigible llevar a cabo una equiparación retributiva entre los dos colectivos de trabajadores²⁰. Un planteamiento que puede entenderse cuando lo que se cuestiona es la propia existencia de diferencias de régimen jurídico regulador entre los colectivos, pero que, como ha advertido la doctrina científica, resulta más difícilmente comprensible en el caso concreto de dos personas que perciben un salario diferente por un trabajo equivalente²¹.

Pues bien, a pesar de que en el EBEP no se ha producido la equiparación entre el personal laboral y el personal funcionario de las Administraciones Públicas y se sigue tratando de forma desigual a los que son desiguales por el cuerpo de procedencia²², en la práctica esta diferencia de trato podría ser irrelevante, por cuanto que, como señalamos anteriormente, la experiencia negocial de los últimos años muestra una tendencia clara a establecer conceptos y cuantías económicas homogéneas entre el personal funcionario y el perso-

²⁰ Con apoyo en el criterio constitucional asentado de que el principio de igualdad y el derecho de igualdad que se deduce del art. 14 CE no requiere de una identidad de tratamiento, con independencia de las circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto. No se puede dar trato igual a situaciones distintas: STC 57/1982 de 27 de julio (RTC 1982/57) y STC 14/1990 de 29 de enero (RTC 1990/14), así como las SSTS de 23 de julio de 1993 (RJ 1871) y 18 de febrero de 1994 (RJ 1060).

²¹ SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Empleo y prestación...*, *op. cit.*, pág. 393.

²² La Disposición Transitoria 2ª del EBEP reconoce la posibilidad de que el personal laboral desempeñe funciones propias del personal funcionario en determinados supuestos, sin embargo en ningún momento hace referencia a la aplicación al personal laboral que desempeñe esas funciones del sistema retributivo propio de los funcionarios.

¹⁸ Ampliamente, a este respecto, SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, 2008, págs. 387 a 393.

¹⁹ SSTS de 28 de enero y 3 de febrero de 2003. SSTS de 12 de marzo de 2003 (RJ 3356) y 9 de abril de 2003 (RJ 4521).

nal laboral, explicable tanto por la necesaria uniformidad en las condiciones de trabajo del personal que presta servicios en la misma Administración e, inclusive, la misma unidad administrativa²³, como por el hecho de que a menudo tiene lugar un proceso de negociación paralelo, que en la práctica es conjunto, aunque se plasme en instrumentos jurídicos separados, y que conduce a «modelos retributivos que poseen la misma inspiración»²⁴. Por ejemplo, el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Diputación Provincial de Alicante²⁵, que declara que «siguiendo la tendencia de homologación de las retribuciones del personal laboral acordada en el I Convenio con las que percibe el personal funcionario de la misma categoría o grupo de titulación en las mismas condiciones, equipara la estructura de las retribuciones de los trabajadores a los que afecta el presente Convenio en todos sus conceptos retributivos así como en todos sus criterios de aplicación a lo establecido para el personal funcionario/a, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en el R.D. 861/1986, de 25 de abril, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios/as de Administración Local. Cualquier disposición legal que modifique la estructura retributiva del personal funcionario/a será de aplicación al personal laboral»²⁶; o, de forma

más directa, el Convenio Colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Orense que establece que las «estructuras y cuantías salariales del personal laboral serán idénticas a las establecidas en cada momento para el personal funcionario en la legislación vigente»²⁷; o el Convenio Colectivo de trabajo para el Personal Laboral del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, que prevé que «el personal laboral del Ayuntamiento de Valencia percibirá anualmente las mismas retribuciones que el personal funcionario con el que se le homologue»²⁸.

asignada en cómputo anual a los puestos de trabajo del personal laboral, será igual a la establecida para los puestos equivalentes de personal funcionario en los que se desarrollen funciones y cometidos similares conforme al principio 'a igual puesto y funciones, idéntica retribución', con independencia de los conceptos que conformen la estructura retributiva de unos y otros y las cuantías de cada uno de ellos, sin perjuicio de los límites que vengan derivados de la exigencias en materia presupuestaria», BO de la Comunidad de Madrid de 24 de octubre de 2006, núm. 253, pág. 50. O, en parecidos términos, el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Excmo. Ayuntamiento de Palencia, que, por lo que hace a las retribuciones básicas, se remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y por lo se refiere a las retribuciones complementarias, en tanto no se desarrolla la nueva Ley de Función Pública de Castilla y León, a lo dispuesto en el Cap. V de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, BOP de Palencia, 6 de marzo de 2009, núm. 28, pág. 43.

²⁷ DO de Galicia, 25 de octubre de 2005, núm. 204, pág. 17124. O el Acuerdo de condiciones comunes a todo el personal que presta sus servicios en el Ayuntamiento de Burgos, que declara que «es interés de las partes concertantes de este Acuerdo, conseguir en el plazo máximo de un año desde la firma del mismo, la homogenización de las nóminas de todos los empleados municipales, en base a los conceptos retributivos enumerados en los sucesivos artículos de este Capítulo», BOP de Burgos, 2 de febrero de 2007, núm. 24, pág. 3.

²⁸ BOP de Valencia, de mayo de 2005, núm. 122, pág. 2. O, entre otros muchos, el Convenio Colectivo de Trabajo para Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Personal Laboral), que establece un plus de destino, cuya cuantía, se dice, se calculará de forma que se cumpla que la retribución que corresponde al personal laboral por salario y ese plus sea igual a la correspondiente para el funcionario equivalente por sueldo y el complemento de destino, BO de la Región de Murcia, 1

²³ CASTILLO BLANCO, F. A., «Capítulo sexto. Los derechos retributivos de los empleados públicos», en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, pág. 247.

²⁴ SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., «Capítulo V. Sistemas retributivos», en AA.VV. (Dir. CARDENAL CARRO, M.), *El personal, op. ult. cit.*; SEMPERE NAVARRO, A.V., y HIERRO HIERRO, J., «Artículo 27. Retribuciones del personal laboral», en AA.VV. (Dir. PALOMAR OLMEDO, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, 2009, pág. 224.

²⁵ BOP de Alicante, 17 de agosto de 2005, núm. 186, pág. 37.

²⁶ En la misma línea, el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Madrid que establece que «la cuantía global de las retribuciones

EL SISTEMA RETRIBUTIVO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DEL PERSONAL LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO

En contraste con el carácter estrictamente reglado del sistema retributivo establecido para los funcionarios públicos, las retribuciones del personal laboral vienen determinadas, como señalaba antes, por el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo. Es decir que el EBEP no modifica la situación preexistente: a los empleados públicos con contrato de trabajo se les aplica la legislación laboral, con los condicionantes cuantitativos de las Leyes de Presupuestos. Tal y como, por otra parte, sugería el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto del Empleado Público, que propone que las retribuciones del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se determinen a través de la negociación colectiva, respetando las reglas de la legislación laboral común y los límites presupuestarios que puedan establecerse, y sin perjuicio de que pudieran adaptarse a través de la negociación colectiva a las propias de los funcionarios en sectores y ámbitos determinados. Ello, se dice, porque la equiparación por vía legal del personal laboral al funcionario, aparte de las implicaciones presupuestarias, sin duda, introduciría elementos de rigidez en el empleo público laboral no siempre justificados, limitándose la flexibilidad buscada por las distintas Administraciones.

Pues bien, partiendo de que la situación legal no ha cambiado esencialmente con el EBEP, sobre la práctica negocial cabe destacar que el sistema retributivo implantado en los nuevos convenios colectivos se orienta fundamentalmente a cuatro elementos clave,

de junio de 2007, núm. 125, pág. 16610; o el Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Pontevedra, BOP de Pontevedra, 2 de noviembre de 2007, núm. 212, pág. 12.

salario base, antigüedad, complemento de destino y complemento específico, de suerte que las retribuciones fijas, aquellas que van anudadas a lo que el empleado «es» o en atención al lugar en que el empleado presta sus servicios, siguen siendo determinantes de la mayor parte de la retribución, mientras que aparecen muy diluidas o directamente no aparecen las que están ligadas a las competencias necesarias para el éxito de la organización pública y al desempeño. Ciertamente la equiparación retributiva entre personal laboral y funcionario que se observa en muchos convenios colectivos resulta encomiable desde el punto de vista de la equidad retributiva, pero el principio de igualdad implica también retribución en función de la complejidad de las funciones que el empleado lleva a cabo y de la aportación del individuo a la organización y muy poco o nada se ha avanzado en este aspecto. Se aprecia una cierta arbitrariedad en la determinación del importe del complemento específico, o al menos no basada en un análisis previo, detallado y riguroso del contenido del puesto, una desnaturalización del complemento de productividad, que no cumple con su papel incentivador ni de mejora del servicio público y una desproporción demasiado grande entre la retribución garantizada –básicas, más complemento de destino, más complemento específico, al menos parcialmente– y la variable, más vinculada al desarrollo de las competencias y al rendimiento. Por consiguiente, si el propósito del EBEP era garantizar una mayor flexibilidad y autonomía en el desarrollo y diseño de los sistemas retributivos, que permitiera fomentar un desempeño excelente acorde a la estrategia prefijada, y reconocer las aportaciones individuales y colectivas a la consecución de los objetivos establecidos, y por ende mejorar la eficacia del sistema, el mismo ha quedado hasta cierto punto desvaído.

Avanzando en este análisis general del tratamiento que se hace del sistema retributivo en la negociación colectiva, la gran mayo-

ría de los convenios consultados parten de una especie de principios generales ordenadores del salario, que unas veces son simples reiteraciones de la ley, como las cláusulas que definen el salario, y otras consisten en declaraciones de principios o compromisos, como racionalizar el sistema retributivo o reordenarlo para acercar las retribuciones del personal laboral a las de los funcionarios. Y a partir de ahí se establece la estructura salarial, que, aunque presenta diferencias de unos convenios a otros, se puede agrupar en dos grandes bloques, por un lado, aquellos convenios colectivos que establecen una estructura y una terminología más próxima a la que se deduce del Estatuto de los Trabajadores, compuesta por salario base, trienios, pagas extraordinarias y los tradicionales complementos de puesto de trabajo y cantidad y calidad de trabajo, y, por otra parte, aquellos convenios colectivos que reflejan un esquema retributivo más próximo al de los funcionarios públicos, al diferenciar entre retribuciones básicas –que integran el salario base, los trienios y, al menos por el momento, las pagas extraordinarias– y las retribuciones complementarias –que a su vez abarcan el complemento de destino, el complemento específico y el complemento de productividad–.

Sentado lo anterior, el primer aspecto a considerar es la manera de configurar el salario base. En la práctica totalidad de los casos el salario base se conforma en base a grupos y categorías profesionales, completándose en algunos supuestos con la mención expresa al tiempo de trabajo, que está implícita en el resto, y con una clara tendencia a la equiparación con los funcionarios, sobretodo en el caso de las entidades locales, como, por ejemplo, el Convenio Colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Pontevedra, que declara que «el importe del salario base será equivalente al establecido para el personal funcionario del grupo de titulación que se corresponda con los cinco grupos profesionales en que se clasifica al

personal laboral»²⁹. Por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, en casi todos los casos se prevé que se abonarán dos pagas extraordinarias, en los meses de junio y diciembre, si bien existe algún convenio colectivo que contempla una tercera paga extraordinaria³⁰. En algunos convenios colectivos se prevé que serán de cuantía equivalente al salario base y el complemento de antigüedad, mientras que en otros se incrementa con otros conceptos, como el complemento de convenio, el complemento de puesto de trabajo, el incentivo de productividad, el complemento personal transitorio, etc., a lo que se añaden aquellos

²⁹ BOP de Pontevedra, 2 de noviembre de 2007, núm. 212, pág. 12. Aunque hay otros muchos casos, como el Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Exc. Ayuntamiento de Ávila, donde se dice que el salario base «es la retribución del trabajador correspondiente a cada categoría profesional I, II, III, IV y V de las descritas en el Anexo I, y se identifica con el sueldo que corresponde a cada Grupo de funcionarios a que hace referencia el art. 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, fijado anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio», Boletín Oficial de la Provincia de Ávila, 26 de febrero de 2009, número 39, pág. 4; el VII Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, que establece que el salario base estará formado por el sueldo del Grupo funcional correspondiente, más el complemento de destino y el complemento específico «A», que se atribuyen al Nivel funcional, BO de Aragón, 18 de agosto de 2006, núm. 95, pág. 11109; el Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Logroño que establece que «el salario base, los trienios y las pagas extraordinarias serán idénticos en cuantía a los fijados para similares grupos de clasificación del personal funcionario», BO de La Rioja, 21 de abril de 2001, núm. 48, pág. 1783; el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga que «el sueldo de cada grupo/subgrupo será el que determine la Ley de Presupuestos Generales del Estado para los empleados y empleadas públicos o, en su caso, la norma que la sustituya», BOP de Málaga, 7 de mayo de 2010, núm. 86, pág. 3; y en iguales términos el Convenio Colectivo del Cabildo Insular de Tenerife, BOP de Santa Cruz de Tenerife, 22 de noviembre de 2007, núm. 206, pág. 21560.

³⁰ Como el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Cádiz, BOP de Cádiz, 18 de junio de 2008, núm 115, pág. 15.

convenios que señalan que se devengarán de la misma forma que la fijada para los funcionarios públicos³¹. Aunque en lo que todos coinciden es en establecer la regla de proporcionalidad para los casos en que no se haya prestado servicios durante todo el periodo del semestre inmediatamente anterior.

En lo que hace a la antigüedad, se aprecia de forma clara la influencia de la regulación que de los trienios se lleva a cabo para los funcionarios³². Tanto es así que hasta la cuantía se hace coincidir en no pocas ocasiones, como, por ejemplo, en el ya citado Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Pontevedra, donde se dice que la «antigüedad del personal laboral se devengará por trienios según el importe aplicable al personal funcionario del grupo de titulación equivalente al grupo profesional del personal laboral»³³. El EBEP ha desaprovechado la

ocasión de dejar de considerar estos complementos integrados en el sistema retributivo del personal funcionario y en la negociación colectiva del personal laboral no parece que, por el momento, sea diferente. En todos los convenios colectivos consultados se retribuye la mera permanencia en la empresa, mientras que, a menudo, ni en las retribuciones complementarias ni en los complementos de puesto de trabajo se valora suficientemente un factor tan importante como la experiencia adquirida, que es cosa muy distinta.

A continuación suelen aparecer los denominados complementos personales absorbibles o transitorios, sobre todo en aquellos convenios colectivos que articulan la homogeneización de condiciones retributivas del personal proveniente de convenios distintos, y que tienen por función compensar a los trabajadores que en virtud de sus anteriores regulaciones percibieran una retribución superior a la que corresponde en aplicación del nuevo convenio. Desde la idea de que el Convenio Colectivo Único no ha de suponer una pérdida de ingresos para los trabajadores, se establece que percibirán un complemento personal unificado por una cuantía igual a la diferencia con el convenio colectivo de origen, que, eso sí, será absorbible por los incrementos salariales que se produzcan en lo sucesivo, ya se trate de incrementos generales previstos en las leyes de presupuestos, ya sea por cualquier mejora retributiva derivada del cambio de puesto de trabajo y/o categoría profesional³⁴. Estos complementos se otorgan también a aquellos trabajadores que como resultado de la reordenación de categorías efectuada por el Convenio Colectivo hubieran pasado a perci-

³¹ Por ejemplo, en el Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Exc. Ayuntamiento de Ávila, Boletín Oficial de la Provincia de Ávila, 26 de febrero de 2009, número 39, pág. 4; o el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga, BOP de Málaga, 7 de mayo de 2010, núm. 86, pág. 3.

³² La tónica general es que el complemento de antigüedad consista en una cantidad fijada en función del Grupo profesional en cuyo desempeño se perfeccione, que se reconoce a todo el personal, ya sea fijo o temporal, siempre que hayan prestado servicios por tiempo superior a tres años interrumpida o ininterrumpidamente, además de que se reconoce como de servicios previos el tiempo de trabajo en cualquier Administración Pública. Aunque hay algunos convenios colectivos en los que su cuantía es única para todos los grupos y otros en los que, en lugar de trienios, se prevén quinquenios, como el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de Ayuntamiento de Pamplona para los años 2005 a 2007, BO de Navarra, 18 de abril de 2005, núm. 46, pág. 3443.

³³ BOP de Pontevedra, 2 de noviembre de 2007, núm. 212, pág. 12. O, entre otros, el Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Exc. Ayuntamiento de Ávila, pues, según se dice, «el personal laboral percibirá en concepto de antigüedad la cantidad que, para cada categoría profesional (I, II, III, IV, y V), se determina en equivalencia al trienio a percibir por cada Grupo de funcionarios, igualmente fijada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por cada tres años

de servicios efectivos ininterrumpidos», BOP de Ávila, 26 de febrero de 2009, número 39, pág. 4; y en iguales términos el Convenio Colectivo del Cabildo Insular de Tenerife, BOP de Santa Cruz de Tenerife, 22 de noviembre de 2007, núm. 206, pág. 21560.

³⁴ Véase, por ejemplo, el III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, BOE de 12 de noviembre de 2009, núm. 273, pág. 95145.

bir una retribución inferior a la de la categoría profesional que venían percibiendo³⁵.

Y luego están las retribuciones complementarias y los complementos salariales que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional y el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el trabajador, aunque en este punto se observan grandes diferencias en cuanto al nivel de implantación y desarrollo entre unas partidas y otras:

En primer lugar suelen aparecer los complementos de «destino», también denominados de «categoría profesional» o «pluses de convenios», que se corresponden con el nivel del puesto que se desempeña, y cuya cuantía, en muchos convenios colectivos, se hace equivar a la que se fije para el personal funcionario. Como, por ejemplo, en el Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Ávila, que contempla un plus convenio, con el que se «abonarán las cuantías que, para cada categoría profesional y puesto de trabajo, se equiparan a los equivalentes al Complemento de Destino de los funcionarios municipales». O el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga que dispone que «la cuantía del complemento de destino que corresponde a cada nivel de puesto de trabajo, será la que determine la Ley de Presupuestos Generales del Estado para los empleados de las Corporaciones Locales o en su caso, norma que la sustituya»³⁶. A lo que se añade, a menudo y como en el caso de los funcionarios, una falta de coherencia en la fijación de estos complementos entre las distintas Administraciones y una tendencia a la aplicación de complementos de destino muy elevados en los puestos de base, con las consi-

guientes distorsiones desde el punto de vista de la estructura orgánica y la carrera profesional.

A continuación vienen a menudo los complementos de «puesto de trabajo», también denominados «específicos», que compensan por la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo, como nocturnidad, turnicidad, insularidad, penosidad, toxicidad, peligrosidad³⁷ o análogos, como, responsabilidad, mando, atención continuada, atención directa al público, etc., y a los que se añaden aquellos otros complementos que premian la maleabilidad de la jornada, el horario, las funciones o el lugar de trabajo, como disponibilidad horaria, jornada partida, jornada de tarde o trabajo en domingo y festivos. Como en los casos anteriores, se equiparan en algunos convenios colectivos con los del personal funcionario, como en el ya citado Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Ávila, que establece un complemento de puesto de trabajo, que «está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad, y cuya cuantía se equipara al Complemento Específico de los funcionarios Municipales»³⁸; o el Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Pontevedra, que establece que el importe del complemento de puesto de trabajo vendrá determinado por la suma de las cantidades correspondientes al nivel de complemento de destino y específico aplicable a

³⁵ Por ejemplo en el VII Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Cantabria, BO de Cantabria, 10 de noviembre de 2004, núm. 217, pág. 10776.

³⁶ BOP de Málaga, 7 de mayo de 2010, núm. 86, pág. 3.

³⁷ Bien es cierto que los complementos conectados a la mayor peligrosidad, penosidad, toxicidad o insalubridad han desaparecido de numerosos convenios colectivos, como, entre otros, en el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, pasando a integrarse en el salario base.

³⁸ BOP de Ávila, 26 de febrero de 2009, núm. 39, pág. 4.

los funcionarios de igual grupo clasificación, categoría profesional y titulación³⁹. Y al igual que sucede con los funcionarios, se aprecia cierta discrecionalidad en la fijación de estos complementos y una tendencia a la generalización, y como consecuencia de todo ello una segura desigualdad.

En cambio, los denominados complementos de «productividad» o por «cantidad y calidad de trabajo», que retribuyen el interés, iniciativa, o esfuerzo con que el empleado desempeña su trabajo y el rendimiento y resultados obtenidos sólo aparecen de forma residual. A pesar de los designios del EBEP no se puede hablar de proliferación de la retribución variable, en base a una mayor productividad y rendimiento, ni mucho menos que las retribuciones variables prevalezcan sobre las fijas. Su aplicación ha sido y sigue siendo uno de los puntos más débiles del sistema. Primero, en algunos convenios colectivos la retribución variable no se configura como un complemento salarial necesario y en todos los casos tiene escasa relevancia en el montante global de las retribuciones, con lo que no resulta particularmente eficaz en la incentivación del rendimiento. Segundo, los complementos de productividad a menudo aparecen desnaturalizados, porque se asocian a la realización de una mayor jornada de trabajo o se configuran exclusivamente como un instrumento de lucha contra el absentismo⁴⁰, o por-

que, en la práctica, se utilizan para finalidades distintas de las contempladas en la norma, como, por ejemplo, sortear los límites a los incrementos de los sueldos fijados en las Leyes de Presupuestos o compensar las pérdidas de poder adquisitivo como consecuencia de la inflación⁴¹. Tercero, muy a menudo, la concreción de aspectos sustanciales, como los concretos factores a valorar, los criterios de distribución y los importes individuales, se remite a la posterior aprobación de planes de productividad o de reglamentos sobre el particular⁴². Y por último, esa falta de concreción

Casa de la Moneda, que configura el complemento de productividad como «la parte de retribución establecida para cada nivel salarial, que se percibirá por día laborable trabajado», BOE de 28 de julio de 2006, núm. 179, pág. 28427.

⁴¹ Como, en cierto modo, en el Convenio Colectivo de Trabajo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Guadalajara, pues al amparo del complemento de productividad establece «un fondo retributivo proveniente de la diferencia existente entre lo que el IPC real de cada año supere a la subida salarial que marque la Ley de Presupuestos Generales del Estado», BOP de Guadalajara, 29 de octubre de 2008, núm. 130, pág. 1.

⁴² Previa consulta o negociación con la representación de los trabajadores, como el Convenio Colectivo del Cabildo Insular de Tenerife, que prevé que «las cuestiones de desarrollo de este complemento serán objeto de un Reglamento regulador y se constituirá anualmente una Comisión de Valoración y Seguimiento de Evaluación del Rendimiento del Personal Laboral, de naturaleza paritaria e integrada por cuatro representantes de la Corporación y cuatro representantes del Comité de Empresa, con amplias facultades en cuanto a los criterios de evaluación, distribución, asignación y devengo de este complemento, que además podrá regular pormenorizadamente este Complemento de naturaleza extraordinaria, variable y no consolidable y que conocerá, asimismo de las reclamaciones que se presenten, elevando propuesta para su resolución por el órgano competente de la Corporación en materia de personal», BOP de Santa Cruz de Tenerife, 22 de noviembre de 2007, núm. 206, pág. 2156. Aunque hay otros muchos ejemplos, como el Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Almería (2008-2011), que prevé que las cantidades a abonar se decidirán tras ser oída la Mesa General de Negociación y contempla la elaboración durante la vigencia del convenio colectivo de un Reglamento de Productividad, que regule, con carácter general, el abono de este concepto retributivo,

³⁹ BOP de Pontevedra, 2 de noviembre de 2007, núm. 212, pág. 12. O, entre otros, el Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Almería (2008-2011), que contempla un complemento de destino correspondiente al nivel del puesto de trabajo que se desempeñe y cuya cuantía será la que determine la Ley de Presupuestos Generales del Estado, además de un complemento específico, que retribuirá las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo, en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; a modo de ejemplo: nocturnidad, trabajos en festivo, toxicidad, turnicidad, etc., BOP de Almería, 1 de octubre de 2008, núm. 189, pág. 10.

⁴⁰ Como, por ejemplo, entre otros muchos, el Convenio Colectivo de la Fábrica de Moneda y Timbre-Real

sobre los criterios que determinan su devengo amplía el margen de discrecionalidad en su concesión y lo convierte, a menudo, en un mecanismo de favor injustificado. Aunque hay convenios colectivos que han optado por extender al personal laboral la regulación sobre el complemento de productividad de los funcionarios⁴³ y otros que establecen que las cantidades que perciba cada trabajador por este concepto serán de conocimiento público para los demás trabajadores de la misma Unidad Administrativa, Departamento o centro de trabajo⁴⁴.

Finalmente, resta señalar que la práctica totalidad de los convenios colectivos cierran el capítulo de las retribuciones con una referencia a la revisión salarial. La tónica general es establecer que las cuantías del salario se incrementarán por cada año de vigencia del Convenio en el porcentaje que para las retribuciones del personal laboral determinen las sucesivas Leyes de Presupuestos, si bien hay algunos convenios colectivos que, además, establecen el compromiso de las partes firmantes del convenio de sentarse a negociar medidas encaminadas a mantener el poder adquisitivo de los empleados municipi-

así como la concurrencia de sus circunstancias motivadoras, BOP de Almería, 1 de octubre de 2008, núm. 189, pág. 10; o el Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Castellón que básicamente establece que la Corporación consultará a la Junta de Personal en la elaboración de los planes de productividad, BOP de Castellón, 28 de abril de 2007, núm. 54, pág. 2894.

⁴³ Por ejemplo, el VI Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Generalidad de Cataluña, DO de la Generalitat de Catalunya, 24 de mayo de 2006, núm. 4640, pág. 23413. En igual sentido, véase el Convenio Colectivo de Trabajo de la Región de Murcia (Personal Laboral), BO de la Región de Murcia, 1 de junio de 2007, núm. 125, pág. 16610.

⁴⁴ Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal Laboral del Exc. Ayuntamiento de Ávila, BOP de Ávila, 26 de febrero de 2009, núm. 39, pág. 6; o Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias, BO del Principado de Asturias, 3 de agosto de 2005, núm. 238, pág. 15548.

pales, durante el periodo de vigencia del Convenio⁴⁵. Un capítulo sobre la retribución que se cierra muchas veces con previsiones sobre conceptos no salariales, como las indemnizaciones por razón del servicio, por asistencias y traslados forzosos, por comida en el supuesto de trabajo itinerante en régimen de jornada partida, los gastos de locomoción y la indemnización por jubilación anticipada, además de una regulación particularmente detallada de los anticipos reintegrables.

A modo de recapitulación de cuanto se ha expuesto puede decirse que la gestión retributiva del personal laboral de la Administración Pública se sitúa fuera de los parámetros que se observan en el conjunto de la negociación colectiva. Si en el ámbito de las relaciones laborales entre particulares es apreciable la progresiva pérdida de importancia del salario base y de otros elementos retributivos como la antigüedad, además de una configuración más elástica de los complementos salariales clásicos y la potenciación de la retribución variable, a través de los *bonus* y los complementos por desempeño, en el marco de la relación empleado laboral-Administraciones Públicas, a pesar de la importancia de la materia, es tónica general dedicar escasa atención a los sistemas de medición y evaluación de la forma de desempeñar el puesto de trabajo, al beneficio que la Administración obtiene con el trabajo realizado por el empleado público y a la consecución de los objetivos previamente determinados. Los convenios colectivos siguen mostrando un estadio poco

⁴⁵ Por ejemplo, en el BOP de Almería, 1 de octubre de 2008, número 189, pág. 10. O el Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que se refiere más específicamente a la pérdida de poder adquisitivo en relación con el IPC de las Islas Baleares, BO Illes Balears, 18 de octubre de 2005, núm. 155, pág. 81. Lo anterior, no obstante, téngase en cuenta que como consecuencia de esas medidas en ningún caso se podrán sobrepasar los límites retributivos y de la masa salarial que establecen las Leyes de Presupuestos, STS de 20 de octubre de 1999, RJ 9497.

evolucionado de la política retributiva, que hace depender el salario del trabajador principalmente de lo que es y de las características del puesto de trabajo y prima un igualitarismo mal entendido, en lugar de contar con instrumentos y técnicas retributivas que permitan asignar a cada trabajador el salario que le corresponde en función de su aportación a la organización y motivarle al introducir un elemento de apreciación individualizada del rendimiento y, por tanto, de cualificación salarial de unos empleados respecto de otros.

Propósitos e intenciones de carácter general, como la mejora del rendimiento de los servicios públicos y la mejora de la calidad del empleo público, han de concretarse, más que en complementos tradicionales que remuneran lo que «se es», en cláusulas específicas que incentiven y premien la implicación del empleado público en factores concretos, medibles y coherentes con los fines de la organización. Del mismo modo que el EBEP proyecta una mayor flexibilidad, que *a priori* permite

que las retribuciones complementarias puedan vincularse al grado, nivel o categoría alcanzado y, en la misma medida, al rendimiento, interés o iniciativa del funcionario, en el caso de la negociación colectiva del personal laboral es prioritario avanzar en la valoración de los puestos de trabajo para determinar el valor relativo de cada puesto en relación con los otros, y en la evaluación del desempeño. Es decir que no estamos ante un problema de diseño legal, pues la negociación colectiva permite establecer la estructura retributiva del personal laboral que cada Administración u organismo público estime más acorde a sus intereses, criterios organizativos y, por qué no, capacidades económicas y financieras, sino ante un problema de gestión adecuada del mismo. Algo que debe revisarse y que pasa, como antes de la aprobación del EBEP⁴⁶, por un cambio de mentalidad o de cultura administrativa y una apuesta clara por la flexibilidad salarial, la evaluación de los empleados y la medición del rendimiento como elemento de carrera y factor de retribución.

⁴⁶ PALOMAR OLMEDA, A., *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, McGraw Hill, 1997, págs. 135 y ss.

RESUMEN La retribución del personal laboral del sector público es uno de los aspectos en que menos cambios se produjeron con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Conforme a lo sugerido en el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, no se procede a la equiparación por vía legal del personal laboral al funcionario, así que las retribuciones del personal laboral se fijan a través de la negociación colectiva y el contrato de trabajo, respetando las reglas de la legislación laboral común y los límites presupuestarios que puedan establecerse. Pues bien, partiendo de que el EBEP no modifica en esencia la situación preexistente, se abordan aquí las principales consecuencias de este hecho, desde las limitaciones presupuestarias hasta el contenido y las tendencias que se observan en el tratamiento del salario de estos trabajadores en los convenios colectivos.

De acuerdo con lo anterior se analiza la competencia del Estado para establecer límites al gasto público en materia de personal, algo que se estableció por primera vez en la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos «disciplinarios» para 1984, que después se ha reproducido en las sucesivas leyes presupuestarias, y que ahora el art. 21 del EBEP regula con mayor detalle y corrección. A continuación una cuestión conectada a la anterior y que ha suscitado una importante controversia, la capacidad del Gobierno para incumplir los compromisos adquiridos en la negociación colectiva del personal laboral y, más en concreto, la validez de la reducción del salario de los empleados públicos llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo. Un aspecto que aborda un reciente auto de la Audiencia Nacional, y que le ha llevado a elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre si el citado Decreto-Ley ha vulnerado o no el contenido esencial del derecho a la libertad sindical en relación con el derecho de negociación colectiva y el derecho a la igualdad. Finalmente se analizan tres aspectos relativos a la regulación del salario del personal laboral del sector público a través de los convenios colectivos: en primer lugar, las implicaciones que tienen que aplicar los convenios colectivos sectoriales a las administraciones públicas, en segundo lugar, la tendencia clara a establecer conceptos y cuantías económicas homogéneas entre el personal funcionario y el personal laboral a través de los convenios colectivos y, por último, el tratamiento que se hace del sistema retributivo del personal laboral de las Administraciones Públicas en la negociación colectiva.

ABSTRACT The remuneration of contract personnel in the public sector is one of the aspects which suffered fewer changes with the adoption of Law 7/2007, of 12th April, on the Basic Statute of Public Employees. According to the suggestions made in the report by the Commission to study and elaborate the Basic Statute of Public Employees, contract personnel is not legally considered at the same level as public servants, so contract personnel's remunerations are defined through collective agreement and employment contracts, abiding by common labour legislation rules and within the budgetary limits which could be established. This paper analyses the consequences of the fact that the Basic Statute of Public Employees does not, in essence, modify the existing situation, ranging from budgetary limitations to the content and tendencies observed in collective agreements with regards to these workers' salaries.

Thus, the State's competence to establish limits to public expenditure in relation to staff is analysed, which was defined, for the first time, by Law 44/1983, of 28th December, on «disciplinary» 1984 budgets. Such limits were reproduced in the subsequent budgetary acts and are now regulated more accurately and in more detail by article 21 of the Basic Statute of Public Employees. Then, a related and controversial issue is analysed, i.e. the capacity of the Government to break agreements reached in the contract personnel's collective agreement and, specifically, the validity of the salary reduction of public employees established by Royal Decree-Law 8/2010, of 20th May. This is tackled by a recent decision by the National High Court, which has derived in a referral being made to the Constitutional Court on whether the above Decree-Law has breached the essential content of the freedom of association right with regards to the collective bargaining right and the right of equality. Finally, three aspects related to the regulation of public sector contract personnel's salary through collective agreements are analysed: firstly, the implications of applying sectorial collective agreements to Public Administrations; secondly, the clear trend to establish concepts and homogenous economic quantities for civil servants and contract personnel through collective agreements; lastly, the manner in which collective bargaining deals with the remuneration system of Public Administrations contract personnel.

El tiempo de trabajo del empleado público laboral

JUAN GIL PLANA*

1. IMPORTANCIA DEL PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Una aproximación al análisis del tiempo de trabajo de los empleados públicos sujetos al régimen jurídico-laboral hace necesaria una previa exposición de lo que representa este colectivo dentro del conjunto del personal que presta sus servicios para las Administraciones Públicas, para poder tener conciencia de la realidad a la que nos estamos refiriendo al tratar de determinar la normativa aplicable, así como la necesidad o no de efectuar la unificación de su régimen jurídico con el del funcionario de carrera. Me explico, si el porcentaje de empleados públicos laborales es mínimo, la existencia de una regulación diferente a la prevista para los funcionarios no plantearía problema alguno, no sólo desde la dogmática jurídica, sino desde la importante perspectiva de la gestión de los recursos humanos empleados por las Administraciones Públicas. Ahora bien, si resulta que el porcentaje no es residual sino que se sitúa en una cifra significativa, aparte de la crítica dogmática de no suje-

tar a todos los empleados públicos al mismo régimen jurídico, se plantea un problema de indudable entidad a la hora de afrontar la gestión del tiempo de trabajo de personas que desarrollando las mismas funciones, incluso, compartiendo físicamente centro de trabajo, se vean sometidas a una distinta normativa.

Del total de empleados públicos censados a enero de 2010, que asciende a 2.327.965, el número de empleados en régimen laboral asciende a 709.491, lo que representa el 30,84% del total, mientras que el número de funcionarios asciende a 1.618.474 empleados, que representan el 69,52%. Desde esta perspectiva global, sin diferenciar entre Administraciones Públicas, se observa que los empleados públicos laborales, aunque son minoritarios frente a quienes ostentan la condición de funcionario, se sitúan en un nivel significativo, aproximadamente en torno a un tercio del total de empleados públicos.

Si damos un paso más y observamos los datos segregados por las Administraciones Públicas, teniendo en consideración el porcentaje del personal laboral en referencia al total de empleados públicos en cada una de ellas, se comprueba que las Administraciones Autonómicas son las que arrojan el menor porcentaje de empleados públicos laborales, mientras que la Administración Local se

* Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad Complutense.

sitúa en el extremo opuesto. Efectivamente, si el número de empleados públicos laborales al servicio de las Comunidades Autónomas asciende a 150.997, lo que representa el 14,53% del total de empleados públicos autonómicos, en la Administración Local, el personal laboral asciende a 397.958, que entraña un 64,86% del total de empleados públicos locales. Dentro de este intervalo en la Administración General del Estado hay contratados 126.939 trabajadores en régimen laboral, que representan el 21,96% del total de emple-

ados públicos del Estado, y en las Universidades el total de trabajadores laborales alcanza la cifra de 33.597, lo que supone el 34,74% del total de empleados en nuestras Universidades.

Además estas cifras se mantienen constantes en los últimos años, sin perjuicio de las ligeras variaciones bien al alza –caso de las Universidades y la Administración Local–, bien a la baja –caso de la Administración Estatal–, o bien sin una tendencia clara –caso de las Administraciones Autonómicas–.

DISTRIBUCIÓN EMPLEADOS PÚBLICOS ENTRE FUNCIONARIOS Y PERSONAL LABORAL EN CIFRAS

	2008		2009		2010	
	Funcionario	Laboral	Funcionario	Laboral	Funcionario	Laboral
A.P. Estatal	421.250	130.105	433.806	129.075	451.343	126.939
CC.AA.	844.382	150.794	876.694	148.222	888.403	150.997
Admón. Local	212.705	371.453	213.985	371.331	215.621	397.958
Universidad	62.436	31.597	62.529	33.014	63.107	33.597

Fuente de los datos: Ministerio Administraciones Públicas referidos a enero de cada año.

DISTRIBUCIÓN EMPLEADOS PÚBLICOS ENTRE FUNCIONARIOS Y PERSONAL LABORAL EN PORCENTAJES

	2008		2009		2010	
	Funcionario	Laboral	Funcionario	Laboral	Funcionario	Laboral
A.P. Estatal	76,40	23,60	77,06	22,94	78,04	21,96
CC.AA.	84,85	15,55	55,54	14,46	85,47	14,53
Admón. Local	36,41	63,59	36,56	63,44	35,14	64,86
Universidad	66,40	33,60	65,45	34,55	65,26	34,74

Fuente de los datos: Ministerio Administraciones Públicas referidos a enero de cada año.

A la vista de los datos expuestos se puede comprender la importancia que reviste el régimen jurídico del personal laboral para las Administraciones Locales y las Universidades, dado el significativo volumen de contrataciones laborales perfeccionadas en dichos ámbitos, y, sobre todo, en la Administración Local donde constituyen más de la mitad de los empleados públicos locales, alcanzando casi los dos tercios de éstos.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE AL EMPLEADO PÚBLICO LABORAL

La regulación jurídica del tiempo de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas tradicionalmente se ha ubicado, en principio, en la legislación laboral ordinaria, al no revestir carácter especial, ni presentar especialidad alguna, la relación jurídica suscrita por un trabajador con una Administración Pública que actúa como empleador.

La entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), ha supuesto una importante novedad normativa, como se advierte ya al utilizarse la expresión de «empleado público» en la rúbrica que titula la propia ley, porque no va dirigido exclusivamente a los funcionarios públicos sino también a aquellos que desarrollan su prestación de trabajo para las Administraciones Públicas con sujeción a un contrato laboral.

Así en la delimitación de su ámbito objetivo quedan englobados, por un lado, las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, y, por otro lado, la determinación de la normativa aplicable al personal laboral. El EBEP despliega, a primera vista, una doble y diferenciada acción normativa, una esencialmente reguladora de las bases que configuran la relación de los funcionarios y otra desprovista de finalidad reguladora encaminada

a identificar la norma que concreta el contenido jurídico de la relación laboral. No obstante, respecto al personal laboral, el EBEP va más allá de su propia intención, como evidencia la delimitación del ámbito subjetivo del EBEP al señalar que se aplica «en lo que proceda» al personal laboral (art. 2.1 EBEP), y no se queda en la mera identificación de la norma, al regular aspectos concretos de la relación laboral como, por ejemplo, sucede con el régimen disciplinario previsto en el EBEP, al que quedan sujetos los empleados públicos laborales (art. 93 EBEP).

Cumpliendo la encomienda identificadora, de forma genérica, el artículo 7 del EBEP establece que los empleados públicos laborales se rigen «además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionales aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». Cualquier norma que establezca una normativa aplicable distinta se opondría a la nueva regulación a tenor de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria g) del EBEP, como por ejemplo, al referirse a los empleados públicos laborales al servicio de las Administraciones Locales, el artículo 177.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, no derogado expresamente, establece que el régimen de las relaciones laborales formalizadas por las Entidades Locales «será, en su integridad», el previsto en las normas de Derecho Laboral. Esta previsión ha de entenderse derogada por contradecir lo dispuesto en el EBEP cuando éste se proclama, también, norma aplicable al personal laboral, lo que hace que desde su entrada en vigor, el régimen jurídico del personal laboral local no esté constituido exclusivamente por la legislación laboral y los convenios colectivos sino que deba aplicarse la regulación contenida en el EBEP dirigida al personal laboral.

La referencia a la legislación laboral se ha de entender referida a las normas emanadas de la esfera estatal al atribuirse al Estado la

competencia exclusiva en dicha materia, careciendo de ella las Comunidades Autónomas, a las que únicamente se atribuyen competencias ejecutivas (art. 149.1.7ª CE); como, por otra parte, evidencia el artículo 6 del EBEP cuando al establecer que las Comunidades Autónomas aprobarán la legislación que desarrolle el EBEP se refiera únicamente a los funcionarios públicos y no al personal laboral; de suerte que, en principio, la legislación autonómica no podrá regular *ex novo* el régimen jurídico de sus empleados públicos laborales ni el de las Entidades Locales existentes en su territorio, limitándose a recoger en su normativa lo previsto en el EBEP, en las normas estatales que lo desarrollan y en la legislación laboral, incluido los productos de la negociación colectiva. Como señala la STC 190/2002, de 17 de octubre (RTC 2002, 190) «las Cortes Generales y no las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas son las que ostentan la potestad legislativa en el ámbito laboral», aclarando, además, que «la competencia estatal incluye en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma entendiendo por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral».

Junto a la legislación laboral, la referencia al EBEP parece estar admitiendo a éste como única legislación estatal no laboral aplicable al empleado público laboral, sin dar entrada a otra legislación estatal que pudiera contener preceptos aplicables al personal laboral, concretamente, por poner un ejemplo, la normativa en materia de selección¹ o la normativa

¹ Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado y Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedi-

sobre incompatibilidades². No obstante, no es posible defender esta acotación del régimen jurídico de los empleados públicos laborales dado que el legislador al efectuar la derogación de las norma precedentes al Estatuto, no ha llevado a cabo una derogación total de esa otra legislación estatal que puede contener preceptos aplicables al personal laboral. Además la cláusula de cierre contenida en el apartado g) de la Disposición Derogatoria Única del EBEP sólo establece la derogación de las normas de igual o inferior rango que se opongan o contradigan a lo dispuesto en el EBEP. En definitiva, la Disposición Derogatoria Única del EBEP refleja la intención del legislador de no llevar a cabo una completa derogación de la legislación precedente sobre el empleo público laboral, apostando por el mantenimiento de las fuentes normativas precedentes que no sean contrarias a la nueva regulación, dejando vigente varios preceptos de la legislación precedente por ser conformes a la nueva regulación recogida en el EBEP, lo que debe llevarnos a sostener la vigencia de dicha normativa a pesar de la acotación concreta y precisa que efectúa el artículo 7 del EBEP.

Desde esta aproximación general, la existencia de dos grandes bloques normativos que disciplinan el régimen jurídico del personal laboral, por un lado la legislación estatal no laboral, y, por otro lado, la normativa laboral, ya sea legal o convencional, puede hacer aflorar problemas a la hora de dar respuesta a cuestiones relativas al empleado público laboral.

Un primer tipo de problemas se puede plantear por la existencia de divergencias entre lo previsto en el EBEP y el resto de la legislación estatal no laboral, que habrá de resolverse a favor de lo dispuesto en el EBEP

miento de selección de los funcionarios de Administración Local.

² Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

en virtud de lo dispuesto en el apartado g) de la Disposición Derogatoria Única del EBEP y, además, por tratarse de norma más moderna y especial frente a la legislación estatal precedente sobre empleo público laboral, como sucede con la normativa en materia de selección. Por ejemplo, el artículo 60.3 del EBEP establece que «la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie», mientras que el artículo 30 del RD 364/1995 establece que «los órganos de selección se constituirán en cada convocatoria y deberán estar formados por un número impar de miembros, uno de los cuales, al menos, será designado a propuesta de la representación de los trabajadores». Dada la contradicción entre ambos preceptos respecto a la presencia de un representante de los trabajadores en los órganos de selección debe entenderse derogado el segundo de los preceptos expuestos por contradecir lo previsto en el EBEP.

Un segundo tipo de problemas se puede suscitar al producirse una colisión entre lo previsto en la legislación laboral y lo regulado en el EBEP. En este supuesto el tipo de conflicto aplicativo puede presentar distintas fisonomías; por ejemplo, cuando el EBEP procede a regular un determinado aspecto y utiliza como parámetro subjetivo el término «empleo público» o se refiere, directamente, al personal laboral; o cuando el EBEP no procede a regular sino que se atiene a identificar la normativa aplicable para el personal laboral. La disparidad en la formulación de los distintos problemas interpretativos tiene como consecuencia la imposibilidad, *a priori*, de ofrecer una solución única para este tipo de conflictos de identificación de la normativa aplicable, aunque desde la doctrina se han adelantado soluciones genéricas al afirmarse que «allí donde no hay regulación pública [...] la que se aplica con toda su intensidad es la laboral»³, y

en sentido contrario, cuando existe norma estatal, como el EBEP, que se dirija y aplique al personal laboral debe ceder la normativa legal y convencional laboral que se oponga o contradiga a lo previsto en aquélla.

3. LA REGULACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL EMPLEADO PÚBLICO LABORAL

Sentado como principio general la aplicación de la legislación laboral al empleado público laboral (art. 7 EBEP), queda por analizar si el EBEP efectúa alguna referencia al tiempo de trabajo del empleado público laboral y en qué términos lo realiza.

A la ordenación del tiempo de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas se dedica el artículo 51 del EBEP que, sin entrar a efectuar una concreta regulación, identifica, mediante una inadecuada y confusa formulación, la normativa de aplicación. En efecto, señala el citado precepto que «para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo (arts. 47 a 50 EBEP) y en la legislación laboral correspondiente».

Cuando la ordenación del tiempo de trabajo no ofrece razones de peso para una diferenciación de regímenes jurídicos para el funcionario y el personal laboral y cuando el porcentaje de empleados públicos laborales siendo minoritario es significativo —un tercio del total de empleados públicos—, alcanzando en alguna Administración Pública un porcentaje por encima de la mitad de sus empleados —caso de la Administraciones Locales— el EBEP no ha apostado por la completa unifi-

³ PALOMAR OLMEDA, A.: «La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio

de la Administración y, especialmente, de la Administración Local», *Revista Estudios Locales*, nº 112, 2008, pág. 377. (Especial monográfico «Aplicación de la normativa laboral en el ámbito local»).

cación sino por la utilización de una fórmula «de difícil interpretación»⁴, no decidiéndose por un régimen único, obviando «haber dado un paso más, aplicando sin más la legislación funcional sin hacer referencia alguna a la legislación laboral»⁵.

Del tenor literal del artículo 51 del EBEP y de la utilización de la conjunción copulativa «y» se puede afirmar, en principio, que en la ordenación jurídica del tiempo de trabajo del empleado público local confluyen dos bloques normativos, el laboral y el estatutario, de suerte que tratándose de un régimen complejo de ordenación «tendríamos que ir acumulando y aunando las ventajas propias del régimen laboral y funcional en materia de tiempo de trabajo»⁶. Se da por sentado que ambas normas ofrecen una regulación no coincidente y armonizada entre sí, reflejo de la realidad normativa que ofrece cada uno de los distintos bloques normativos, en la que se advierte supuestos de falta de coincidencia o clara contradicción que hacen surgir los problemas a la hora de concretar la normativa aplicable.

Ante la posible emergencia de problemas interpretativos derivados de la compleja fórmula utilizada en el artículo 51 del EBEP, desde la doctrina científica se han formulado distintas soluciones. Se ha sostenido que ante las dudas interpretativas que «plantea la LEBEP, podría entenderse el art. 51 LEBEP en el sentido de que las reglas establecidas en dicha Ley para los funcionarios en materia de jornada, vacaciones y permisos (arts. 47 a 50)

son comunes a trabajadores y funcionarios, y que en caso de discordancia con la normativa laboral deben prevalecer las disposiciones de la LEBEP sobre las del ET, de modo que sólo en aquéllas cuestiones no reguladas expresamente por la LEBEP habría de acudir supletoriamente a la legislación laboral»⁷. aplicándose también el EBEP respecto de los permisos en él recogidos de los que nada dice el ET en atención al principio *pro operario*, ampliándose así el estatuto jurídico del empleado público laboral⁸. También se ha afirmado que la regulación contenida en el EBEP sobre el tiempo de trabajo es aplicable a los empleados públicos laborales «pudiéndose entender, que en este punto, se desplazaría la legislación laboral»⁹.

La propia Administración General del Estado ha llevado a cabo una labor interpretativa al publicar una serie de criterios aplicativos en relación con el EBEP que contienen referencias a un aspecto del tiempo de trabajo, como son los permisos, guardando

⁷ MONTROYA MELGAR, A.: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», en LUELMO MILLÁN, A. (dir.): *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, ed. Consejo General Poder Judicial, 2007, pág. 497. En términos muy parecidos RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Comentario al artículo 51 EBEP», en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (dir.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 440-441, al afirmar que «atendiendo a la circunstancia de que la aplicación de la legislación funcional y laboral sobre estas materias es 'acumulativa' y no 'sucesiva', cabe interpretar que a los contratados laborales les será de aplicación lo dispuesto en la legislación laboral ordinaria [...], siempre y cuando supongan una mejora respecto de lo previsto, con carácter mínimo y supletorio, en el EBEP».

⁸ MONTROYA MELGAR, A.: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», ob. cit., pág. 498.

⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, ed. La Ley, Madrid, 2007, pág. 363.

⁴ SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, ed. Lex Nova, 2007, pág. 128.

⁵ SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», ob. cit., pág. 128.

⁶ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Regulación del tiempo de trabajo», en CARDENAL CARRO, M. (dir.): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 536.

silencio sobre la jornada de trabajo y las vacaciones. Es cierto que estos criterios aplicativos fijados por la Administración General del Estado carecen de eficacia jurídica, pero esta falta de valor normativo no resta el valor que adquieren como instrumento interpretativo elaborado por el poder público.

Las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos¹⁰, si bien no se hace ninguna referencia al tiempo de trabajo en el criterio 5º, dedicado a las «normas del EBEP aplicables al personal laboral», al abordar los permisos y vacaciones en general se exponen una serie de nuevos supuestos de permisos aplicables al personal funcionario y al personal laboral (criterio 7º).

En efecto, la Administración consideró aplicables a los empleados públicos laborales una serie de permisos que enumera sin ofrecer una explicación de cómo se llega a dicho listado, a saber:

a) Una hora de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo menor de doce meses y la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente [artículo 48.1.f) EBEP].

b) Un máximo de dos horas diarias de ausencia del trabajo por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto [artículo 48.1.g) EBEP].

c) Disminución de la jornada de trabajo, con disminución de las retribuciones que corresponda, cuando por razones de guarda legal se tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o persona con

discapacidad que no desempeñe actividad retribuida [artículo 48.1.h) EBEP].

d) Reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave por un plazo máximo de un mes para atender el cuidado de un familiar de primer grado [artículo 48.1.i) EBEP].

e) El tiempo indispensable para el cumplimiento de deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral [artículo 48.1.j) EBEP].

f) Dos días adicionales a los de asuntos particulares cuando se cumpla el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo (artículo 48.2 EBEP).

g) El derecho a su disfrute nace a partir del día siguiente del cumplimiento del trienio. Dos meses como máximo, percibiendo las retribuciones básicas, si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción internacional [artículo 49.b) EBEP].

h) Quince días naturales de permiso de paternidad [artículo 49.c) EBEP].

i) Ampliación en dos semanas más del permiso por parto y del permiso por adopción o acogimiento en el supuesto de discapacidad del hijo [artículo 49.a) y 49.b) EBEP].

j) Posibilidad de seguir disfrutando el otro progenitor el permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la incorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal [artículo 49.a) EBEP].

k) Ampliación del permiso de maternidad en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, en los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra

¹⁰ Resolución de la Secretaría General para la Administración Pública, de 21 de junio de 2007.

causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto [artículo 49.a) EBEP].

l) Derecho a participar en los cursos de formación que convoque la Administración durante el disfrute del permiso por parto, adopción o acogimiento [artículo 49.a) y 49.b) EBEP].

m) Reducción de jornada con disminución proporcional de la retribución, o reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación de horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo, a las víctimas de violencia de género sobre la mujer [artículo 49.d) EBEP].

Distinta formulación se contiene en los criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local cuando, sin contener referencia alguna a la jornada y las vacaciones, no se efectúa enumeración de los permisos de los empleados públicos laborales, pero se contempla una distinta solución aplicativa según se trate de los permisos previstos en el artículo 48 o 49 del EBEP, estableciéndose que los permisos recogidos en el artículo 49 EBEP son de aplicación directa al personal funcionario y laboral y los permisos establecidos en el artículo 48 lo serán «en defecto de legislación aplicable», entendiendo por legislación aplicable los acuerdos, convenios u otros instrumentos negociales (criterio 2.6).

Ahora bien el artículo 51 del EBEP, cuando se autoproclama normativa aplicable en materia de tiempo de trabajo, se remite a lo previsto en sus artículos 47 a 50, preceptos que desarrollan tres aspectos básicos –la jornada, los permisos y las vacaciones– mediante fórmulas diferenciadas que no permiten una pauta única de ordenación de la fuente normativa aplicable, como las expuestas anteriormente. Como se ha dicho en relación a los permisos, extrapolable a la regulación de la jornada de vacaciones, «tales preceptos

tienen un alcance y efectos distintos en relación a la aplicación al personal laboral de los permisos que regulan»¹¹.

4. JORNADA DE TRABAJO

El artículo 47 del EBEP, aplicable al personal laboral por mandato del artículo 51 del EBEP, señala que las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos, pudiendo ser ésta a tiempo completo o a tiempo parcial. Por lo tanto, en materia de jornada se contienen varias previsiones relacionadas con el sujeto al que se atribuye la fijación de la jornada, así como la admisibilidad de fijar distintas modalidades de jornada de trabajo.

Aunque del tenor literal del precepto pudiera parecer que la Administración Pública goza de total libertad para determinar la jornada de trabajo, debe tenerse presente que esta condición de trabajo está comprendida entre las materias sujetas a negociación previa con los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en el artículo 37.1.m) del EBEP. Regulación muy parecida a la contenida en el artículo 34.1 del ET al remitirse a la autonomía colectiva e individual para la fijación de la duración de la jornada del trabajador por cuenta ajena.

Ante dichas previsiones normativas del EBEP, en principio, no cabe la posibilidad de que la legislación laboral encuentre algún escollo al aplicarse al empleado público laboral. Se ha sostenido que «en cuanto a la aplicación del artículo 47 al personal laboral [...] aunque pudiera haber un pronunciamiento favorable al mismo, en nada el precepto ha modificado el régimen jurídico que se deriva

¹¹ CASTILLO BLANCO, F.A. y OLMEDO GAYA, A.: «El tiempo de trabajo en el empleo público», en CASTILLO BLANCO, F.A. (dir.): *Manual de Empleo Público*, ed. Iustel, Madrid, 2009, pág. 580.

del ET y de los convenios colectivos [...] puede deducirse que las Administraciones pueden continuar rigiéndose por la normativa laboral»¹². Sin embargo, haciendo prevalecer la regulación del EBEP, se ha considerado que al empleado público laboral le será de aplicación la regulación de la jornada prevista para los funcionarios públicos en «la determinación de las horas de trabajo, como su distribución a lo largo del día, de la semana, del mes y del año», aplicándose la legislación laboral en aspectos como las «horas extraordinarias, los descansos entre jornadas o dentro de la jornada»¹³.

En relación a la duración de la jornada, el ET establece que será la pactada en el convenio colectivo de aplicación o en el contrato de trabajo (art. 34.1 ET), respetando el límite de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual de promedio (art. 34.2 ET), con lo que se está remitiendo a la negociación colectiva y a la autonomía individual para duración de la jornada; mientras que el artículo 47 del EBEP, puesto en relación con el artículo 37.1m) del EBEP, deja la determinación de la jornada a la Administración Pública previa negociación colectiva con los representantes de los trabajadores, guardando silencio sobre la capacidad del contrato de trabajo como instrumento fijador de aquella, pero dada la fórmula empleada de acumulación normativa, al no existir contradicción ni colisión internormativa, debe admitirse la

posibilidad de la Administración Pública de fijar la jornada de trabajo en los contratos laborales que formalice.

La práctica negocial a nivel estatal y autonómico revela que el límite máximo de jornada de trabajo semanal se sitúa en 37,5 horas y la jornada mínima se fija en 35 horas semanales. En la Administración General del Estado se fija en 37,5 horas a la semana; idéntica jornada tiene el personal laboral de las Comunidades de Canarias, Cataluña, Galicia y Valencia. En 37 horas a la semana se fija la jornada para los empleados laborales de la Comunidad de Aragón. Y en 35 horas se ha fijado en las Comunidades de Castilla-La Mancha, País Vasco, Murcia, Madrid, La Rioja, Extremadura, Islas Baleares, Asturias y Andalucía. En la Comunidad de Cantabria se fijan hasta tres jornadas semanales –35/37,5/40– según el colectivo de empleado laboral.

La admisión de la posibilidad de fijar jornadas especiales para los empleados públicos laborales supone remitirnos, en primer lugar, a la admisión legal de dicha posibilidad prevista en el artículo 34.7 del ET, plasmada en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, por el que se regulan las jornadas especiales de trabajo¹⁴. No obstante esta norma tiene una aplicación muy restringida en el ámbito de las Administraciones Públicas dado que su objeto regulador se centra en determinados sectores de actividad y trabajos específicos (art. 1.1 RDJE), siendo claramente aplicables, por ejemplo, la limitación de la jornada de los trabajadores expuestos a riesgos ambientales (art. 23 RDJE), de los que trabajan en cámaras frigoríficas y de congelación y quienes desarrollen un horario nocturno de acuerdo a lo previsto en el artí-

¹² BOLTAJNA BOSCH, X.: «Jornada de trabajo, permisos y vacaciones de los empleados públicos en el EBEP. La problemática del personal laboral», en *El Estatuto Básico del Empleado Público (XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, ed. Ministerio Trabajo e Inmigración, 2009, pág. 116.

¹³ MARTÍNEZ FONS, D.: «La regulación de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral de las Administraciones Públicas», en DEL REY GUANTER, S.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, ed. La Ley, Madrid, 2008, págs. 643-644. Asume también esta interpretación CASTILLO BLANCO, F.A. y OLMEDO GAYA, A.: «El tiempo de trabajo en el empleo público», ob.cit., pág. 580.

¹⁴ MONTOYA MELGAR, A.: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», ob. cit., pág. 497, admite la aplicación del RDJE a los empleados públicos laborales.

culo 36.1 del ET (art. 32 RDJE); así como las ampliaciones de jornada en los trabajos a turnos (art. 19 RDJE), en los trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás (art. 20 RDJE).

Surge la pregunta acerca de la posibilidad de la Administración Pública de fijar jornadas especiales distintas a las previstas en la legislación laboral para su personal laboral. En la doctrina se ha negado tal posibilidad al entenderse que el concepto de jornada especial manejado en el EBEP no puede superponerse al previsto en el ET, de manera que «acaso, si se puede hablar de jornada especial de trabajo para el personal laboral, únicamente se podrá predicar para los supuestos reglamentariamente previstos en la norma actual»¹⁵.

Sin embargo, dado que el artículo 47 del EBEP habla de la posibilidad de fijar jornadas especiales sin ligar dicha posibilidad a norma alguna, debe admitirse, junto a la norma laboral en materia de jornadas especiales, que la Administración Pública puede fijar, previa negociación colectiva, jornadas especiales frente a la jornada ordinaria instituida. Posibilidad que se ve refrendada en la práctica negocial, tanto anterior o posterior al EBEP, en la que se contemplan distintas formulaciones de jornadas especiales.

Así en el Convenio Colectivo de la Comunidad de Murcia se establece que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones de desarrollo, las jornadas y horarios especiales serán fijados de conformidad con los criterios y el procedimiento establecido en la normativa aplicable al personal funcionario de esta Administración Pública, dando cuenta de los mismos a la Comisión Paritaria, salvo que el colectivo a regular sea mayoritariamente de

carácter laboral, en cuyo caso se negociará con el Comité de Empresa» (art. 44.2).

En el Convenio Colectivo de la Junta de Galicia se dispone que «la dirección de cada centro, después de la autorización de la consellería de la que depende, y los/as representantes de los/as trabajadores/as podrán negociar un horario o una jornada distinta a la expresada en el apartado anterior cuando, por sus peculiaridades específicas, así se considere necesario, respetándose, en todo caso, la capacidad organizadora que le corresponde a la Xunta de Galicia» (art. 18.2).

El Convenio Colectivo de la Comunidad de Asturias dispone que «en aquellos centros o servicios en que por las peculiaridades de su actividad sea de aplicación un régimen de jornada distinta a la regulada con carácter general, se establecerá, en función de sus necesidades, y previa negociación con el órgano de representación de personal, un calendario laboral anual en el que se podrán establecer jornadas semanales de duración superior a la prevista con carácter general, que conllevará la realización del cómputo total de horas, conforme al promedio semanal, de los ciclos que en cada caso se establezcan» (art. 16).

El Convenio Colectivo de la Comunidad de Aragón contempla una jornada a la que denomina de especial dedicación que supone una ampliación de jornada respecto a la ordinaria al considerar que son los puestos de trabajo en los que hay que «prestar una jornada semanal de al menos 39 horas 30 minutos» (art. 8.5) y el Convenio Colectivo para la Administración General del Estado contempla que «en determinados supuestos podrá establecerse la posibilidad de jornada superior a la ordinaria, de hasta cuarenta horas semanales en cómputo anual» (art. 37.3).

En el Convenio Colectivo de la Generalitat de Cataluña se prevé la posibilidad de poder «pactarse, entre la Administración y los representantes legales de los trabajadores, jornadas específicas en los casos de presta-

¹⁵ BOLTAINA BOSCH, X.: «Jornada de trabajo, permisos y vacaciones de los empleados públicos en el EBEP. La problemática del personal laboral», ob.cit., pág. 117.

ción de servicios en que así se requiera, sin superar en ningún caso el máximo de horas pactadas en cómputo anual» (art. 45.2).

Los Convenios Colectivos de la Comunidad de Madrid y Castilla y León prevén una serie de jornadas especiales para determinados colectivos (Disposición Transitoria Primera y art. 67, respectivamente).

En cuanto a la referencia a la jornada a tiempo completo o a tiempo parcial supone la aplicabilidad de lo previsto en los artículos 12 y 15.8 del ET, dedicados a la contratación laboral a tiempo parcial y a la contratación fija-discontinua, respectivamente. Además, es aplicable el resto de la legislación laboral en materia de jornada.

5. PERMISOS

Dos son los preceptos en los que el EBEP procede a sistematizar los permisos, el artículo 48 que lleva por rúbrica «Permisos de los funcionarios públicos», y el artículo 49 titulado «Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género». Estos preceptos, como ya se ha señalado, a primera vista y por mandato de la oscura formulación del artículo 51 del EBEP serían de aplicación a los empleados públicos laborales junto con los permisos contenidos en la legislación laboral.

Ha de advertirse que el artículo 51 del EBEP no se remite directamente a los «permisos» contenidos en el EBEP sino a lo «establecido» en los artículos del EBEP que los recogen. Esta diferenciación en cuanto al objeto de remisión es significativa, ya que obliga a tener en cuenta, no los permisos enumerados en los artículos 48 y 49 del EBEP, sino a todo el contenido de los mismos, incluidos los términos previos en los que se reconocen los permisos contenidos en ambos preceptos. Y es que si el artículo 48 del EBEP señala que «las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos

a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes», el artículo 49 del EBEP parte de la previa premisa de que «en todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas». Por lo tanto, se establecen formulaciones distintas de operatividad que debería conllevar un análisis diferenciado, de suerte que la remisión efectuada desde el artículo 51 del EBEP podrá arrojar una distinta solución aplicativa al personal laboral bien se trate de los permisos «de los funcionarios públicos» del artículo 48 del EBEP o bien se trate de los permisos de conciliación y violencia de género del artículo 49 del EBEP¹⁶.

Esta premisa previa de efectuar un análisis dual y diferenciado no se ha estimado necesaria por una parte de la doctrina que ha sostenido una solución única para ambos tipos de permisos. Abordando de forma conjunta la aplicabilidad de ambos tipos de permisos previstos en el EBEP, se ha desestimado la aplicación a los empleados públicos laborales de los artículos 48 y 49 del EBEP, siendo consciente de la remisión efectuada por el artículo 51 del EBEP, utilizando para ambos tipos de permisos la misma argumentación, a saber: el artículo 7 del EBEP establece que el personal laboral se rige por la legislación laboral, la normativa convencional y por los preceptos del EBEP que así lo dispongan, de suerte que la aplicación, y, «en concordancia con lo anterior, cabe destacar que del tenor literal de los arts. 48 y 49 LEBEP se deriva que estos sólo se aplican a los funcionarios públicos, sin que exista ninguna referencia expresa a su extensión al caso del personal laboral»¹⁷, por lo que este

¹⁶ Se efectúa un análisis diferenciado por BOLTAINA BOSCH, X.: «Jornada de trabajo, permisos y vacaciones de los empleados públicos en el EBEP. La problemática del personal laboral», ob. cit., págs. 118-124.

¹⁷ GALA DURÁN, C.: *La conciliación de la vida laboral y familiar del personal al servicio de las entidades locales*,

colectivo, en materia de permisos, se sigue sujetando exclusivamente a lo previsto en la normativa laboral, Estatuto de los Trabajadores y convenios colectivos. También se ha señalado, con un razonamiento conjunto para ambos preceptos, que los permisos recogidos en el EBEP actúan como derecho supletorio del régimen de permisos en materia laboral. Esta interpretación doctrinal obvia, de forma no justificada, la dual remisión normativa contenida en el artículo 51 del EBEP, lo que supone dejar sin resolver el problema identificativo de la fuente normativa aplicable.

La propia Administración al elaborar los criterios aplicativos del EBEP ofrece una solución no coincidente ya se trate de la aplicación en la Administración del Estado o se trate de la aplicación en la Administración Local. En efecto, en las Instrucciones de 5 de junio de 2007 operativas en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, si bien no se hace ninguna referencia al tiempo de trabajo en el criterio 5º, dedicado a la «normas del EBEP aplicables al personal laboral», al abordar los permisos y vacaciones en general se exponen una serie de nuevos supuestos de permisos, tanto del artículo 48 como del 49 del EBEP¹⁸, apli-

Cemical-Estudios de Relaciones Laborales, nº 2, 2007, págs. 14-15.

¹⁸ La Administración consideró aplicables a los empleados públicos laborales los siguientes permisos: a) una hora de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo menor de doce meses y la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente (artículo 48.1.f); b) un máximo de dos horas diarias de ausencia del trabajo por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (artículo 48.1.g); c) disminución de la jornada de trabajo, con disminución de las retribuciones que corresponda, cuando por razones de guarda legal se tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida (artículo 48.1.h); d) reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad

cables al personal funcionario y al personal laboral (criterio 7º), es decir, se da una misma solución aplicativa con independencia de donde esté ubicado el permiso. Mientras que en los criterios aplicativos para el ámbito de la Administración Local se efectúa una aplicación diferenciada a tenor de la distinta redacción de cada uno de los preceptos, de manera que se establece que los permisos recogidos en el artículo 49 EBEP son de aplicación directa al personal funcionario y laboral y los permisos establecidos en el artículo 48 lo serán «en defecto de legislación aplicable», entendiendo por legislación aplicable los

muy grave por un plazo máximo de un mes para atender el cuidado de un familiar de primer grado (artículo 48.1.i); e) el tiempo indispensable para el cumplimiento de deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral (artículo 48.1.j); f) dos días adicionales a los de asuntos particulares cuando se cumpla el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo (artículo 48.2); g) el derecho a su disfrute nace a partir del día siguiente del cumplimiento del trienio. Dos meses como máximo, percibiendo las retribuciones básicas, si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción internacional (artículo 49.b); h) quince días naturales de permiso de paternidad (artículo 49.c); i) ampliación en dos semanas más del permiso por parto y del permiso por adopción o acogimiento en el supuesto de discapacidad del hijo (artículo 49.a y 49.b); j) posibilidad de seguir disfrutando el otro progenitor el permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la incorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal (artículo 49.a); k) ampliación del permiso de maternidad en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, en los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto (artículo 49.a); l) derecho a participar en los cursos de formación que convoque la Administración durante el disfrute del permiso por parto, adopción o acogimiento (artículo 49.a y 49.b); y ll) reducción de jornada con disminución proporcional de la retribución, o reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación de horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo, a las víctimas de violencia de género sobre la mujer (artículo 49.d).

acuerdos, convenios u otros instrumentos negociales (criterio 2.6).

5.1. Los permisos «de los funcionarios públicos»

El artículo 48.1 del EBEP contiene una enumeración de permisos para los funcionarios públicos que sería de aplicación al personal laboral dada la remisión que hacia él efectúa el artículo 51 del EBEP, junto con la legislación laboral en materia de permisos, contenida fundamentalmente en el artículo 37 del ET, en el que también se establece un listado de permisos. La confluencia de ambos listados hace emerger problemas a nivel legal a la hora de determinar el conjunto de permisos reconocidos a los empleados públicos laborales, porque como ha evidenciado la doctrina «el régimen de la LEBEP y el del ET no coinciden en numerosas cuestiones»¹⁹, sin perjuicio de que «las normas legales laborales puedan ser mejoradas a través de la negociación colectiva, y, por esta vía los trabajadores lleguen a alcanzar condiciones iguales e incluso superiores a las de los funcionarios»²⁰.

Si nos fijamos en la regulación del permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave, el artículo 37.3.b) del ET reconoce una duración de dos días hasta el segundo grado, mientras que el artículo 48.1.a) del EBEP distingue entre el primer grado, al que otorga una duración de tres días, y el segundo grado, al que reconoce dos días. Además, en el EBEP si el suceso acaece en otra localidad reconoce una duración de cinco días (primer grado) o

de cuatro días (cuatro días) y si es necesario el desplazamiento, la duración será de cuatro días. En cuanto al permiso de lactancia, el artículo 37.4 del ET toma como parámetro de referencia el hijo menor de «nueve meses», mientras que el artículo 48.1.f) del EBEP utiliza como parámetro el hijo menor de «doce meses». En el permiso por nacimiento de hijos prematuros o necesitados de hospitalización por otra causa, el artículo 37.4 bis del ET reconoce una interrupción de una hora diaria y el artículo 48.1.g) del EBEP la fija en dos horas diarias. En relación a la reducción de jornada por razones de guarda legal de menores o incapaces, el artículo 37.5 del ET la permite para menores de hasta ocho años y el artículo 48.1.h) del EBEP la reconoce para menores hasta doce años.

El problema es más aparente que real, dado que si el artículo 37.7 del ET se limita a enumerar un conjunto de permisos, el apartado 1º del artículo 48 del EBEP, tras indicar de forma inexacta que las Administraciones Públicas determinarán los permisos de sus funcionarios –además de sus requisitos, efectos y duración– dado que se trata de una materia sujeta a previa negociación con la representación de los trabajadores [art. 37.1.m) EBEP], señala que el listado de permisos se aplicarán «en defecto de legislación aplicable», lo que sólo puede interpretarse como que el conjunto de permisos «de los funcionarios públicos» previstos en el artículo 48 del EBEP únicamente serán aplicables cuando no se encuentren recogidos en otra norma, y, tratándose del personal laboral, y la identificación normativa dual efectuada en el artículo 51 del EBEP, existiendo una lista de permisos en el ET, mejorada por la práctica negocial en la mayoría de los convenios colectivos, no es viable la operatividad del artículo 48.1 del EBEP. En esta orientación se mueve quien afirma que «la aplicación del art. 48, que como recordamos tiene carácter supletorio, entra en juego «en defecto de legislación laboral», y en este caso podemos entender que existe dicha «legislación aplicable», que no es

¹⁹ MONTROYA MELGAR, A.: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», ob. cit., pág. 496.

²⁰ MONTROYA MELGAR, A.: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», ob. cit., pág. 497.

otra que la contenida en el Estatuto de los Trabajadores»²¹.

Con acierto se ha sostenido que el artículo 48.1 EBEP «carece de rigor jurídico de una manera muy destacada y denota la ausencia de reflexión previa por parte del legislador, por una razón muy sencilla: no hay régimen aplicable al empleado público español, sea estatal, autonómico o local, que no haya previsto el régimen de sus permisos»²², por lo que se llega a la conclusión de que dicho artículo «se configura como un precepto informador, orientador o pedagógico para las Administraciones autonómicas y locales, y para el personal laboral, de por donde el legislador estatal desea que, en el futuro, se dirija la regulación de los permisos de los funcionarios y, si acaso, de los trabajadores de las Administraciones Públicas, pero en ningún caso se impone»²³.

En el artículo 48.2 del EBEP se recoge un supuesto «nuevo» permiso consistente en reconocer dos días adicionales de libre disposición al alcanzar una determinada antigüedad, concretamente al cumplir el sexto trienio, y un día adicional por cada nuevo trienio que se cumpla a partir del octavo. Se ha sostenido la inaplicabilidad al empleado público laboral de estos días adicionales aduciendo varios argumentos, a saber: primero, en el ET no se recoge este tipo de permiso, y partiendo de la inaplicabilidad del artículo 48.1 EBEP, se estaría reconociendo un derecho ligado al concepto de antigüedad; segundo, la lógica del precepto es ajena a la legislación laboral, no siendo posible su traslación al empleado público laboral a la vista de la afirmación previa al reconocimiento de dicho derecho como es «además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Públi-

ca»; tercero, porque este precepto se sustenta en un concepto totalmente funcionarial, ajeno al ámbito laboral, como es el trienio, de suerte que «en un momento en que los convenios colectivos —cuando menos los sectoriales privados— han ido suprimiendo el concepto retributivo vinculado a la antigüedad, tiene una difícil asunción que el artículo 48.2 instituya una permiso para el personal laboral ya no vinculado a la antigüedad sino al cumplimiento de trienios»²⁴.

Sin embargo, la inaplicabilidad de este permiso se produce, en mi opinión, por la misma razón por la que se produce la inaplicación del apartado 1º al personal laboral. Estos días adicionales de libre de disposición son, precisamente, días que se añaden al permiso de asuntos particulares previstos en el 48.1 EBEP, por lo tanto, si dicho permiso no es aplicable al personal laboral porque éste cuenta con una legislación propia sobre permisos tampoco cabe reconocer los días adicionales ligados a la antigüedad, concretamente al cumplimiento de un determinado número de trienios.

Esta, en apariencia fácil, interpretación dista de ser pacífica y, en consecuencia, se han ofrecido distintas soluciones interpretativas en la doctrina judicial sobre la aplicabilidad de los permisos del artículo 48 del EBEP al personal laboral de las Administraciones Públicas. En la doctrina laboralista se ha postulado la aplicación al personal laboral del permiso por asuntos particulares y los días adiciones por cumplimiento de trienios en virtud de la aplicación del principio *pro operario*²⁵.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 30 de octubre de 2008 (AS 2008/2394), al tener que

²¹ GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones», ob. cit., pág. 363.

²² BOLTAINA BOSCH, X.: «Jornada de trabajo, permisos y vacaciones de los empleados públicos en el EBEP. La problemática del personal laboral», ob. cit., pág. 120.

²³ *Ibidem*, pág. 120.

²⁴ *Ibidem*, págs. 121-122.

²⁵ MONTOYA MELGAR, A.: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», ob. cit., pág. 498.

resolver la denegación a un empleado público laboral de un Ayuntamiento del disfrute de los días por asuntos particulares previstos en el artículo 48 del EBEP debido a que en el convenio colectivo de aplicación se fija expresamente que a quien ocupe la categoría ostentada por el trabajador demandante no se reconoce el derecho a permisos por días particulares, considera que no es de aplicación a dicho trabajador los permisos del artículo 48 del EBEP dado que si se tiene en cuenta, por un lado, que «en la ley 7/07, se fija con carácter general, que para la totalidad del personal funcionario y para el personal laboral de las Administraciones Públicas se fijan preceptos aplicables. Y entre ellos, considera que en materia de permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en dicho capítulo y en la legislación laboral correspondiente», por otro lado, que «el artículo 48, referido a derechos y deberes de los funcionarios públicos, alude a los permisos retribuidos», y, finalmente, que «el artículo 7 del Estatuto de Empleados Públicos, viene a indicar que el personal laboral se regirá por la normativa laboral, y aquellas disposiciones del Estatuto en las que se prevea expresamente esta aplicación», no cabe otra interpretación que no sea deducir, primero que «al personal laboral, sólo le serán aplicables aquellas disposiciones del Estatuto de Empleado Público en las que expresamente se establezca esta posibilidad», y, segundo, que «la regulación de los derechos y obligaciones del Empleado Público, lo habrá de ser de acuerdo con la normativa laboral, es decir, entre otras cosas por lo dispuesto en los respectivos Convenios Colectivos de aplicación cuando se trate de personal laboral al servicio de la Administración»²⁶.

Además, recordando que el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la posibilidad de establecer «peores» condiciones para un determinado colectivo de trabajadores frente a otros colectivos dentro del mismo convenio colectivo, siempre que se respete el principio de igualdad y no discriminación, señala la sentencia de suplicación que «si los negociadores colectivos han establecido que los conductores no tendrían ese derecho al permiso, en uso de la autonomía de la voluntad, y en razón de la especial categoría profesional que poseen y de las necesidades sociales que atienden, la cláusula concreta negociada convencionalmente ha de ser entendida conforme a la ley», y dado que el convenio colectivo no contraviene «disposiciones constitucionales ni de superior jerarquía, es obvio, que ha de estarse en la regulación de los permisos al contenido literal de su clausulado, y en concreto del artículo 38 del mismo. Sin que contradiga el contenido del Estatuto del Empleado Público, puesto que éste regula los permisos, de acuerdo con ‘la normativa imperante’, entre ellas, y en este caso, el Convenio Colectivo de aplicación a los conductores, como es el actor».

Más escueta es la argumentación de la STSJ Castilla y León, Burgos, de 6 de noviembre de 2008 (JUR 2009/120076), que ante la denegación por razones de servicio del permiso de asuntos particulares solicitado por un trabajador laboral del mismo Ayuntamiento y con la misma categoría profesional que el trabajador de la anterior resolución judicial, y ante la desestimación en instancia de su pretensión por considerarse que «no es aplicable el Acuerdo de Condiciones Comunes a todo el personal que presta sus servicios en el Ayuntamiento de Burgos y que no puede ser de aplicación el art. 48 del Estatuto Básico de Empleo Público porque el mismo se aplicaría en defecto de legislación aplicable y en el supuesto en concreto sería de aplicación no el citado Estatuto sino el art. 38 del Convenio Colectivo de trabajo perteneciente a la Empresa Servicio Municipal de Autobuses

²⁶ Esta misma argumentación es recogida, por tratarse de supuestos similares, en la STSJ Castilla-León, Burgos, de 22 de octubre de 2008 (JUR 2008/359383) y STSJ Castilla-León, Burgos, de 20 de noviembre de 2008 (AS 2009/583).

Urbanos de Burgos, que regula las licencias y permisos», entre los que no reconoce el permiso por asuntos particulares para esta categoría profesional, tras recordar que «la Ley 7/2007 de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico de Empleo señala dentro de su ámbito de aplicación –artículo 2– a la Entidades Locales, y en su art. 7 relativo a la normativa aplicable al personal laboral señala que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan», argumenta que «el art. 48 del citado Estatuto regula los permisos de los funcionarios públicos, en consecuencia no sería de aplicación al demandante puesto que es personal laboral», y sin olvidarse de lo previsto en el artículo 51 del EBEP referido al personal laboral entre otras materias, en lo relativo a los permisos considera que «partiendo de una interpretación literal del citado artículo que remite a la legislación laboral para la determinación de los permisos, que es lo cuestionado en esta litis, en consecuencia debemos estar con carácter general a lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores y al Convenio Colectivo de aplicación [...], que el art. 38 regula las licencias y permisos y en el mismo no se contempla el derecho reclamado por el trabajador –disfrute de seis días de permiso por asuntos particulares–».

En estos dos pronunciamientos, siendo un supuesto muy singular, se produce una interpretación acumulativa del artículo 51 del EBEP. Acontece que la normativa laboral aplicable establece expresamente el no reconocimiento de dicho permiso a una determinada categoría profesional ocupada por personal laboral, lo que lleva a estas resoluciones judiciales a no reconocer este permiso para esta categoría profesional, haciendo prevalecer, implícitamente y sin mayor razonamiento, la normativa laboral sobre el EBEP, lo que hace poco satisfactoria la solución dada.

En la STSJ de País Vasco de 1 de julio de 2008 (AS 2008/2819)²⁷, ante la solicitud de varios trabajadores del disfrute de seis días de permiso por asuntos propios al amparo de lo previsto en el artículo 48 del EBEP, sin que se les hayan concedidos los mismos por su empleador, un Ayuntamiento adherido al convenio regulador de las condiciones de trabajo de las Entidades Locales vascas, en el cual se prevé el reconocimiento de dos días por asuntos particulares más dos días recuperables, se confirma la sentencia de instancia que había reconocido a los trabajadores a disfrutar el permiso de seis días por asuntos particulares previsto en el artículo 48.1.k) del EBEP, lo que supone, considerar aplicable dicho precepto a los empleados públicos laborales.

Para llegar a esta conclusión, y con carácter previo, efectúa una aclaración acerca del marco normativo en el que se origina el EBEP, aunque realmente lo que efectúa es un deslinde competencial a nivel constitucional a la hora de fijar las condiciones de trabajo de los funcionarios de carrera y de los trabajadores en régimen laboral. Así, recuerda que compete al Estado regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.20º CE), permitiendo la exégesis de dicho precepto constitucional que las Comunidades Autónomas dicten legislación de desarrollo de tales bases; mientras que en materia de legislación laboral, la competencia es exclusiva del Estado, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7º CE). En consecuencia, «sólo el Estado puede legislar en materia

²⁷ La interpretación sostenida en esta resolución ha sido recogida en otras posteriores como SSTJ País Vasco, de 16 y 23 de septiembre, 7, 14 y 28 de octubre de 2008 (JUR 2008/388907, 388639, 388284, 388091 y AS 2008/2703), 17 de febrero, 6, 13, 20 y 27 de octubre de 2009 (JUR 2009/346885, AS 2010/2473 y JUR 2010/398522, 398572, 398659, y 405388), 27 de abril de 2010 (JUR 2010/398769).

laboral, siendo que las Comunidades Autónomas no tienen capacidad legislativa en esta materia, sino de ejecución de tal legislación». Señala que a esta distribución competencial responde el EBEP, como lo demuestra su Exposición de Motivos al afirmar que sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda y siguiendo las recomendaciones de los expertos, se procede a regular, junto a los aspectos básicos sobre función pública, las particularidades de la contratación laboral en la esfera del empleo público, con sujeción a la competencia atribuida constitucionalmente al Estado (art. 149.1.7 CE).

Partiendo de la inclusión dentro de la legislación aplicable al empleado público laboral del contenido del EBEP cuando así se disponga expresamente en esta última norma (art. 7 EBEP), y que el artículo 51 del EBEP contiene una referencia expresa a la aplicación al empleado público laboral de la regulación contenida en el EBEP en materia de jornadas, permisos y vacaciones, concluye que el artículo 48 del EBEP, y concretamente su apartado k), que contempla el permiso por asuntos particulares, es aplicable al personal laboral.

Ante la argumentación principal de la empresa consistente en que la operatividad del artículo 48 del EBEP al personal laboral solo es posible en defecto de legislación aplicable, y existiendo un convenio colectivo aplicable que impediría aplicar el referido precepto del EBEP, la sentencia entiende que el convenio colectivo como fuente normativa no puede ser incluido dentro del término «legislación» utilizado en el artículo 48 del EBEP, y, consecuentemente, no existe normativa aplicable lo que, a su vez, conlleva la aplicación de los permisos del artículo 48 a los empleados públicos laborales, a pesar de la existencia de convenio colectivo. Así, sin dejar de reconocer la eficacia normativa de los convenios colectivos, se afirma que «el citado artículo 48 contiene una expresión, «legislación», que ha de ser considerada en su

acepción estricta, relacionando sistemáticamente el contenido exegético de tal concepto con el de otra fuente de la relación laboral: la que se fija en el artículo 3 punto 1 letra a) del Estatuto de los Trabajadores: las disposiciones legales, no los convenios colectivos», por lo tanto, la fórmula utilizada en el EBEP «en defecto de legislación aplicable» no puede ser «considerar que se refiera a convenios colectivos, [...] sino que se refiere a los casos en que no existan normas legales de desarrollo de aquella normativa básica o ‘de mínimos’ que el nuevo Estatuto del Empleado Público instaura como Ley básica en relación a los funcionarios públicos, susceptible de desarrollo», y en lo relativo a los empleados públicos laborales habrá que estar a lo estipulado en el artículo 7 del EBEP.

Por otro lado, señala que el convenio colectivo de aplicación vigente a la entrada en vigor del EBEP debe considerarse modificado por esta norma legal, que ha de ser respetada en virtud del principio de jerarquía, de suerte que si el convenio colectivo de aplicación «mantenía plena eficacia en materia de permisos porque mejoraba para los trabajadores el mínimo de derecho necesario» previsto en el artículo 37.3 del ET, «deja de tenerla cuando el nuevo derecho necesario mínimo sobrepasa aquellos derechos que tal convenio colectivo preveía sobre similar cuestión».

Finalmente en relación a los criterios aplicativos establecidos desde la Administración General del Estado, señala que si bien es cierto que en los criterios aplicativos dirigidos a la Administración Local se afirma que la expresión «legislación aplicable» incluye los acuerdos, convenios u otros instrumentos negociales, advierte que tal criterio «no se refiere al personal laboral [...] sino al personal funcionario propio de las Entidades Locales, siendo que el punto [...] que] se refiere al personal laboral, guarda silencio». Y en relación a la Instrucción confeccionada para la Administración General del Estado, afirma que «considera inmediatamente vigente el citado capítulo V del EBEP, señalándose el

régimen de los laborales y la ampliación de permisos que supone la misma Ley, debiendo considerarse que no se hace especial mención a esos seis días, [...] lo que sin duda guarda relación con la previa resolución de dicha Secretaría de la resolución de 20 de diciembre de 2005, [...] que ya fijaba tal derecho en el ámbito de la Administración General del Estado, producto de la negociación colectiva», concluyendo que «la interpretación que se realiza en tal Instrucción es armónica con la que hemos desarrollado y que en este punto, lo que hace el EBEP es dar contenido legal a aquel derecho convencional fijado solo para un sector del personal de la Administración Pública».

La STSJ País Vasco de 16 de septiembre de 2008 (JUR 2008/388639), de forma más sistematizada y ordenada, expone los argumentos de la aplicabilidad del artículo 48 del EBEP a los empleados públicos laborales.

En primer lugar, la expresión «en defecto de legislación aplicable» «sólo adquiere sentido en relación a los funcionarios públicos, respecto de los cuales la regulación estatal en la materia desempeña un papel supletorio, pues sólo opera en defecto de legislación aplicable, lo que significa que el desarrollo legislativo corresponde a la Administración General del Estado y a las Administraciones Autonómicas, que son las encargadas de determinar los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos así como sus requisitos, efectos y duración; de tal manera que, sólo en defecto de 'legislación aplicable', los permisos y su duración deberán ser, al menos, los que se relacionan» en dicho precepto legal.

En segundo lugar, «el tenor literal del artículo 51 del Estatuto debatido es claro al ordenar que, en lo que concierne al régimen de permisos del personal laboral, se estará a lo dispuesto en el Capítulo V del Estatuto y en la legislación laboral, configurando así una relación de complementariedad, en armonía con lo dispuesto en el artículo 7 del propio Estatuto, conforme al cual el personal

laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan».

En tercer lugar, la propia Exposición de Motivos del EBEP corrobora lo dicho anteriormente al afirmar que «en desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las Entidades Locales. Dichas Leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran [...]. Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común».

En cuarto lugar, afirma que «aunque a efectos meramente dialécticos, se entendiese que la remisión del artículo 51 al Capítulo V, alcanza también a la cláusula de supletoriedad del párrafo primero del artículo 48.1, no podría llegarse a solución diferente, pues, la expresión 'legislación aplicable' ha de ser entendida en sentido estricto, no comprendiendo los convenios colectivos», conclusión que se desprende «no sólo de una interpretación literal, lógica y finalista de la norma, sino de una exégesis sistemática, en tanto que, de un lado, los artículos 7 y 27 distinguen la legislación laboral de las normas convencionalmente aplicables y, de otro, el artículo 15 d), al hacer referencia a la 'legislación aplicable', alude a las disposiciones con rango legal».

A tenor de los anteriores razonamientos jurídicos, la sentencia establece que al no recogerse en la legislación laboral el permiso por asuntos particulares, los empleados

públicos tienen derecho a que se les reconozca dicho permiso en virtud de lo dispuesto en los artículos 48 y 51 del EBEP.

De estos pronunciamientos judiciales de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no comparto, en primer lugar, que la expresión «en defecto de legislación aplicable» se deba circunscribir al ámbito de los funcionarios públicos, dado que la remisión que efectúa el artículo 51 del EBEP no se hace sólo a los permisos contenidos en el artículo 48 del EBEP sino a todo su contenido al emplear la expresión «se estará a lo establecido en» los preceptos que integran el Capítulo V, entre los que se encuentra el artículo 48 del EBEP. Por lo tanto, en mi opinión, la operatividad del artículo 48 del EBEP se condiciona a la no existencia de legislación laboral en materia de permisos.

En segundo lugar, es muy discutible la configuración restrictiva que efectúa de la expresión «legislación laboral» al circunscribirla a la normativa con rango legal, excluyendo al convenio colectivo. Se afirma que cuando en los criterios aplicativos para la Administración Local se incluye dentro de la expresión «legislación aplicable» a los convenios colectivos se está refiriendo a los funcionarios públicos y no al personal laboral, pero cabe otra interpretación del criterio 2.6 referido a los permisos y licencias, dado que si nos fijamos en el propio enunciado de este criterio, la pauta aplicativa se refiere, porque así se hace constar expresamente, a los artículos 48 a 51 del EBEP. A continuación, y en congruencia con el enunciado del criterio, se dice que tratándose del artículo 49 EBEP «son de aplicación directa al personal funcionario y laboral» y al abordar la aplicación del artículo 48 del EBEP se afirma que lo serán «en defecto de legislación aplicable», y aclarando que «a tal efecto, se entenderá por legislación aplicable los acuerdos, convenios u otros instrumentos negociales». Es verdad que para el artículo 48 del EBEP no se habla expresamente del personal laboral pero tampoco se menciona al funcionario público, seguramen-

te por no ser reiterativos cuando en el enunciado se señala que se está interpretando el artículo 51 del EBEP, dedicado al personal laboral, y cuando al establecer el criterio aplicativo relativo al artículo 49 del EBEP ya se ha referido expresamente el ámbito subjetivo. Es más, el término «convenio colectivo» es típico de la legislación laboral mientras que el término «acuerdo» es frecuentemente utilizado en la legislación de función pública al abordar la negociación de las condiciones de trabajo. En todo caso, la ulterior jurisprudencia²⁸ del Tribunal Supremo ha venido a descartar este argumento al resolver la contradicción existente entre el EBEP y un convenio mediante la aplicación del principio de norma más favorable, lo que, implícitamente, conlleva incluir a la autonomía colectiva dentro de la expresión «legislación laboral».

La Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad a los empleados públicos laborales del artículo 48 del EBEP, como consecuencia del planteamiento de varios conflictos colectivos. Cabría esperar una solución interpretativa uniforme y, no obstante, tras un inicial pronunciamiento en el que se pronuncia a favor de la aplicación de la normativa laboral frente al EBEP, modificará su criterio para sostener la operatividad del EBEP frente a la normativa laboral.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2008 (JUR 2008/87209), resuelve un conflicto colectivo planteado en la entidad pública AENA relativo a si los días adicionales de libre disposición contemplados en el artículo 48.2 del EBEP son aplicables o no a los empleados laborales además de los permisos regulados en el convenio colectivo de aplicación. Lo que se plantea en el conflicto colectivo es la posibilidad de acumular los permisos previstos en el EBEP a los ya reco-

²⁸ Ver SSTs de 8 de junio de 2009 (RJ 2009/4170), 14 de junio de 2010 (RJ 2010/5941) y 29 de junio de 2010 (RJ 2010/2712).

gidos en la legislación laboral, es decir, se plantea un problema de determinación de la norma aplicable. Su resolución se aborda desde la aplicación del principio de norma más favorable recogido en el artículo 3.3 del ET; llegando la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional a la conclusión, tras efectuar un análisis comparativo de ambas regulaciones, de no ser posible la aplicación del artículo 48.2 del EBEP al personal laboral.

En esta Sentencia, la Audiencia Nacional, tras dejar constancia de su conocimiento de la identificación normativa en materia de jornada, permisos y vacaciones que efectúa el artículo 51 del EBEP para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, y que en las Instrucciones de aplicación del EBEP en la Administración del Estado no se contemplan los permisos —que se cuestionan en el conflicto colectivo— entre las normas directamente aplicables al personal laboral (Instrucción nº 5), que aparecen recogidos para funcionarios y laborales en la Instrucción nº 7, haciendo al efecto una regulación completa de permisos y vacaciones, parte de la premisa de que «existe por tanto una regulación completa de permisos y vacaciones en el Convenio Colectivo de AENA y otra, también completa —la común para funcionarios y personal laboral en tal materia— en el Estatuto Básico del Empleado Público», y ante la existencia de dos fuentes normativas simultáneas, acude al «artículo 3.3 del ET en razón de aplicabilidad del principio de norma más favorable *apreciada en su conjunto y en cómputo anual*, respecto de los conceptos cuantificables», principio que «impide el uso de la ‘técnica del espiguelo’ que consiste en romper la indivisibilidad interna del precepto (ley o convenio) anulando su equilibrio interno, fruto del consenso entre los interlocutores sociales generadores de la norma, eligiendo de una u otra fuente de derechos aquellos preceptos aislados que pudieran mejorar los de la otra fuente y los preceptos de ésta que mejoraran aquella».

Por lo tanto, para realizar esa comparación global entre las dos regulaciones se afir-

ma que «habrán de tenerse en cuenta ambos bloques cerrados (permisos y vacaciones del Convenio Colectivo de AENA y permisos y vacaciones del Estatuto Básico) como conjuntos comparables, sin posibilidad de [...] ‘espiguelos’ de las disposiciones que integran ambos». Y al efectuar dicha comparación²⁹ la norma convencional resulta más beneficiosa que el artículo 48 del EBEP, lo que determina la inaplicación de éste y la aplicación de aquella.

Distinta y antagónica interpretación, separándose del pronunciamiento anteriormente expuesto³⁰, se alcanza en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2009 (AS 2010/285) al resolver otro conflicto colectivo planteado por la Entidad Pública empresarial ADIF en relación, también, a la posibilidad del personal laboral de disfrutar los días adicionales de libre disposición contemplados en el artículo 48.2 del EBEP.

En esta resolución se toma como pauta interpretativa las previsiones contenidas en los artículos 7 y 51 del EBEP a la hora de identificar la normativa aplicable en materia de permisos a los empleados públicos labora-

²⁹ Según razona la Sentencia, aplicando el Convenio Colectivo, las vacaciones y permisos sumarían 35 días, mientras que aplicando el EBEP, a partir de una antigüedad de 24 años de servicio, se alcanzarían 33 días por dichos conceptos, y si la antigüedad es menor, mayor diferencia existe entre ambas normativas. Solo cuando se hubieran cumplido 30 años de servicios se produciría la equiparación y cumplidos 33 años de permanencia en la empresa, el EBEP mejoraría en un día por trienio la situación del Convenio Colectivo.

³⁰ Razona esta Sentencia que la existencia de un anterior pronunciamiento no es óbice para poder variar el criterio jurídico interpretativo, «pues es doctrina emanada del Tribunal Constitucional, desde su Sentencia 49/1985, que la posibilidad de modificar el criterio, previamente adoptado, constituye incluso exigencia ineludible de la propia función judicial, cuando aquel se considera posteriormente erróneo, pues el juez está sujeto a la Ley y no al precedente y está obligado, por mandato constitucional a aplicar aquélla, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustado en el momento de juzgar».

les, para afirmar que el apartado 2º del artículo 48 del EBEP «configura un permiso nuevo, que no aparece en la legislación laboral y que es independiente y distinto» a los previstos en el apartado 1º del referido precepto estatutario. El silencio de la legislación laboral sobre la concesión de los días de permiso ligado a los trienios, conlleva, a juicio de la Sentencia y a tenor de lo que disponen los artículos 7 y 51 del EBEP, la aplicación del artículo 48.2 del EBEP al personal laboral³¹.

En mi opinión, no estamos ante un nuevo supuesto de permiso, sino ante la adición de días de libre disposición o asuntos particulares por antigüedad y por lo tanto el artículo 48.2 no regula un nuevo permiso. No obstante, si el permiso por asuntos particulares no está recogido en el convenio colectivo de aplicación, al no recogerse en el ET, y no existir legislación aplicable, el permiso por asuntos particulares y los días adicionales deberían reconocerse al personal laboral. Por lo tanto, de existir el permiso por asuntos particulares en el convenio colectivo habrá que estar a lo previsto en éste.

Junto al argumento principal de estar en presencia de un «nuevo» permiso, la aplicabilidad del artículo 48.2 del EBEP se apoya en tres razonamientos adicionales. En primer lugar, en las Instrucciones dictadas para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado se contempla entre los permisos comunes para funcionarios y laborales de cualquier Administración

Pública, el de los días adicionales ligados a la antigüedad. En segundo lugar, el art. 48.2 del EBEP no se encuentra subordinada a la negociación colectiva, no pudiendo ésta alterar lo previsto en una norma legal que contiene preceptos de derecho necesario absoluto o relativo, como acontece, a juicio de la Sentencia, con este precepto. En tercer lugar, recuerda la doctrina constitucional³² de inaplicabilidad del principio de norma más favorable «cuando los convenios se confrontan con leyes que contienen mandatos de derecho necesario absoluto o relativo, de manera inequívoca, como sucede en este caso, ante la utilización del adverbio ‘además’, que significa algo que excede de determinada enumeración, en este caso concreto, lo que diferencia y separa este supuesto del conjunto de permisos que cataloga el art. 48.1 del tan citado Estatuto»³³.

³² STC 210/1990, de 20 de diciembre de 1990 y STC 129/1994.

³³ En esta Sentencia se formula un voto particular que aboga por la inaplicabilidad del artículo 48.2 del EBEP al personal laboral, atendiendo al siguiente razonamiento: a) el Estatuto Básico del Empleado Público es una norma básica o de establecimiento de mínimos, ubicándose el listón del derecho necesario en su contenido aplicativo, todo lo que por convenio colectivo quede por debajo, la primacía de la ley lo fulmina y simplemente lo sustituye por la superior jerarquía de la ley sobre el convenio colectivo; b) en la confluencia de dos normas concurrentes tres son las soluciones posibles –la sustitución, el «espiguelo» normativo y sujeción a la norma más favorable globalmente considerada–, pero sólo una es admitida en nuestro ordenamiento, el principio de norma más favorable previsto en el artículo 3.3 del ET; c) los artículos 51 y 48.2 del EBEP son aplicables al personal laboral, pero no como norma *ex novo* acumulativa incondicionadamente al convenio colectivo y resto de normativa aplicable a la empresa, sino como norma de mínimos; d) las Instrucciones de aplicación del Estatuto Básico a la AGE, cuando aborda las aplicables al personal laboral precisa qué normas del EBEP son directamente aplicables y entre ellas no contempla los permisos cuestionados, pues a ellos se refiere la Instrucción 7 (común a funcionarios y personal laboral) haciendo al efecto una regulación completa de permisos y vacaciones, por lo tanto, la norma reglamentaria reconoce que el permiso en cuestión no deriva de una aplicación directa al margen de lo negociado colectivamente sino que es el suelo mínimo o umbral de derecho necesario

³¹ En idéntico sentido, la SAN de 19 de junio de 2009 (JUR 2009/319048), para el personal laboral de Renfe Operadora, y más modernamente se ha mantenido la misma interpretación en la SAN de 14 de enero de 2010 (AS 2010/105), emitida con posterioridad al primer pronunciamiento del Tribunal Supremo dado que se considera que «se trata de un precedente aislado que no constituye jurisprudencia ya que solo puede ser considerada como tal, a efectos procesales y como fuente complementaria del ordenamiento jurídico», siendo posterior en el tiempo el segundo pronunciamiento del Tribunal Supremo que ya constituye jurisprudencia.

La divergencia de pareceres interpretativos advertidos en la doctrina judicial ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, mediante varias sentencias, dos de ellas resolviendo sendos recursos contra las Sentencias de la Audiencia Nacional expuestas anteriormente, decantándose por la aplicación del principio de norma más favorable globalmente considerada, lo que conlleva la necesidad de analizar cada uno de los bloques normativos y elegir el más favorable, desechando la acumulación de lo previsto en una y otra normativa.

La STS de 8 de junio de 2009 (RJ 2009/4170)³⁴, simplifica el debate al extraer del mismo los criterios interpretativos elaborados por la Administración General del Estado al considerar que carecen de la condición de norma del ordenamiento para fundamentar por su infracción el acceso a la casación. Partiendo de la premisa sentada en la sentencia de la Audiencia Nacional de ser la regulación convencional aplicable más beneficiosa que la regulación del EBEP en materia de permisos, licencias y vacaciones, el Tribunal Supremo recurre a la aplicación del principio de norma más favorable para concluir que el artículo 48.2 del EBEP carece de eficacia jurídica –no es aplicable– respecto del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, sin que dicha interpretación suponga una vulneración de los principios de jerarquía normativa y modernidad, dado que «no cabe configurar la disposición legal cuestionada sobre los ‘días de libre disposición’ como norma de derecho necesario que obligara a modificar el contenido concreto de un convenio colectivo vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la norma

y por encima de él, ya no es la ley la norma concurrente sino un reglamento –carente de la primacía de la ley sobre el convenio colectivo– y el convenio colectivo contiene previsión sobre días de libre disposición.

³⁴ Resuelve, confirmando, el recurso de casación interpuesto contra la SAN de 25 de enero de 2008 (JUR 2008/87209).

legal –como posible derivada aplicación de los principios de jerarquía normativa (art. 3.2 ET) o modernidad (art. 2.2 Código Civil) [...]–, a diferencia de lo que cabe entender ha acontecido con otras normas que han sido objeto de análisis por la jurisprudencia social, distinguiendo entre normas de derecho necesario relativo y normas de derecho necesario absoluto [...], como las afectantes a la jornada ordinaria máxima regulada en el ET que ha sido calificada ‘de derecho necesario y, por lo tanto, indisponible por las partes’ [...] o las relativas a la igualdad de trato».

Además señala que la acumulación de normas para configurar el régimen jurídico de permisos de los empleados públicos supone una especie de «espiguelo normativo» no admitido por la jurisprudencia al aplicar el principio de norma más favorable, al tiempo que entrañaría una alteración del equilibrio interno del convenio colectivo que debe ser respetado al aplicar dicho principio para resolver un problema de determinación de la norma aplicable como el que se ha suscitado con la previsión contenida en el artículo 51 del EBEP. Precepto éste que no puede ser interpretado en el sentido que «deba ser aplicada en todo caso y con preferencia absoluta la normativa estatutaria sobre la convencional en materia de permisos», ya que si bien el artículo 51 del EBEP contempla un principio de complementariedad normativa entre dos legislaciones, debiendo reconocerse los mínimos impuestos en las mismas, ello no supone la acumulación de permisos fijados para el mismo porque el principio de complementariedad no supone suma una y otra legislación cuando incidan sobre un mismo derecho; de ahí que será necesario un análisis de las normas convencionales para determinar si satisface el resultado buscado por la normativa legal³⁵.

³⁵ La argumentación de este primer pronunciamiento se ha visto refrendada, convirtiéndose en jurisprudencia, en la STS de 14 de junio de 2010 (RJ 2010/5941) y la STS de 29 de junio de 2010 (RJ 2010/2712) que anula la SAN de 5 de junio de 2009 (AS 2010/285).

Dada la redacción del artículo 48 del EBEP, no sería necesario acudir a la aplicación del principio de norma más favorable ya que la operatividad del listado de permisos contenido en el EBEP sólo es operativo cuando no exista «legislación aplicable», y esta genérica expresión, para el personal laboral, debe circunscribirse a la norma legal laboral y a los convenios colectivos. Si existe regulación en el ET y el convenio aplicable no cabe aplicar el EBEP, y si no existe referencia a un determinado permiso en el normal legal y convencional laboral se aplicará el EBEP.

En sentido contrario se ha sostenido que «sólo serían aplicables los permisos del artículo 48 en el supuesto de que así estuviera expresamente establecido en sus normas laborales, legales o convencionales [...] y en este caso podemos entender que existe dicha legislación aplicable que no es otra que la contenida en el Estatuto de los Trabajadores»³⁶. La diferencia entre esta interpretación y la sostenida en este ensayo radica en identificar la legislación aplicable bien en bloque o bien permiso a permiso. Sin perjuicio de la vigencia de la prohibición de espiguelo normativo, no se debe olvidar que es la propia norma sobre función pública, a través del artículo 51 EBEP, la que llama a la aplicación de ambas legislaciones, lo que puede entenderse como una habilitación legal para acumular el contenido de ambas normativas teniendo en cuenta que para la operatividad de los permisos del artículo 48 del EBEP se requiere que no exista legislación aplicable, lo que debe traducirse en una falta de regulación no «sobre» permisos, que no se constata en el ET ni en los convenios, sino en la falta de «un determinado» permiso en la legislación laboral. A favor de esta interpretación juegan dos razones, una de *lege data*, y es que el legislador ha tratado de unificar al máximo el régimen de permisos de sus empleados públicos, y, otra de *lege ferenda*, y es que tratándose de

una materia cuyo tratamiento diferenciado para las distintas clases de empleados públicos carece de justificación y dada la importancia del empleo público laboral en alguna de las Administraciones Públicas, se originaría un problema con enorme trascendencia en la gestión de los recursos humanos al reconocer distintos permisos a empleados públicos que se diferencian en su vinculación jurídica con la Administración Pública –vía relación estatutaria o vía contrato laboral– pero que se identifican funcionalmente al ocupar puestos en el que se desarrollan idénticas tareas.

La utilización del principio de norma más favorable apreciada en su conjunto tiene una implicación procesal de cierta importancia para quien pretenda la aplicación del artículo 48 del EBEP a los empleados públicos de una determinada Administración Pública, ya que deberá ofrecer un análisis comparativo de ambos bloques normativos si quiere ver prosperar su pretensión, de lo contrario la demanda será desestimada. Como claramente señala la STSJ Castilla-León, Valladolid, de 6 de octubre de 2010, al acoger la reciente jurisprudencia sobre la materia, desestima la demanda porque ésta que «plantea que se reconozca el derecho a dicho disfrute de manera absoluta e incondicionada no realizándose ningún planteamiento de comparación de regímenes de permisos y descansos, sino que lo que se solicita es una mera aglutinación de los permisos del Estatuto Laboral-convenio colectivo y EBEP y ello supone vulnerar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, pues es necesario realizar una comparación entre permisos que se tienen reconocidos y los que regula el Estatuto Básico del Empleado Público para concluir que regulación es más favorable. Este trámite se obvia en demanda y en toda la argumentación no dándose ningún parámetro de comparación. Lo que se pretende no es sino la aplicabilidad directa de los artículos 48.1.k y 48.2 del EBEP, con independencia de los permisos que se disfrutaban por la normativa reguladora de la relación laboral, convenio colectivo y

³⁶ CASTILLO BLANCO, F.A. y OLMEDO GAYA, A.: «El tiempo de trabajo en el empleo público», ob. cit., pág. 581.

estatuto de los trabajadores y ello no es admisible».

5.2. Los permisos de conciliación de la vida laboral y familiar

El artículo 49 del EBEP establece una serie de permisos que tienen su razón de ser en la realización de la conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral así como en la lucha contra la violencia de género. En dicho precepto se reconoce el permiso por parto [apartado a)], el permiso por adopción o acogimiento [apartado b)], el permiso de paternidad [apartado c)] y un permiso por razón de violencia de género [apartado d)].

La regulación contenida en este precepto comparada con la contenida en el artículo 48 del EBEP, este conjunto de permisos presenta dos particularidades. En primer lugar, mientras que los permisos del artículo 48 del EBEP, como se deduce de su denominación, van referidos a los funcionarios públicos pero no al personal laboral, los permisos del artículo 49 del EBEP inicialmente no se refieren expresamente a un tipo de empleado público concreto, al no especificarse este extremo en su denominación. Aunque dicha diferencia es más aparente que real, dado que a lo largo del contenido de dichos permisos sólo se contienen referencias a los funcionarios públicos, lo que permite afirmar que están pensados para los funcionarios públicos. En segundo lugar, aún cuando la aplicación de este precepto al personal laboral se debe a la remisión efectuada por el artículo 51 del EBEP, la fórmula de aplicación difiere de la contenida en el artículo 48 del EBEP —en defecto de legislación aplicable— ya que se establece que «en todo caso se concederán los siguientes permisos con las siguientes condiciones mínimas».

En principio, recurriendo al criterio interpretativo literal de los artículos 51 y 49 del EBEP, a los empleados públicos laborales se les reconocerán los permisos de conciliación y lucha contra la violencia de género previstos

en la legislación laboral siempre y cuando respeten las condiciones mínimas previstas en el EBEP para este tipo de permisos.

La confluencia de ambos listados, sin descender a un análisis de la negociación colectiva laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, hace emerger dos posibles problemas a nivel legal a la hora de determinar el conjunto de permisos reconocidos a los empleados públicos laborales. Por un lado, la regulación del permiso de paternidad contemplado en los artículos 37.3.a) y 48 bis del ET y 49.c) del EBEP, y, por otro lado, el permiso por adopción internacional para el desplazamiento previo al país de origen, con un permiso adicional de hasta dos meses recogido en el artículo 49.b) del EBEP y no contemplado en el Estatuto de los Trabajadores. Por ejemplo, el artículo 37.3.a) del ET establece un permiso por nacimiento de 2 días y el artículo 48 bis del ET establece la suspensión del contrato de trabajo por paternidad por un período de cuatro semanas ininterrumpidas, reconociéndose un subsidio de paternidad por los trece primeros días en el artículo 26.2.a) del RD 295/2009, mientras que el artículo 49.c) del EBEP establece una duración de quince días para el permiso de paternidad de los empleados públicos. Ante esta distinta configuración del permiso de paternidad, ¿cuál es el permiso de paternidad que corresponde a un empleado público laboral? En mi opinión, habrá de estarse a lo previsto en la legislación laboral, dado que ésta establece un ausencia del trabajador retribuida por paternidad de quince días —dos como permiso y trece como suspensión contractual subsidiada por la Seguridad Social— que respeta el límite mínimo de duración fijado en el artículo 49.c) del EBEP. Esta solución interpretativa parece fácil a primera vista, pero surgen dudas cuando la interpretación del artículo 49 del EBEP se sitúa en términos, no de exclusión sino de acumulación de los días previstos en una y otra normativa como consecuencia de la interpretación centrada exclusivamente en la identificación normativa efectuada por el artículo 51 del EBEP.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008/134850), precisamente ante un conflicto colectivo en el que se plantea la acumulación de la duración del permiso de paternidad previsto en la normativa laboral y en el EBEP, considera que no es posible reconocer al empleado público laboral un permiso de paternidad con una duración acumulada de 28 días. Esta sentencia parte de la premisa que el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público «regulan o parten del mismo supuesto de hecho: el nacimiento (acogimiento o adopción) de un hijo, para anudar a este acontecimiento un derecho de libranza por paternidad».

Y, ante la concurrencia de normas jurídicas para regular un mismo supuesto de hecho, acude a los principios de especialidad y de norma más favorable para afirmar que es «incuestionable que el Estatuto de los Trabajadores tiene carácter general: constituye la regulación laboral básica, común a la generalidad de los contratos de trabajo; mientras que el Estatuto Básico del Empleado Público es una ley especial, que se aplica exclusivamente al personal al servicio de las Administraciones Públicas; y, como tal Ley especial, no debe aplicarse de forma acumulativa o simultánea, sino con preferencia a lo que disponga la Ley general sobre la materia, conforme al mencionado principio de especialidad», lo que se traduce en el reconocimiento de un permiso de quince días al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Además, se afirma que la norma laboral «puede considerarse» como «una regulación de mínimos al reconocer al padre el derecho a una suspensión del contrato durante 13 días ininterrumpidos» que «no excluye, sino que deja expedita, la posibilidad de que por convenio colectivo o por otro instrumento normativo resulte mejorado o ampliado ese derecho, que es lo que ha venido a suceder en relación con los empleados públicos tras la promulgación de su Estatuto Básico».

Afirma esta Sentencia de la Audiencia Nacional que su argumentación ya ha sido

utilizada anteriormente, en Sentencia de 25 enero de 2008, procediendo a dar idéntica solución. Sin embargo, no es exacta dicha afirmación, dado que la Sentencia de 25 de enero de 2008 resuelve el problema de norma aplicable utilizando el principio de norma más favorable, y si bien es cierto que en esta Sentencia se menciona dicho principio como instrumento de resolución del problema aplicativo planteado, la solución al mismo se efectúa, exclusivamente, utilizando el principio de especialidad.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2009 (JUR 2009/188770), también sobre la acumulación de días del permiso de paternidad considera inasumible la acumulación pretendida al utilizar el criterio de especialidad normativa «en tanto que ello implicaría el reconocimiento de un permiso total por paternidad de 28 días de duración, cuyo reconocimiento no cabe extraerlo ni de la letra, ni del espíritu de ninguna de las dos normas» cuya aplicación conjunta se reclama, dado que «tratándose de dos preceptos [art. 48 bis ET y art. 49.c) EBEP] encaminados a regular la misma situación, y cuya finalidad también es común³⁷, ubicándose uno de ellos en una norma de carácter general, como es el Estatuto de los Trabajadores, y el otro en una disposición especial, cual es el Estatuto Básico del Empleado Público, aplicable exclusivamente al personal incluido dentro de su ámbito de aplicación, esto es, al que presta servicios a la Administración Pública, la consecuencia de ello predicable es que, lejos de entender que ambas previsiones legales se configuran como acumulativas, será preciso

³⁷ Previamente se advierte que la «la finalidad perseguida con la concesión de los permisos que, respectivamente regulan, es la misma, esto es igualar al padre y a la madre en relación con las consecuencias derivables del nacimiento del hijo de ambos, permitiendo al padre disfrutar de un periodo de tiempo subsiguiente a dicho acontecimiento a fin de asumir, de forma más directa, los derechos y obligaciones derivados del mismo».

estar al principio de especialidad, esto es, resultará prioritaria en su aplicación la Ley especial sobre la general, en tanto que ésta tan sólo resultaría de aplicación en defecto de Ley especial, lo que no es el caso».

La solución ofrecida en estas dos resoluciones judiciales sería aceptable si la confluencia de normas se diese de hecho y no de derecho, sin embargo, esta solución no es del todo satisfactoria dado que si es la propia norma especial –el artículo 51 del EBEP– la que llama a la norma general para ser aplicadas conjuntamente y, en consecuencia, la aplicación de la norma especial supone tener en cuenta la norma general, no se puede obviar a ésta última con la sencilla y poco razonada argumentación de aplicar la norma especial, porque supone, paradójicamente, incumplir la norma especial que se dice aplicar ya que, insisto, ésta manda aplicar también la normativa laboral.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009 (RJ 2009/4167) desestima el recurso de casación planteado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional mencionada, si bien varía su argumentación al concluir que el artículo 49 del EBEP sólo es de aplicación a los funcionarios públicos, descartando, por tanto, su aplicabilidad al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Esta Sentencia tras efectuar una exposición de los antecedentes legislativos del permiso de paternidad, tanto en el ámbito laboral³⁸

³⁸ Señala la Sentencia que para los empleados públicos laborales junto al «permiso de paternidad por tiempo breve (2 días) y a cargo del empresario ex art. 37.3.b ET, instaura la Ley de Igualdad un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por paternidad y con derecho a prestaciones económicas a cargo de la Seguridad Social por un periodo temporal más amplio (13 días, ampliable en caso de parto múltiple) y con previsión de futuras ampliaciones (hasta 4 semanas a los 6 años de la entrada en vigor de la presente Ley - Disposición Transitoria novena)».

como en el ámbito funcional³⁹, señala que el EBEP efectúa una detallada regulación de la jornada, permisos y vacaciones que está dirigida «esencialmente a quienes ostentan la condición de funcionarios públicos, como puede deducirse de la Exposición de Motivos –cuando afirma que el Estatuto actualiza el catálogo de derechos de los empleados públicos, ‘incorporando a los más tradicionales otros de reciente reconocimiento, como los relativos a la objetividad y transparencia de los sistemas de evaluación, al respeto de su intimidad personal, especialmente frente al acoso sexual o moral, y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral’– y, fundamentalmente, de los términos en que aparecen redactados los sucesivos preceptos, así el art. 47 (‘Jornada de trabajo de los funcionarios públicos’), el art. 48 (‘Permisos de los fun-

³⁹ Afirma que para los funcionarios de carrera «el art. 56 de la Ley 3/2007, relativo a los ‘Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral’, disponía, con carácter general, que ‘sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excepciones, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Con la misma finalidad se reconocerá un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa’, y en consecuencia, la Disposición Adicional decimonovena de la Ley 3/2007, modifica diversos preceptos de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, entre ellos, en cuanto ahora más directamente nos afecta, la letra a) de su art. 30.1 en la que se dispone que los funcionarios públicos por causa justificada de ‘nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo’ tenían derecho a un permiso de ‘quince días a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción’ (art. 30.1.a Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, no incluido entre los apartados de dicho precepto derogados por la Disposición Derogatoria única b de la Ley 7/2007 de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP)».

cionarios públicos»), el ahora cuestionado art. 49 (Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género), si bien estando redactado su enunciado en términos genéricos en su contenido figuran [...] referencias exclusivas a funcionario/a— y el art. 50 (Vacaciones de los funcionarios públicos)». El Tribunal Supremo utiliza como argumento principal para desechar la aplicación del artículo 49 del EBEP a los empleados públicos laborales la pauta literal o gramatical del mismo que refiere los permisos en él englobados a los funcionarios de carrera, omitiendo cualquier referencia al personal laboral.

Además, apunta la Sentencia que la pretendida acumulación de regulaciones en torno al permiso de paternidad, que conlleva una ampliación de su duración, choca con la previsión contenida en la Disposición Transitoria 6ª del EBEP en la que se contempla la ampliación progresiva de la duración de este permiso hasta alcanzar las cuatro semanas. Si la norma prevé la posible ampliación gradual, considera el Tribunal Supremo que el EBEP no pretendía una acumulación de la duración contenida en cada uno de los bloques normativos para una determinada clase de personal —el laboral— frente a una duración no ampliable, sino de forma gradual, para el personal funcionario, máxime cuando la Exposición de Motivos ha tratado de unificar las condiciones laborales para diferenciar a quienes trabajan en el sector público frente a quienes lo hacen en el sector privado.

Lo anteriormente manifestado lleva al Tribunal Supremo a sostener que «las normas jurídicas relativas al permiso de paternidad, cuya declaración de compatibilidad, y en consecuencia de sucesivo disfrute» se pretende para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, «no pueden aplicarse acumulativamente, pues, aun siendo su objeto, finalidad y contenido esencialmente idéntico en el ámbito sustantivo, laboral y funcional, y con pequeñas diferencias en cuanto al periodo protegido con cargo a pres-

taciones de la Seguridad Social (dos días más en el ámbito funcional, cuando en el laboral dos de dichos días van a cargo empresarial), tienen destinatarios distintos, la contenida en el art. 48 bis ET a los trabajadores aunque estén incluidos como personal laboral en el ámbito del Estatuto Básico del Empleado Público, y la regulada en el art. 49.c) EBEP a los funcionarios incluidos en su ámbito, sin que con respecto a los trabajadores sea más beneficiosa la segunda respecto a la primera, aunque puedan existir pequeñas diferencias favorables a la Administración Pública empleadora en esta última, y sin que del art. 51 EBEP y de la remisión que efectúa para el régimen de permisos del personal laboral 'a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente' quepa entender que deben ser aplicadas acumulativamente ambas normativas»⁴⁰.

La dicción literal del artículo 49 del EBEP señala que los permisos de conciliación y lucha contra la violencia de género «en todo caso se concederán [...] con las correspondientes condiciones mínimas», expresión que supone reconocer que el legislador ha otorgado a estos permisos la condición de derecho necesario relativo, que podrán ser afectados legal o convencionalmente siempre que resulten mejorados. Por lo tanto, dada la regulación de ambos bloques normativos el permiso de paternidad regulado y el permiso por adopción internacional regulados en el EBEP

⁴⁰ Esta Sentencia del Tribunal Supremo, ha sido utilizada para el reconocimiento de la prestación de paternidad al empleado público laboral en virtud de lo dispuesto en los artículos 48 bis del ET y 133 octies LGSS, frente a la denegación sostenida por el INSS que consideraba aplicable el artículo 49.c) EBEP, entre otras, SSTSJ Islas Canarias, Sta. Cruz Tenerife, de 30 de junio, 29 y 30 de septiembre y 2 de noviembre de 2009 (JUR 2009/352250, AS 2010/355, AS 2009/2578 y AS 2010/626), STSJ Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2009 (JUR 2009/188700), STSJ Andalucía, Sevilla, de 16 de julio de 2010 (AS 2010/1825), STSJ Comunidad Valenciana, de 17 de noviembre de 2009 (AS 2010/190) y 1 de junio de 2010 (AS 2010/1702).

sería de aplicación directa al personal laboral⁴¹. No sería necesario, por tanto, utilizar ni el principio de norma más favorable ni el criterio finalista y teleológico.

Es criticable que el Tribunal Supremo se acoja a la literalidad de los preceptos para argumentar que todos los preceptos a los que se remite el artículo 51 del EBEP se refieren a los funcionarios públicos y a esta clase de empleado público deben aplicarse, rigiéndose el personal laboral por su legislación, porque obvia que el propio legislador manifiesta su aplicación al personal laboral siendo consciente éste que dichos preceptos se referían al funcionario público y por eso, precisamente, se manifiesta expresamente sobre la aplicabilidad al empleado público laboral, porque si dichos preceptos se hubieran referido expresamente al personal laboral o hubiese utilizado la expresión «empleado público» hubiera sido innecesario el artículo 51 del EBEP. Además esta Sentencia afirma, *obiter dicta*, que la solución adoptada se aplica también en relación a la jornada, vacaciones y los permisos del artículo 48 del EBEP. Aunque, como ya se ha expuesto, para los permisos del artículo 48 del EBEP la solución jurisprudencial posterior⁴² ha venido de la mano de la utilización del principio de norma más favorable considerada en su conjunto, y no la aplicación de la normativa laboral directamente como se prevé en esta Sentencia.

6. LAS VACACIONES

El artículo 50 del EBEP, referido a los funcionarios públicos, procede a explicitar una escueta configuración de las vacaciones centrada en la duración mínima de las mismas,

⁴¹ En este sentido CASTILLO BLANCO, F.A. y OLMEDO GAYA, A.: «El tiempo de trabajo en el empleo público», ob. cit., pág. 581.

⁴² Ver SSTs de 8 de junio de 2009 (RJ 2009/4170), 14 de junio de 2010 (RJ 2010/5941) y 29 de junio de 2010 (RJ 2010/2712).

así como una aclaración en torno a uno de los términos manejados para concretar dicho aspecto temporal. En efecto, señala el citado precepto que la duración mínima de las vacaciones será de «veintidós días hábiles» por cada año natural trabajado o la parte proporcional de días cuando el tiempo trabajado sea inferior al año. La aclaración se efectúa en torno a la expresión «días hábiles», al declararse que no se incluirán los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para las jornadas especiales previstas por cada Administración Pública, entre otras, aquéllas que suponen trabajar los sábados.

Frente a la nueva regulación estatutaria, la legislación laboral, concretamente el artículo 38 del ET, contempla que la duración será la prevista en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo, debiéndose respetarse, como mínimo, una duración no inferior a treinta «días naturales». La legislación laboral remite a la autonomía colectiva y a la autonomía individual la fijación de la duración, fijando una duración mínima que se configura con un alcance de derecho necesario relativo, susceptible, por tanto, de ser mejorada por las vías ya indicadas. Estamos en presencia de una formulación muy parecida a la contenida en el EBEP que, si bien fija una duración de las vacaciones, lo hace en términos de nivel mínimo sujeto a modificación al alza mediante la negociación colectiva con los representantes de los trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1 m) del EBEP.

La diferencia entre ambas regulaciones, aparte de la parquedad del EBEP y el mayor desarrollo normativo de la institución de las vacaciones en el ET, se encuentra en el distinto concepto de días utilizado por cada normativa, naturales el ET y hábiles el EBEP con la consabida exclusión de los sábados. Se plantea entonces, como única duda, si al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se le ha de computar las vacaciones en días hábiles o en días naturales. Es decir, no cabiendo en esta materia, por la pro-

pia regulación, una acumulación normativa, se plantea cual de las dos normas debe prevalecer.

En la doctrina científica se ha apostado por la aplicación de lo previsto en el artículo 50 del EBEP, de suerte que para los empleados públicos laborales «el cómputo de los días de vacaciones será de 22 días laborales frente a los treinta días naturales de vacaciones regulados en el TRET y que se corresponden con 21 días hábiles en términos laborales», configurándose el artículo 50 del EBEP como «un mínimo no dispositivo de duración de las vacaciones retribuidas que no podrá ser desconocido por la negociación colectiva», siendo indisponible el cómputo en días hábiles⁴³.

No existe pronunciamiento alguno del Tribunal Supremo en materia de vacaciones, pero si utilizásemos el principio de norma más favorable apreciada en su conjunto, asumido por la jurisprudencia al resolver la normativa aplicable cuando se trata de los permisos previstos en el artículo 48 del EBEP, habría que efectuar una comparación cuantitativa de cuál sería el cómputo más beneficioso si en días hábiles o en días naturales. Ahora bien, si tomamos el criterio del sujeto destinatario del artículo 50 del EBEP, criterio utilizado por el Tribunal Supremo para determinar la norma aplicable en los permisos de conciliación y lucha contra la violencia de género, habrá que concluir que al empleado público laboral le será de aplicación la normativa laboral, con exclusión de lo previsto en el artículo 50 del EBEP referido, exclusivamente, a los funcionarios públicos.

Se ha de advertir que, para determinar la norma aplicable en materia de los permisos

del artículo 48 del EBEP, al utilizar el Tribunal Supremo el principio de norma más favorable que exige la comparación de los distintos bloques normativos, la configuración de cada uno de ellos lo efectúa englobando los permisos y las vacaciones para ver cual es más favorable. En consecuencia, para determinar qué regulación de las vacaciones se ha de aplicar, siguiendo la jurisprudencia, la norma más favorable que resulte de comparar las vacaciones y permisos previstos en cada una de las normativas.

Hacia esta interpretación apunta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 18 de diciembre de 2008 (AS 2009/306), en la que se ha planteado no tanto qué concepto de día prevalece, sino qué regulación de las vacaciones prevalece: si la contenida en el EBEP o la establecida en el convenio de aplicación que ya fijaba la duración de las vacaciones en días hábiles, concretamente en veintiséis, y considerando hábiles los sábados. La solución dada por el órgano judicial se basa en la comparación de ambos bloques normativos y la elección del más favorable para el trabajador, es decir, se acude al principio de norma más favorable ex artículo 3.3 del ET. Así se afirma que «conforme al convenio aplicable saldrían 22 días hábiles de vacaciones, 6 días de permiso del art. 18 y otros 30 del art. 38, dada la antigüedad del actor, lo que supone un total de 58 días hábiles», mientras que «partiendo de las normas contenidas en el Estatuto Básico del Empleado Público, tendríamos 26 días hábiles de vacaciones, conforme al art. 68 Ley Funcionarios Públicos y otros 10 días de permisos, lo que hace un total de 36 días hábiles» y en consecuencia, «en relación con lo dispuesto en el art. 3.3 ET, se debe aplicar, como norma más favorable, considerada en su conjunto, la del convenio». Conclusión que, a juicio de la Sentencia, es respetuosa con la prohibición de espigero normativo y con la interpretación del convenio como un todo orgánico e indivisible, cuyas partes forman un entramado unitario.

⁴³ MARTÍNEZ FONS, D.: «La regulación de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral de las Administraciones Públicas», ob. cit., págs. 644. Asume también esta interpretación CASTILLO BLANCO, F.A. y OLMEDO GAYA, A.: «El tiempo de trabajo en el empleo público», ob. cit., pág. 580.

7. CONCLUSIONES

La ordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos locales debería haber sido objeto de una regulación idéntica a la de los funcionarios públicos, como se ha hecho con otros aspectos como la responsabilidad disciplinaria en la que la legislación laboral es fuente normativa de carácter supletorio. Sin embargo, se ha optado por una fórmula confusa y generadora de dudas interpretativas al llamar conjuntamente a la legislación laboral y a la legislación sobre función pública a normar el tiempo de trabajo del empleado público laboral sin establecer una clara pauta de prevalencia en caso de confrontación entre ambos bloques normativos.

La remisión del artículo 51 del EBEP se efectúa a la totalidad del contenido de los artículos 47 a 50 del EBEP, que determinan varias formas de interrelación entre ambas legislaciones, debiendo descartarse una solución unívoca para todos los preceptos. El mayor problema se plantea con la regulación de los permisos y, en menor medida, con el concepto de días que se utiliza para computar las vacaciones.

La regulación de la jornada de trabajo efectuada en el artículo 47 del EBEP contiene una serie de previsiones genéricas que no suponen ningún obstáculo a la aplicación de la normativa laboral sobre esta condición de trabajo.

Tratándose de los permisos previstos en el artículo 48 del EBEP su operatividad, al personal laboral, está supeditada a la no existencia de legislación aplicable, que engloba la normativa legal y cualquier manifestación de la negociación colectiva. Por el contrario, los permisos del artículo 49 del EBEP son directamente aplicables, como derecho necesario relativo, al empleado público laboral. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha dado dos soluciones diferentes, en relación a los permisos del artículo 48 del EBEP aplica el principio de norma más favorable considerada en su conjunto, incluyendo en el bloque a comparar los permisos y las vacaciones; en relación a los permisos del artículo 49 del EBEP, concluye que no son aplicables al empleado público laboral porque del tenor de este precepto –y también del resto a los que se remite el artículo 51 del EBEP– tiene por destinatario único a los funcionarios públicos.

En materia de vacaciones el único problema interpretativo es cómo se ha de computar su duración, si en días hábiles –como indica el EBEP– o en días inhábiles –como establece el ET–. La solución más coherente vendría de la mano de la aplicación del principio de norma más favorable utilizada por el Tribunal Supremo para determinar la normativa aplicable en relación a los permisos previstos en el artículo 48 del EBEP, teniendo en cuenta que la comparación entre bloques normativos se efectúa configurándolos mediante la suma de los días de permiso y vacaciones previstos en cada uno de ellos.

RESUMEN Con la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, la ordenación del tiempo de trabajo del empleado público laboral se encuentra sujeto a una doble fuente normativa, la legislación laboral y la legislación de la función pública, debido a la peculiar formulación del artículo 51 del EBEP, que genera problemas de identificación de la norma reguladora y, por consiguiente, de la configuración jurídica del tiempo de trabajo de esta clase de empleado público. En este ensayo se trata de exponer, además de las distintas opiniones doctrinales, la solución ofrecida por la doctrina judicial y la jurisprudencia.

ABSTRACT With the coming into force of the Basic Statute of Public Employees, the organisation of working time of contract public employees is subjected to a double regulation: labour legislation and public service legislation. This is due to the peculiar formulation of article 51 of the Basic Statute of Public Employees, which generates problems when identifying the applicable rule and, therefore, when legally defining the working time of this type of public employee. This paper tries to describe the solution offered by judicial doctrine and jurisprudence, as well as the different doctrinal opinions.

La movilidad (voluntaria, forzosa...) de los empleados públicos tras la Ley 7/2007, de 12 de abril

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO*

1. INTRODUCCIÓN

El Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público¹ señala que la existencia de un régimen correcto de provisión de puestos de trabajo constituye un elemento decisivo en cualquier modelo de recursos humanos que pretenda ser eficaz y eficiente. De hecho, las Administraciones Públicas sólo podrán alcanzar las

mayores cotas de eficiencia si saben situar en los puestos de trabajo a los empleados más capacitados.

A tal fin contribuye en igual medida la movilidad de los empleados públicos, es decir, la posibilidad de cambio de puesto de trabajo o de funciones, debiendo poder aquéllas utilizar los recursos humanos de que disponen, con carácter voluntario o forzoso, para la prestación adecuada a los servicios que la sociedad demanda optimizando sus recursos².

Cuestiones ambas que si bien en lo atinente a los funcionarios públicos han sido objeto de una regulación legal y reglamentaria minuciosa y compleja, respecto a los trabajadores de las Administraciones Públicas tradicionalmente han quedado remitidas a la negociación colectiva; aunque bien es cierto

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura.

¹ Informe que trae causa de la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituyó la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público y que le encargó «llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto de estatuto...».

Esta Comisión estuvo integrada por D. Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Presidente), D. José Ignacio CASES MÉNDEZ, D. Federico CASTILLO BLANCO, D. Ángel CRIADO HERRERO, D. Fernando DÍAZ DE LIAÑO Y ARGÜELLES, D. Carlos GALINDO MEÑO, D. Pedro GUILLÉN MARINA, D. Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, D. Francisco LONGO MARTÍNEZ, Dña. Julia MARCHENA NAVARRO, D. Aldo OLCESE SANTONJA, D. Luis ORTEGA ÁLVAREZ, D. Salvador DEL REY GUANTER, D. Tomás SALA FRANCO, Dña. Sara UGARTE ALONSO-VEGA y D. Vicente VIGIL PACHECO, (Vocales).

² Cfr. Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2005, págs. 117 y 124.

El acceso electrónico a este documento se puede realizar, entre otros lugares, en: http://www.mpt.es/areas/funcion_publica/estatutobasico/estatuto_funcion_publica/proceso/parrafo/0/document_es/Informe_de_la_comision_de_expe.pdf.

que puede observarse que muchos de los convenios colectivos del personal laboral de las distintas Administraciones procuran adaptar su sistema de promoción profesional del personal laboral al de los funcionarios públicos.

Por ello, tomando en consideración tanto esta reminiscencia histórica como la similitud normativa y práctica generada entre ambos colectivos a través de la negociación colectiva, así como la diversidad del empleo público laboral al que sería de aplicación este Estatuto Básico, la Comisión de Expertos consideró que se debía seguir confiando la regulación de la provisión de puestos o asignación de funciones al personal laboral y el reconocimiento de derechos o la sujeción a deberes de movilidad a lo que se dispusiera por los convenios colectivos, sin perjuicio de que estos, en su caso, pudieran adaptarse a los principios y criterios que rigieran para el personal funcionario.

Principios y criterios aquellos que, en lo que ahora atañe y a resultas de las propuestas de la aludida Comisión, habrían de encontrarse en las futuras leyes reguladoras de la Función Pública de las distintas Administraciones. Debían ser estas disposiciones, entendía la Comisión, las encargadas de determinar, en su caso, los límites funcionales de la movilidad voluntaria y las de regular, asimismo, los supuestos y procedimientos de movilidad forzosa, respetándose en todo caso ciertas limitaciones —aspectos retributivos, condiciones esenciales de empleo y derecho a un puesto de trabajo al que puedan desplazarse desde su residencia en un tiempo razonable—. Sólo por causas urgentes e inaplazables de interés público, con carácter temporal y mediante la compensación que corresponda, podría imponerse al funcionario de carrera un cambio de trabajo que implicase modificar su lugar de residencia³.

³ Cfr. *ibidem* nota anterior, págs. 126 y 128.

Éstas han sido, en mayor o menor medida⁴, las directrices seguidas por el Capítulo III del Título V de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que⁵, bajo la rúbrica *Provisión de puestos de trabajo y movilidad*, regula en sus apenas siete preceptos ambas temáticas⁶. Los tres primeros (arts. 78 a 80, ambos inclusive) se destinan a la ordenación de los sistemas de concurso y de libre designación de los funcionarios de carrera y los cuatro restantes (arts. 81 a 84, ambos inclusive) fijan el marco normativo de los distintos supuestos de movilidad de los empleados públicos, a saber, personal funcionario de carrera y personal laboral.

⁴ Son significativas las disparidades existentes entre el Informe de la Comisión de Expertos y la Ley 7/2007, fruto de la negociación política parlamentaria y del diálogo con las organizaciones sindicales. Tal y como pone de manifiesto el Prof. SÁNCHEZ MORO, muchas de las propuestas concretas de reforma establecidas en el Informe de la Comisión no han sido recogidas en el texto legal (lo que ha sucedido, por ejemplo, en materia de provisión de puestos de trabajo donde el texto del Estatuto ha sido muy poco innovador pese a los importantes problemas detectados), otras se han difuminado mediante fórmulas ambiguas o su implantación efectiva ha quedado demorada a un futuro incierto, cfr. M. SÁNCHEZ MORO: «Prólogo», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (M. SÁNCHEZ MORO, dir.), Valladolid, 2007, págs. 35 y 40.

⁵ Los análisis doctrinales a este texto legal no se hicieron esperar. Así, entre otros, cfr. VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit.; VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público* (L. ORTEGA ÁLVAREZ, dir.), Madrid, 2007; VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público* (S. DEL REY GUANTER, dir., y M. FÉREZ FERNÁNDEZ y E. SÁNCHEZ TORRES, coords.), Madrid, 2008; VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (A. PALOMAR OLMEDA y A. V. SEMPERE NAVARRO, dirs., y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, coord.³), Cizur Menor, 2008 y 2.^a ed., 2009 y VV. AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vols. I y II, Madrid, 2009.

⁶ No parece desacertada, como ha señalado un sector de la doctrina administrativista, la ubicación sistemática de este Capítulo, cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 795-796.

Será en exclusiva de la segunda de estas materias –movilidad de los empleados públicos, circunscrita al ámbito de los empleados de la Administración General del Estado (en adelante AGE)– de la que se ocupe el presente estudio, si bien su análisis completo llevará a una aproximación, siquiera tangencial, de los distintos sistemas de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública por cuanto inciden de forma plena en la movilidad de este colectivo.

Entre las múltiples posibilidades metodológicas que se presentan para la exégesis de esta materia se ha optado por alterar el orden fijado en los preceptos de la propia Ley 7/2007, agrupando su análisis en función de los colectivos afectados. La exhaustividad pretendida así lo requiere. De este modo se analizarán, en primer lugar, las reglas establecidas con carácter individualizado para el personal funcionario de carrera, seguidas del estudio de las medidas propias del personal laboral e inmediatamente después abordar el análisis de aquellas disposiciones que de modo conjunto tratan las cuestiones de movilidad para ambos colectivos: el supuesto especial de movilidad para las empleadas públicas víctimas de violencia de género y la pretendida movilidad entre las distintas Administraciones Públicas.

Llegados a este punto conviene reseñar sobre tales extremos que, tal y como establece el apartado segundo de la Disp. Final cuarta de la Ley 7/2007, este Capítulo III de su Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, manteniéndose hasta entonces en vigor en cada Administración las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido por aquél⁷. Si bien

⁷ Cfr. Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007,

en el ámbito de las Comunidades Autónomas se han producido ciertos avances con la promulgación de algunas normas dictadas tras la aprobación del Estatuto Básico⁸, en el campo de la AGE tal desarrollo aún hoy no se ha concretado más allá de aquellas noticias que a comienzos del año 2010 apuntaban del inicio, dentro del Grupo de Trabajo de Dialogo Social de la AGE, de la negociación sobre la nueva Ley de Función Pública o el anuncio de su presentación en el actual período de sesiones⁹. Ninguna proposición, salvo error, se ha

para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

⁸ Cfr. Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia y Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana.

No obstante, la gran mayoría de las disposiciones normativas autonómicas se han mantenido inalteradas tras la aprobación de la Ley 7/2007 en esta temática. Cfr. Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias; Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía; Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria; Ley de Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública; Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León; Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de Castilla-La Mancha; Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de Función Pública; Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura; Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia y Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

⁹ Cfr. Comparecencia en la Comisión Constitucional de la señora vicepresidenta primera del Gobierno, ministra de la Presidencia y portavoz del Gobierno (FER-

encontrado en los recursos electrónicos del Congreso de los Diputados.

2. MOVILIDAD INTRAADMINISTRATIVA DEL PERSONAL FUNCIONARIO DE CARRERA

2.1. Un apunte introductorio: de la inamovilidad en la condición de funcionario a la movilidad del puesto

Uno de los rasgos distintivos del régimen jurídico de los funcionarios, quizá el más importante y el que le diferencia de manera esencial del personal laboral, es la inamovilidad en su condición de tales –que no en el puesto–. Este derecho a la inamovilidad, pese a los tradicionales recelos con los que es visto por algunos sectores de la ciudadanía, lejos de revestirse cual privilegio personal del funcionario público, constituye la garantía esencial de la objetividad, profesionalidad e imparcialidad del funcionario de carrera en el ejercicio de las funciones públicas que le corresponden. Así se recoge expresamente en la misma E. de M. de la Ley 7/2007¹⁰.

NÁNDEZ DE LA VEGA SANZ), para informar, explicar y concretar las medidas de austeridad relativas al personal de las Administraciones Públicas, *DS –Congreso de los Diputados–*, núm. 584, de 29 de junio de 2010, págs. 4 y 24, donde se señalaban como ideas clave de este nuevo proyecto, por una parte, profesionalizar el desempeño de la Función Pública y hacerlo más productivo mediante la introducción de carreras profesionales para los funcionarios públicos y, por otra parte, también flexibilizar los mecanismos internos de la Administración. La carrera profesional de los funcionarios no debe quedar a merced de la existencia de puestos en la organización sino de su trayectoria y de su rendimiento. La formación tendrá un papel fundamental, se regulará un nuevo sistema retributivo, un sistema más sencillo a la vez que más homogéneo y más justo. En definitiva, lo pretendido con esta futura ley es un empleo público profesional, productivo, eficaz e incentivado y una organización en materia de recursos humanos más flexible y ágil en sus procedimientos.

¹⁰ En parecidos términos ya se manifestaba el Informe de la Comisión, *cfr. Informe de la Comisión de Exper-*

Esta inamovilidad debe ser entendida más que como una prerrogativa personal, como una garantía funcional, esto es, como garantía de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas pues, en definitiva, protege al funcionario frente a cualquier pretensión arbitraria del poder político de removerle o cambiarle de puesto sin que exista causa objetiva¹¹.

Es por ello que el art. 14 de la referenciada Ley no duda en situar en primer lugar, en el amplio catálogo de derechos de carácter individual que reconoce a los empleados públicos¹², la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, esto es, el derecho al cargo¹³ y a no ser removido en éste más que por causa objetiva, razonable y acreditada.

Sin embargo, esta prerrogativa no puede ser absoluta, de modo que no puede aplicarse de la misma manera por lo que se refiere a la permanencia en un puesto de trabajo determinado. Este derecho es, por el contrario, un derecho relativo, condicionado a lo que en cada caso dispongan las leyes, en atención no sólo a la estabilidad en el empleo y a la promoción profesional sino también a las necesidades del servicio y a los procesos de reorganización administrativa. La Administración puede, en efecto, alterar determinados aspectos de la relación estatutaria con

tos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, cit., págs. 142-143.

¹¹ *Cfr. F. A. CASTILLO BLANCO: «Los derechos individuales de los empleados públicos», en VV. AA.: Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 138 a 140.

¹² Un esquemático apunte sobre cada uno de ellos, *cfr. A. PASTOR MARTÍNEZ: «Derechos de los empleados públicos», en VV. AA.: Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 251 a 254.

¹³ Este derecho al cargo también implica que el funcionario tiene la facultad de ejercer todas las funciones y prerrogativas del cargo o puesto de trabajo que desempeña, *cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2004, pág. 204.

base en su facultad organizativa de los servicios¹⁴.

Recuérdese sobre este particular la señera STS Cont.-Adm. de 12 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2215), que sostiene «que la Administración tiene una *potestas variandi* de la normativa legal y reglamentaria que ejercita lícitamente cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad para una mejor organización de las estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes del individuo en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, pues sostener lo contrario equivaldría –en los términos de las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27) o 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6)– a ‘petrificar’ la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inmovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento. Como consecuencia de esta facultad de cambiar la organización administrativa, el funcionario público no tiene un derecho adquirido frente a la ley que pueda oponer a la nueva organización establecida por la respectiva norma legal estatutaria, ello sin perjuicio de los derechos que la propia ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inmovilidad de residencia y al sueldo consignado en los Presupuestos que –como declara la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7892)– son derechos adquiridos que vinculan a la Administración y que, como tales derechos ‘incorporados al patrimonio del funcionario’ podrán ser reclamados por los interesados, si fueran despojados de ellos, por los procedimientos que el ordenamiento establece».

La hipertrofia de la inamovilidad en el puesto de trabajo conlleva a los efectos más

perniciosos. No contribuye a estimular la iniciativa, esfuerzo y dedicación del funcionario ni a reforzar la capacidad de dirección de los superiores o la de exigir responsabilidades¹⁵.

De ahí que resulte imprescindible facilitar la promoción interna de todos los empleados que adquieran las competencias y requisitos necesarios para progresar en su carrera, desde los niveles inferiores a los superiores, de manera que no se limiten las oportunidades de quienes tienen interés y deseo de alcanzar con su dedicación y esfuerzo las mayores responsabilidades. También se han de establecer instrumentos de colaboración que faciliten la movilidad voluntaria de los funcionarios entre distintas Administraciones. En fin, es preciso flexibilizar las reglas de movilidad funcional y, en su caso, geográfica, del personal por necesidades del servicio, con las oportunas garantías y compensaciones, cuando procedan.

De ello deriva, igualmente, que la continuidad misma del funcionario en su puesto se haga depender de la evaluación positiva de su desempeño, pues resulta socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente, no atiendan satisfactoriamente a sus responsabilidades (E. de M. de la Ley 7/2007).

Se hace necesario, en definitiva, conjugar los intereses particulares de los empleados públicos con los fines y objetivos de la organización, esto es, la eficiencia y la eficacia. En otras palabras, la planificación adecuada con el recurso a estos distintos procesos de los medios humanos de que se compone, sin que ello menoscabe la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, constituye el objetivo a alcanzar.

¹⁴ Cfr. D. LARIOS RISCO: «Derechos de los empleados públicos», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 167.

¹⁵ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 119 y 143.

2.2. Movilidad voluntaria

2.2.1. *Continuismo y novedades en el contenido del art. 81: la movilidad voluntaria específica*

La implementación de los distintos tipos de movilidad del personal funcionario se ha mostrado en la práctica manifiestamente insuficiente. Constituía una crítica comúnmente aceptada que la movilidad voluntaria se encontraba inusualmente extendida (E. de M. de la Ley 7/2007), habiendo pasado a concebirse como un derecho casi ilimitado del funcionario en el seno de su propia Administración fruto del principio de «adscripción indistinta» de este colectivo a los puestos de trabajo consagrado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. Ello ha provocado en los últimos tiempos una incorrecta utilización de los recursos humanos y, por ende, una ineficaz e ineficiente prestación de los servicios públicos, de forma que el perjudicado final es el ciudadano¹⁶.

Para resolver este tipo de problemas, la Comisión de Expertos no dudó en señalar que las Administraciones Públicas deberían tener la posibilidad de ordenar la provisión de puestos de trabajo diferenciando áreas de especialización o sectores, a los que debería ceñirse la posibilidad de movilidad voluntaria de sus funcionarios. Este tipo de ordenación reconduce la movilidad funcional a puestos que guarden similitud en cuanto a los conocimientos, capacidades y experiencias requeridas o convenientes para desempeñarlos¹⁷.

¹⁶ Cfr. J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 620.

¹⁷ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 125.

Propuestas que han tenido una más que favorable acogida en la Ley 7/2007¹⁸. Así, por un lado, el apartado 2.c) de su art. 69, en el ámbito de la planificación de los recursos humanos, dispone que las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos que incluyan, entre otras actuaciones, medidas de movilidad entre las cuales podrá figurar la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se terminen; y, de otro, el apartado 3 de su art. 73, al hilo de la estructuración de los recursos humanos, establece que los puestos de trabajo podrán agruparse en función de sus características para ordenar la selección, la formación y la movilidad.

Si bien, el precepto encargado de fijar el marco normativo básico de la movilidad voluntaria para el personal funcionario de carrera lo hace en términos quizá excesivamente amplios y ambiguos. Así, el apartado 1 del art. 81 Ley 7/2007 establece:

«Cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, y sin perjuicio del derecho de los funcionarios a la movilidad podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos».

Esto es, lleva a cabo una remisión en bloque de esta materia a la normativa que en un futuro incierto se dicte por las distintas Administraciones Públicas¹⁹, aun cuando hay

¹⁸ Cfr. M. SÁNCHEZ MORO: «Prólogo», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 40.

¹⁹ Nada se concreta al respecto en la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, en la que su art. 45.b) únicamente recoge respecto de la aprobación de planes de ordenación de su personal que podrán englobar medidas de movilidad voluntaria, entre las cuales podrá figurar la

que tener presente que esta temática ha sido tradicionalmente abordada mediante esta vía²⁰.

Por ello, un sector de la doctrina científica no ha dudado en calificar el contenido de este precepto de continuista, por cuanto prácticamente reitera lo dispuesto en los arts. 18.2.e) y 20.1.c) de la Ley 30/1984²¹, de modo que los problemas e inconvenientes prácticos detectados se mantendrían vigentes.

No obstante, cabe indicar que ahora, a diferencia de la regulación anterior, se concreta de algún modo la generalidad de aquellos preceptos, a saber, se fija una limitación, ya que la habilitación legal concreta la posibilidad de poder fijar estas reglas de ordenación de movilidad voluntaria sólo para aquellos sectores que tengan la consideración de prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos. En consecuencia,

convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de los ámbitos que se determinen; así como tampoco, en términos parecidos, en la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Preceptos que recuerdan en exceso la regulación contenida en el art. 69.2 de la Ley 7/2007.

²⁰ Cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 837 y ss., quien sostiene la deslegalización de esta materia, pues serán los reglamentos de las Administraciones Públicas (y, en su caso, los actos administrativos que se dicten en aplicación de ellos) los que registrarán en esta materia, si bien han de tener presentes las reglas que se imponen a los mismos por el precepto.

²¹ Cfr. J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 620.

Art. 18.2: «Los Planes de Empleo podrán contener las siguientes previsiones y medidas: e) Autorización de concursos de provisión de puestos limitados al personal de los ámbitos que se determinen».

Art. 20.1.c): «Excepcionalmente, las Administraciones Públicas podrán autorizar la convocatoria de concursos de provisión de puestos de trabajo dirigidos a los funcionarios destinados en las áreas, sectores o departamentos que se determinen».

sólo procede cuando se trate de sectores declarados deficitarios tanto en el momento de realizar la declaración como en el futuro, en relación con sus necesidades.

En coherencia es necesario destacar que, aunque el precepto no lo recoge, la medida puede incluir, también, a los sectores declarados excedentarios. Declaración que permitía impedir la entrada de nuevos efectivos y tendría poco sentido que no permitiese, igualmente, la salida voluntaria aunque ésta se deba producir, únicamente, a los sectores considerados como deficitarios²².

Se parte de la base, aunque para la implementación de estas medidas se requiera de la declaración de sector prioritario, de que existen ámbitos de la Administración deficitarios de personal. Carencia ya detectada por el Informe de la Comisión, criticando duramente que del juego de las reglas de la planificación de los recursos personales, en ocasiones, aquella no ha podido recurrir a personal excedente en ciertas áreas o unidades para cubrir las necesidades surgidas en otras, llevando incluso a la contratación temporal de personal ajeno o a la externalización de servicios y actividades ante la imposibilidad del recurso al personal excedente de ciertas áreas o unidades²³.

A la necesidad de solventar estas resistencias responde la movilidad voluntaria hacia sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos prevista en este apartado.

²² Cfr. A. PALOMAR OLMEDA: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 497.

Se mantiene, con mayor generalidad, lo dispuesto en el art. 61.2 Real Decreto 364/1995: «En el marco de los Planes de Empleo podrá promoverse la celebración de concursos de provisión de puestos de trabajo dirigidos a cubrir plazas vacantes en centros y organismos identificados como deficitarios, para funcionarios procedentes de áreas consideradas como excedentarias».

²³ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 124.

Nada se perfila sobre el contenido —condicionantes, limitaciones, reconocimientos...— de estas reglas de ordenación para la movilidad voluntaria específica, habiendo sido muy positivo un mayor grado de detalle por la Ley 7/2007. Ello hubiera servido para trazar las líneas maestras a ese posterior desarrollo normativo anunciado²⁴.

2.2.2. *Los tradicionales procedimientos de movilidad*

La movilidad voluntaria de los funcionarios de carrera se hace efectiva, como no podía ser de otro modo, mediante los procedimientos ordinarios o típicos de provisión de puestos de trabajo —concurso y libre designación— y por medio de otros sistemas contemplados en la normativa —comisiones de servicios, traslados por motivos de salud, permutas...— (art. 78 Ley 7/2007)²⁵.

La aproximación, siquiera tangencial, al régimen jurídico de cada una de estas figuras se considera imprescindible para el correcto análisis del marco normativo de la movilidad de los empleados públicos, sin que se pretenda, ahora, no obstante, un análisis exhaustivo de cada una de ellas²⁶.

²⁴ En este sentido, cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 837 y ss., quien afirma que para que las mismas sean efectivas y materializables en la realidad han de constituir una singularización de las reglas generales, convirtiéndose en una vía que, sin llegar a ser privilegiada, posea algunas ventajas que compensen a los funcionarios frente al «coste» del cambio, en tanto cualquier cambio, por mínimo que resulte, lleva aparejado altas tasas de resistencia.

²⁵ De sistemas obligatorios y potestativos también son calificados, cfr. A. PALOMAR OLMEDA: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 478-479.

²⁶ Al respecto, cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *La movilidad en la función públi-*

A este respecto es oportuno destacar que, tal y como señalara la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, continúan vigentes en el ámbito de la AGE los procedimientos de provisión de puestos regulados por Ley 30/1984 y el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, con las siguientes salvedades:

a) Concurso de provisión de puestos de trabajo de personal funcionario de carrera (art. 79): La composición de los órganos colegiados de carácter técnico encargados de la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos, responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre.

Se mantiene el requisito de permanencia mínima en cada puesto de trabajo de destino definitivo de dos años para poder participar en los concursos de provisión, salvo las excepciones previstas en la normativa de función pública vigente.

b) Cese en puestos de libre designación, supresión y remoción de puestos obtenidos por concurso: Continúan vigentes las reglas sobre asignación de puestos de trabajo en los supuestos de cese, supresión o remoción de los puestos, contenidos en el Reglamento General de Ingreso, Provisión de puestos y Promoción profesional y en la Resolución de 15 de febrero de 1996²⁷.

ca: *entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*, Madrid, 2004.

²⁷ Cfr. Instrucción 10 de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Puede afirmarse, por tanto, que se mantiene prácticamente inalterado en la actualidad, aun cuando con destacadas mejoras, el régimen vigente hasta la promulgación de la Ley 7/2007²⁸.

• Concurso

Al igual que ahora establece el apartado 1 del art. 79 de la Ley 7/2007, señalando que el concurso constituye el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo, hacía lo propio el apartado 1 del art. 36 del Real Decreto 364/1995.

Es el Capítulo II del Título III de esta disposición reglamentaria el encargado de fijar en una decena de artículos el marco normativo de este procedimiento a falta del anunciado desarrollo del Estatuto Básico.

A tal fin se dispone que cada Ministerio, previa autorización de la Secretaría de Estado de la Función Pública de las convocatorias de los concursos en las que se contengan sus bases –denominación, nivel, descripción y localización de los puestos de trabajo; requisitos indispensables, méritos a valorar, baremo, composición de las comisiones de valoración...–, procederá a la convocatoria y a la

²⁸ Tres años y medio después de la publicación de la Ley 7/2007 siguen presentes en esta materia, salvo excepciones, los problemas detectados por la Comisión de Expertos: insuficiente definición de los perfiles profesionales de los puestos de trabajo; la forma ordinaria de provisión, el concurso, se regula y se lleva a la práctica de manera excesivamente rígida y formal; ausencia de órganos independientes que controlen y vigilen la correcta actuación de las comisiones de valoración y, más ampliamente, la adecuación de los sistemas de provisión a los principios de igualdad, mérito y capacidad y la falta de agilidad y la lentitud de muchos procedimientos de concurso, que, en organizaciones voluminosas como la AGE y otras, convocan a cientos de aspirantes y que se resuelven muchos meses después de iniciados, cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 118-119.

resolución de los concursos para la provisión de los puestos adscritos al Departamento, sus Organismos Autónomos y, en su caso, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social²⁹.

Todos los funcionarios, cualquiera que fuese su situación administrativa, podrán tomar parte en los concursos siempre que:

- reúnan las condiciones generales exigidas,
- cumplan los requisitos determinados en la convocatoria,
- no se encuentren suspensos en firme, mientras dure la suspensión, y
- hayan permanecido en su puesto de trabajo de destino definitivo un mínimo de dos años³⁰.

No habrá limitación a esta participación por razón del Ministerio en el que prestan servicio o de su municipio de destino, salvo en aquellos concursos restringidos a determinadas áreas, sectores o departamentos³¹. Supuestos estos para los que será necesaria la coordinación interministerial a fin de asegurar una adecuada planificación de personal y racionalizar el desarrollo profesional,

²⁹ Convocatorias y resoluciones que deben ser publicadas en el BOE y, si se estima necesario para garantizar su adecuada difusión y conocimiento por los posibles interesados, en otros Boletines o Diarios Oficiales (art. 38.2 Real Decreto 364/1995).

³⁰ Cfr. art. 20.1.f) Ley 30/1984.

Se excepcionan de esta exigencia los concursos que tengan lugar en el ámbito de una Secretaría de Estado o de un Departamento ministerial, en defecto de aquella, o en los supuestos previstos en el párrafo segundo del art. 20.1.e) de la Ley 30/1984 y en el de supresión de puestos de trabajo.

El apartado 2 del art. 79 Ley 7/2007 remite a las futuras Leyes de Función Pública la concreción del plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo.

³¹ Cfr. art. 45 Real Decreto 364/1995 sobre los concursos específicos.

teniendo el adecuado reflejo en las relaciones de puestos de trabajo.

Los funcionarios de los Cuerpos o Escalas que tengan reservados puestos en exclusiva no podrán participar en concursos para cubrir otros puestos de trabajo adscritos con carácter indistinto, salvo autorización del Ministerio competente en materia de Administraciones Públicas de conformidad con el Departamento al que se hallen adscritos los indicados Cuerpos o Escalas. Cuando los puestos convocados dependan del propio Departamento al que estén adscritos los Cuerpos o Escalas con puestos en exclusiva, corresponderá al mismo conceder la referida autorización.

Cuando se encontraran interesados en las vacantes anunciadas en un determinado concurso para un mismo municipio dos funcionarios que reúnan los requisitos exigidos, estos podrán condicionar sus peticiones, por razones de convivencia familiar, al hecho de que ambos obtengan destino en ese concurso en el mismo municipio, entendiéndose, en caso contrario, anulada la petición efectuada por ambos. Dicha petición condicionada deberá ser concretada en la instancia y acompañada de copia de la otra petición (arts. 40 y 41 Real Decreto 364/1995).

Las solicitudes de participación en este procedimiento, que habrán de presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente al de la publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial del Estado, se dirigirán al órgano convocante y contendrán, caso de ser varios los puestos solicitados, el orden de preferencia de éstos (art. 42 Real Decreto 364/1995).

Por lo que respecta a la composición de los órganos colegiados encargados de la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos el apartado 1 del art. 79 de la Ley 7/2007 señala que ésta será de carácter técnico, respondiendo al principio de profesionalidad y especialización de sus

miembros³² y adecuándose al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad. Nada se concreta en cuanto a su número ni a su régimen de funcionamiento, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto por el art. 46 Real Decreto 364/1995.

Estas Comisiones estarán constituidas como mínimo por cuatro miembros designados por la autoridad convocante, de los que uno, al menos, será designado a propuesta del centro directivo al que corresponda la administración de personal. Con carácter facultativo se contempla la posibilidad de que un miembro de estas comisiones sea designado en representación de la Secretaría de Estado de la Función Pública. Las organizaciones sindicales más representativas y las que cuenten con más del diez por ciento de representantes en el conjunto de las Administraciones Públicas o en el ámbito correspondiente tienen derecho a participar como miembros en la Comisión, sin que su número pueda ser igual o superior al de los miembros designados a propuesta de la Administración.

En todo caso, los miembros de las Comisiones deberán pertenecer a Cuerpos o Escalas de Grupo de titulación igual o superior al exigido para los puestos convocados, pudiendo solicitar de la autoridad convocante la designación de expertos que en calidad de asesores actuarán con voz pero sin voto.

En lo que atañe al régimen de funcionamiento habrá de estarse, con carácter gene-

³² Sobre la mejora sustancial de esta nueva regulación al incorporar directamente una de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, cfr. A. PALOMAR OLMEDA: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 483 y J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 598 a 600, quien señala que la calificación expresa de su naturaleza, «técnica», prejuzga el sentido de su actuación y las exigencias legales al mismo.

ral, a lo dispuesto por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre³³.

• Libre designación

La redacción del apartado 2 del art. 78 de la Ley 7/2007 señala que la libre designación, junto al concurso, constituye el procedimiento básico o de referencia para la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. No obstante, inmediatamente el art. 79.1 de dicho cuerpo legal se encarga de concretar el carácter «normal» del concurso frente a lo que habrá de ser el «extraordinario» de la libre designación.

El art. 80 de la referenciada Ley, por su parte, es el encargado de establecer las trazas maestras del procedimiento de libre designación y lo define como aquel sistema consistente en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto³⁴. Tarea para la que podrá recabar, recogiendo una de las propuestas formuladas por la Comisión de Expertos³⁵, el asesoramiento de especialistas o expertos que informen sobre la idoneidad de los candidatos concurrentes³⁶.

³³ Cfr. D. LARIOS RISCO: «Concurso de provisión de los puestos de trabajo del personal funcionario de carrera», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 826.

³⁴ Sobre las críticas vertidas tradicionalmente a esta figura dada al clientelismo político, cfr. J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 611 a 619.

³⁵ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 121, donde se señalaba la escasa especialización de los órganos de valoración para la provisión de puestos de trabajo.

³⁶ Cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 832-833, quien

Al igual que el concurso, este procedimiento de libre designación requiere de convocatoria pública (art. 78.2 Ley 7/2007) en la que, además de la descripción del puesto³⁷ y requi-

señala que lo que en principio podía ser una buena idea, por la torpeza en la que queda concretada normativamente, acaba por convertirse en una potestad de uso discrecional en mano del «órgano competente para el nombramiento», sin que la legislación de desarrollo pueda desposeer ya a tales órganos de estas competencias ni de la libertad de ejercerlas.

³⁷ El apartado 2 del art. 80 Ley 7/2007 encomienda a las Leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo el establecimiento de los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse a través de este procedimiento.

El art. 20.1.b) Ley 30/1984 determina que en la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo.

El art. 51.2 Real Decreto 364/1995 dispone que sólo podrán cubrirse por este sistema «los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores territoriales, provinciales o Comisionados de los Departamentos ministeriales, de sus Organismos autónomos y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, Secretarías de Altos Cargos de la Administración y aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo».

Por su parte, el art. 102.2 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana establece que «atendiendo a su especial responsabilidad y confianza, se proveerán por este sistema, únicamente, los siguientes puestos de trabajo:

- Los puestos de trabajo con el rango de subdirección general o jefatura de servicio.
- Los puestos de secretaría de altos cargos.
- Los puestos de naturaleza funcional que se creen como consecuencia de Acuerdo del Consejo y con las características y requisitos que en el mismo se establezcan, pertenecientes a los grupos o subgrupos profesionales A1, A2, B o C1, adscritos y directamente dependientes de las subsecretarías o de las secretarías autonómicas, con funciones de asesoramiento o coordinación y que tengan la denominación de coordinador/asesor/a».

sitos para su desempeño contenidos en la relación de puestos de trabajo, podrán recogerse las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas al mismo (art. 52 Real Decreto 364/1995).

La tramitación de este sistema se dota de los siguientes hitos (arts. 52 a 57 Real Decreto 364/1995):

a) Presentación de la solicitud, dentro de los quince días hábiles siguientes al de la publicación de la convocatoria, al órgano convocante.

b) Evacuación, en su caso, de los siguientes Informes:

- Informe del titular del centro, organismo o unidad a que esté adscrito el puesto de trabajo a cubrir.
- Informe favorable del Departamento en que estuviera destinado el funcionario en caso de estar en otro³⁸.
- Informe del Delegado del Gobierno o Subdelegado del Gobierno cuando los nombramientos se refieran a los Directores de los servicios periféricos de ámbito regional o provincial, respecti-

En fin, el art. 79.1 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, señala que, dada la elevada responsabilidad o confianza personal requerida para ejercer sus funciones, «se proveerán por libre designación los siguientes puestos:

- a) Los de carácter directivo.
- b) Los de secretario o secretaria personal o chófer de alto cargo.
- c) Los adscritos al Gabinete de la Presidencia de las Illes Balears o al de los consejeros o las consejeras.
- d) Aquellos otros en que así lo establezca la relación de puestos de trabajo, atendiendo a la naturaleza de sus funciones».

³⁸ De no emitirse dichos informes en el plazo de quince días naturales se considerarán favorables. Podrá, no obstante, efectuarse el nombramiento, aún con informes desfavorables, siempre y cuando se obtenga autorización previa del Secretario de Estado para la Función Pública.

vamente, o a aquellos Jefes de unidades que, en su respectivo ámbito, no se encuentren encuadrados en ninguna otra de su Departamento.

– Informe favorable del Ministerio al que esté adscrito el Cuerpo o Escala en los supuestos en los que el funcionario pertenezca a un Cuerpo o Escala que tenga reservados puestos en exclusiva.

c) Nombramientos, en el plazo máximo de un mes contado desde la finalización del de presentación de solicitudes –prorrogable hasta un mes más–, motivados con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria³⁹, y la competencia para proceder al mismo.

d) Toma de posesión en el plazo de tres días hábiles si no implica cambio de residencia o de un mes si comporta cambio de residencia o el reingreso al servicio activo.

Junto a estos dos procedimientos, concurso y libre designación, que habría de calificar como básicos o esenciales ante la aparente pretensión contenida en el apartado 2 del art. 78 del Estatuto Básico de reconducir en exclusiva a ellos las fórmulas de provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas, el apartado 3 de este mismo precepto delega a las Leyes de la Función Pública que se promulguen en desarrollo de la Ley 7/2007 el establecimiento de otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad forzosa, permutas, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario.... En lo que ahora respecta:

³⁹ Garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Cfr. en este sentido, D. LARIOS RISCO: «Concurso de provisión de los puestos de trabajo del personal funcionario de carrera», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 836.

- Comisiones de servicios

Aunque el tenor literal del precepto no recoja este procedimiento y haya de entenderse que el listado contenido en el art. 78.3 Ley 7/2007 tiene carácter cerrado⁴⁰, el juego de esta disposición con lo establecido en el art. 81.3 de la norma referenciada dará entrada a aquellas otras formas de provisión de puestos contenidas en normas vigentes en la actualidad⁴¹, en lo que ahora interesa, a la comisión de servicios.

A tal fin se dispone que cuando un puesto de trabajo quede vacante podrá ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en comisión de servicios de carácter voluntario, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo.

Estas comisiones de servicios se caracterizan por los siguientes elementos:

- Tendrán una duración máxima de un año –prorrogable por otro en caso de no

⁴⁰ Sobre el carácter tasado de este listado, cfr. A. PALOMAR OLMEDA: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 479, quien señala que el margen del legislador se encuentra en la definición de las diferentes formas, aunque no en la creación de nuevas no expresamente prevista en el art. 78.3 Ley 7/2007 y L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 805 a 807.

⁴¹ Cfr. D. LARIOS RISCO: «Concurso de provisión de los puestos de trabajo del personal funcionario de carrera», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 815, quien critica duramente la sistemática del art. 78 Ley 7/2007, por cuanto ni abarca en su enumeración todos los posibles sistemas de provisión existentes, ni contiene una cláusula abierta que permita entender incluidos los no mencionados de forma expresa, ni menciona los procedimientos de provisión de carácter temporal, ni deroga los preceptos del Real Decreto 364/1995 que regulan determinados sistemas de provisión de puestos.

haberse cubierto el puesto con carácter definitivo—;

- cuando no implique cambio de residencia, el cese y la toma de posesión deberán producirse en el plazo de tres días desde la notificación del acuerdo de comisión de servicios; si implica cambio de residencia, el plazo será de ocho días en las comisiones de carácter voluntario y
- los funcionarios en comisión de servicios tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo, percibiendo la totalidad de sus retribuciones con cargo a los créditos incluidos en los programas en que figuren dotados los puestos de trabajo que realmente desempeñan (art. 64 Real Decreto 364/1995).

Como supuestos especiales de comisiones de servicios se contemplan, de una parte, la participación de funcionarios, por tiempo que salvo casos excepcionales no será superior a seis meses, en programas o misiones de cooperación internacional y, de otra, el desempeño temporal de funciones especiales que no estén asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, o para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que tengan asignadas dichas tareas (arts. 65 y 66 Real Decreto 364/1995).

- Movilidad por razones de salud o rehabilitación

Razones de salud y posibilidades de rehabilitación del funcionario, su cónyuge o hijos a cargo atribuyen con carácter potestativo a la AGE, previa solicitud, la facultad de adscribir a aquél a puestos de trabajo en distinta Unidad o localidad.

Esta movilidad funcional o geográfica requiere, de una parte, del informe previo del servicio médico oficial legalmente establecido⁴²; de otra, que este cambio se produzca hacia un puesto vacante con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen y que sea necesaria su provisión y, por último, que se reúnan los distintos requisitos para su desempeño.

Dicha adscripción tendrá carácter definitivo cuando el funcionario ocupara con tal carácter su puesto de origen, debiendo permanecer un mínimo de dos años en el nuevo puesto, salvo en el ámbito de una Secretaría de Estado o de un Departamento ministerial, en defecto de aquélla, o en los supuestos previstos en el párrafo segundo del artículo 20.1.e) Ley 30/1984 y en el de supresión de puestos de trabajo.

El cese en el puesto de origen y la toma de posesión en el nuevo puesto de trabajo deberán producirse en el plazo de tres días hábiles si no implica cambio de residencia del funcionario, o de un mes si comporta cambio de residencia [art. 20.1.h) Ley 30/1984 y art. 66 bis Real Decreto 364/1995].

- **Promoción interna**

La promoción interna, esto es, la movilidad consistente en el ascenso desde Cuerpos o Escalas de un Grupo de titulación a otro del inmediato superior o en el acceso a Cuerpos o Escalas del mismo Grupo de titulación, se efectuará mediante el sistema de oposición o concurso-oposición, con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Podrán participar en las pruebas de promoción interna los funcionarios con una anti-

⁴² Será preceptivo el informe del Servicio de prevención de riesgos laborales del departamento u organismo donde preste servicios si los motivos de salud o de rehabilitación concurren directamente en el funcionario.

güedad de, al menos, dos años en el Cuerpo o Escala a que pertenezcan y que posean la titulación y el resto de los requisitos establecidos con carácter general para el acceso al Cuerpo o Escala al que aspiran.

Las características de las pruebas –posibilidad de eximir de las pruebas sobre aquellas materias cuyo conocimiento se haya acreditado suficientemente en las de ingreso al Cuerpo o Escala de origen– y las prerrogativas del personal funcionario –preferencia para cubrir los puestos vacantes de la respectiva convocatoria; adjudicación de destino dentro del mismo Ministerio u Organismo en el que estuvieran destinados...– en los procesos de promoción desde Cuerpos o Escalas de un grupo de titulación a otro del inmediato superior se regulan en el Capítulo II del Título V del Real Decreto 364/1995.

Por su parte, el Capítulo III de ese mismo Título se encarga de fijar las reglas de promoción interna en Cuerpos o Escalas del mismo grupo de titulación. A tal fin dispone que ésta deberá efectuarse entre funcionarios que, en posesión de la titulación académica requerida, desempeñen actividades sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico, debiendo establecerse en todo caso en las convocatorias la exención de las pruebas encaminadas a acreditar los conocimientos ya exigidos para el acceso al Cuerpo o Escala de origen, pudiendo valorarse los cursos y programas de formación superados.

- **Permuta**

El art. 62 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, contempla como un procedimiento más de provisión de puestos de trabajo, previa autorización⁴³, la permuta de destinos

⁴³ Del Subsecretario, en su Departamento, y del Vicepresidente de la Comisión Superior de Personal, si se trata de Ministerios distintos.

entre funcionarios en activo o en excedencia especial.

Este procedimiento excepcional requiere que:

- los puestos de trabajo en que sirvan sean de igual naturaleza y corresponda idéntica forma de provisión;
- los funcionarios que pretendan la permuta cuenten, respectivamente, con un número de años de servicio que no difiera entre sí en más de cinco;
- se emita informe previo de los Jefes de los solicitantes o de los Subsecretarios respectivos;
- hayan transcurrido más de diez años desde la anterior autorización de permuta y que
- a ninguno de los funcionarios le falten menos de diez años para cumplir la edad de jubilación forzosa⁴⁴.

2.3. Movilidad forzosa

Al contrario de lo apuntado en páginas previas respecto de la movilidad voluntaria –amplia extensión en su aplicación– la movilidad forzosa ha encontrado tradicionalmente grandes obstáculos y dificultades para su puesta en práctica. Resistencias que en no pocos casos se han mostrado insalvables, llevando incluso a algunas Administraciones a la contratación temporal de personal ajeno o a la externalización de servicios y actividades ante la imposibilidad del recurso al personal excedente de ciertas áreas o unidades como recurso más simple e inmediato. El perjuicio al servicio público es manifiesto.

Se hacía imprescindible la implantación de algunas pautas encaminadas a alcanzar

⁴⁴ Serán anuladas las permutas si en los dos años siguientes a la fecha en que tenga lugar se produce la jubilación voluntaria de alguno de los permutantes.

una adecuada gestión de personal, necesaria para ganar en eficiencia y equidad, lo que ha de traducirse en una mejora de los servicios.

Por ello, la Comisión de Expertos abogaba por una regulación, siquiera mínima, de la movilidad forzosa en el Estatuto Básico. Bastaría remitirse, se apuntaba en el reiteradamente aludido Informe, a lo que dispongan las leyes aplicables en cada caso, pero garantizando el respeto a las retribuciones, condiciones esenciales de empleo y lugar de residencia del empleado, entendiéndose esta última garantía como posibilidad del funcionario de desplazarse a su centro de trabajo en un tiempo razonable⁴⁵.

A dar cumplimiento, en parte, a tales demandas se dedica el apartado 2 del art. 81 Ley 7/2007, en el que se dispone que las Administraciones Públicas, por razones de servicio o funcionales y de manera motivada⁴⁶, podrán trasladar a sus funcionarios a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares.

En los supuestos en los que los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia, siempre basados en motivos excepcionales y extraordinarios, se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados.

En todo caso los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos.

⁴⁵ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 124-125.

Sobre el carácter insuficiente de esta previsión, cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 842-843.

⁴⁶ Esto es, explicitando las concretas razones que imponen el traslado.

Se hace necesaria la concurrencia de todas estas exigencias –motivación, necesidades del servicio, mantenimiento de retribuciones...– en los supuestos de movilidad forzosa.

Se articula así un supuesto excepcional de provisión de puestos de trabajo en el que se refunden tres figuras reguladas en el ámbito de la AGE y que pueden dar lugar al traslado forzoso de funcionarios, a saber: redistribución de efectivos, reasignación de efectivos y cambio de adscripción del puesto de trabajo⁴⁷.

Sobre tales extremos se considera adecuado traer a colación nuevamente lo dispuesto por la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, donde se señala que continúan vigentes los procedimientos de provisión de puestos regulados por la Ley 30/1984 y el Real Decreto 364/1995, con la siguiente particularidad en lo que atañe a la movilidad del personal funcionario de carrera (art. 81)⁴⁸: Los traslados forzosos por necesidades del servicio o funcionales podrán efectuarse en todo el territorio del Estado.

Se atenderá prioritariamente a la voluntariedad de los traslados cuando motivos excepcionales conlleven la adopción de planes de ordenación de recursos⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. D. LARIOS RISCO: «Concurso de provisión de los puestos de trabajo del personal funcionario de carrera», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 816.

⁴⁸ Recuérdese que el apartado 3 del art. 78 Ley 7/2007 encomienda a las Leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo el establecimiento de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo en los supuestos de movilidad forzosa.

⁴⁹ Cfr. Instrucción 10 de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

• Redistribución de efectivos

Esta modalidad de provisión de puestos de trabajo permite la adscripción, por necesidades del servicio, de funcionarios que ocupen con carácter definitivo puestos no singularizados a otros de la misma naturaleza, nivel de complemento de destino y complemento específico⁵⁰. Se condiciona este traslado forzoso a que para la provisión de los referidos puestos esté previsto el mismo procedimiento y que ello no suponga cambio de municipio.

Los órganos competentes para acordar esta redistribución de efectivos son los siguientes: a) La Secretaría de Estado para la Función Pública cuando la adscripción se efectúe en el ámbito de los servicios centrales de distintos Departamentos. Se requiere para ello del previo informe de los Departamentos afectados. b) Los Subsecretarios en el ámbito de su Departamento, así como entre el Departamento y sus Organismos autónomos y, en su caso, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. c) Los Presidentes o Directores de Organismos autónomos y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social respecto de los funcionarios destinados en ellos. d) Los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuando se produzcan entre servicios de distintos Departamentos, previo informe favorable de éstos (art. 59 Real Decreto 364/1995).

• Reasignación de efectivos

Cuando como consecuencia de un Plan de Empleo se produzca la supresión de puestos de trabajo, los funcionarios afectados podrán ser destinados, con carácter definitivo, a otros puestos de trabajo aplicando, en todo

⁵⁰ Son puestos no singularizados aquellos que no se individualizan o distinguen de los restantes puestos de trabajo en las correspondientes relaciones.

caso, criterios objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad⁵¹.

Esta reasignación de efectivos podrá producirse en alguna de las siguientes fases:

1ª En el plazo máximo de seis meses desde la supresión del puesto de trabajo, reasignándose a un puesto de trabajo de similares características, funciones y retribuciones en el ámbito del Ministerio y de los Organismos adscritos.

2ª Si en el plazo señalado en la fase anterior el funcionario no hubiera obtenido puesto en el Ministerio donde estaba destinado podrá ser reasignado, en un plazo máximo de tres meses, a un puesto en otro Departamento ministerial en las mismas condiciones señaladas –similares características, funciones...–.

En estas dos primeras fases la reasignación tendrá carácter obligatorio para puestos en el mismo municipio y voluntario para puestos que radiquen en otro distinto.

Durante estas dos fases, y en tanto no sea reasignado, el funcionario continuará percibiendo las retribuciones del puesto de trabajo suprimido y podrán encomendársele tareas adecuadas a su Cuerpo o Escala de pertenencia.

3ª Los funcionarios que tras las anteriores fases no hayan obtenido un puesto de trabajo serán adscritos al Ministerio competente para las Administraciones Públicas a través de relaciones específicas de puestos en reasignación, siendo declarados en la situación administrativa de expectativa de destino, pudiendo ser reasignados a puestos de similares características a los que tenían de otros Ministerios y sus Organismos adscritos⁵².

⁵¹ Estos criterios habrán de concretarse en el propio Plan de Empleo.

⁵² A estos efectos se entenderán como puestos de similares características los que guarden semejanza en

Esta reasignación tendrá carácter obligatorio cuando el puesto esté situado en la misma provincia y voluntario cuando radique en provincia distinta a la del puesto que se desempeñaba en el Departamento de origen [art. 20.1.g) Ley 30/1984 y art. 60 Real Decreto 364/1995].

Cuando los funcionarios, como consecuencia de la reasignación de efectivos, vean modificado su municipio de residencia tendrán derecho a la indemnización prevista en el artículo 20.1.g) Ley 30/1984⁵³, sin perjuicio de aquellas otras ayudas adicionales que puedan establecerse en los Planes de Empleo.

• Remoción en los puestos de trabajo

Los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso podrán ser removidos por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto –realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria– o de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto.

A estos funcionarios se les atribuirá, con carácter provisional, el desempeño de un puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala,

su forma de provisión y retribuciones respecto del que venía desempeñando el funcionario.

⁵³ Art. 20.1.g) Ley 30/1984: «En el ámbito de la Administración General del Estado la indemnización consistirá en el abono de los gastos de viaje, incluidos los de su familia, una indemnización de tres dietas por el titular y cada miembro de su familia que efectivamente se traslade y el pago de los gastos de transporte de mobiliario y enseres, así como una indemnización de tres mensualidades de la totalidad de sus retribuciones, excepto el complemento de productividad, cuando se produzca cambio de provincia o isla».

en el mismo municipio, no inferior en más de dos niveles al de su grado personal, en tanto no obtengan otro con carácter definitivo, con efectos del día siguiente al de la fecha del cese (art. 50 Real Decreto 364/1995).

- Cese

Los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional.

Estos funcionarios serán adscritos provisionalmente a un puesto de trabajo correspondiente a su Cuerpo o Escala no inferior en más de dos niveles al de su grado personal en el mismo municipio⁵⁴, en tanto no obtengan otro con carácter definitivo, con efectos del día siguiente al de la fecha del cese (art. 58 Real Decreto 364/1995).

- Cambio de adscripción de puestos de trabajo

Esta movilidad supone la adscripción de puestos de trabajo no singularizados y de los funcionarios titulares de los mismos a otras unidades o centros.

La adscripción que suponga cambio de municipio requiere la conformidad de los titulares de los puestos (art. 61 Real Decreto 364/1995).

- Adscripción temporal en caso de urgente e inaplazable necesidad

El apartado 3 del art. 81 Ley 7/2007 recoge un procedimiento más de provisión de puestos de trabajo con carácter forzoso, necesitado, por tanto, de causalidad: caso de urgente

⁵⁴ La necesidad de que el nuevo puesto sea en el mismo municipio no será de aplicación cuando se trate del cese de funcionarios destinados en el exterior.

e inaplazable necesidad⁵⁵. Sin embargo, y a diferencia de los supuestos anteriores, éste se encuentra dotado de temporalidad.

No constituye un proceso completamente novedoso, ya que con igual finalidad y causalidad se contemplan en la legislación vigente las comisiones de servicios, si bien se incluyen ciertos elementos que le dotan de singularidad. El más destacable, sin duda, dada la generalidad del precepto, lo constituye la no adscripción de esta nueva figura a una necesaria cobertura de vacante, imprescindible para los supuestos de comisiones de servicios⁵⁶.

Recuérdese sobre tales extremos que el Real Decreto 364/1995 sólo contempla esta modalidad de provisión, voluntaria o forzosa, cuando se trate un puesto vacante y no para cualquier otro supuesto.

En lo que ahora atañe, las comisiones de servicios de carácter forzoso podrán acordarse cuando, celebrado concurso para la provisión de una vacante, ésta se declare desierta y sea urgente para el servicio su provisión. En tales casos podrá destinarse con carácter forzoso al funcionario que preste servicios en el mismo Departamento, incluidos sus Organismos autónomos, o Entidad Gestora de la Seguridad Social, en el municipio más próximo o con mejores facilidades de desplazamiento y que tenga menores cargas familiares y, en igualdad de condiciones, al de menor antigüedad.

⁵⁵ Sobre este concepto jurídico indeterminado, cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 845-846.

⁵⁶ Cfr. J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 622, apuntando este carácter completamente abierto, dejando en manos de las Comunidades Autónomas y de la AGE la creación de cualquier tipo de figura o procedimiento de provisión temporal reservado a funcionarios de carrera diferente a los actualmente existentes (adscripción provisional y comisiones de servicios).

En cuanto al resto de elementos que integran este procedimiento –duración, órganos competentes, plazos...–, en tanto que comunes con las comisiones de servicios voluntarias, se remite a lo recogido sobre aquéllas *supra*.

3. MOVILIDAD INTERNA DEL PERSONAL LABORAL⁵⁷

3.1. Un complejo juego normativo

En el complejo juego de interacciones y mixturas que la Ley 7/2007 crea entre ella y la legislación laboral habrá de situarse la singular regla sobre provisión de puestos y movilidad de personal laboral contenida en su art. 83⁵⁸, la cual señala que ésta se realizará «de acuerdo con lo que prevean los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de [...] movilidad del personal funcionario de carrera» regulado en sus arts. 81, 82 y 84⁵⁹. De entre ellos sobresalen las reglas dispuestas por ese art. 82 respecto de la movilidad por razón de violencia de género⁶⁰.

⁵⁷ Ampliamente sobre esta materia, cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Organización de los empleos públicos», en VV. AA.: *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, (M. CARDENAL CARRO y A. V. SEMPERE NAVARRO, dirs., y F. J. HIERRO HIERRO, coord.), Madrid, 2010, págs. 676 a 742.

⁵⁸ Precepto directamente aplicable respecto del personal laboral de la AGE, cfr. Instrucción núm. 5 de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

⁵⁹ Se vino a aceptar así la enmienda núm. 489 (Grupo Parlamentario Catalán), BOCG –*Congreso de los Diputados*–, núm. 94-9, de 24 de noviembre de 2006, pág. 217, con lo que se prevé la aplicación supletoria de la provisión y movilidad del personal funcionario en caso de que no exista una regulación específica para el personal laboral.

⁶⁰ Cfr. L. E. DE LA VILLA GIL: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos

Es preciso, por ende, acudir en primer término a los convenios colectivos aplicables para conocer el régimen jurídico de la movilidad del personal laboral que actúan como fuente principal. Tan sólo en caso de silencio o vacíos en el fruto de la negociación colectiva habrá de acudir a la regulación prevista para los funcionarios de carrera⁶¹.

Esta remisión a la legislación funcionarial, con la desaparición plena de cualquier referencia al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) ha sido cuestionada por la doctrina científica. Se plantea la duda de si los preceptos del ET encargados de la regulación de la movilidad funcional y geográfica –arts. 39 y 40– se aplican al personal laboral de las Administraciones Públicas con carácter subsidiario o si, por el contrario, ha de realizarse una interpretación estrictamente literal de aquel art. 83 que ante la ausencia de convenio remite a la regulación establecida en la Ley 7/2007, obviando la aplicación supletoria del ET.

En verdad, la mención exclusiva a los convenios colectivos puede resultar ciertamente limitada⁶².

Un sector de la doctrina científica entiende, de manera acertada, que la invocación en este punto del Estatuto Básico como norma supletoria nunca podrá ser actualizada, por cuanto el ET constituye un mínimo indisponible para la negociación colectiva que no cabe

tos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *RGDTySS*, núm. 14 (2007), <http://www.iustel.com>.

⁶¹ Como ha calificado algún autor, este precepto establece la imposición directa vía supletoriedad de las reglas que operan para la función pública profesional, cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 856.

⁶² Cfr. A. PALOMAR OLMEDA: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 500.

desconocer o ignorar, y que, si silenciado, habrá de abrir la fuente originaria, y nunca la supletoria, a riesgo de ignorar la regla general contenida en el art. 7 de la Ley 7/2007⁶³. Afortunadamente el contraste de fuentes es casi siempre innecesario, ya que la generalidad de los convenios optan, bien por remitir a los preceptos del ET sin mayores previsiones, bien por reformular su contenido.

Otros autores se inclinan a favor de la interpretación literal del Estatuto Básico, donde su art. 83, sorprendentemente, hace desaparecer los arts. 39 y 40 ET, no cabiendo su aplicación supletoria⁶⁴. Es más, consideran que la expresión «en su defecto» no debe interpretarse en el sentido de que la negociación colectiva laboral podrá sustituir libremente las reglas legales administrativas en orden a la movilidad, sino más bien como que los convenios colectivos concretarán aquéllas, aplicándose preferentemente las previsiones convencionales por su carácter de normas especiales⁶⁵.

Sentado lo anterior se cree adecuado realizar una aproximación a la regulación contenida en el *III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado*, lejos de cualquier pretensión de estudio de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las distintas

⁶³ Cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Organización de los empleos públicos», en VV. AA.: *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, cit., págs. 682-683.

En términos parecidos, P. RIVAS VALLEJO: «Provisión de puestos y movilidad del personal laboral», en VV. AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008* (J. L. MORENO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, S. OLARTE ENCABO y P. RIVAS VALLEJO, dirs.), Granada, 2008, pág. 831.

⁶⁴ Cfr. J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor, 2009, pág. 311.

⁶⁵ En este sentido, cfr. F. RAMOS MORAGUES: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, Tesis Doctoral inédita, Valencia, 2010, pág. 515.

Administraciones Públicas, lo que superaría con creces el objeto de este trabajo y las dimensiones propias de un estudio doctrinal de estas características y de la Revista que lo acoge.

3.2. Distintos supuestos de movilidad en la AGE

3.2.1. Movilidad funcional

A. Movilidad funcional ordinaria

El art. 73.2 de la Ley 7/2007 dispone que «las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades de servicio lo justifiquen sin merma de las retribuciones».

En cuanto aquí interesa, el art. 21 III Convenio colectivo único perfila dicho régimen jurídico, y establece en su apartado primero lo siguiente: «Los órganos competentes de la Administración General del Estado podrán acordar motivadamente en el ámbito de este Convenio la movilidad funcional entre puestos de trabajo dentro del grupo profesional al que pertenezca el trabajador, con las únicas limitaciones de la titulación académica o profesional exigida para ejercer la prestación laboral y de las aptitudes de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, que podrán completarse, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos básicos de formación y adaptación»⁶⁶.

La lectura de corrido de estos preceptos asemeja a grandes rasgos su regulación a la contenida en el art. 39 ET respecto de los tra-

⁶⁶ Cfr. STSJ Madrid 13 noviembre 2006 (JUR 2007, 68778).

bajadores asalariados. Sin embargo, la disparidad existente entre aquellos y éste es manifiesta, por cuanto cabe apreciar una restricción expresa de no menor calado en el ejercicio del poder de dirección del empleador público respecto del empresario privado⁶⁷.

En el seno de la empresa privada el empleador es libre de ordenar, en el ejercicio de su *ius variandi* ordinario, sin alegación de causa y sin límite temporal, el cambio de funciones de sus trabajadores dentro del mismo grupo profesional o, en su defecto, entre categorías profesionales equivalentes sin más limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales necesarias para el ejercicio de la prestación laboral. Frente a esa discrecionalidad otorgada por el apartado 1 del art. 39 ET, sin causa alguna, la negociación colectiva requiere al empleador público la motivación, en otras palabras, la causalidad en la que se sustenta esa movilidad.

La función de esta imprescindible justificación no es otra que permitir el control más sencillo de una eventual desviación de poder, por no responder a la necesidad de atender a la óptima utilización de los recursos humanos, sino a motivos espurios. Por ello quizá, como ha señalado un sector de la doctrina científica⁶⁸, resulte absolutamente exagerado hacer de esta demanda cuestión, a lo que se unen las múltiples opciones presentes para su cumplimiento. No obstante, ésta no puede dejar de presentarse como una restricción al poder de dirección empresarial que puede implicar una cierta carga cuando la decisión deba ser urgente.

⁶⁷ Cfr. A. V. SEMPERE NAVARRO y M.^ª ARETA MARTÍNEZ: «Desempeño y agrupación de puestos de trabajo», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 773-774.

⁶⁸ Cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Organización de los empleos públicos», en VV. AA.: *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, cit., págs. 679-680.

Continúa este art. 21 señalando junto a las tradicionales limitaciones a la movilidad funcional de la titulación académica o profesional contenidas en iguales términos en el art. 39 ET las limitaciones propias de las aptitudes de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo. Materia no recogida expresamente en el ET pero sí presente⁶⁹.

Cuando esta movilidad, aún tratándose del mismo grupo profesional, afecta a otra área funcional, categoría o especialidad profesional prevista en la relación de puestos de trabajo se añaden los siguientes requisitos⁷⁰:

1. Comunicación motivada a la Subcomisión Delegada.
2. Criterios de precedencia para asignar a los trabajadores afectados, entre los que deberá estimarse la voluntariedad del trabajador.
3. Programa de formación y adaptación al puesto de trabajo, si fuera necesario.

Nuevas exigencias, o garantías del trabajador, que restringen aún más el poder de dirección del empresario público frente al privado.

A ello se une la concreción temporal máxima de esta movilidad (inexistente para el empresario privado pudiendo incluso alcanzar carácter definitivo), por cuanto el apartado cuarto de este art. 21 comentado señala

⁶⁹ Lo que ya sucedería también en el campo de las relaciones laborales *inter privados*, cfr. A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Madrid, 2010, págs. 425.

⁷⁰ Cfr. A. MONTOYA MELGAR; J. M. GALIANA MORENO, A. V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 5ª ed., Cizur Menor, 2003, pág. 289, señalando que, produciéndose el cambio de funciones en el marco del grupo o las categorías profesionales equivalentes, con respeto a las titulaciones, nada impide que se asignen al trabajador tareas o cometidos propios de categorías superiores o inferiores.

que en el supuesto de que un puesto de trabajo sea ocupado mediante movilidad funcional por el mismo o diferente trabajador durante un año continuado o dos alternos en un plazo de tres años, se procederá a su cobertura a través de los procedimientos de provisión de vacantes establecidos en el Capítulo VI de este III Convenio colectivo único. En ningún caso este tiempo de servicios prestados como consecuencia de la movilidad funcional podrá ser valorado como mérito para la provisión del puesto.

El necesario control del uso desviado que pudiera llegar a realizarse de esta movilidad, no guiada por la búsqueda de la eficacia y eficiencia de la Administración Pública en el reajuste de sus recursos humanos, incita al establecimiento de estas exigencias de causalidad y temporalidad y a la exclusión de la valoración de su desempeño para la provisión del puesto.

En otros pasajes de este art. 21 III Convenio colectivo único el seguidismo de la regulación establecida para los trabajadores por cuenta ajena del sector privado es manifiesto. Así, de una parte, la exigencia de que esta movilidad se efectúe sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente al puesto que efectivamente desempeñe (apartado tercero) y, de otra, la imposibilidad de invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas a las habituales como consecuencia de esta movilidad (apartado cuarto).

B. Movilidad funcional extraordinaria

Lejos de la imprevisión de la Ley 7/2007 en cuanto a la regulación expresa de la movilidad funcional extraordinaria, esto es, la encomienda al trabajador público de la realización de funciones que no se corresponden con

su categoría o grupo profesional⁷¹, el convenio colectivo, fuente principal de regulación tras la remisión realizada por el art. 83 de dicho texto legal, continuando como hasta ahora sí contempla tales extremos.

La regulación de esta materia en el III Convenio colectivo único se encuentra en su art. 22 el cual señala que por necesidades del servicio, cuando concurren algunas de las causas señaladas en el art. 39.2 ET (técnicas, de eficiencia organizativa y para una mejor prestación de los servicios públicos), la Administración, previa comunicación a los representantes de los trabajadores y a la Subcomisión Delegada, podrá acordar por el tiempo imprescindible la movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional, con las únicas limitaciones inherentes a las titulaciones académicas o a los conocimientos profesionales que se puedan requerir para el desempeño de las funciones correspondientes.

En todo caso, esta movilidad se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones del puesto que efectivamente desempeñe, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrán la retribución de origen⁷².

En el caso de encomienda de funciones inferiores, la movilidad deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevi-

⁷¹ Cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Organización de los empleos públicos», en VV. AA.: *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, cit., pág. 682, quien no esconde su malestar por esta deficiente regulación.

⁷² Cfr. SSTSJ Andalucía/ Sevilla 19 marzo 2003 (JUR 2003, 176285) y Castilla-La Mancha 29 septiembre 2005 (JUR 2005, 274551). No procederá la retribución correspondiente a la superior categoría cuando no se cumplan íntegramente las funciones correspondientes a aquella, STSJ Castilla y León/ Valladolid 20 febrero 2006 (JUR 2006, 99308).

bles del servicio, no pudiendo ser su duración en su totalidad superior a un mes en un año. Concreción temporal que cabe calificar como acertada, no sólo por cuanto delimita el concepto jurídico indeterminado constituido por «el tiempo imprescindible», sino también porque el período fijado –un mes en un año– se considera plenamente ajustado a las necesidades de perentoriedad o al carácter imprevisible del servicio. Más allá de ese espacio temporal se estima que tales características pierden sus rasgos definidores.

Cuando se atribuyan funciones superiores, éstas se encomendarán preferentemente a los trabajadores del grupo profesional inmediatamente inferior.

La atribución de funciones superiores será, en todo caso, inferior a ocho meses durante dos años, computados de fecha a fecha y se realizará atendiendo a criterios objetivos⁷³. Si superados estos plazos persistiera la necesidad de realizar esas funciones, la Administración procederá a su cobertura a través de los procedimientos de provisión de vacantes establecido en el capítulo VI del III Convenio colectivo único. Los principios de igualdad, mérito y capacidad impiden cualquier posibilidad de modificar el grupo profesional a través de esta movilidad funcional.

Tampoco podrán ser valorados como mérito para el ascenso el tiempo de servicio prestado en funciones de superior grupo profesional.

Nada se concreta, como sí sucede respecto a la movilidad funcional ordinaria, sobre la prohibición de invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas a las habituales como consecuencia de esta movilidad extraordinaria. Nada empece incorporar esta exigencia adicional a la regulación establecida, por cuanto

⁷³ El precepto no recoge el espacio temporal anual como fija el art. 39.4 ET y sí establecía su predecesor: seis meses durante un año.

no se puede olvidar que el ET constituye un mínimo indisponible para la negociación colectiva que no cabe desconocer o ignorar⁷⁴.

Salvo la concreción temporal de la temporalidad en los supuestos de movilidad funcional descendente las novedades que incorpora este precepto son escasas en relación con la norma genérica de los trabajadores asalariados del sector privado.

C. Otros supuestos de movilidad funcional justificados en necesidades del trabajador

a) Movilidad por incapacidad permanente total

El art. 23 III Convenio colectivo único remite a sus arts. 63, 64 y 65 la regulación, entre otros, de los supuestos de movilidad por incapacidad laboral, por disminución de capacidad y para protección a la maternidad.

En lo que ahora atañe, el art. 63 establece que una vez que el trabajador es declarado en situación de incapacidad laboral permanente total, la Administración procederá, previa solicitud del trabajador y una vez realizadas las actuaciones necesarias y con las garantías fijadas en el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, al cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a la situación del trabajador siempre que exista una vacante de igual o inferior grupo profesional al del trabajador⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Organización de los empleos públicos», en VV. AA.: *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, cit., págs. 682-683.

⁷⁵ Cfr. SSTSJ Castilla-La Mancha 28 junio 2006 (JUR 2006, 236109) y 23 febrero 2006 (AS 2006, 552); Comunidad Valenciana 12 julio 2005 (JUR 2005, 276485); Cantabria 8 junio 2005 (JUR 2005, 148880) y Madrid 23 febrero 2004 (AS 2004, 2241). No procederá esta movilidad a puestos de superior categoría. Cfr. STSJ Murcia 18 septiembre 2006 (JUR 2006, 257940).

Desde el momento en que la AGE ha suscrito este Convenio colectivo se obliga a proceder a ese cambio de puesto de trabajo, por cuanto no puede alegar la imposibilidad

Se dará lugar con ello a una novación del contrato⁷⁶. Dicho cambio debe ser comunicado a los representantes de los trabajadores.

Los servicios de prevención de riesgos laborales serán los encargados de determinar, a la vista del informe médico presentado por el trabajador, que el puesto de trabajo ofertado no pueda influir negativamente en la salud del trabajador. Decaerá el derecho del trabajador a que se le aplique esta movilidad cuando en el caso de ser favorable el mencionado informe el trabajador rechace el puesto en cuestión.

Si el trabajador en situación de incapacidad laboral permanente total no hubiese solicitado el cambio a un puesto de trabajo más adecuado a su capacidad residual en el plazo de dos meses desde la fecha de la resolución del INSS, entonces se extinguirá la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2 ET (para los casos de revisión por mejora)⁷⁷. Los complementos de puesto y aquellos otros que retribuyan una mayor cantidad o calidad en el trabajo, se percibirán de conformidad con las retribuciones que correspondan al nuevo puesto de trabajo⁷⁸.

b) Movilidad por disminución de capacidad

En cuanto al tipo de movilidad funcional por reducción de capacidad del trabajador se

sibilidad de cumplir con lo previsto en el Convenio colectivo citado dado que tendrá que modificar la estructura de sus plantillas de puestos de trabajo.

⁷⁶ Desaparecen de la nueva regulación convencional las exigencias contenidas en el precepto de igual numeración del II Convenio colectivo único de reducción de jornada al 50% y de la retribución de forma proporcional. Cfr. STSJ Castilla-La Mancha 11 noviembre 2004 (JUR 2004, 312695).

⁷⁷ Sobre el inicio del cómputo del período de solicitud, cfr. STSJ Castilla-La Mancha 14 abril 2005 (AS 2005, 601); y sobre la exigencia de solicitud previa, cfr. STSJ Madrid 5 diciembre 2003 (AS 2004, 572).

⁷⁸ Cfr. STSJ Castilla y León 3 septiembre 2003 (AS 2004, 523).

dispone que ésta podrá llevarse a cabo a petición del trabajador o por decisión de la Administración a puestos de trabajo de igual o inferior grupo profesional que se encuentren vacantes⁷⁹. Con carácter previo se requiere informe del servicio médico designado por la Administración.

Estas peticiones serán resueltas por la Administración, siendo necesaria la concurrencia durante su tramitación, efectuada igualmente por dicha entidad, del acuerdo de la Subcomisión Delegada correspondiente y del informe del servicio de prevención de riesgos laborales o unidad que asuma las funciones de prevención respecto de las tareas que el trabajador no pueda desempeñar como consecuencia de la disminución de su capacidad.

En ocasiones se requerirá la previa formación profesional para adaptar al trabajador a su nuevo puesto de trabajo, que será facilitada por la Administración.

c) Movilidad para la protección de la maternidad

El art. 65 III Convenio colectivo único recoge una serie de previsiones para la protección a la maternidad que giran en torno al objetivo de garantizar la salud de la madre, la del feto y, posteriormente, la del lactante, a cuyos efectos en situaciones de embarazo o lactancia se tendrá derecho a la adaptación de las condiciones o del tiempo o turno de trabajo, o, en su caso, al cambio temporal de puesto de trabajo o de funciones, previo informe o recomendación de los servicios médicos de la Administración.

Con carácter previo a la implementación de tales medidas, se llevarán a cabo las actuaciones previstas en el art. 26 de la Ley 31/1995, conforme a las garantías establecidas en el mismo.

⁷⁹ Cfr. STSJ Comunidad Valencia 8 abril 2005 (JUR 2005, 165126).

A diferencia de la movilidad funcional por incapacidad laboral, donde bastaba la simple comunicación del cambio de puesto de trabajo, en este supuesto se requiere, como exigencia adicional, la comunicación previa de estos cambios a los representantes de los trabajadores.

d) Movilidad funcional voluntaria –remisión–

El estudio de los distintos supuestos de movilidad de los empleados públicos, aún sin adentrarse en un análisis riguroso y exhaustivo de los preceptos propios de la provisión de puestos de trabajo, requiere la explicación, siquiera somera, de alguno de ellos.

Recuérdese que el art. 83 de la Ley 7/2007 fija como fuente principal de regulación de la provisión de puestos y de la movilidad del personal laboral los convenios colectivos y sólo en su defecto los sistemas de provisión de puestos y movilidad establecidos en sus arts. 78 a 80 para el personal funcionario de carrera –procedimientos de concurso, libre designación y aquellos otros que puedan establecerse⁸⁰.

En esta ocasión la movilidad posee una nueva dimensión, por cuanto no trae causa de la decisión de una Administración, sino en la propia voluntad del trabajador, actuando como pieza fundamental en el diseño de su carrera profesional, adecuando sus intereses particulares con los fines y objetivos de la organización pública, a saber, la eficacia y la eficiencia⁸¹.

El Capítulo VI del III Convenio colectivo único dedica, bajo la rúbrica *Sistema de pro-*

visión de vacantes y promoción, nueve preceptos a la regulación de tales extremos con el objeto expreso de armonizar las expectativas de promoción de los trabajadores públicos con las necesidades organizativas de la Administración.

En lo que ahora interesa, entre los distintos procedimientos que engloba el aludido Capítulo para la cobertura de los puestos de trabajo vacantes destacan el concurso de traslados, la promoción profesional, la permuta y la adscripción temporal a puestos vacantes.

Será en apartados siguientes en los que de manera conjunta a la movilidad funcional y geográfica se acometa el estudio de estas y otras figuras al tratarse de procedimientos válidos para ambos supuestos, siendo en los tres primeros en los que concurre la nota de la voluntariedad.

3.2.2. Movilidad geográfica

A. Cuestiones previas: causas

La regulación de la movilidad geográfica del personal laboral al servicio de la AGE se encuentra contenida con carácter general en los arts. 24 a 27 III Convenio colectivo único, ambos incluidos, si bien no es infrecuente encontrar en otros preceptos de mismo cuerpo normativo disposiciones relativas a esta temática.

Es el art. 25 el encargado de concretar las causas de esta movilidad cuando ésta suponga el traslado de centro de trabajo a un municipio distinto de aquél en que se presta habitualmente servicio siempre que diste una distancia superior a 10 kilómetros. Estas causas no son otras que:

- Traslado a petición del trabajador, mediante participación en los concursos de traslados regulados en el capítulo VI del Convenio;

⁸⁰ Cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 795 y ss.

⁸¹ Cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Organización de los empleos públicos», en VV. AA.: *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, cit., pág. 721.

- traslado obligatorio, en los supuestos y condiciones previstas en el art. 40 ET y demás preceptos de este convenio y
- otras formas de movilidad contempladas en este Convenio.

B. Movilidad geográfica obligatoria

a) Traslado obligatorio

Al igual que sucede respecto de la movilidad geográfica contemplada en el ET, el traslado obligatorio del trabajador público –art. 26 III Convenio colectivo único– se encuentra necesitado de causalidad. Dicho traslado requerirá de la existencia de razones técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos que lo justifiquen⁸².

Estas exigencias recuerdan en exceso la redacción contenida en el art. 40 ET, si bien las mismas han sido reformuladas de modo acorde a la institución que las acoge: una Administración Pública, donde las circunstancias económicas y de producción tienen un complejo encaje⁸³.

Esta movilidad geográfica puede ser individual o colectiva.

En el caso de movilidad geográfica de carácter individual, la correspondiente Subcomisión Delegada, en el plazo de 15 días desde su presentación, ha de negociar la movilidad con carácter previo a la adopción de la resolución motivadora de la decisión. Con posterioridad a dicha negociación, la decisión se notificará al trabajador afectado y a sus representantes legales y sindicales con una

⁸² Cfr. STSJ Castilla y León/ Valladolid 10 febrero 2004 (JUR 2004, 82430).

⁸³ En igual sentido, cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Organización de los empleos públicos», en VV. AA.: *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, cit., págs. 698-699.

antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

El marco laboral del trabajador público fija así nuevamente una serie mayor de prerrogativas que el ET, siendo necesario ahora un proceso negociador incluso en los supuestos de traslados individuales, con lo que se merma el poder de dirección del empresario público y, como contrapartida, se amplían las garantías de los trabajadores que prestan sus servicios en la Administración.

Cuando se trate de traslados colectivos irá precedido del período de consultas con los representantes de los trabajadores que se establece en el art. 40 ET. Finalizada la negociación la decisión de traslado será comunicada a los trabajadores afectados y a la Subcomisión Delegada con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

Para el trabajador trasladado de forma obligatoria entre centros de trabajo distantes más de 50 kilómetros o con cambio de isla y que suponga cambio de residencia, se devengan los siguientes derechos económicos: el abono de los gastos de viaje de él y el de su familia; una indemnización de 3 días de dietas por el titular y cada miembro de su familia que efectivamente se traslade; el pago de los gastos de transporte del mobiliario y enseres y una cantidad a tanto alzado de 10.942,73 euros, incrementada en un 20% por el cónyuge o conviviente acreditado y por cada hijo, siempre que dependan del trabajador⁸⁴.

⁸⁴ Cantidad sensiblemente superior a las cuantías fijadas en otras Administraciones Públicas, cfr. art. 41.2 de la Resolución de 2 de junio de 2009, en la que se acuerda la inscripción y se dispone la publicación del VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que fija esta indemnización en 7.548,18 euros; y considerablemente inferior a las establecidas en el ámbito privado, cfr. art. 53.2.b) de la Resolución de 30 de abril de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIII Convenio Colectivo de Repsol Butano, S.A., que cuantifica esta indemnización para el personal excedente en 16.549,87 euros.

Cuando el traslado obligatorio se lleve a cabo entre centros de trabajo distantes menos de 50 kilómetros, el trabajador tendrá derecho, por una sola vez, a las siguientes indemnizaciones, salvo que por parte de la Administración se facilite medio de transporte: de 20 a 35 kilómetros: 1.641,40 euros y más de 35 kilómetros: 2.553,28 euros⁸⁵.

Los trabajadores afectados por un traslado obligatorio tendrán preferencia para ocupar las vacantes de necesaria provisión de su grupo profesional y área funcional que se produzcan en la localidad de origen, provincia o isla, durante los dos años inmediatamente siguientes. Pero ese derecho preferente sólo es ejercitable por una sola vez, y cuando haya transcurrido al menos un año desde el traslado del que ha sido objeto.

b) Un ejemplo de obligatoriedad limitada: el desplazamiento temporal

Por razones técnicas, organizativas o de prestación de servicio público, esto es, por las mismas causas justificativas que para el traslado obligatorio definitivo, la Administración Pública podrá efectuar desplazamientos temporales de sus trabajadores que exijan que éstos hayan de residir en población distinta de la de su domicilio habitual. Sin embargo, y a diferencia del traslado, en este caso se atiende, en primer término, a criterios de voluntariedad.

Se trata, por tanto, de una movilidad obligatoria que si bien encuentra su causalidad en los fines y objetivos de la organización pública, a saber, la eficacia y la eficiencia, no denuesta los intereses particulares de sus recursos humanos, dando entrada a tal carácter únicamente cuando no hubiera sido cubierta la vacante por solicitud de otro. Ello

⁸⁵ No dará derecho a indemnización alguna el traslado forzoso que sancione los incumplimientos laborales muy graves, cfr. art. 79.1.c) III Convenio colectivo único.

supone, primero, ofertar el puesto a todos los posibles interesados que reúnan las características requeridas; y, únicamente, en un segundo momento, cabrá la imposición⁸⁶.

Este desplazamiento se deberá comunicar por escrito al trabajador, a sus representantes y a la Subcomisión Delegada con quince días de antelación, haciendo constar tanto las razones del mismo como la duración aproximada del desplazamiento, no pudiendo superar los doce meses.

Al trabajador desplazado, además de sus retribuciones, se le abonarán los gastos de viaje y dietas según lo establecido por el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón de servicio, y por el art. 76 del Convenio colectivo único⁸⁷.

c) Movilidad sin cambio de funciones y dentro de la misma localidad o municipio

En lo que se refiere a la movilidad sin cambio de funciones el art. 24 III Convenio colectivo único establece que cuando ésta traspase los límites del centro de trabajo, entendido éste como la unidad productiva con organización específica, dentro del ámbito de la misma localidad o municipio, la Administración habrá de justificarla por necesidades del servicio.

En los casos en que sea necesario aplicar unos criterios de prelación por no afectar la movilidad a todo el colectivo que con iguales características presta sus servicios en el centro de trabajo, se aplicará el criterio de menor antigüedad en la AGE, correspondiendo a los representantes legales de los trabajadores prioridad en cuanto a la permanencia.

⁸⁶ Cfr. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Organización de los empleos públicos», en VV. AA.: *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, cit., pág. 702.

⁸⁷ Sobre las diferencias entre traslado y desplazamiento, cfr. STSJ La Rioja 4 noviembre 2003 (JUR 2004, 88423).

Una exigencia más atribuida a la Administración en este campo es la que le atribuye la obligación de informar de la aludida movilidad a los representantes de los trabajadores, en el exiguo plazo de tres días.

Una vez más las garantías de los trabajadores públicos se hacen presentes limitando el poder de dirección de la Administración.

C. Movilidad geográfica voluntaria –Remisión–

Tal y como ha sido anunciado *supra*, el estudio de aquellos procedimientos de provisión de puestos de trabajo válidos tanto para el cambio de funciones como para la movilidad geográfica serán analizados de manera conjunta. Al apartado correspondiente se remite.

3.2.3. *Otros supuestos de movilidad funcional y geográfica –voluntarios y forzosos–: concurso de traslados, promoción profesional, permuta, adscripción temporal a puestos vacantes y movilidad por razones objetivas*

El Capítulo VI del III Convenio colectivo único regula el sistema de provisión de vacantes y promoción de personal laboral, en el cual se atiende a los principios generales; traslados; regulación de las convocatorias de ingreso y promoción; sistemas selectivos; otras formas de movilidad; convocatoria; órganos de selección; período de prueba y lo relativo al personal temporal.

En lo atinente a los procedimientos conforme a los cuales hayan de proveerse los puestos de trabajo vacantes de personal laboral cuya cobertura sea necesaria, de acuerdo con la planificación de recursos humanos de la organización, se establece que estos sean los siguientes: reingreso, traslado, promoción profesional, ingreso libre y cualquier otra for-

ma prevista en el Convenio –movilidad de la contratada laboral víctima de violencia de género, movilidad entre Administraciones Públicas, permuta...–.

En lo que ahora atañe, son las figuras del concurso de traslados, la promoción interna y otros supuestos de movilidad las que centrarán la atención, al constituirse en procedimientos en los que, con carácter voluntario o forzoso, pueden tener cabida indistintamente supuestos de movilidad funcional o geográfica. No obstante lo anterior, la pretensión no es otra que presentar a grandes trazos todas y cada una de estas figuras, lejos de un análisis pormenorizado.

• Concurso de traslados

Los puestos de trabajo vacantes, de necesaria provisión, existentes en el ámbito del Departamento u Organismo Público dependiente o vinculado al mismo serán ofrecidos en concurso de traslados. En este procedimiento podrán participar todos los trabajadores fijos, en activo o en excedencia voluntaria, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- que el puesto de trabajo de destino corresponda a su grupo profesional o a uno inmediatamente inferior⁸⁸;
 - que sea en igual régimen de contratación, salvo en los supuestos de trabajadores fijos contratados a tiempo parcial o fijos discontinuos que hayan prestado servicios como tales durante al menos tres años en el ámbito de aplicación del III Convenio colectivo único y opten a ocupar las vacantes a tiempo completo,
- y

⁸⁸ En el supuesto de optar a un grupo profesional inferior, las retribuciones pasarán a ser las del grupo profesional al que se accede, dando lugar a la novación modificativa del contrato de trabajo.

- que cumplan los requisitos o aptitudes profesionales exigidos en la convocatoria.

Estos traslados se caracterizan por:

- tener carácter voluntario;
- ser, con carácter general, irrenunciables una vez adjudicada la plaza definitivamente⁸⁹;
- no generar derecho a indemnización alguna;
- y obligar a permanecer dos años como mínimo en el nuevo destino antes de volver a concursar.

Con carácter excepcional y de acuerdo con la planificación global de recursos humanos, se podrán convocar, previo acuerdo de la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del Convenio, concursos de traslados de carácter restringido en los que se determinen las vacantes a ofertar y los posibles candidatos en función de las localidades y áreas de actividad.

• Promoción interna

A tal respecto ha de apuntarse que la Administración, en el segundo semestre del año, es la encargada de efectuar las convocatorias que corresponda, las cuales deberán incluir simultáneamente las plazas destinadas a su provisión por el procedimiento de la promoción interna y las plazas para el acceso libre. Es en el primero de ellos, aunque quizá resulte una obviedad manifestarlo, en el que se produce esa movilidad funcional voluntaria.

En los procesos de promoción interna podrán participar todos los trabajadores fijos

con la misma modalidad contractual, siempre que cumplan las siguientes exigencias: se encuentren en el grupo profesional inmediatamente inferior; lleven dos años de servicios efectivos en dicho grupo profesional y cumplan los requisitos de titulación y cualificación exigidos. No obstante lo anterior, estos requisitos conocen de múltiples excepciones.

De una parte, la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación de este Convenio podrá autorizar de forma excepcional, para puestos del área funcional de actividades específicas, la promoción interna de los trabajadores del siguiente grupo profesional inferior.

De otra, también podrán promocionar en este turno al grupo profesional inmediatamente superior los trabajadores fijos, con cuatro años de permanencia en el mismo grupo profesional, sin necesidad de tener la titulación exigida, siempre que cuenten con la titulación requerida en el grupo profesional desde el que acceden. Se exceptúan en estos casos los puestos de trabajo de los grupos profesionales 1 y 2 o cuando pertenezcan a áreas funcionales o áreas de actividad en las que esta previsión no resulte adecuada o cuando se trate de funciones cuyo ejercicio requiera estar en posesión de una titulación académica o profesional habilitante.

También se permitirá la participación en los procesos de promoción interna del grupo 5 al 4 a los trabajadores fijos que, sin la exigencia de titulación requerida, hayan cumplido más de 10 años de antigüedad en el puesto.

• Permuta

Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce a la Administración la posibilidad de autorizar aquella permuta que se realice voluntariamente entre trabajadores fijos en activo de cualquier Administración Pública siempre y cuando los puestos de trabajo sean equivalentes en cuanto a su clasificación y régimen de

⁸⁹ Cabrá la renuncia cuando antes de la finalización del plazo de incorporación se hubiera obtenido otro destino mediante convocatoria pública.

contratación y se cumplan los requisitos siguientes:

- no podrá autorizarse otra permuta a cualquiera de los interesados hasta una vez transcurridos cinco años a partir de su concesión;
- no podrá autorizarse la permuta cuando a alguno de los trabajadores interesados le falte menos de cinco años para cumplir la edad de jubilación forzosa;
- decaerán los efectos de las permutas si en los dos años siguientes a la fecha en que tengan lugar se produce la jubilación voluntaria de alguno de los permu-
tantes y
- presentación de informe previo favorable de los servicios u organismos afectados y de las correspondientes Subcomisiones Delegadas⁹⁰.

En todo caso, los traslados por permuta no darán derecho a indemnización alguna.

• **Adscripción temporal a puestos vacantes**

Una atribución más del ejercicio del poder de dirección del empresario público, aún si bien en esta ocasión sujeta a causalidad, aparece recogida en el apartado 4 del art. 32 III Convenio colectivo único. En casos excepcionales, por motivos del servicio, la Administración podrá autorizar la incorporación temporal de sus trabajadores a puestos de trabajo vacantes del mismo grupo profesional, área funcional y, titulación o especialidad, en su caso, siempre que reúnan los requisitos establecidos para su desempeño en las relaciones de puestos de trabajo.

Esta movilidad, dado que se atiende a criterios de voluntariedad, exige con carácter pre-

⁹⁰ Cfr. SSTSJ Andalucía/ Sevilla 7 julio 2004 (JUR 2005, 78274) y 16 noviembre 2003 (AS 2004, 1580).

vio del informe de las Subcomisiones Delegadas correspondientes. La necesidad de permitir un control sencillo ante posibles actuaciones fraudulentas que no atiendan a la óptima planificación de los recursos humanos lo justifica.

La limitación temporal de esta movilidad, que no podrá exceder de un año, aun cuando quepa su prórroga por otro, también ha de situarse en esta senda. Nada se concreta, no obstante, en el precepto acerca de la motivación de esta prórroga, si bien todo lleva a pensar que serán requeridas las mismas exigencias que para su concesión inicial –necesidades del servicio e informe previo de las Subcomisiones Delegadas correspondientes–.

Por último, cabe reseñar que en los supuestos en los que esta adscripción temporal a puestos vacantes implique movilidad geográfica, en ningún caso aquélla generará las indemnizaciones previstas para ésta.

• **Movilidad por razones objetivas**

Cuando razones de salud y posibilidades de rehabilitación del trabajador, cónyuge, pareja de hecho acreditada o hijos a cargo del trabajador así lo requieran la Administración podrá conceder, previa petición de parte y una vez acordada en la Subcomisión Delegada correspondiente, traslados a puestos de igual o inferior grupo profesional, debiendo además cumplir estos los requisitos establecidos en la relación de puestos de trabajo.

Se requiere para ello, de una parte, del informe del servicio médico designado por la Administración y, de otra, que este cambio se produzca hacia un puesto vacante de necesaria cobertura.

Además del aludido informe médico, se hace imprescindible el informe del servicio de prevención de riesgos laborales o unidad que asuma las funciones de prevención sobre el tipo de tareas que el trabajador no puede rea-

lizar como consecuencia de su estado de salud cuando el motivo de la movilidad esté sustentado en la salud de éste.

Estos traslados se caracterizan por las siguientes notas:

- no generarán derecho a indemnización alguna,
- tienen carácter voluntario
- y no son renunciables una vez adjudicado el puesto definitivamente⁹¹.

Una vez se proceda a la movilidad, el trabajador dispone de un plazo de tres días hábiles para ejecutarla, plazo que se amplía a un mes si el trabajador necesita cambiar su residencia habitual. El trabajador deberá permanecer al menos dos años en el nuevo puesto de trabajo antes de poder concursar.

Cuando la movilidad implique un cambio de puesto a un grupo profesional inferior se requerirá el previo consentimiento del trabajador público, produciéndose una novación modificativa del contrato que en ningún caso dará lugar a conservar derecho alguno respecto de la categoría profesional de origen.

Cuando en estos supuestos de movilidad intervengan dos Subcomisiones Delegadas, además del acuerdo de la Subcomisión Delegada de origen del trabajador, en cuanto al traslado, deberá ser informada la Subcomisión Delegada de destino respecto al puesto asignado al trabajador.

4. UN SUPUESTO ESPECIAL: MOVILIDAD POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La regulación de la movilidad de las empleadas públicas –funcionarias o asalaria-

⁹¹ Caracteres que se asemejan notablemente a los fijados en el procedimiento de concurso de traslados, *cfr. supra*.

das⁹²– víctimas de violencia de género no se contempla como una novedad en la Ley 7/2007, sino que ésta trae causa de las modificaciones normativas que en este campo se han venido produciendo tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de Género⁹³.

Por ello no es extraño encontrar en la doctrina autores que señalan la semejanza entre ambas regulaciones, sin olvidar, no obstante, que se han introducido algunas e importantes modificaciones que facilitan la puesta en marcha de este procedimiento de movilidad⁹⁴.

Es el art. 82 Ley 7/2007 el encargado de fijar la ordenación jurídica relativa al derecho de las mujeres víctimas de violencia de género de solicitar la novación modificativa de lugar de la prestación.

A tal fin dispone que las empleadas públicas víctimas de violencia de género que, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características,

⁹² Esta regulación para el supuesto de la contratada laboral se complementa con lo dispuesto en el apartado 1 del art. 32 III Convenio colectivo único.

⁹³ Sobre los antecedentes de esta regulación, *cfr.* S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «Movilidad por razón de violencia de género», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 854-855; A. PALOMAR OLMEDA: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 494-495 y A. MORENO MÁRQUEZ: «La movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género tras el Estatuto Básico del Empleado Público», *AS*, núm. 7/8 (2008) BIB 2008\1460.

⁹⁴ *Cfr.* J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 624-625.

sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura⁹⁵.

La Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, tras declarar vigentes los procedimientos de provisión de puestos regulados por Ley 30/1984 y el Real Decreto 364/1995⁹⁶, señala como novedad en estos procesos de movilidad, directamente aplicable en el ordenamiento jurídico, la sustitución del derecho preferente de la funcionaria víctima de violencia de género a ocupar otro puesto de trabajo vacante y de necesaria cobertura por el derecho de la empleada pública al traslado a otro puesto de trabajo sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura⁹⁷.

Se da así paso, en primer lugar, de la configuración del derecho de la mujer como pre-

ferente a la atribución de un derecho de carácter inmediato o absoluto⁹⁸, lo que implica que únicamente será tomada en consideración la situación de la empleada pública que solicita el traslado sin ponerla en conexión con la del resto de sujetos que pueden acceder al puesto de trabajo, creando un sistema privilegiado de movilidad para la mujer agredida.

En segundo lugar, basta con que se trate de una vacante⁹⁹, sin que se requiera que el puesto de trabajo sea vacante de necesaria cobertura. De esta forma el derecho inmediato al traslado se proyecta sobre todas las vacantes que existan, al margen de que la Administración en el marco de su potestad organizativa hubiera decidido que esos puestos permanecieran vacantes y no se procediera a la convocatoria pública para su provisión¹⁰⁰.

Este traslado además tendrá la consideración de traslado forzoso, por lo que habrán de respetarse las retribuciones y las condiciones esenciales de trabajo de la mujer, devengando las indemnizaciones que correspondan¹⁰¹.

⁹⁵ De ahí que en estos supuestos se encomiende a la Administración Pública competente la obligación de comunicar a la mujer víctima de violencia de género las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite, al carecer de publicidad las convocatorias. Cfr. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «Movilidad por razón de violencia de género», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 856, destacando el posible interés de la víctima de violencia de género de prestar servicios en la misma localidad, si bien en otro lugar que, por su cercanía u otras razones, propicie una mayor seguridad en los desplazamientos.

⁹⁶ Cfr. art. 66 ter Real Decreto 364/1995.

⁹⁷ Instrucción 10 de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Continúan, por ende, los interrogantes planteados ante la indeterminación del puesto de trabajo, cfr. A. MORENO MÁRQUEZ: «La movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género tras el Estatuto Básico del Empleado Público», cit. y las críticas ante las elevadas dosis de subjetividad de la que se dota el precepto, cfr. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «Movilidad por razón de violencia de género», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 856-857.

⁹⁸ Cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 853.

⁹⁹ No ha de entenderse que esta disposición obliga a la Administración a la creación de un nuevo puesto de trabajo.

¹⁰⁰ Cfr. A. MORENO MÁRQUEZ: «La movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género tras el Estatuto Básico del Empleado Público», cit.

Sobre la posibilidad de que esta regulación viole las previsiones básicas de un sistema ordenado en el Derecho como es la administración, cfr. J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 625.

¹⁰¹ A falta de desarrollo del Estatuto Básico, la indemnización en los supuestos de traslados que supongan cambio de municipio para el personal funcionario de la AGE consistirá en el abono de los gastos de viaje, incluidos los de su familia, una indemnización de tres dietas por el titular y cada miembro de su familia que efectivamente se traslade y el pago de los gastos de transporte de mobiliario y enseres, así como una indem-

En todo caso, en estas actuaciones y procedimientos se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia. Garantía de directa aplicación tal y como postula la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública.

Constituye ésta una advertencia prudente, aun cuando necesitada de importantes reformas en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo para coordinar la reserva descrita con los principios constitucionales proclives a la competencia y a la publicidad¹⁰².

5. MOVILIDAD INTERADMINISTRATIVA

La movilidad interadministrativa permite el trasvase de efectivos entre las distintas Administraciones. La necesidad de fomentar las posibilidades de esta movilidad es mayor hoy en día, si cabe, habida cuenta del enorme proceso de descentralización del empleo público que se ha producido en los últimos años. Así se desprende de las sugerencias recibidas en el seno de la Comisión de Expertos por las organizaciones que le han enviado sus observaciones.

Sin embargo, no parece que ésta haya sido tradicionalmente una preferencia general, ya sea por el interés de los empleados de cada Administración de reservarse las oportunidades de carrera en la misma, ya sea porque algunas entidades, en particular locales,

nización de tres mensualidades de la totalidad de sus retribuciones, excepto el complemento de productividad, cuando se produzca cambio de provincia o isla.

Sobre las indemnizaciones del traslado forzoso del personal laboral *vid. supra*.

¹⁰² Cfr. M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: «La violencia de género y el régimen de la función pública. Una construcción inacabada de su régimen jurídico», *RL*, núm. 10 (2008), La Ley 16272/2008.

temen que otras multipliquen sus ofertas de trabajo abiertas y que sus empleados puedan concurrir a ellas abandonando la Administración de origen, siendo su utilización en la práctica más bien escasa¹⁰³.

La legislación vigente, condicionando esta movilidad a lo establecido en las relaciones de puestos de trabajo, se apuntaba en el Informe de la Comisión como la mayor resistencia a su implantación plena¹⁰⁴.

En consecuencia, la Comisión entendía que el Estatuto Básico debía impulsar las posibilidades de movilidad interadministrativa de los empleados públicos, haciendo referencia a los convenios y acuerdos que puedan adoptar entre ellas, en su caso en el marco de la Conferencia Sectorial de Administración Pública y sin perjuicio de los derechos de movilidad voluntaria que puedan establecerse por ley especial para sectores determinados.

A efectos de facilitar esta movilidad administrativa, el Estatuto debía prever un sistema de homologación de los sistemas selectivos y de los grupos profesionales, clases y categorías de empleados de las distintas Administraciones Públicas. La gestión de dicho sistema debía ser encomendada a algún órgano u organismo creado por la citada Con-

¹⁰³ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 126-127.

En igual sentido, cfr. A. R. TRILLO GARCÍA: «La movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 875-876.

¹⁰⁴ En igual sentido, cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 857-858 y J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 626-627, quien señala que la nueva regulación plantea los mismos problemas de aplicación y de inoperatividad en la aplicación de sus previsiones.

ferencia Sectorial y de ella dependiente, salvo lo que pudiera establecerse por ley especial para sectores determinados¹⁰⁵.

A dar cumplimiento a tales propuestas se destina el art. 84 Ley 7/2007, el cual delega, en primer lugar, a posibles futuros convenios entre las distintas Administraciones u otros instrumentos de colaboración, aunque en tono imperativo por el precepto se disponga «establecerán»¹⁰⁶, la concreción de medidas de movilidad que puedan adoptarse –porcentajes y áreas de actuación...–¹⁰⁷; y, atribuye, en segundo lugar, con carácter potestativo, a la Conferencia Sectorial la facultad de llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible esta movilidad¹⁰⁸.

Recuérdese sobre este particular, y hasta tanto se produzca el desarrollo de la Ley 7/2007, lo dispuesto por la Resolución de 21

de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, la cual señala que los procedimientos de provisión de puestos seguirán rigiéndose por la Ley 30/1984 y el Real Decreto 364/1995¹⁰⁹, si bien respecto a la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas (art. 84) considera que debe tenerse en cuenta la exigencia de que los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración Pública a través de los procedimientos de provisión de puestos previstos en el art. 78.2 del EBEP, quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas¹¹⁰. En los supuestos de cese o supresión del puesto de trabajo, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración¹¹¹.

¹⁰⁵ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., págs. 127-128.

¹⁰⁶ Sobre el avance que ello supone frente a la regulación anterior, cfr. L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV. AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 860-861, sin dejar de ser consciente de la gran insatisfacción de cara a la obtención de resultados palpables.

¹⁰⁷ En parecidos términos, cfr. art. 113 Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana.

¹⁰⁸ Se ratifica así la movilidad interadministrativa como una facultad exclusiva y excluyente de las Administraciones Públicas y no como un derecho de los empleados públicos, cfr. J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV. AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 627.

¹⁰⁹ Cfr. art. 17 Ley 30/1984 y arts. 67, 68 y 69 Real Decreto 364/1995.

¹¹⁰ Cfr. Art. 88 Ley 7/2007.

¹¹¹ Instrucción 10 de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

RESUMEN La existencia de un régimen correcto de provisión de puestos de trabajo y de un sistema adecuado de movilidad de los empleados públicos constituye un elemento decisivo para que las Administraciones Públicas alcancen los fines y objetivos que les son propios, esto es, la eficiencia y la eficacia.

Del estudio de las medidas de movilidad de los empleados públicos, circunscrita al ámbito de la Administración General del Estado, se ocupa el presente trabajo, si bien su análisis completo llevará a una aproximación, siquiera tangencial, de los distintos sistemas de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública por cuanto inciden de forma plena en la movilidad.

ABSTRACT The existence of a correct recruitment regime and of an adequate mobility system of public employees is a decisive element for Public Administrations to achieve their own goals and objectives, i.e., efficiency and effectiveness.

This paper studies public employees' mobility measures within the State General Administration framework, even though a comprehensive study will lead to an approach, albeit tangential, to the different Public Administration recruitment systems in so far as they affect mobility fully.

Suspensiones y excedencias del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO*

1. LA REGULACIÓN DE LAS DISTINTAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: «ENTRECRUZAMIENTO» DE ÓRDENES NORMATIVOS

El contrato de trabajo del personal laboral puede sufrir diversas vicisitudes modificativas¹. Entre estas vicisitudes se encuentran las denominadas «situaciones del personal laboral», incluidas en el Título VI del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007 de 12 de abril (en adelante, EBEP), que se dedica a regular, en general, las situaciones administrativas. En efecto, el Título VI no sólo recoge las situaciones de los funcionarios de carrera –Situaciones administrativas art. 85 EBEP, Servicio activo art. 86 EBEP, Servicios especiales art. 87 EBEP, Servicio en otras Administraciones Públicas art. 88 EBEP, Excedencia art. 89, Suspensión de funciones art. 90 EBEP, Reingreso al servicio activo art. 91 EBEP–, sino

también la de los trabajadores dependientes y por cuenta ajena art. 92 EBEP.

La suspensión de la relación de servicios por alguna de las situaciones más arriba señaladas no determina sin más la extinción de la relación sino una mera suspensión de aquélla. Ahora bien, el EBEP, en su propósito de coordinar el ámbito de aplicación del personal al servicio de la Administración Pública, otorga, sin embargo, una regulación diferente a los funcionarios públicos y a los trabajadores.

La regulación de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos la encontramos en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública², así como en la Ley de Funcionarios

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ A. MONTAÑA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2010, pág. 423.

² Esta norma ha sido modificada en sucesivas ocasiones, entre otras, cabe destacar: las introducidas por: Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de reforma de la Función Pública y de la Protección por desempleo; la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad; Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Civiles del Estado de febrero de 1964. Con carácter reglamentario, y como consecuencia de las modificaciones en materia de situaciones administrativas de los funcionarios recogidas en la Ley 22/1993, se publica el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, que sustituye y deroga el Reglamento aprobado por Real Decreto 730/1986 de 11 de abril que originariamente abordó dicha regulación en desarrollo de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública³.

Por lo que se refiere a la regulación de las «situaciones del personal laboral» de los trabajadores, el art. 92 EBEP remite al Estatuto de los Trabajadores y a los convenios colectivos que les sean de aplicación. En este sentido, los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores establecen un régimen de suspensión del contrato y de excedencias del trabajador que pueden ser «complementados o extendidos a supuestos distintos a través de la negociación colectiva»⁴.

En efecto, la regulación de las «situaciones del personal laboral» se remite para los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en la negociación colectiva, si bien ésta podrá declarar aplicable las normas de la LEBEP sobre situaciones administrativas al personal laboral «en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores» (art. 92 EBEP). Parece, por tanto, que, en principio —es decir, si así lo establece el convenio colectivo y no hay colisión entre la norma legal y la convencional— los empleados

laborales podrán disfrutar de las situaciones administrativas previstas para los funcionarios públicos.

Pues bien, esta posibilidad, aunque, como señala Montoya Melgar, crea una «cierta inseguridad»⁵, permite a efectos prácticos que lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores para las situaciones suspensivas sea complementado o extendido a otros supuestos por la negociación colectiva que les sea de aplicación. Con esta interpretación, nada impide «extender el régimen de situaciones administrativas establecidas para los funcionarios públicos al personal laboral»⁶.

De hecho, la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público observó que «un elevado número de convenios colectivos aplicables al personal laboral de las distintas Administraciones Públicas había venido ampliando la regulación del Estatuto de los Trabajadores para hacer coincidir, prácticamente, por entero, el régimen de situaciones aplicables a ese personal con el establecido para los funcionarios públicos»⁷. En efecto, la regulación de algunos derechos vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar, a día de hoy, se siguen desarrollando en paralelo para trabajadores por cuenta ajena y funcionarios públicos. Prueba de ello es la reciente modificación, que afecta al Estatuto de los Trabajadores (art. 37.5) y al Estatuto Básico del Empleado Público [art. 49 e)], en materia de reducción de jornada por cuidado de hijo con cáncer o

³ F. A. CASTILLO BLANCO: «Las situaciones administrativas de los empleados públicos», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed. Ed. Lex Nova, Madrid, 2008, pág. 509.

⁴ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, pág. 129.

⁵ A. MONTOYA MELGAR: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público)», en M.A. LUELMO MILLÁN: *Relaciones laborales de las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2007, CGPJ, Madrid, 2007, pág.472.

⁶ F. A. CASTILLO BLANCO: «Las situaciones administrativas de los empleados públicos», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 516.

⁷ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, pág. 129.

enfermedad grave, introducida por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011⁸.

Por ello, y puesto que las circunstancias, presupuestos o contingencias de la relación profesional en esta materia afectan, por igual y en los mismos términos, a todos los empleados públicos, con independencia del vínculo jurídico que les une a la Administración, la Comisión de Expertos propuso «la conveniencia de unificar el régimen de situaciones administrativas de funcionarios y contratados laborales»⁹. Sin embargo, esta opción fue descartada y se mantuvo la idea inicial de la dualidad de regímenes aplicables a los funcionarios y a los trabajadores, pese a sus múltiples similitudes¹⁰. En este sentido, no se ha procedido ni a la «homogeneización» ni a la «unificación» del régimen jurídico de las situaciones administrativas esenciales –servicio activo, servicios especiales, servicios en otras Administraciones Públicas, excedencias y suspensión de funciones– sino, antes bien, se ha optado por el denominado, con gran acierto, «entrecruzamiento»¹¹ de regímenes; de suerte que las diferencias de condiciones de trabajo entre funcionarios y trabajadores por cuenta ajena «quedarán salvadas dependiendo o no de la negociación colectiva que acontezca en los distintos ámbitos y unidades de negociación»¹².

⁸ Disp. Final 24ª y 25ª LGPE 2011.

⁹ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, pág. 130.

¹⁰ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, pág. 130.

¹¹ A. MONTOYA MELGAR: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público)», en M. A. LUELMO MILLÁN: *Relaciones laborales de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 472.

¹² F. A. CASTILLO BLANCO: «Las situaciones administrativas de los empleados públicos», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 517.

En fin, el régimen jurídico de la «situaciones» del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas será el establecido tanto en el Estatuto de los Trabajadores, cuanto en los convenios colectivos aplicables. Sólo en aquellos casos en los que «la negociación colectiva así lo determine serán de aplicación las normas propias de las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, siempre que resulten compatibles con lo dispuesto en la legislación laboral»¹³. En todo caso, se ha perdido una magnífica oportunidad para equiparar las condiciones de trabajo en términos de igualdad de derechos, entre los distintos colectivos de empleados públicos, sin que «se acierte a ver cuáles son las ventajas añadidas a dicha solución excepto la de salvaguardar un espacio a la negociación colectiva»¹⁴, que, como tendremos oportunidad de analizar, ha mantenido una clara tendencia normativa hacia la equiparación de condiciones de trabajo de los empleados públicos.

2. LA CESACIÓN TEMPORAL DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS LABORALES Y SUS EFECTOS

En la relación de empleo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ya sea laboral o funcional, pueden acontecer un amplio conjunto de situaciones distintas a las del servicio activo que, aunque algunas de ellas podrían dar lugar a la cesación de la prestación de servicios de este personal, lo cierto es que bien por basarse en razones cuya

¹³ A. V. SEMPETE NAVARRO y F. J. HIERRO HIERRO: «Comentario al art. 92 EBEP», en A. PALOMAR OLMEDA y A. V. SEMPETE NAVARRO (Dir.) y R. YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/ 2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2008, pág. 777.

¹⁴ F. A. CASTILLO BLANCO: «Las situaciones administrativas de los empleados públicos», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 517.

defensa precisa alguna protección jurídica (el desempeño de cargos públicos, la protección y conciliación de la vida personal y familiar, la igualdad de género, etc.), bien por encontrar justificación en una ampliación de los derechos inherentes a la relación de empleo, sólo producen el efecto de una mera suspensión de la prestación de servicios.

Cualquiera que sea la causa y/o duración de la suspensión –las «generales» del art. 45 ET o las «cualificadas» del art. 46 ET– nos encontramos ante situaciones que afectan a la relación laboral sólo temporalmente. Durante este lapso de tiempo, los deberes principales derivados del contrato de trabajo desaparecen, si bien el vínculo entre las partes se mantiene [STS 25 junio de 2001, RJ 2001, 7079].

Desaparecida la causa que ocasionó la situación de suspensión, la relación laboral se reanuda. Como quiera que nos situamos ante una figura jurídica, la de la suspensión, que constituye una clara manifestación de la opción a favor de la conservación del vínculo jurídico y, por ende, del principio de estabilidad en el empleo, interesa precisar los efectos generales del contrato durante el período de suspensión, a saber:

a) *Cesación temporal de la prestación laboral*, lo que significa que las obligaciones principales de la relación laboral –prestación de servicios y pago del salario– quedan en suspenso. La temporalidad constituye un requisito esencial de la suspensión [STS 25 junio de 2001, RJ 2001, 7079]; de ahí que convenga distinguir esta situación jurídica tanto de la extinción como de la interrupción. De la primera, porque supone la plena y definitiva desaparición de la relación laboral, y de la interrupción de la prestación de trabajo, porque aunque no existe prestación de servicios por el trabajador, el legislador obliga al mantenimiento del salario, pues considera que no se produce una alteración significativa de la relación entre las partes.

b) *Subsistencia o permanencia de «otras obligaciones contractuales»*. En efecto, salvo las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar trabajo que quedan exoneradas (art. 45. 2 ET), las demás obligaciones de la relación de trabajo perviven, específicamente las relacionadas con el comportamiento de buena fe contractual entre las partes, que impide al trabajador hacer concurrencia desleal durante el período de suspensión [STS 11 febrero de 1989, RJ 1989, 8948], pero también con las expectativas del trabajador derivadas de sucesión de la sucesión de convenios colectivos [STS 19 noviembre de 1986, RJ 1986, 6478]; con el derecho a participar en concursos de traslado o en pruebas de ascenso [STSJ Extremadura 25 abril de 1995, AS 1995, 1432]; con el mantenimiento de las garantías especiales concedidas por el art. 68 e ET a quien fuera representante de los trabajadores [STSJ Cataluña 22 diciembre de 2005, RJ 2005]; con el ejercicio de acciones judiciales derivadas del contrato, pudiendo el trabajador suspendido reclamar, entre otros derechos, el reconocimiento de su situación de fijo en la empresa [STSJ País Vasco 24 junio de 1996, AS 1996, 3145] o la extinción de su relación laboral por incumplimiento del empresario [STSJ País Vasco 10 de octubre de 1995, AS 1995, 3706]; en fin, con las obligaciones relacionadas con la situación de regularidad del trabajador en el Sistema de Seguridad Social.

Téngase también en cuenta, que la suspensión del contrato de trabajo no impide el despido del trabajador fundado en causas legales, pudiendo incluirse a los trabajadores con contrato suspendido en los expedientes de regulación de empleo [STS 19 julio de 1988, RJ 1988, 6188]

c) *Derecho a la reserva del puesto de trabajo*, conforme a lo cual el trabajador, al cesar la causa de suspensión «tendrá derecho a la reincorporación a su puesto de trabajo». Una vez desaparecida la causa que dio lugar a la suspensión, el trabajador, de inmediato, habrá de solicitar la reincorporación en los

plazos específicos establecidos en la ley o en el convenio colectivo [STS 7 junio de 1988, RJ 1988, 5241]. Para algunos supuestos, como el de la suspensión por ejercicio de cargo público representativo, la norma establece un plazo concreto de incorporación (art. 48.3 ET), en todo caso, como norma general se concede un plazo de treinta días para la efectiva reincorporación del trabajador, salvo que se establezcan otras previsiones normativas en el convenio colectivo de aplicación.

Por último, queda por determinar qué sucede si el empresario se niega a la readmisión. La jurisprudencia ha entendido que el trabajador puede reclamar por despido [STS 7 marzo de 1990, RJ 1990, 1775] ex art. 50 ET por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo [STS 8 noviembre de 1993, RJ 1993, 8559]. En caso contrario, es decir, si el trabajador se demorara en solicitar la petición de readmisión o reingreso, el Tribunal Supremo ha considerado que se trata de una dimisión tácita, una extinción del contrato por voluntad del empleado [STS 20 octubre de 1988, RJ 1988, 8125; STS 13 mayo de 1987, 3695]. Sobre este particular, los convenios colectivos analizados, como veremos más adelante, ofrecen diferentes plazos de incorporación según cual sea la causa o motivo que dio lugar a la suspensión de la relación de trabajo; así como también establecen las consecuencias jurídicas sobre la no incorporación del trabajador.

d) *Cómputo de antigüedad*. Ciertamente es que el Estatuto de los Trabajadores establece que computará la antigüedad correspondiente al período en el que el trabajador ha permanecido en situación de excedencia forzosa y sólo en determinados supuestos. Sin embargo, los Tribunales también han previsto este efecto para las restantes causas de suspensión, con la única excepción de la excedencia voluntaria (STSJ Cataluña 1 febrero de 1996). Adviértase, no obstante, que los convenios colectivos del personal al servicio de las Administraciones Públicas, al señalar los efectos de la suspensión del contrato de tra-

bajo, prevén para alguna de las causas de suspensión el cómputo del período de suspensión a efectos de antigüedad¹⁵.

3. ESPACIOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS SITUACIONES DEL PERSONAL LABORAL

Tanto la Ley, arts. 45 y 46 ET, como la negociación colectiva son las vías de regulación previstas por el Estatuto Básico del Empleado Público para la articulación de las causas y efectos de las suspensiones de los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas.

La llamada que se hace a la negociación colectiva en el art. 92 EBEP, con carácter potestativo, cuando regula las situaciones del personal laboral, lo es a efectos de reconocer la extensión de las situaciones administrativas del empleado público al personal laboral

¹⁵ En concreto: a) maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento preadoptivo o permanente de menores de seis años; b) privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria firme, incluidas tanto la detención preventiva como la provisional; c) los reservistas voluntarios; d) prestación de servicios de carácter temporal en organismos internacionales o en programas de cooperación internacional; e) nombramiento de alto cargo por los Gobiernos de la nación, de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local o incorporación, con nombramiento como personal eventual, en sus respectivos ámbitos, en los gabinetes de los Ministros o los Secretarios de Estado; f) suspensión provisional de empleo durante la tramitación de expediente disciplinario y suspensión disciplinaria por sanción; g) nombramiento del trabajador como funcionario en prácticas, así como el período de prueba o de práctica establecido legal o convencionalmente que se exija para consolidar una plaza de personal laboral en cualquier Administración Pública; y h) invalidez permanente del trabajador que vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo de conformidad con lo dispuesto en el art. 48 ET (art. 53 III CC Único para el Personal Laboral de la Administración, 3-11-2009, RCL 2009/2713).

con la única exigencia de compatibilidad con el Estatuto de los Trabajadores. Salvo esta limitación, como enseguida veremos, los espacios regulatorios que el Estatuto del Empleado Público abre a la negociación colectiva en esta materia son cuantiosos. Así, la mayor o menor homogeneidad de las condiciones de trabajo entre los trabajadores y los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas dependerá de la «negociación colectiva que acontezca en los distintos ámbitos y unidades de negociación»¹⁶.

Como regla general, la gran mayoría de los convenios colectivos analizados prevén expresamente cláusulas de suspensión del contrato de trabajo. Es cierto que, en muchas ocasiones, contienen referencias a los artículos 45 y 46 ET, para dejar claro que lo previsto en la cláusula convencional se aplica sin perjuicio de lo establecido en esos preceptos. En este sentido, hemos detectado nuevos espacios de regulación creados en esta materia por la negociación colectiva que podrían sistematizarse en dos grandes grupos: uno, que recoge «otras causas y efectos» derivados de la suspensión del contrato de trabajo distintos a la previstas en el Estatuto de los Trabajadores, de suerte que el régimen de situaciones administrativas establecidas para los funcionarios públicos se extenderá también al personal laboral; y otro segundo grupo, que aglutina distintas modalidades de excedencia, más allá de las propias reconocidas en la legislación de trabajo.

3.1. «Otras causas y efectos» de la suspensión del contrato de trabajo

Algunos convenios colectivos extienden los casos de suspensión del contrato a «otras cau-

¹⁶ F. A. CASTILLO BLANCO: «Las situaciones administrativas de los empleados públicos», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 517.

sas» no previstas en el art. 45 ET. Entre estas «nuevas causas» de suspensión podemos distinguir, a su vez, dos espacios regulatorios creados por la negociación colectiva:

a) Aquel que establece mejoras respecto a las situaciones establecidas en el art. 45 ET. Se trata de situaciones de suspensión propia de laborales que superan –y, por ende, mejoran– lo establecido en la materia por la legislación laboral.

– *Permiso por maternidad*. El CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias prevé un período de disfrute adicional al previsto en el ET. Específicamente, otorga al personal masculino de la Administración del Principado de Asturias, «siempre que solicitaran, al menos, el disfrute de un período de quince días de la baja por maternidad, el derecho a una semana de permiso retribuido que se añadirá al período solicitado a la Seguridad Social por el padre y que deberá ser disfrutado con el anterior de modo ininterrumpido»¹⁷.

– *Realización de cursos selectivos o períodos en prácticas*¹⁸, esta causa de suspensión no aparece citada como tal dentro de la enumeración que realiza el art. 45 ET. En todo caso, el Estatuto de los Trabajadores señala la posibilidad de que los trabajadores disfruten de permisos para llevar a cabo acciones formativas [art. 23. 1. a) ET]. Ahora bien, interrupción y suspensión de la prestación laboral son instituciones jurídicas con efectos jurídicos distintos durante el período de no prestación del trabajo.

¹⁷ Incluso si el permiso solicitado fuese superior a un mes natural, la Administración del Principado de Asturias otorgará dos semanas, art. del VI CC para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades Castilla-La Mancha, DO Castilla-La Mancha 11/06/2009.

¹⁸ CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias, BO del Principado de Asturias 26/08/2005, art. 28.

b) Aquel que traslada a la legislación laboral instituciones típicas del Derecho de la función pública.

– En efectos, estos convenios prevén situaciones que recuerdan, en cierta manera, a la situación de servicios especiales, que, tradicionalmente, han tenido su causa en el ejercicio de cargos públicos o confianza política, bien sean de carácter electivo o por designación y en la ocupación de puestos relevantes en organismos internacionales, sin embargo los convenios colectivos, salvo excepciones¹⁹, son reacios, aunque las recojan, a ubicar estas situaciones bajo la denominación de servicios especiales.

Como primera muestra de «extensión» del régimen de situaciones administrativas establecidas para los funcionarios públicos al personal laboral, el III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado²⁰ prevé que los tra-

¹⁹ BO Aragón 18/08/2006. El art. 37, referido a servicios especiales, señala que al personal fijo le resultará de aplicación el régimen de la situación administrativa de servicios especiales prevista para el personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón».

²⁰ En concreto: a) maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento preadoptivo o permanente de menores de seis años; b) privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria firme, incluidas tanto la detención preventiva como la provisional; c) los reservistas voluntarios; d) prestación de servicios de carácter temporal en organismos internacionales o en programas de cooperación internacional; e) nombramiento de alto cargo por los Gobiernos de la nación, de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local o incorporación, con nombramiento como personal eventual, en sus respectivos ámbitos, en los gabinetes de los Ministros o los Secretarios de Estado; f) suspensión provisional de empleo durante la tramitación de expediente disciplinario y suspensión disciplinaria por sanción; g) nombramiento del trabajador como funcionario en prácticas, así como el período de prueba o de práctica establecido legal o convencionalmente que se exija para consolidar una plaza de personal laboral en cualquier Administración Pública; y h) invalidez permanente del trabajador que vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por

bajadores tendrán derechos a la suspensión del contrato de trabajo en los siguientes supuestos: «(...) nombramiento de alto cargo por los Gobiernos de la nación, de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local o incorporación, con nombramiento como personal eventual, en sus respectivos ámbitos, en los gabinetes de los Ministros o los Secretarios de Estado, (...) nombramiento del trabajador como funcionario en prácticas, así como el período de prueba o de práctica establecido legal o convencionalmente que se exija para consolidar una plaza de personal laboral en cualquier Administración Pública (art. 53 III CC Único para el Personal Laboral de la Administración). En esta línea, el CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias²¹ amplía considerablemente el listado de supuestos en los que el personal fijo puede ser declarado en situación de suspensión del contrato de trabajo que recuerdan, en gran medida, a los supuestos reconocidos como servicios especiales (art. 28.2). También el VI CC para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha reconoce el derecho a la suspensión del contrato del puesto de trabajo «por participar en proyectos de cooperación para el desarrollo financiados por el fondo castellano-Manchego de Cooperación o con cargo a las partidas de los Presupuestos Generales de la Junta de Castilla-La Mancha»²².

Con carácter excepcional, podemos citar algún convenio colectivo de los analizados que establecen la aplicación de las «mejoras funcionariales» al personal laboral. En este

mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo de conformidad con lo dispuesto en el art. 48 ET (art. 53 III CC Único para el Personal Laboral de la Administración, 3-11-2009, RCL 2009/2713).

²¹ CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias, BO del Principado de Asturias 26/08/2005, art. 28

²² DO Castilla La Mancha 11/06/2009, art. 44.

sentido, el CC de Trabajo para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia habla de la «equiparación a mejoras salariales». En concreto, señala que «cualquier mejora establecida con carácter general para el personal funcionario, en las materias a que se refiere este capítulo, XII suspensión del contrato, será de aplicación al personal laboral sujeto al presente convenio»²³.

No faltan tampoco convenios colectivos que hacen referencia a algunas causas de suspensión previstas en el art. 45 ET, estableciendo, sin embargo, «otros efectos jurídicos» y garantías para el empleado laboral al servicio de las Administraciones Públicas. En concreto, nos referimos a las situaciones de enfermedad o accidente que dan lugar a la situación de incapacidad temporal del trabajador. Así, podemos distinguir varios tipos de convenios colectivos:

- en primer lugar, aquéllos que expresamente declaran el pago de una cuantía al personal laboral que se encuentre en situación de incapacidad temporal y perciba la prestación de la Seguridad Social. En este sentido, el art. 41 del VI CC del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía señala que «el personal que se encuentre en situación de incapacidad temporal y perciba prestación de la Seguridad Social recibirá una cuantía que permanecerá inalterable durante todo el período, equivalente a la diferencia entre dicha prestación y las retribuciones íntegras que viniera percibiendo, excluido el plus de distancia o transporte, y calculada sobre la media de las retribuciones devengadas en los últimos seis meses inmediatamente anteriores a la baja, o sobre la media del tiempo que lleve trabajando en el supuesto de prestación de servicios inferior a seis meses. Este derecho se mantendrá mientras

duren los efectos de la incapacidad temporal»²⁴.

- en segundo lugar, aquéllos que especifican el cálculo del pago de las percepciones del trabajador en situación de incapacidad temporal. En esta línea se incluye también el VII del CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón²⁵, y,
- en tercer lugar, aquellos otros convenios que complementan la prestación Seguridad Social hasta el 100% del salario real desde el inicio de la situación²⁶. Es el caso del CC del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que prevé este derecho a los trabajadores en situación de incapacidad temporal «siempre que ésta se acredite por los servicios médicos de la Seguridad Social y se presenten puntualmente los comunicados de baja y de confirmación de la incapacidad temporal correspondientes»²⁷.

²⁴ BO Junta de Andalucía 28/11/2002. También CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias, BO del Principado de Asturias 26/08/2005, art. 28.

²⁵ BO Aragón 18/08/2006. El art. 20 de este convenio señala que «el trabajador en situación de baja por incapacidad temporal continuará percibiendo el total de sus haberes reales, o la diferencia para completar los mismos cuando reciba prestaciones con cargo a la Seguridad Social, desde el primer día y en tanto persista dicha situación. A tal efecto, para hallar la parte variable del total de haberes reales se tendrán en cuenta la media de actos de dicha naturaleza realizados por el trabajador en los últimos once meses de actividad, o en su defecto el período menor acumulado. Además, todo el período que dure la situación de incapacidad temporal (...) será considerado como tiempo trabajado a efectos de abono de las pagas extraordinarias y vacaciones».

²⁶ Art. 16, DO Generalitat Valenciana 18/10/2010; art. 25, DO Extremadura 23/07/2005.

²⁷ CC para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, BO Illes Balears 18/10/2005, art. 50.

²³ Art. 55, BO Región de Murcia 01/06/2007.

Por último, algunos convenios colectivos determinan los efectos jurídico-laborales del trabajador que se encuentra en la situación de suspensión del contrato. Tal es el caso del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, del CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias²⁸, del V CC para el Personal Laboral al servicio de la Junta de Extremadura²⁹, del VI CC para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha³⁰. En concreto, estos convenios establecen como efecto de la suspensión la reserva del puesto de trabajo con cómputo de antigüedad, extendiéndose, una vez más, la aplicación del régimen de los funcionarios a los empleados laborales. El ET prevé el derecho «a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos del art. 45.1 excepto en los señalados en los párrafos a) y b)», pero no señala expresamente como garantía la reserva del puesto de trabajo con cómputo de antigüedad. Se limita, simplemente, a vincular la suspensión a la reincorporación del trabajador, pero no explicita los efectos del período de suspensión en su relación laboral.

3.2. La excedencia y sus modalidades

Como señala Montoya Melgar³¹, «la institución de la excedencia laboral ha sido transplantada desde el Derecho de la función pública», si bien con modificaciones que determinan la distinción entre la aplicación de esta institución a funcionarios y a trabajadores. No obstante, en esta ocasión, se trata de constatar como el art. 92 del Estatuto Básico del Empleado Público permite que, por convenio colectivo, se aplique el régimen

jurídico de las distintas excedencias a los empleados laborales incluidos dentro del ámbito y de la unidad de negociación del convenio. Nuestro propósito consiste en reconocer la extensión de las modalidades de excedencia previstas en los convenios colectivos y determinar su aplicación a los trabajadores asalariados al servicio de las Administraciones Públicas.

Mientras que el ET establece una distinción inicial entre excedencias forzosas y excedencia voluntarias, utilizando como criterio diferenciador el de los efectos del contrato de trabajo, los convenios colectivos analizados recogen, en mayor o menor modo, las siguientes modalidades de excedencia, a saber: a) por interés particular; b) por agrupación familiar; c) por cuidado de hijos cónyuges, ascendentes o descendientes y familiares; d) por aplicación de la normativa de incompatibilidades, e) por razón de violencia sobre la trabajadora; determinando disímiles efectos del contrato de trabajo, según cual sea la excedencia en la que se sitúe el empleado laboral.

Con carácter general, cabe advertir que la mayoría de los convenios colectivos examinados requieren que el trabajador sea fijo de plantilla para solicitar el derecho a la excedencia cualquiera que sea la modalidad elegida. Esta tendencia viene avalada por la jurisprudencia, al mantener «el matiz de temporalidad propio de la vinculación por tiempo indefinido en el ámbito de la función pública y, en consecuencia, no procede el reconocimiento del derecho cuando se trata de personal contratado por tiempo indefinido, sino sólo cuando sea personal fijo de plantilla» [STSJ de Cataluña 18 mayo de 2009, recurso 2142/2008]. En este sentido, el Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears señala que «el personal laboral sin puesto de trabajo en propiedad tendrá derecho a la reserva de puesto de trabajo, siempre que no se haya extinguido su contrato de trabajo antes de la solicitud de

²⁸ BO del Principado de Asturias 26/08/2005, art. 28.

²⁹ Art. 25, DO Extremadura 23/07/2005.

³⁰ DO Castilla-La Mancha 11/06/2009, art. 44.

³¹ *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 443.

reingreso, caso en el que éste no será posible»³².

3.2.1. Excedencia por interés particular

La excedencia por interés particular no viene, como tal, regulada en el ET, si bien se subsume, como sucede en la mayoría de los convenios colectivos analizados, dentro de la modalidad de excedencia voluntaria³³.

Esta modalidad sólo exige al trabajador «una antigüedad de, al menos, un año en la empresa» (art. 46.2 ET)³⁴, por lo que el trabajador podrá ejercitar el derecho a la excedencia por cualquier motivo. La única limitación que prevén los convenios colectivos es la de la instrucción de expediente disciplinario. Así, «no podrá concederse la excedencia por interés particular cuando al trabajador se le instruya expediente disciplinario»³⁵.

El tratamiento dado por la negociación colectiva a los efectos de la excedencia por interés particular resulta distinto del establecido en el art. 46 ET, en tanto que, en la mayoría de los convenios colectivos, parece establecer el reingreso en la empresa con reserva de puesto del trabajo³⁶, sino del mis-

mo puesto de trabajo que se ocupaba, «sí de la misma –o, excepcionalmente, inferior»³⁷ – categoría profesional, que en caso de estar ofertada en los concursos correspondientes, será sustraída de éstos, ofertándose en el siguiente concurso de traslado que se celebre»³⁸. Otro convenio, como el VII Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, dispone la efectividad del reingreso «bien mediante participación en los procesos de movilidad que se convoquen, bien mediante un reingreso provisional»³⁹. Si no existiera vacante o no se solicitase la vacante o plaza, será la Administración la que proceda a adjudicar destino de oficio⁴⁰. En todo caso,

³⁷ De forma excepcional, el CC del Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias establece en su art. 28 que «cuando no exista vacante en su misma categoría pero sí en otra inferior, y siempre que acredite la aptitud necesaria para las funciones propias de la categoría inferior, podrá optar a ocupar provisionalmente ésta, a las que se adscribirá en tal condición, teniendo derecho a optar a las vacantes que queden como consecuencia del traslado que se resuelva en dicha categoría inferior». También en el CC del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, cit., se establece, que «si no hay vacantes en su categoría, pero hay en una categoría inferior a la que ocupaba, podrá optar a esta vacante o esperar a que se produzca en su categoría y, todo ello, sin perjuicio de estar a la espera de la primera convocatoria de provisión de vacantes que se realice y en la cual habrá de participar obligatoriamente en el turno de concurso de traslados» (art. 49). También, art. 34 del CC del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, cit.

³⁸ Art. 38 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, cit.; VI CC Único del Personal Laboral de la Generalidad de Cataluña, cit., art. 49; CC del Personal Laboral de la Generalidad, cit., art. 10; V CC para el personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura, cit., art. 38.

³⁹ Art. 39, BO Aragón 18/08/2006, CC para el Personal de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de ésta, BO Castilla y León, 27/01/2003, art. 84.

⁴⁰ «El destino así adjudicado tendrá carácter provisional, se comunicará a la Comisión del Convenio y el personal tendrá obligación de participar en el primer concurso de traslado que se convoque, tras su reingreso.

³² Art. 49 del CC del Personal Laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, cit.

³³ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, RCL 2009/2713.

³⁴ Sobre el tiempo de antigüedad en la empresa, hemos encontrado algún convenio que establece otro período de antigüedad en la Administración para solicitar esta excedencia. A modo de ejemplo, el V CC para el Personal Laboral al servicio de la Junta de Extremadura, cit., establece que «podrá ser solicitada por los trabajadores fijos que hayan prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del pase de dicha situación», art. 26.

³⁵ Art. 45 del IV CC para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cit.

³⁶ Art. 55, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, RCL 2009/2713.

los trabajadores perderán el derecho al reintegro si, cumplidos los plazos establecidos, no ejercitan la opción o no se incorporan al puesto de trabajo asignado por causas imputables al mismo⁴¹.

Finalmente, un proceder muy poco extendido en la regulación de los convenios colectivos examinados es la de la consideración del cómputo del tiempo de vigencia de la excedencia por interés particular a efectos de antigüedad y/o de promoción. En efecto, ni la antigüedad ni la promoción se tienen en cuenta durante el período en el que el personal permanezca en situación de excedencia⁴².

3.2.2. Excedencia «por agrupación familiar»

Junto a la excedencia voluntaria común, que se otorga, como acabamos de analizar por cualquier interés particular o profesional, muchos de los convenios colectivos analiza-

dos contemplan la excedencia «por agrupación familiar»⁴³.

Esta modalidad se sitúa dentro del tipo de la excedencia voluntaria; se trata de un supuesto heredero del viejo «derecho consorte»⁴⁴, que permite la suspensión del contrato de trabajo «a los contratados laborales fijos cuyo cónyuge o conviviente acreditado resida en otra provincia o isla por haber obtenido o estar desempeñando un puesto de trabajo, como funcionario de carrera o como contratado laboral, en cualquier Administración Pública, organismo público o Entidad Gestora de la Seguridad Social, así como en Órganos constitucionales o del Poder Judicial». En consecuencia, se requiere que el personal laboral que va a solicitar el ejercicio de este derecho sea personal fijo de plantilla, y que su cónyuge o conviviente preste servicios como empleado público en otro municipio. Si no se cumplen estos requisitos, en principio, el trabajador no podrá solicitar esta modalidad de excedencia voluntaria.

El período de duración de la excedencia «por agrupación familiar» varía en los convenios colectivos analizados. Así, podrá concederse «por una duración mínima de dos años y máxima de quince»⁴⁵ o por «una duración mínima de un año»⁴⁶, sin establecerse, sin embargo, un período máximo de duración.

En éste, deberá solicitar todas las vacantes de su categoría profesional y, si el concurso fuese con resultados, todas las plazas de su categoría profesional». Ahora bien «si no solicitase las vacantes o plazas, según lo dispuesto, y no obtuviese destino en alguna de las solicitadas por él, la Administración en la resolución del concurso procederá a adjudicarle destino de oficio», en art. 38 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, cit.; CC Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, cit., art. 24; CC de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, art. 32. También, art. 34 del CC del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, cit.

⁴¹ Art. 41 CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, BO Aragón 18/08/2006; VI CC Único del Personal Laboral de la Generalidad de Cataluña, cit., art. 49

⁴² Art. 38, VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, cit.; Art. 41 CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, BO Aragón 18/08/2006; CC para el Personal de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de ésta, BO Castilla y León, 27/01/2003, art. 84; CC del Personal Laboral de la Generalidad, cit., art. 10.

⁴³ Art. 55, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, RCL 2009/2713; art. 38 VII CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art. 10 CC del Personal Laboral de la Generalidad, cit.

⁴⁴ A. MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 429.

⁴⁵ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit.; art. 29 CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias, cit.; art. 45 VI CC para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cit.; art. 26 V del CC para el Personal Laboral al servicio de la Junta de Extremadura, cit.

⁴⁶ Art. 40 VII CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por lo demás, al encuadrarse la excedencia «por agrupación familiar» dentro de la excedencia voluntaria el tratamiento otorgado por la negociación colectiva es muy similar. En líneas generales, nos remitimos, por tanto, a lo ya señalado para la excedencia por interés particular, en lo que se refiere a los efectos jurídicos de la situación de la relación laboral del personal que solicita una excedencia «por agrupación familiar». En todo caso, son significativos:

– El VII CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, señala, de forma pormenorizada tales efectos jurídicos, a saber: «los trabajadores excedentes no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo de permanencia en tal situación a efectos de trienios, complemento de desarrollo profesional, ni a efectos de acreditar el período de desempeño para acceder a otros puestos de trabajo» (art. 40)⁴⁷.

– El VI CC para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha va más allá, fijando las consecuencias de la no solicitud de reingreso del excedente voluntario por agrupación familiar, una vez finalizado el período de excedencia: la extinción de la relación laboral con la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (art. 45).

3.2.3. *Excedencia por cuidado de hijos, cónyuges, ascendentes o descendientes y familiares*

Esta situación de excedencia está prevista para atender al cuidado de hijos y familiares. En la legislación laboral el régimen jurídico establecido es el siguiente:

⁴⁷ En similares términos: art. 26 V del CC para el Personal Laboral al servicio de la Junta de Extremadura, cit.

– El primer supuesto es el de una excedencia «de duración no superior a tres años» prevista para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa

– El segundo es el de excedencia «de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva», previstas en este caso «para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida alguna».

Como regla general, los convenios colectivos que prevén cláusulas de excedencia por cuidado de hijos, cónyuges, ascendentes o descendientes y familiares configuran el aspecto material de esta situación de excedencia en términos, en principio, similares a los de la legislación laboral⁴⁸.

Las dificultades de aplicación se plantean en torno al modo de protección del tiempo de permanencia del trabajador en esta situación de excedencia. En efecto, los convenios colectivos examinados prevén «que los trabajadores en esta situación de excedencia –ya sea por cuidado de hijos y/o familiares– tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo durante los dos primeros años; transcurridos estos dos años, la reserva lo será a un puesto del mismo grupo profesional en la misma localidad»⁴⁹. Este grado de protección y en los términos señalados, lo encontramos en todos los convenios colectivos analizados, a saber:

⁴⁸ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit.

⁴⁹ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit.

el VII Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón⁵⁰; Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁵¹; VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha⁵²; Convenio Colectivo para el personal de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y organismos autónomos dependientes de ésta⁵³; VI Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Generalidad de Cataluña⁵⁴; V Convenio Colectivo para el Personal Laboral al servicio de la Junta de Extremadura⁵⁵; Convenio Colectivo Único para el personal de la Xunta de Galicia⁵⁶; Convenio Colectivo de trabajo de la empresa laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja⁵⁷; Convenio Colectivo de Trabajo para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia⁵⁸; Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid⁵⁹; y Convenio Colectivo de «Colectivos Laborales al Servicio de la C.A.E.»⁶⁰.

A la luz de la protección fijada en los convenios colectivos enumerados, crece la incertidumbre sobre la posibilidad de aplicar, por no coincidir con el art. 46.3 ET, lo dispuesto

en las cláusulas convencionales señaladas, a cuyo tenor la reserva de puesto de trabajo tiene una duración no superior a tres años; y durante los dos primeros años de esta excedencia, el trabajador tendrá derecho a la reserva de puesto de trabajo, siendo la reserva durante el último año a un puesto de trabajo en la misma localidad y de igual nivel y retribución. Mientras que el ET distingue entre el primer año de excedencia, dentro del cual existe reserva estricta del mismo puesto de trabajo, y el tiempo que exceda de ese año, durante el cual la reserva es menos estricta pudiendo ir referida no al mismo puesto que se viniera ocupando sino a cualquiera puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalentes⁶¹.

No obstante, y dado que el párrafo tercero del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores es un precepto de derecho necesario relativo⁶², la negociación colectiva puede mejorar la regulación legal, posibilitando la ampliación del derecho a la reserva estricta del puesto de trabajo en más de un año, tal y como sucede en los convenios colectivos examinados. De esta forma, los convenios proceden a ampliar los períodos de excedencia previstos en la norma, acordando la mejora del régimen jurídico de la misma.

3.2.4. *Excedencia por aplicación de la normativa de incompatibilidades*

Esta modalidad de excedencia, prototípica del Derecho de la Función Pública, se fundamenta en la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un sólo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público,

⁵⁰ Arts. 35 y 36 del cit., que, además, señala que «durante todo el tiempo de permanencia, el trabajador tendrá derecho al cómputo del período a efectos de trienios, complemento de desarrollo profesional, así como a efectos de acreditar el período de desempeño para acceder a otros puestos de trabajo».

⁵¹ Art. 49, cit.

⁵² Art. 45.2, cit.

⁵³ Art. 49.1, cit.

⁵⁴ Art. 45.2, cit.

⁵⁵ Art. 26.1d), cit.

⁵⁶ Art. 24. 2, cit.

⁵⁷ Art. 32. 2, cit.

⁵⁸ Art. 53. 1, cit.

⁵⁹ Art. 33. 1 y 2, cit.

⁶⁰ Art. 49.

⁶¹ A. MONTOYA MELGAR: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público)», cit., pág. 473.

⁶² T. SALA FRANCO (Dir.): *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, MTAS, Madrid, 2001, pág. 149.

respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su independencia o imparcialidad. La regulación del sistema de incompatibilidades se establece en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Así, aquellos empleados laborales que se encuentren comprendidos dentro del ámbito del art. 2 de la Ley 53/1984⁶³, salvo excepciones previstas legalmente, «no podrán compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público». Para evitar que los trabajadores incurran en situación de incompatibilidad, algunos convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones

⁶³ Recuérdese que el art. 2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece que «la presente Ley será de aplicación a: a) el personal civil y militar al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Públicos; b) el personal al servicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de los Organismos de ellas dependientes, así como de sus Asambleas Legislativas y órganos institucionales; c) el personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes; d) el personal al servicio de Entes y Organismos públicos exceptuados de la aplicación de la Ley Entidades Estatales Autónomas; e) el personal que desempeñe funciones públicas y perciba sus retribuciones mediante arancel; f) el personal al servicio de la Seguridad Social, de sus Entidades Gestoras y de cualquier otra Entidad u Organismo de la misma; g) el personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcio cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por 100 con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas; h) el personal que preste servicios en Empresas en que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100; i) el personal al servicio del Banco de España y de las instituciones financieras públicas; y j) el restante personal al que resulte de aplicación el régimen estatutario de los funcionarios públicos».

Públicas establecen como modalidad de excedencia voluntaria la relativa a la «aplicación de la normativa de incompatibilidades».

Los convenios colectivos que prevén cláusulas de excedencia por «aplicación de la normativa de incompatibilidades» tratan de diferenciar previamente este supuesto. Se enmarca en esta situación el contratado laboral fijo, que como consecuencia de la aplicación de la normativa de incompatibilidades para el desempeño de dos puestos de trabajo en sector público, deba ejercer el derecho de opción entre el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público excluido del ámbito de convenio o el acceso a grupo profesional distinto, dentro del ámbito del convenio⁶⁴.

Los efectos de la excedencia por «aplicación de la normativa de incompatibilidades» serán similares a los generales de la excedencia por interés particular. Sin embargo, y a diferencia de otros supuestos de excedencia voluntaria, en los distintos convenios colectivos analizados, se establecen efectos particulares y comunes para esta modalidad, a saber:

- Reserva del puesto de trabajo. En este sentido, el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía es muy característico, al señalar que, «mientras permanezca en esta situación el personal con relación fija o fija discontinua, conservará indefinidamente el derecho al reingreso en cualquier plaza vacante de igual categoría a la suya, que hubiera o se

⁶⁴ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit.; art. 38 VII CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art. 49 CC del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, cit.; art. 24 del CC Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, cit.; art. 53 del CC de trabajo para la Comunidad Autónoma de la región de Murcia (Personal Laboral), cit.

produjera en la Junta de Andalucía» (art. 40)⁶⁵.

– Cómputo de dicho período a efectos de antigüedad y promoción⁶⁶. Como muestra, el CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias dispone, «para los supuestos de reclasificación de la categoría de pertenencia, la posibilidad de participar en los procesos que a tales efectos se convoquen» (art. 29).

– Novación modificativa de la categoría del trabajador, cuando se acceda a un grupo profesional superior e incluso inferior; sin embargo, no será posible la conservación de derechos respecto de la categoría de origen que se ostentase⁶⁷.

Como sucede en el resto de las modalidades de excedencia, los convenios colectivos analizados exigen que, una vez producido el cese en el puesto de trabajo que dio lugar a la situación de excedencia por incompatibilidad, el trabajador solicite el reingreso al servicio activo en un plazo determinado, declarándosele, de no hacerlo, en la situación de excedencia voluntaria por interés particular⁶⁸. La extinción

del contrato de trabajo, en el supuesto de que no se solicite la reincorporación, ha sido también apuntada como efecto de la no solicitud del reingreso por la negociación colectiva. Tal es el caso del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, declara, «la extinción del contrato de trabajo», en caso de no solicitarse la reincorporación⁶⁹.

3.2.5. *Excedencia por razón de violencia sobre la trabajadora*

Esta previsión, como situación de suspensión con reserva de puesto de trabajo, se incorporó a los distintos supuestos previstos, tanto en la legislación laboral como en la funcionarial, a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que añadió, respectivamente, una letra la «n» al art. 45.1 ET y un párrafo 8º al artículo 29 de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública.

Básicamente, la mayoría de los convenios colectivos que cuentan con cláusulas de excedencia por razón de violencia sobre la trabajadora reproducen el régimen jurídico previsto para esta situación en los arts. 45.1n) y 48.6 del Estatuto de los Trabajadores. El artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores es un precepto de derecho necesario relativo⁷⁰, y en consecuencia, puede la negociación colectiva, cualquier que sea su ámbito, mejorar la regulación, extendiendo los límites al ejercicio del derecho a la excedencia por esta causa. Así, la gran mayoría señalan el derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género

⁶⁵ En idénticos términos: art. 32 del CC de trabajo de la empresa laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja, cit.

⁶⁶ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit.

⁶⁷ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit.

⁶⁸ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit; art. 38 VII CC para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art. 49 CC del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, cit; art. 45 VI CC para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cit.; art. 84 CC para el personal de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y Organismos autónomos independientes de ésta; art. 26 del V CC para el Personal Laboral al servicio de la Junta

de Extremadura, cit; art. 24 del CC Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, cit.

⁶⁹ Art. 34, cit.

⁷⁰ T. SALA FRANCO (Dir.): *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 141.

a solicitar la situación de excedencia sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma. Al tratarse de un precepto legal de derecho necesario relativo.

En principio, los convenios no fijan, salvo alguna excepción⁷¹, un plazo de duración de esta excedencia; se entiende que se prolongará por el tiempo necesario para hacer efectiva la protección de las trabajadoras víctimas de violencia de género o su derecho a la asistencia integral. No obstante, sí disponen el grado de protección de la excedente por razón de violencia de género, a saber:

- Derecho a la reserva del puesto de trabajo, durante los seis primeros meses del ejercicio de esta situación de suspensión⁷².

- Cómputo de este período a efectos de ascenso y antigüedad. A modo de ejemplo, el CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias señala como efectos de la excedencia voluntaria por razón de víctima de violencia de género «el cómputo de este período como servicios efectivos prestados en la Administración del Principado de Asturias a efectos de devengo de antigüedad, comportando la reserva del puesto y centro de trabajo» (art. 28).

⁷¹ No obstante, el art del 41 VII Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón mantiene la línea del ET, al fijar «un plazo de duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de la tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses con un máximo de 18». En similares términos: art. 49.7 del VI Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Generalidad de Cataluña o el art. 34.5 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid.

⁷² Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit; art. 45.6 VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha, cit.

- Derecho a las retribuciones íntegras durante los dos primeros meses de esta excedencia⁷³ e incluso durante los seis primeros meses⁷⁴. El art. VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha reconoce, además, tanto «el derecho a percibir, en su caso, las retribuciones por hijo a cargo», cuanto «el reconocimiento, durante el tiempo que se mantenga la situación de excedencia, de un pago mensual cuya cuantía será del 100 por 100 de sus retribuciones durante los 12 primeros meses, y del 75 por ciento durante el resto del tiempo de excedencia» (art. 45.5).

A pesar de las incertidumbres que en algunos supuestos nos pueda suscitar la aplicación de las cláusulas convencionales, –por ejemplo, en el caso de la excedencia por cuidado de hijos y/o familiares–, cabe constatar el «entrecruzamiento» de órdenes normativos en la regulación de las situaciones administrativas de los empleados públicos, con independencia del vínculo jurídico que les une a la Administración. Alcanzada esta conclusión, hubiera sido deseable y conveniente la unificación del régimen de situaciones administrativas de funcionarios y contratados laborales. En todo caso, insisto, se ha perdido una magnífica oportunidad para equiparar las condiciones de trabajo en términos de igualdad de derechos, entre los distintos colectivos de empleados públicos, sin que «se acierte a ver cuáles son las ventajas añadidas a dicha solución excepto la de salvaguardar un espacio a la negociación colectiva».

⁷³ Art. 54, III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, cit.

⁷⁴ Art. 54 del Convenio Colectivo de Trabajo para Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cit.

RESUMEN El contrato de trabajo del personal laboral puede sufrir diversas vicisitudes modificativas. Entre estas vicisitudes se encuentran las denominadas «situaciones del personal laboral», incluidas en el Título VI del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007 de 12 de abril (en adelante EBEP), que no sólo recoge las situaciones de los funcionarios de carrera sino también la de los trabajadores dependientes y por cuenta ajena, art. 92 EBEP. El régimen jurídico de la «situaciones» del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas será el establecido tanto en el Estatuto de los Trabajadores, cuanto en los convenios colectivos aplicables. Sólo en aquellos casos en los que «la negociación colectiva así lo determine serán de aplicación las normas propias de las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, siempre que resulten compatibles con lo dispuesto en la legislación laboral». Se analizan los espacios creados por la negociación colectiva en la regulación legal de las suspensiones y excedencias. Se confirma el «entrecruzamiento» de órdenes normativas en la regulación de las situaciones administrativas de los empleados públicos, con independencia del vínculo jurídico que les une a la Administración. La conclusión a la que se llega es, que se ha perdido una gran oportunidad para la «homogeneización» o «unificación» del régimen de situaciones administrativas de los funcionarios y contratados laborales, tal y como propuso, en su día, la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.

ABSTRACT Contract personnel's employment contract can suffer a diversity of change scenarios. Within these, the so-called «situations of contract personnel» can be found, which are included under Title VI of the Basic Statute of Public Employees (EBEP, as per Spanish acronym), Law 7/2006, of 12th April. EBEP includes situations affecting not only civil servants but also dependent employees and employed staff (article 92 of EBEP). The legal regime of the «situations» of contract personnel working for Public Administrations will be the one established both by the Workers' Statute and by applicable collective agreements. Only when «collective agreement so determines, rules related to civil servants administration situations shall apply, whenever they are compatible with what labour legislation establishes». Spaces brought about by collective agreement within legal legislation of decommissioning and leave of absence are analysed. The «overlapping» of regulations affecting administrative situations of public employees is confirmed, regardless of the legal link uniting them to the Administration. The paper concludes that a great opportunity to «homogenise» or «unify» the regime of administrative situations affecting civil servants and contract personnel has been missed, a unification at one point proposed by the Commission to study and elaborate the Basic Statute of Public Employees.

La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO*

1. INTRODUCCIÓN

El Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) ha llevado a cabo una importante equiparación del régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos y al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, sobre la base de «extender al personal laboral principios y reglas tradicionalmente propios del personal funcionario», y no tanto, en cambio, sobre la base de flexibilizar el régimen jurídico de la función pública¹. Ahora bien, la diferencia básica entre el régimen jurídico funcional y el régimen laboral del empleo público sigue siendo, sin ninguna duda, el de la extinción. La diferencia esencial entre el personal laboral y el personal funcionario radica en el reconocimiento a los funcionarios públicos de un derecho a la inamovilidad en

su condición de tales. La inamovilidad significa que el funcionario de carrera sólo puede perder esa condición por las causas previstas en la ley; en concreto, el art. 63 EBEP enumera como causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera: la renuncia a la condición de funcionario, la pérdida de la nacionalidad, la jubilación total del funcionario, la sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviera carácter firme y la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme.

Como ha señalado el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, «este derecho a la inamovilidad no constituye un privilegio personal del funcionario público, aunque a veces pueda considerarse así, de manera peyorativa, desde otros sectores sociales, máxime desde que el trabajo indefinido y ‘para toda la vida’ se ha convertido en una situación no habitual en el sector privado. La inamovilidad, sin embargo, no debe percibirse como una situación privilegiada y, por ello denostable, sino que tiene

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

¹ M. SÁNCHEZ MORÓN (director): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 2008, pág. 49.

una fundamentación histórica y una justificación objetiva, pues constituye la garantía esencial de la imparcialidad del funcionario público en el ejercicio de las funciones públicas que le corresponden. Ese derecho significa, sencillamente, que ningún funcionario puede ser privado de su condición, salvo mediante la sanción de separación del servicio por falta muy grave y a través del correspondiente expediente contradictorio. Esta garantía protege al funcionario frente a cualquier pretensión arbitraria del poder político de expulsarle de la Administración sin que exista aquella grave causa objetiva»².

El EBEP no contiene ninguna referencia a la extinción del contrato de trabajo en la Administración Pública, con la sola excepción del despido disciplinario. Por tanto, serán de aplicación al personal laboral las causas de extinción previstas en el ET, al señalar el art. 7 EBEP que «el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». Esta circunstancia debe ser en cierta medida criticada, ya que aunque existen razones que justifican el hecho de que no se haya dado un tratamiento similar o idéntico a los funcionarios y al personal laboral en materia de extinción, hubiera sido deseable que el EBEP hiciera alusión a las causas de extinción de la relación laboral teniendo en cuenta las particularidades y fines perseguidos por la Administración Pública. Como ha señalado la doctrina, «la condición pública del titular de la relación de trabajo en la posición de empleador introduce particularidades o matices»³ a la hora de apli-

car las causas de extinción previstas en el art. 49 ET y esas particularidades o matices, que durante tiempo se han venido poniendo de manifiesto en la negociación colectiva y, especialmente, en la jurisprudencia debería haber sido recogidas en el EBEP.

Las causas de extinción previstas en el ET están pensadas para ser aplicadas en empresas privadas, que se rigen por el principio de libertad de empresa y que generalmente persiguen un beneficio económico, pero no en las Administraciones Públicas que tienen, entre otros, como fundamento de actuación el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales (art. 103.1 CE) y la igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional. En el mismo sentido basta señalar a este respecto la doctrina del Tribunal Constitucional, reiterada en numerosas sentencias, que nos recuerda que a diferencia de las relaciones laborales en el ámbito privado, donde, respetando los límites legales o convencionales, hay margen para el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, «cuando la empleadora es una Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)» (SSTC 161/1991, 2/1998 y 34/2004). Los diferentes principios perseguidos por la Administración frente a la empresa privada hubieran justificado la inclusión de alguna referencia a las causas de extinción de la relación laboral en el EBEP, especialmente en relación con el despido por causas económicas o el cese de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla.

En este estudio no se realiza un análisis de todas las causas de extinción de la relación de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas sino que sólo nos hemos centrado en tres de dichas causas de extinción: la extinción del contrato de trabajo por las causas consignadas válidamente en el contrato y el despido por causas económicas,

² INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: *Informe de la Comisión para el estudio y publicación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP, Madrid, 2005, pág. 143.

³ A. MARTÍN VALVERDE: «Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Actualidad Laboral*, nº 14, 2004, pág. 1674.

técnicas, organizativas o de producción, por ser las dos causas de extinción más conflictivas en la jurisprudencia, y el despido disciplinario, por ser la única causa de extinción a la que alude expresamente el EBEP.

2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR LAS CAUSAS VÁLIDAMENTE CONSIGNADAS EN EL MISMO

El art. 49 b) ET establece la extinción del contrato «por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario». La aplicación de esta causa de extinción al personal laboral de las Administraciones Públicas resulta especialmente conflictiva al alegarse como causa de extinción en los contratos indefinidos no fijos de plantilla y en los contratos de interinidad por vacante.

En efecto, es sabido que jurisprudencialmente se ha elaborado una distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla. Uno de los aspectos más polémicos de la jurisprudencia aplicativa de la legislación laboral común al personal laboral de las Administraciones Públicas anterior a la entrada en vigor del EBEP ha sido el relativo a las consecuencias jurídicas de la contratación temporal irregular. Como ha señalado la doctrina, «se trata de una cuestión en la que se dan cita básicamente dos intereses en juego: de un lado, la necesidad objetiva de combatir la contratación temporal irregular (el mantenimiento de los contratos temporales más allá de la llegada de su término final pactado mediante su prórroga ilegal), por lo demás desgraciadamente frecuente en las Administraciones Públicas, y, de otro, la imposibilidad de aplicar tal cual la presunción *iuris et de iure* del artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores de que el contrato laboral en tales casos es de naturaleza indefinida por la existencia de un fraude de ley,

dada la existencia del principio constitucional de igualdad de trato absoluta en el acceso al empleo público reconocido en los artículos 22.3 y 103 de la CE»⁴. Partiendo de estos dos intereses en juego, la jurisprudencia desde el año 1996 viene entendiendo que el trabajador contratado temporalmente de forma irregular pasa a ser considerado como trabajador indefinido, pero no fijo de plantilla pues para ser considerado como tal deben respetarse las garantías de acceso a la Administración observando los principios de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido, señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7492) que, «la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», doctrina que se consolida y precisa con la sentencia de 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1000).

La consideración del trabajador como indefinido y no fijo de plantilla tiene importante trascendencia desde el punto de vista de la extinción del contrato de trabajo. Así, para el Tribunal Supremo «el carácter indefinido del contrato implica, desde una perspectiva temporal, que éste está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza de plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendi-

⁴ T. SALA FRANCO: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, dir. M. Sánchez Morón, 2ª edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 122.

da fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato» (STS 20-1-1998, RJ 1998/1000). En consecuencia, según la citada jurisprudencia, el trabajador contratado por tiempo indefinido pierde su puesto de trabajo cuando éste se cubre por el procedimiento de selección o promoción correspondiente, de manera que su contrato está sometido a la misma condición de extinción que el contrato del trabajador interino. La Administración Pública y las empresas públicas pueden contratar personal laboral a su servicio, debiendo respetar en esas relaciones la legislación laboral común, relativa al nacimiento y desarrollo de la relación laboral (SSTS 11 febrero 1991, 18 marzo 1991), aunque matizada por el carácter público del empresario, en el sentido de que el carácter indefinido de un contrato fraudulento no significa la fijeza del trabajador en el puesto público, sino su vínculo con la Administración Pública hasta que se provea la plaza vacante que está ocupando, conforme a las garantías de acceso por razón de méritos, capacidad e igualdad previstos en los concursos públicos.

Puede, por tanto afirmarse que, desde el punto de vista extintivo tiene el mismo tratamiento el contrato de interinidad por vacante que el indefinido, si bien, para la jurisprudencia, esta circunstancia no debe producir preocupación jurídica, porque la justificación de la existencia de unos y de otros contratos responde a una misma causa y necesidad. Además, la jurisprudencia precisa que no es totalmente equiparable la condición de indefinido no fijo a la de interinidad por vacante. Primero, como señala la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893) porque «donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo

del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad». Y segundo, porque en el caso del trabajador indefinido no fijo no es posible considerar como causa de extinción, como sí ocurre con el interino (artículo 8.1.c del RD 2720/1998), el transcurso del plazo necesario para el desarrollo del proceso de cobertura del puesto de trabajo sin que tal cobertura se llegue a producir, puesto que para que se extinga el contrato de trabajo del indefinido no fijo es preciso siempre que la plaza sea cubierta reglamentariamente».

Al margen de las diferencias señaladas, lo cierto es que en los supuestos de cobertura de la plaza reglamentariamente la solución que da la jurisprudencia es la misma tanto si estamos ante un contrato de interinidad por vacante como ante un contrato indefinido no fijo. En ambos casos la provisión reglamentaria de la plaza con carácter definitivo es causa lícita de extinción del contrato, sin que ello confiera derecho a indemnización alguna. A tales efectos la naturaleza de indefinido no fijo del trabajador no confiere ningún derecho, puesto que acreditada la cobertura de la plaza de forma definitiva la extinción del contrato deviene lícita y no puede calificarse la misma como despido improcedente o nulo.

En todo caso, debe quedar acreditado que la plaza que ocupa el trabajador con contrato indefinido es una de las plazas que resultan cubiertas por el procedimiento reglamentario establecido, pues de no quedar acreditado se estima que estamos ante un despido improcedente. En este sentido, la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2007 (AS 2007/2488) declara improcedente el despido de un trabajador del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria al entender que «la Corporación empleadora no ha acreditado que la plaza que ocupaba el Sr. Guillermo (a la cual no se ha asignado ninguna numeración en la correspondiente RPT) fuera precisamente una de las vacantes cuya cobertura mediante con-

curso oposición fuera convocada por la Resolución 2.950/2005 (publicada en el BOP de Las Palmas de 25 de febrero de 2005), máxime cuando tras la celebración del referido procedimiento selectivo aun quedaron otras trece plazas de Inspector en situación de vacante. Tal falta de concreción coloca al actor en situación de total indefensión a la hora de defender su puesto de trabajo y es contraria a derecho».

Debe tenerse en cuenta que sí se ha admitido la vía del despido por causas objetivas para proceder a la extinción de los contratos de trabajo en el supuesto de anulación judicial del proceso selectivo. En efecto, declarada la nulidad del concurso por el orden jurisdiccional contencioso administrativo debe procederse a la extinción de los contratos por la vía del art. 52 c) ET pues la extinción se debe a causas de las que el trabajador es totalmente ajeno y que son consecuencia de un defectuoso proceder inicial de su empleador⁵.

La extinción del contrato por las causas validamente consignadas en el contrato resulta también de aplicación, para algún sector de la doctrina judicial, en los supuestos de amortización del puesto de trabajo cuando éste está ocupado por un trabajador con contrato de interinidad por vacante o con un contrato indefinido. Así, en relación con el contrato de interinidad, la jurisprudencia viene afirmando que el nombramiento del personal interino por vacante sirve para desempeñar una plaza hasta tanto se provea en propiedad y que el personal así nombrado podrá mantenerse en la plaza hasta la incorporación a la misma de personal estatutario designado reglamentariamente para su desempeño o

hasta que la misma sea amortizada⁶. Es doctrina unificada según señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 14 marzo 2002 (RJ 2002, 5205) haciéndose eco de las sentencias de 2 de abril de 1997 (RJ 1997, 3045), 9 de junio de 1997 (RJ 1997, 4692) y 27 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3128), entre otras «que, cuando el contrato es de interinidad por vacante y los servicios se prestan a la Administración, el contrato puede extinguirse por las causas generalmente previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, pero también se produce ese efecto por la causa específica de la amortización de la plaza servida. La situación de interinidad que genera el contrato de trabajo con la Administración es muy peculiar, concurriendo en ella algunas circunstancias que la diferencian de la contratación celebrada por los particulares al amparo del artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores; aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, la eficacia de tales pactos debe entenderse sometida a la condición subyacente de la pervivencia de los puestos». Por tanto, cuando la amortización del puesto de trabajo se lleva a cabo por el procedimiento reglamentariamente establecido, no resulta de aplicación el art. 52 c) ET (STS 30-11-2007, Ar. 9345).

En el mismo sentido, y en relación con el contrato de trabajo indefinido se ha afirmado que, «si la plaza es ocupada, conforme a algunos de los procedimientos reglamentarios que sean de aplicación, o bien la misma es amortizada, también a través de procedimiento que sea legalmente aceptable, el trabajador no es objeto propiamente de un despido, sino que se extingue su contrato de trabajo como consecuencia de que tal peculiar relación

⁵ SSTS 5-10-1999 (RJ 1999/7761); 5-7-2000 (RJ 2000/6897). Sobre este tema, ver, M^a.A. CASTRO ARGÜELLES y J. GARCÍA MURCIA: «La extinción de los contratos por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?», *Aranzadi Social*, nº 7, 2000, págs. 77-87.

⁶ SSTS de 21 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6891], 7 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2259], 7 de julio de 1998 [RJ 1998, 6162], y 26 de octubre de 1999 [AS 1999, 7177], entre otras muchas.

laboral indefinida tiene ese límite final, equiparable a una especie de interinaje laboral» (STSJ Castilla La Mancha 22 de abril de 2005, AS 2005/917). Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 9893) (fundamento jurídico 11^o) a estos efectos el estatuto del indefinido no fijo se asemeja más a un contrato de interinidad que a un contrato fijo, y para aquél se ha admitido el cese por amortización sin necesidad de recurrir al despido objetivo». Viene con ello a aceptar el Tribunal Supremo, que pueden aplicarse a estos efectos las mismas reglas de la extinción de los contratos de interinidad por vacante al régimen de extinción de la relación laboral indefinida no fija mantenida por la Administración con su personal laboral, equiparando en este orden de cosas la naturaleza jurídica de ambas situaciones. Y una vez establecida esta equiparación, resulta aplicable el criterio ampliamente reiterado por el Tribunal Supremo, que viene a admitir la posibilidad de que la Administración proceda a amortizar el puesto de trabajo, sin necesidad de seguir los trámites y el procedimiento del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, se ha considerado, por ejemplo, válida la extinción del contrato de trabajo por la vía del art. 49.1 b) ET y sin necesidad, por tanto, de acudir al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de varios trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, enfermeros del servicio de bomberos y emergencias de un Ayuntamiento, al decidir suprimirse este servicio⁷.

Ahora bien, junto a las sentencias señaladas que extienden al contrato indefinido la tesis relativa al contrato de interinidad por vacante que sostiene que es factible su extinción directa por amortización de la plaza, no

⁷ STSJ Cataluña 24-5-2005, AS 2005/2042. En el mismo sentido, SSTSJ Castilla La Mancha 16-10-2004 (AS 2004/544) y 5-11-2003 (AS 2003/160); STSJ La Rioja 23-7-2002 (AS 2002/2196); STSJ Cataluña 7-5-2004 (AS 2004/2208).

faltan sentencias que consideran que en estos supuestos es necesario acudir al despido por causas objetivas. Así, la STSJ Cataluña de 22 de octubre de 1998 (AS 1998/4214), señala que la extinción de la relación laboral por amortización de la plaza ocupada por el trabajador en calidad de interino por vacante es criterio de aplicación en el contrato de interinidad por vacante, pero no puede hacerse extensible a los contratos indefinidos⁸. La doctrina judicial se muestra, por tanto, dividida en estos supuestos.

Un supuesto frecuente de amortización del puesto de trabajo se da como consecuencia de la funcionarización del puesto cubierto con personal laboral. Si como consecuencia de diversos procedimientos de adecuación de plantillas la plaza que se ocupa como personal laboral pasa a convertirse en una plaza funcionarial hay sentencias que entienden que en estos casos el contrato del trabajador indefinido queda extinguido por la vía del art. 49.1 b) ET aunque dicha plaza, ahora funcionarial, se ocupe por un funcionario interino, mientras que otras consideran que en estos casos no procede la extinción porque la plaza aún no se ha cubierto definitivamente. Así, entre las primeras, podemos citar varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha⁹, según las cuales, si la plaza que se ocupa con la condición de trabajador indefinido pasa a convertirse en una plaza funcionarial el trabajador no es objeto de un despido sino que su contrato de trabajo se extingue y la plaza puede entonces ser objeto de su ocupación interina hasta que se produzca, por el pertinente procedimiento reglamentario, su ocupación definitiva por personal funcionario. Entre las segundas, podemos citar la STSJ País Vasco de 9 de noviembre de 2004 (AS 2004/3836), que considera que no procede declarar la extinción del contrato indefinido en estos casos pues si

⁸ Ver, STSJ Cataluña 14-10-2004 (AS 2004/3426).

⁹ SSTSJ Castilla La Mancha 22-4-2005, AS 2005/917; 7-5-2003, JUR 2003/2459616.

la plaza es cubierta por un funcionario interino falta la adquisición de la plaza en propiedad, y sólo esta circunstancia justifica la extinción del contrato.

La doctrina jurisprudencial y judicial hasta aquí expuesta en relación con la extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla plantea la duda de si en los supuestos descritos nos encontramos realmente ante una extinción del contrato de trabajo por las causas válidamente consignadas en el mismo (art. 49.1 b) ET) o ante un despido por causas económicas, técnicas u organizativas del art. 52 c) ET. En síntesis, podemos distinguir dos supuestos diferentes:

– En primer lugar, en relación con la extinción del contrato indefinido por cobertura de la plaza conforme al procedimiento reglamentariamente establecido, la jurisprudencia entiende que el contrato indefinido se celebra con esa condición implícita. Es decir, aun cuando no aparezca consignada en el contrato la causa de extinción, el contrato indefinido en la Administración Pública lleva implícita dicha cláusula condicional: el contrato se extinguirá en el momento de cobertura de la plaza reglamentariamente.

El contrato indefinido en la Administración Pública es una creación jurisprudencial que ha sido recogida legalmente por el EBEP (arts. 8.2 y 11). La jurisprudencia ha ido matizando las características de estos contratos tratando de diferenciarlos de los denominados contratos fijos. El problema radica en que la diferencia entre ambas modalidades plantea dudas tanto en el momento de acceso a dicha condición como en el momento de su extinción, y el legislador, en lugar de configurar el régimen jurídico de esta modalidad contractual se ha limitado a recogerla sin más, por lo que es necesario seguir acudiendo a la doctrina jurisprudencial y judicial con la consiguiente inseguridad jurídica. Así, según la jurisprudencia queda claro que la condición de trabajador fijo se adquiere mediante la superación de un procedimiento selectivo

convocado públicamente, mientras que el trabajador indefinido adquiere esa condición como consecuencia de la transformación de su anterior contrato temporal celebrado irregularmente. Ahora bien, al recoger el EBEP expresamente esta modalidad contractual, parece que la Administración puede contratar directamente a un trabajador con un contrato indefinido. De esta manera el personal laboral podrá estar vinculado a la Administración pública por un contrato indefinido que provenga de la transformación de uno o varios contratos temporales celebrados anteriormente de forma irregular, por un contrato indefinido que, tras la reforma del art. 15.1 a) ET llevada a cabo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, tenga su origen en la superación del período de duración máxima de un contrato para obra o servicio determinado o por un contrato indefinido al que se opta desde el momento inicial de contratación. Pero, ¿cuál es el régimen jurídico de ese contrato?. Según postura jurisprudencial unificada el contrato indefinido en las Administraciones Públicas será un contrato sometido a condición resolutoria, pues el contrato se extinguirá cuando la plaza ocupada sea cubierta por el procedimiento de selección convocado públicamente al efecto, de tal manera que resulta difícil apreciar diferencias significativas entre el trabajador indefinido y el trabajador interino por vacante.

Esta postura jurisprudencial ha sido recogida legalmente por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Como es sabido, en materia de contratación temporal, la reforma laboral de 2010 ha fijado una duración máxima al contrato para obra o servicio determinado: tres años ampliables hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa, dice el art. 15.1 a) ET. Lo dispuesto en este precepto en relación con la duración

máxima del contrato para obra o servicio determinado resulta de aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas, tal y como señala la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores tras su modificación por la citada Ley, sin perjuicio «de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable». En consecuencia, los trabajadores de las Administraciones Públicas adquirirán la condición de indefinidos y no de fijos, pues como hemos señalado, la condición de fijo sólo se adquiere después de la superación del procedimiento de selección convocado al efecto. En estos casos, matiza la disposición adicional decimoquinta del ET, el trabajador indefinido por superación del período máximo de duración del contrato para obra o servicio determinado, «continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo». Se recoge, de este modo, legalmente la doctrina jurisprudencial expuesta, de manera que en estos casos el contrato se extinguirá sin derecho a ningún tipo de indemnización. Téngase en cuenta que el ET no prevé ningún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de condición resolutoria y en este caso estamos ante un supuesto de condición resolutoria implícita: los contratos indefinidos en las Administraciones Públicas se extinguen por la cobertura del puesto de trabajo ocupado a través de los procedimientos de selección reglamentariamente establecidos.

– En segundo lugar, en relación con la extinción del contrato de trabajo por amorti-

zación o funcionarización del puesto de trabajo la inseguridad jurídica parece mayor, pues unas sentencias consideran que estamos también ante una condición implícita en el contrato que provocará su extinción sin derecho a indemnización, mientras que otras consideran necesario acudir al despido por causas objetivas.

A nuestro juicio, resulta criticable la postura jurisprudencial, actualmente también legal, mantenida en relación con la extinción del contrato de trabajo indefinido en las Administraciones Públicas pues los supuestos señalados darían lugar sin ninguna duda a un despido por causas organizativas¹⁰. Al existir expresamente esta causa de despido en la legislación laboral –legislación aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas en materia extintiva–, el considerar la cobertura reglamentaria de la plaza o su amortización como condiciones resolutorias implícitamente incorporadas al contrato indefinido supone una modificación fraudulenta del régimen extintivo del contrato en perjuicio del trabajador, que verá su contrato extinguido sin devengar derecho a indemnización alguna. En este sentido, se da la paradoja de que el trabajador contratado temporalmente tiene derecho a una indemnización en el momento de la extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el art. 49.1 c) ET, mientras que el trabajador con contrato indefinido no tiene derecho a la misma.

¹⁰ En el mismo sentido ver, entre otros, CORDERO SAAVEDRA, I.: «El fraude de ley en la contratación por las Administraciones Públicas y sus consecuencias jurídicas», *Aranzadi Social*, nº 12, 2003, pág. 36; LAHERA FORTEZA, J.: «La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (comentario a la STS 27 de mayo de 2002)», *Relaciones Laborales*, nº 23 y 24, 2002, págs. 71 a 73. Para este último autor, sería conveniente que el legislador contemplara entre las causas del art. 52 del ET, la cobertura reglamentaria de la vacante ocupada por trabajador indefinido no fijo de plantilla.

3. DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

La posibilidad de extinguir las relaciones de empleo público alegando causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ha sido una cuestión muy discutida, pues, como ha señalado la doctrina, no hay duda de que dichas causas «fueron concebidas por el legislador para que tuviesen su ámbito de aplicación situado en el contexto empresarial¹¹» y no en el ámbito de la Administración Pública. La Administración no compite en el ámbito del mercado, lo que plantea la cuestión de si la misma puede tener problemas de supervivencia o viabilidad. En este sentido, cabe preguntarse «si las Administraciones Públicas deben buscar como fin primordial su rentabilidad económica, pues es evidente que gran parte de su actividad no conduce a ningún beneficio económico positivo –hablando claro está, en términos meramente materiales–, siendo precisamente su misión garantizar servicios deficitarios. Por lo tanto, nos encontramos ante un problema de equilibrio presupuestario, sujeto inevitablemente a vaivenes o prioridades de carácter político»¹².

Son las causas económicas las que más dudas plantean acerca de la posibilidad de ser alegadas o no como causa de extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En efecto, de conformidad con el art. 51.1 ET, en su redacción actual tras la modificación introducida por la Ley 35/2010, se entiende que concurren causas económicas «cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la

existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo». La causa económica se refiere, por tanto, a la rentabilidad de la empresa (pérdidas, desequilibrio financiero, etc., según TS 14 de mayo de 1998), a los resultados de explotación, de manera que la extinción de los contratos pretende superar la situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma. Partiendo de esta definición, para un sector de la doctrina judicial resulta difícilmente justificable la aplicación del despido por causas económicas en la Administración Pública y, así se ha afirmado que, «exigiendo el precepto la existencia de una situación económica negativa de la empresa dicha causa de extinción será siempre difícilmente predicable de las Entidades Públicas, que por carecer de ánimo de lucro y estar destinadas a la prestación de servicios públicos, no pueden por definición encontrarse en dicha situación, ya que su endeudamiento obedecerá a su propia finalidad como entidad pública, siendo buscado de propósito en la mayoría de los casos para mejorar los servicios que constituyen su finalidad, sin que por ello su situación económica pueda perjudicar la supervivencia del Ente Público»¹³. Y, en la misma línea, también se ha afirmado que si bien es cierto que «la Administración no es del todo ajena a las cambiantes situaciones del mercado y de la competencia, tratándose de un organismo público no puede argumentarse, para respaldar la decisión extintiva (...), la falta de recursos económicos al tener aseguradas sus fuentes de financiación y al tener garantizada su existencia», razón por la cual no puede utilizarse el criterio interpretativo según el cual la extinción contribuye a garantizar la viabilidad financiera de la empresa¹⁴.

¹¹ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Ed. Lex Nova, pág. 425.

¹² P. GUNTIÑAS FERNÁNDEZ: «El nuevo art. 52 ET: el contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto», *Revista de Derecho Social*, nº 20, 2002, pág. 126.

¹³ STSJ Comunidad Valenciana 12-12-1997, AS. 1997/4767.

¹⁴ STSJ Valencia 26-9-1997, AS 1997/3019.

Sin embargo, frente a la doctrina judicial señalada, la doctrina judicial mayoritaria viene admitiendo el despido por causas económicas del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Así, a modo de síntesis, podemos citar las siguientes sentencias:

– STSJ Andalucía 25-4-1997, (AS 1997/3855): «(el artículo 52, c) del Estatuto de los Trabajadores, (es) aplicable a entes públicos como el aquí interesado sin duda alguna, pues se declara probado que lleva en situación deficitaria varios años y que se han reducido los ingresos por subvenciones destinadas al servicio en que se empleaba al actor, lo cual significa, conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 abril y 14 junio 1996 (RJ 1996\5297 y RJ 1996\5162), la concurrencia de los tres elementos necesarios, cuales son: un factor desencadenante –los resultados económicos de la actividad–, que inciden desfavorablemente en la rentabilidad o situación económica; la amortización del puesto al que afecta el ajuste de factores que se ha decidido –según lo acordado por la Mancomunidad sobre reducción de plantilla– y la conexión de funcionalidad entre la extinción acordada y la superación de la situación negativa, por el ahorro de costes que supone».

– STSJ Andalucía 9-5-1997, (AS 1997/3860): «La aplicabilidad del artículo 52, c) del Estatuto de los Trabajadores a las Administraciones Públicas, ha sido declarada por la Sala en Sentencia número 1611/1997 (AS 1997\3855), teniendo en cuenta –en especial en Corporaciones Locales o en entes de la Administración institucional– que su sometimiento general al Derecho hace posible la utilización de ésta y de las demás causas objetivas de dicho artículo 52, bien que matizándose la doctrina general expuesta en el sentido de que habrá que estar a la situación presupuestaria, contable y financiera de la Corporación en su integridad, incluyendo cuantos entes institucionales o empresas públicas dependan de la misma; igualmente habrá de tratarse de forma distinta en Administracio-

nes con cifras presupuestarias, ingresos y gastos de cuantía elevada, frente a las de menores recursos; de la misma forma, deberán tenerse en cuenta datos de hecho y previsiones normativas, pues éstas pueden precisar el riesgo de falta de equilibrio financiero de la entidad en el futuro, atendiendo tanto a las modificaciones competenciales, a las reglas sobre personal y su coste retributivo, como las afectantes a los recursos de la Hacienda Pública (tributos y otros ingresos).

En esta tarea, el juicio de razonabilidad no puede convertirse en un juicio sobre la oportunidad de la medida del poder público, pues el mejor servicio del interés general justifica que la Administración decida en cada momento, dentro de las posibilidades legales, cómo repartir sus recursos, a qué planes o actuaciones los destina y, por consiguiente, qué empleos mantiene o crea, no pudiendo negarse el uso de la medida ex artículo 52, c) del Estatuto de los Trabajadores, pues la mejora financiera y la perfección en la organización de recursos –fines de la misma– son también objetivos válidos para la actuación de un poder público en aras de la eficiencia».

Puede, por tanto, afirmarse que para los tribunales la disminución de subvenciones, la existencia de déficit en un organismo público o la extinción de convenios con otras instituciones, entre otras circunstancias, pueden justificar el despido por causas económicas en la Administración Pública.

No podemos dejar de mencionar la trascendencia que esta causa de despido tiene en un momento como el actual en el que la profunda crisis económica que estamos viviendo ha puesto en graves situaciones financieras a algunas Administraciones Públicas, especialmente, a numerosos Ayuntamientos. Así, desde finales de 2008 son cada vez más frecuentes los Ayuntamientos que han iniciado los trámites para llevar a cabo expedientes de regulación de empleo, tanto suspensivos como extintivos, expedientes que no siempre

han sido autorizados¹⁵. Entre los expedientes de regulación de empleo autorizados destacan los de los Ayuntamientos de Almensilla (Sevilla), Escacena del Campo (Huelva), Barlovento (La Palma), Ingenio (Gran Canaria) o Avilés (Asturias)¹⁶. Con fecha 8 de febrero de 2011 también se ha aprobado un expediente de regulación de empleo, pero en este caso suspensivo, en el Ayuntamiento de Fuente el Saz del Jarama (Madrid). El supuesto plantea interés porque a petición del Ayuntamiento señalado el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través del Servicio Público de Empleo Estatal, ha emitido un informe no vinculante acerca de si es posible aprobar un expediente de regulación de empleo en un Ayuntamiento. En dicho informe, de fecha 31 de enero de 2010, el Servicio Público de Empleo Estatal considera que «los mecanismos de regulación de empleo, de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de productivas» se limitan «al ámbito de la actividad empresarial o a entidades que persigan

la obtención de un lucro», y, por tanto, una Administración Pública, como es un Ayuntamiento, «no puede acogerse a ellos». Recuerda también el informe que los Ayuntamientos están al servicio de los «intereses generales y que su función es prestar los servicios públicos que marca la ley, pero no perseguir fines empresariales». Asimismo, y dado que el Ayuntamiento de Fuente el Saz del Jarama ha alegado motivos económicos para solicitar el expediente de regulación de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal señala que la Administración municipal debe ser «eficaz» y dotarse de la «previsión financiera» necesaria para la prestación de los servicios públicos, por lo que «no resulta compatible la disminución temporal de estos en función de los ingresos previstos». Las «desviaciones de ingresos y gastos municipales» han de corregirse «en el marco de la disciplina presupuestaria, que en nada tiene relación con los resultados de explotación de las entidades mercantiles». Sin embargo, a pesar de que el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través del Servicio Público de Empleo Estatal, desestima la solicitud del Ayuntamiento señalado, la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid ha aprobado el expediente de regulación de empleo suspensivo.

¹⁵ Es el caso, por ejemplo del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, con 2700 trabajadores, que fue rechazado en su aprobación por la Junta de Andalucía.

¹⁶ El expediente de regulación de empleo del Ayuntamiento de Avilés ha sido aprobado en diciembre de 2010 y el problema que ha llevado a su solicitud y posterior aprobación ha sido el siguiente. Más de 100 trabajadores contratados por el Ayuntamiento de Avilés a través de planes de empleo, que exigían estar desempleados para ser contratados para realizar determinados servicios en el Ayuntamiento, han obtenido sentencias favorables declarando sus contratos indefinidos por haberse llevado a cabo en fraude de ley. El convenio colectivo del Ayuntamiento de Avilés contiene una cláusula según la cual en el supuesto de despido improcedente la opción entre la indemnización o la readmisión la tiene el trabajador. En virtud de esta opción, todos los trabajadores que han obtenido sentencia favorable han optado por la readmisión. De este modo el Ayuntamiento de Avilés ha visto su plantilla incrementada en más de 100 personas y ante esta situación ha solicitado la aprobación de un expediente de regulación de empleo para proceder a la extinción de los contratos alegando la falta de dinero para poder proceder al pago de las nóminas de estos trabajadores. El Principado de Asturias ha autorizado el ERE.

El caso señalado resulta de especial interés porque nos muestra con claridad las discrepancias que en la propia Administración existen sobre la aplicación de esta causa de despido. El Ministerio de Trabajo e Inmigración parece no aceptar la aplicación del despido por causas económicas en la Administración Pública, pero si esto es así debería haberlo previsto específicamente en el EBEP dado que estamos ante una cuestión polémica que viene planteándose desde hace muchos años. Si el legislador no ha previsto nada en el EBEP y en materia de extinción del contrato de trabajo hay una remisión a la legislación laboral, debemos entender que las Administraciones Públicas en régimen laboral pueden acudir a las causas de extinción previstas en el art. 52 c) ET. Ahora bien, es

evidente que el examen de la concurrencia de las causas económicas hay que realizarlo teniendo en cuenta la naturaleza de los servicios prestados, pues no es el ánimo de lucro, sino el interés general o el servicio público lo que constituye su causa o finalidad¹⁷. Pero partiendo de este hecho, no es menos cierto que los organismos públicos deben guiarse por criterios de racionalidad dado que manejan fondos públicos. Aunque la Administración Pública no compita en el mercado o no tenga ánimo de lucro, no por ello deja de ser empleadora «y de necesitar una organización de recursos racional, que no incremente gastos de modo innecesario, y que sirva de la manera más eficiente posible al cumplimiento del servicio público que tiene encomendado»¹⁸. En este mismo sentido, debe tenerse en cuenta que la definición de causas económicas que contiene el art. 51.1 ET tras su modificación por la Ley 35/2010, puede, a nuestro juicio, adaptarse sin problemas a la realidad de las Administraciones Públicas. En efecto, la causa económica se identifica sin más con una situación económica negativa. A partir de ahí lo que hace la ley es dar dos ejemplos en los que se entiende que hay situación económica negativa: la existencia de pérdidas en la explotación empresarial y la disminución persistente del nivel de ingresos en la empresa. Pero fuera de estos dos supuestos pueden darse otras situaciones que permiten acreditar que existe una situación económica nega-

tiva y que pueden encajar mejor con la prestación de servicios públicos que tiene encomendada la Administración. Así, por ejemplo, aun manteniéndose iguales los ingresos puede producirse un incremento continuo del nivel de gastos en una Administración, como consecuencia de la prestación de nuevos servicios a los ciudadanos, que afecten a su capacidad para mantener el volumen de empleo; o, por el contrario, puede producirse una disminución del nivel de ingresos de una Administración como consecuencia de una menor recaudación de impuestos o tasas que afecte, como en el ejemplo anterior, a su capacidad para mantener el volumen de empleo.

Las dudas que se plantean a la hora de aplicar el despido por causas económicas a las Administraciones Públicas, no se dan, sin embargo, cuando las mismas justifican el despido en causas organizativas, pues las Administraciones Públicas «en la medida en que cumplen la finalidad de servir a las necesidades colectivas pueden en ocasiones tener que extinguir determinadas relaciones laborales cuando el servicio público a que responde su existencia, se modifica o reestructura»¹⁹. En este sentido, y a modo de ejemplo, se ha aceptado que hay causa organizativa cuando se trate de la supresión de un servicio municipal, máxime cuando éste es asumido por otra Administración de ámbito superior²⁰ o por un servicio externo que resuelva los casos concretos, que con muy poca frecuencia, suelen surgir²¹.

La extinción de los contratos de trabajo al amparo de los arts. 51 y 52 c) ET son una fórmula utilizable en el seno de las Administraciones Públicas además de otras medidas previstas específicamente en la función pública

¹⁷ En este sentido, ver STSJ Andalucía 16-7-2008, AS 2009/1032.

¹⁸ STSJ Madrid 10-6-2006 (AS 2006/599). En el mismo sentido, STSJ Cataluña 14-10-2004 (AS 2004/3426), según la cual, se percibe claramente que el art. 52 c) ET «está pensando en una empresa que compite en un mercado libre, lo que impediría interpretándolo de forma literal o estricta su aplicación a un Organismo Público, en este caso un Ayuntamiento, (pero) no es posible entenderlo de tal manera, ya que la extinción del contrato de trabajo de la actora conlleva un ahorro objetivo de costes de los servicios, ahorro que no ha de desecharse por el hecho de tratarse de una entidad pública que tiene unos recursos limitados y la obligación de prestar incontables servicios».

¹⁹ STSJ Comunidad Valenciana 27-9-2001 (AS 2001/2043).

²⁰ STSJ Comunidad Valencia 27-9-2001 (AS 2001/2043).

²¹ STSJ Madrid 10-6-2005 (AS 2006/599).

como son los Planes de Empleo o la reasignación de efectivos a que aluden los arts. 18 y 20.1 g) de la Ley 30/1984. En efecto, como ya hemos señalado, uno de los aspectos que más separan el régimen jurídico funcional del régimen laboral del empleo público es, sin duda, el de la extinción. Las causas de extinción de la relación funcional se alejan lógicamente de las causas de extinción de la relación laboral, pues la estabilidad es el principio que debe inspirar el empleo público con la finalidad de prestar unos servicios de calidad. Ahora bien, aunque esto es cierto, no lo es menos el hecho de que la Administración Pública tiene en muchas ocasiones necesidad de crear, modificar o suprimir puestos de trabajo según se vea obligada a prestar nuevos servicios o a suprimir los que venía ofreciendo por distintas razones como, por ejemplo, la disminución de subvenciones o la supresión de convenios con otras instituciones.

Para resolver estos supuestos se han tratado de articular medidas que podrían asimilarse a la suspensión de la relación laboral más que a su extinción por causas económicas u organizativas. Así, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales de Régimen Jurídico de la Función Pública y protección por desempleo, modificó el art. 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas de Reforma de la Función Pública introdujo la figura de los Planes de Empleo, que se configuran como instrumentos esenciales para el planteamiento global de las políticas de recursos humanos de las distintas organizaciones administrativas. Así, según este precepto, «las Administraciones Públicas podrán elaborar Planes de Empleo, referidos tanto a personal funcionario como laboral, que contendrán de forma conjunta las actuaciones a desarrollar para la óptima utilización de los recursos humanos en el ámbito a que afecten, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal. Las actuaciones previstas para el personal laboral en los Planes de Empleo se desarrollarán conforme a la normativa específica

del ordenamiento jurídico laboral». Los Planes de Empleo son la raíz de novedosas posibilidades de movilidad interadministrativa e incluso de ajuste de los efectivos disponibles y podrán contener las siguientes previsiones y medidas:

- a) Previsiones sobre modificación de estructuras organizativas y de puestos de trabajo.
- b) Suspensión de incorporaciones de personal externo al ámbito afectado, tanto las derivadas de oferta de empleo como de procesos de movilidad.
- c) Reasignación de efectivos de personal.
- d) Establecimiento de cursos de formación y capacitación.
- e) Autorización de concursos de provisión de puestos limitados al personal de los ámbitos que se determinen.
- f) Medidas específicas de promoción interna.
- g) Prestación de servicios a tiempo parcial.
- h) Necesidades adicionales de recursos humanos que habrán de integrarse, en su caso, en la Oferta de Empleo Público.
- i) Otras medidas que procedan en relación con los objetivos del Plan de Empleo.

Desde el punto de vista del personal laboral, los Planes de Empleo son, por tanto, un instrumento a través del que se pueden articular procedimientos de extinción de contratos de trabajo, pero esto no quiere decir que sea obligatorio que la extinción se lleva a cabo a través de dichos Planes de Empleo. La extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se podrá llevar a cabo dentro de un Plan de Empleo o fuera de él, como con claridad señala la STSJ Aragón de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006/243422): «el hecho de que el legislador, en la línea flexibili-

zadora de tantas reformas legales, haya proporcionado a las Administraciones públicas un nuevo instrumento de racionalización de sus recursos humanos en el marco del cual se podrá acordar la realización de despidos objetivos (los cuales estarán en todo caso sujetos a los requisitos del art. 52 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores), no supone que a partir de su instauración la única forma de llevar a cabo despidos objetivos por las Administraciones públicas sea previa aprobación de un plan de empleo que así lo disponga. Los requisitos de los despidos objetivos son los exigidos por el Estatuto de los Trabajadores, aplicándose tanto a las Administraciones públicas empleadoras como a las empresas privadas. Y si un Ayuntamiento, aunque no haya aprobado un plan de empleo, modifica su plantilla de personal, amortizando los puestos de trabajo de unos trabajadores, lo que es aprobado por el pleno de la corporación local, lo decisivo es si concurren los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores para la extinción de contratos por causas objetivas, sin que sea «conditio sine qua non» la aprobación de un plan de empleo, pues el ordenamiento no lo exige. Por consiguiente, no puede sostenerse que, a partir de la aprobación de la Ley 22/1993, que reguló los planes de empleo, éstos sean el único procedimiento de conformación de la voluntad y legitimación de las Administraciones públicas en materia de empleo, de forma que cualquier decisión extintiva adoptada al margen de un plan de empleo sea antijurídica. Los procedimientos de conformación de voluntad de éstas en materia de empleo que existían antes de la Ley 22/1993, subsisten después, habiéndoseles añadido un nuevo instrumento racionalizador en esta materia, que no deja sin efecto los anteriores». Los Planes de Empleo tienen, por tanto, un carácter potestativo de tal manera que no sustituyen «a las medidas ordinarias de gestión del personal, funcionario o laboral, sino que se acumula a ellas»²².

²² GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: «Reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo

La duda que plantean los Planes de Empleo y la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) que éstos pueden contener, es si tal modificación justifica sin más la extinción de los contratos de trabajo del personal laboral o si, por el contrario, es necesario examinar si existen causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la misma. Es decir, si la supresión de un puesto de trabajo mediante la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo es causa suficiente para justificar el despido o si es necesario valorar las razones que han llevado a su supresión y de responder éstas a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción el despido sería procedente.

Un sector de la doctrina judicial entiende que no es su misión examinar si concurren razones de fondo que justifiquen la modificación o supresión de un puesto de trabajo sino sólo si la Administración ha utilizado el procedimiento adecuado para llevar a cabo dicha decisión. Así, en el supuesto enjuiciado por la STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2003 (AS 2004/816) la extinción de los contratos de trabajo de los actores fueron el resultado de una previa decisión del Pleno del Ayuntamiento recurrente por la que acordaba suprimir el servicio de escuela de adultos y amortizar las plazas correspondientes. Para el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, «se trata por ello de la ejecución de un acuerdo adoptado por el organismo competente en el ejercicio de sus facultades y siguiendo el procedimiento establecido, no habiéndose denunciado ninguna irregularidad formal que hubiera podido cometerse, ya que la oposición de los trabajadores a la decisión extintiva se centra en las razones tenidas en cuenta por el Ayuntamiento para cerrar la escuela de adultos, las cuales se centran no tanto en la supresión o no de subvenciones, cuestión sobre la que gira el razonamiento de la sentencia, sino en la falta

supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública», *Justicia Laboral*, nº 4, 2000, pág. 13.

de homologación de los títulos a partir del curso escolar 2002/2003 y en no haberse hecho cargo la Generalitat de las escuelas municipales de adultos. En cualquier caso no corresponde a la Sala decidir sobre las razones de fondo tenidas en cuenta por el Ayuntamiento para suprimir la escuela de adultos, lo cual entra dentro de las facultades que ostenta en orden a la organización y distribución de sus recursos, sino sobre la corrección formal de la decisión adoptada, único extremo que la Sala puede analizar con arreglo al artículo 4 de la Ley de Procedimiento Laboral. En consecuencia, habiéndose amortizado los puestos de trabajo de los actores con sujeción a los trámites legalmente previstos al efecto, como consecuencia de la supresión del servicio de escuela de adultos que venía prestando el Ayuntamiento, concurren causas organizativas que justifican la extinción de sus contratos de trabajo al amparo del artículo 52.c) del ET».

El razonamiento de la sentencia transcrita es el mismo que el utilizado por la jurisprudencia en los supuestos de extinción del contrato de trabajo indefinido o de interinidad que hemos visto en el epígrafe anterior y que dan lugar al despido por cumplimiento de condición resolutoria. En ambos casos no se entra a valorar las razones que justifican la amortización del puesto de trabajo: si estamos ante una auténtica amortización del puesto de trabajo llevada a cabo siguiendo el procedimiento reglamentariamente previsto, la extinción es procedente, si bien en unos supuestos la extinción se justifica al amparo del art. 52 c) ET y en otros por cumplimiento de condición resolutoria.

Junto a la doctrina judicial expuesta, claramente minoritaria, la gran mayoría de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia entran a valorar el fondo de las causas alegadas y no sólo si la Administración ha utilizado el procedimiento adecuado²³. Como señala

²³ Ver, por todas, STSJ Madrid 10-6-2005 (AS 2006/599), que analiza con detenimiento los motivos

la STSJ Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2001 (AS 2002/2265) el simple acuerdo de amortización de plazas no es suficiente para que, una vez constatado documentalmente, deba aceptarse por los tribunales la corrección de la medida sino que debe analizarse su acomodo al derecho. Esta es, por otra parte, la postura mantenida por la doctrina laboralista, pues el hecho de que el art. 15.1 d) Ley 30/1984 señale que «la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las relaciones de puesto de trabajo», no significa que «el empleador público ostente una facultad unilateral e incontrolable de extinguir o modificar las relaciones de trabajo»²⁴. La supresión de uno o varios puestos de trabajo de la RPT no supone automáticamente «que quede acreditada la correspondiente causa económica, técnica, organizativa o de producción de los citados preceptos del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de la manifestación de voluntad de la organización pública conforme a la normativa administrativa, no necesariamente acomodada a las previsiones de la normativa laboral sobre la disminución de plantillas por causas económicas lato sensu»²⁵.

Una última duda que plantea las Relaciones de Puesto de Trabajo es si es necesario en primer lugar modificar dichas Relaciones para proceder a la amortización de un puesto de trabajo y después despedir por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o, por el contrario, primero hay que despedir siguiendo el procedimiento previsto en

que llevan a la Mancomunidad de Servicios Sociales Sierra Norte de Madrid a amortizar el puesto de trabajo de educador familiar: el escaso volumen de actuaciones en el puesto de trabajo amortizado y el progresivo descenso o inexistencia de la demanda social de este servicio.

²⁴ J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 336.

²⁵ M. CARDENAL CARRO (director): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 1159.

el ET y después reformar la Relación de Puestos de Trabajo. La cuestión se ha planteado por la doctrina científica, en el sentido de entender que no es necesario que la RPT o instrumento similar haya de haber amortizado previamente el puesto a los efectos de que, a continuación, la Administración Pública proceda a extinguir el contrato de trabajo por la vía del art. 51 o 52 c) ET, sino que es posible actuar a la inversa. Parece que nada impide, y que en muchos casos puede ser más lógico, proceder en primer lugar al despido por el art. 52 c) ET y después, una vez que la sentencia sea firme, proceder a la supresión de los puestos de trabajo de la RPT, ya que si el despido fuera declarado nulo y el puesto ha desaparecido de la RPT, la Administración Pública correspondiente deberá proceder a añadir el puesto de trabajo a la RPT y a dotarlo presupuestariamente. En la extinción «lo importante es el respeto de la normativa laboral, en su caso con las oportunas singularidades judiciales y convencionales, dejando para un momento posterior la acomodación administrativa de la RPT a la nueva situación laboral»²⁶. Sin embargo, la doctrina judicial parece inclinarse por el trámite previo de la amortización formal y luego el despido. Así, para la STSJ País Vasco 13-2-2007 (AS 2007/1498), «es lógica la decisión del ente foral de una vez que se ha amortizado la plaza se proceda por razones organización a la extinción del contrato con la indemnización legal...». La misma conclusión parece extraerse de la STS de 10 de julio de 2000 (RJ 2000/6898), para la que es necesario acreditar la veracidad de la amortización de la plaza, amortización que debe llevarse a cabo por vía reglamentaria, esto es, por acuerdo del órgano competente. Acreditada la amortización se procederá a discutir la procedencia o no del despido.

A nuestro juicio, y para cumplir con lo dispuesto en la normativa administrativa y laboral que están en presencia en esta mate-

²⁶ M. CARDENAL CARRO (director): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, op.cit., pág. 1160.

ria, lo correcto es proceder a la amortización del puesto de trabajo a través de la modificación de la RPT y como consecuencia de dicha amortización proceder al despido por las causas previstas en el art. 52 c) ET, teniendo en cuenta que la simple amortización de la plaza no justifica el despido de un trabajador, sino que dicha amortización tendrá su razón de ser en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción. La mera amortización formal no justificará el despido.

Un problema que también plantea el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en la Administración Pública es la designación del personal afectado por la extinción. Como ha señalado la doctrina, «tratándose de una Administración Pública es necesario objetivar la designación del personal afectado en la mayor medida posible como corresponde coherentemente a una Administración para la que el acceso se efectúa a través de mecanismos que aseguran el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad»²⁷. En este sentido, la doctrina judicial recuerda que el despido no puede basarse en circunstancias discriminatorias, como por ejemplo, una extinción por razones de afiliación sindical o política que puede tener lugar como consecuencia de los cambios de gobierno tras un proceso electoral. Así, señala la STSJ Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2001 (AS 2002/2265), que «efectivamente, resulta ser el exceso de plazas y la falta de ocupación prevista en el futuro para dichos trabajadores, el motivo de la

²⁷ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Ed. Lex Nova, Madrid, pág. 432. En el mismo sentido, J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, op.cit., pág. 339, según el cual, «si en la selección para su contratación se exigió previamente un procedimiento objetivo, si la objetividad es un principio que inspira la actuación de las organizaciones públicas, la conclusión no debe ser otra que la de que en este sector de lege ferenda la selección de los trabajadores sobrantes debiera realizarse de forma igualmente objetiva».

amortización de las plazas, lo que resulta legítimo, pues también los ayuntamientos deben atender a una racionalización en el gasto de los servicios que ofrecen. Cosa distinta es que el Ayuntamiento hubiera sustituido a las trabajadoras actoras por otras, lo que hubiera supuesto una conducta fraudulenta, o se hubiera basado en razones derivadas de la filiación política o de su nombramiento por el partido oponente, lo que no ocurre en el presente supuesto».

Por último, en relación con el tratamiento de esta causa de despido en la negociación colectiva en las Administraciones Públicas, los convenios colectivos no suelen contener alusiones específicas a la misma. Así, en algunos casos se reconoce implícitamente la posibilidad de utilizar esta causa de extinción, como sucede en el III Convenio Colectivo de la Administración General del Estado (2009) que prevé que todas las causas del art. 49 pueden ser empleadas para la extinción del contrato de trabajo. Mención especial merece el Convenio Colectivo Único del personal laboral del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos (BOCM 24-10-2006) que en la búsqueda del principio de estabilidad en el empleo renuncia expresamente a despedir a sus empleados por causas económicas, técnicas organizativas o de producción. En este sentido, prevé en su art. 94.3 que «cuando en alguno de los centros incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio, concurren los supuestos previstos en los artículos 51 y 52 c) del ET, el Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos no harán uso de las medidas extintivas de contratos de trabajo allí contempladas, procediendo a la adscripción de los trabajadores afectados a otros centros o servicios de la Administración, previa negociación con las organizaciones sindicales firmantes de este convenio». En el mismo sentido, se pronuncia el II Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos (BOE 25-9-2006), que en su art. 48 señala que «en el supuesto previsto en el art. 49.1 i) del ET (extinción del

contrato de trabajo por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta ley), la empresa procederá a la reubicación de los trabajadores en otros puestos de trabajo previo los procesos de reciclaje formativo que resulten necesarios. Dicha reubicación deberá realizarse en el ámbito geográfico de la provincia donde el trabajador preste servicios, dando en consecuencia en éstos casos tratamientos individualizados para los trabajadores afectados. Sólo cuando resulte imposible la reubicación en los términos anteriormente señalados, y previo acuerdo con las organizaciones sindicales presentes en la Comisión de Seguimiento, se procederá al cumplimiento de lo establecido en el referido artículo, con la fijación de las indemnizaciones correspondiente. Este procedimiento se aplicará en procesos colectivos e individuales». Y también debe destacarse el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Guadalajara (BOP 29-10-2008) según el cual (art. 8), «en ningún caso la aplicación de los planes de recursos humanos supondrá la extinción de la relación administrativa o jurídico laboral con el Ayuntamiento. El Ayuntamiento garantizará la permanencia a su servicio del personal laboral afectado mediante su traslado a un puesto de trabajo análogo o similar, previo acuerdo entre la Administración y los representantes legales del personal laboral».

4. LA EXTINCIÓN POR DESPIDO DISCIPLINARIO

4.1. La inhabilitación para ejercer funciones similares

Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el Título VII del Estatuto Básico del Empleado Público y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto (art. 93.1 EBEP).

En lo no previsto en dicho Título, el régimen disciplinario del personal laboral se regirá por la legislación laboral.

Entre las sanciones que pueden imponerse por razón de las faltas cometidas, enumera el art. 96.1 b) EBEP, el «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».

No es objeto de análisis en este apartado el régimen disciplinario del personal laboral, que es analizado específicamente en otro estudio de esta Revista, sino exclusivamente el despido disciplinario, como sanción más grave que se puede imponer al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas que haya cometido un incumplimiento grave y culpable en el ejercicio de sus funciones. Cuando la falta cometida sea calificada como muy grave – las faltas muy graves aparecen enumeradas en el art. 95.2 EBEP, y junto a ellas, 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 – la sanción que puede imponerse al personal laboral es el despido disciplinario. El despido disciplinario en la Administración Pública no sólo provoca la extinción del contrato de trabajo sino también la inhabilitación del trabajador para ser titular de un nuevo contrato con funciones similares a las que desempeñaba. Como ha señalado la doctrina, la ley «quiere proteger a la Administración frente a sus empleados poco escrupulosos, agravando el despido disciplinario (procedente) con la obligada sanción aneja de inhabilitación»²⁸. La

²⁸ A. MONTROYA MELGAR: «Las Administraciones públicas como empresarios laborales. (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 2008, pág. 517.

diferencia entre el ET y la LPL y el EBEP resulta en este punto importante, porque en la empresa privada nada impide que el trabajador pueda volver a ser contratado para realizar las mismas funciones en otra, o incluso en la misma empresa que le despidió.

Este efecto adicional a la extinción que tiene el despido disciplinario del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas exige una serie de precisiones:

– En primer lugar, la inhabilitación lo será para trabajar en cualquier Administración Pública y no sólo en aquella para la que venía prestando servicios el trabajador despedido. Así parece derivarse de una interpretación conjunta de los arts. 96.1 b) y 56.1 d) EBEP. Este último precepto señala como requisito para poder participar en los procesos selectivos convocados por cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, no hallarse, en el caso de personal laboral, en inhabilitación para ejercer funciones similares a las que desempeñaban.

– En segundo lugar, la inhabilitación lo será por tiempo indefinido, pues el EBEP no fija un período máximo de duración. Lo más justo, en nuestra opinión, hubiera sido fijar un plazo de duración a la inhabilitación proporcional a la gravedad de la falta cometida, pero el legislador ha optado por sancionar al trabajador con carácter indefinido, al igual que sucede con el personal funcionario sancionado con la separación del servicio (art. 96.1 a) EBEP). Sin embargo, insistimos en la desproporción de la sanción, más teniendo en cuenta la amplitud y el carácter generalista de muchas de las faltas calificadas como muy graves en algunos convenios colectivos de la Administración Pública. A modo de ejemplo podemos citar el convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Falset (Tarragona) (DOGC de 21 de agosto de 2008) que incluye entre las faltas muy graves en su art. 42 «la blasfemia», o «la falta de higiene»

que implique quejas de los compañeros. Parece, sin duda, una sanción desproporcionada que las conductas señaladas, además del despido de los trabajadores les inhabiliten para prestar las mismas funciones en cualquier Administración Pública.

– En tercer lugar, la inhabilitación del personal laboral no es absoluta sino sólo para realizar las mismas funciones que venía desempeñando. En este punto se separa el régimen disciplinario del personal funcionario y del personal laboral, ya que el personal funcionario que haya sido sancionado con la separación del servicio no podrá prestar ningún tipo de servicios en la Administración Pública, mientras que el personal laboral no podrá prestar funciones similares a las que desempeñaba cuando fue despedido. Ahora bien, la inhabilitación sólo implica la prohibición de contratación como personal laboral en cualquier Administración Pública para realizar las mismas funciones que venía desempeñando en el momento del despido, pero no inhabilita para realizar las mismas funciones como personal funcionario. Es cierto que el art. 56.1 d) EBEP regula los requisitos generales para poder participar en los procesos selectivos que convoquen las Administraciones Públicas, ya sean estos para cubrir plazas de personal funcionario o laboral, y entre dichos requisitos, como hemos señalado, exige no estar inhabilitado para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral²⁹. El precepto señalado no establece distinción entre los procesos selectivos para funcionarios públicos y los procesos selectivos para personal laboral. Establece los requisitos generales para participar, indistintamente, en unos u otros procesos selectivos, sin embargo el art. 96.1 b)

EBEP deja claro que la inhabilitación es para ser titular de un nuevo contrato de trabajo, pero no, por tanto, para ser funcionario.

– Y, en cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que la inhabilitación para ejercer funciones similares a las desempeñadas puede plantear problemas prácticos en la Administración Pública hasta que recaiga sentencia firme declarando procedente el despido. En efecto, en el supuesto de que el trabajador reclame contra el despido es posible que en el intervalo de tiempo que transcurre desde el despido hasta que recaiga sentencia firme el trabajador despedido quiera participar en procesos selectivos en la Administración Pública para ejercer funciones similares a las que desempeñaba. Según establece el art. 56.1 d) EBEP el trabajador será excluido del proceso de selección por haber sido separado por expediente disciplinario para ejercer dichas funciones. Sin embargo, si posteriormente el despido es declarado improcedente, y aunque la consecuencia inmediata sea la readmisión, según establece el art. 96.2 EBEP al que a continuación se hará referencia, nada impide que dicho trabajador quiera formar parte del proceso selectivo del que fue excluido por no cumplir el requisito previsto en el art. 56.1 d) EBEP. En este caso, a nuestro juicio, la Administración Pública correspondiente se verá obligada a permitir al trabajador realizar la prueba de selección en las condiciones de la convocatoria de la que fue excluido, pues en caso contrario se estaría vulnerando su derecho a la igualdad y a la garantía de indemnidad. Esta es la doctrina que viene manteniendo el Tribunal Supremo³⁰ en relación con la exclusión de trabajadores de la bolsa de empleo de una Sociedad Estatal como es Correos y Telégrafos cuando el despido es declarado posteriormente improcedente, doctrina que puede ser extrapolada al supuesto planteado.

²⁹ En el mismo sentido, ver, M. SÁNCHEZ MORÓN: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, 2008, pág. 425, para el que «el empleado despedido no queda inhabilitado para acceder a la condición de funcionario público».

³⁰ SSTS 28-7-2009, RJ 2009/4434; STS 24-6-2009, RJ 2009/4429.

4.2. Las consecuencias jurídicas del despido disciplinario improcedente

Una vez producido el despido disciplinario de un trabajador, si el mismo es declarado judicialmente como improcedente, según establece el art. 56 ET, el empresario, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación, o el pago de una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, más los salarios de tramitación correspondientes. El EBEP se ha apartado, sin embargo, de la regulación prevista en el art. 56 ET en el supuesto de despido disciplinario, del personal laboral fijo, declarado improcedente. En efecto, según establece el art. 96.2 EBEP: «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». Desaparece, por tanto, el derecho de opción del empresario y la consecuencia jurídica del despido improcedente es la readmisión obligatoria del trabajador fijo.

Con este precepto se ha pretendido cumplir en parte con la postura defendida en el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del Estatuto Básico del Empleado Público. Decimos que sólo en parte se ha tratado de recoger la postura de dicha Comisión porque el Informe presentado iba mucho más lejos al proponer la supresión del despido improcedente en la Administración Pública y su sustitución por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador. El Informe de la Comisión de Expertos establecía que «la única –pero no por ello menos relevante– peculiaridad debe consistir en la supresión de la figura del despido improcedente o sin causa en el ámbito del empleo público. La razón de esta propuesta es sencilla: la Administración no es un empresario privado sino que tie-

ne un estatuto constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. No se aviene a esta premisa la facultad de despedir cuando no existe una causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el despido improcedente puede volatilar la garantía de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral, pues bastaría despedir al seleccionado en función de estos principios sin una causa legal para burlar esa garantía»³¹.

El art. 96.2 EBEP, consecuente y coherente con los principios constitucionales que informan el acceso a la función pública, exige la readmisión obligatoria del trabajador en el supuesto de despido improcedente. Ahora bien, si el acceso a los cargos y funciones públicas, reconocido en el art. 23.2 CE, implica, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho «de no ser removidos de los cargos o funciones públicas a los que se accedió si no es por las causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos» (STC 5/1983, de 9 de febrero), lo que implica la prohibición de arbitrariedad en las Administraciones Públicas (art. 9.3 CE), el legislador debería haber previsto la misma consecuencia jurídica para todo tipo de despido declarado improcedente y respecto de cualquier tipo de empleado laboral. Si esto es así, ¿por qué sólo se prevé la readmisión obligatoria en los supuestos de despido disciplinario y no en el resto de modalidades de despido?; y, ¿por qué sólo se prevé dicha consecuencia jurídica respecto del personal fijo y no respecto de los trabajadores indefinidos y temporales?. A nuestro juicio, parece que el legislador ha creído que la arbitrariedad sólo puede darse, o al menos en mucho mayor medida, en un despido disciplinario donde es fácil plantear por el empresario un falso incumplimiento

³¹ INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: *Informe de la Comisión para el estudio y publicación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP, Madrid, 2005, pág. 127.

por parte del trabajador de sus obligaciones laborales y en virtud del mismo extinguir su contrato. Asimismo, en relación con el personal laboral indefinido o temporal, al no exigirse para su acceso el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, el legislador ha entendido que puede la Administración gozar de un mayor margen de discrecionalidad a la hora de extinguir su contrato como sucede en cualquier empresa privada.

La opción que finalmente ha recogido el legislador en el art. 96.2 EBEP ha sido muy criticada por la doctrina laboralista y se viene planteando la posibilidad de extender la readmisión obligatoria de dicho precepto a cualesquiera medidas empresariales extintivas declaradas improcedentes³². Así un sector doctrinal afirma que «nada impide que la jurisprudencia de los tribunales en aplicación de los principios constitucionales (arts. 22.3 y 103 de la Constitución), suprima el despido improcedente y lo sustituya en todos los casos (en todas las extinciones contractuales sin causa) y para todo tipo de trabajadores (temporales y fijos) por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador despedido sin causa justificada»³³. Sin embargo, las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha vie-

nen interpretando el art. 96.2 EBEP en su sentido literal, de manera que en los supuestos de despido no disciplinario declarado improcedente, de personal laboral indefinido o temporal, se viene aplicando lo dispuesto en el art. 56 ET, y, en consecuencia, se reconoce el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización a la Administración Pública correspondiente³⁴. En este sentido, ha señalado la STSJ de Castilla La Mancha de 11 de mayo de 2009 (AS 2009/1705) que «esta sala no tiene en este momento dudas al respecto, y considera que la obligatoriedad de readmisión solo para el personal laboral fijo, y no para el indefinido y el temporal (diferenciación recogida en el art. 11 del mismo EBEP), no puede considerarse injustificada o irrazonable, desde el momento en que para los trabajadores fijos la readmisión obligatoria garantiza la estabilidad en el empleo que es propia de su vinculación, mientras que para el personal no fijo la permanencia en el puesto no constituye un elemento definitorio de la relación, de manera que en tal caso no le ha parecido oportuno al legislador privar a la administración empleadora de la facultad de opción legalmente reconocida, que preservará para hacer

³² M. CARDENAL CARRO (director): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, op.cit, pág. 1189-1195; T. SALA FRANCO y J. A. ALTÉS TÁRREGA: «El despido del personal laboral en la Administración local», *Revista de Estudios Locales*, nº 112, págs. 389-390; M. SÁNCHEZ MORÓN (director): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, op.cit., pág. 126.

³³ T. SALA FRANCO y J. A. ALTÉS TÁRREGA: «El despido del personal laboral en la Administración local», op. cit., pág. 390; M. CARDENAL CARRO (director): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, op.cit, pág. 1189-1195. A juicio de este último estudio, con una interpretación literal del art. 96.2 EBEP «el fraude está servido, porque para evitar la readmisión obligatoria del art. 96.2 EBEP es suficiente con eludir formalmente los trámites del despido disciplinario y acudir a los del despido por circunstancias objetivas, para así tras la declaración de improcedencia decidir con plena libertad la readmisión o la confirmación de la extinción ya efectuada a cambio de la indemnización tasada».

³⁴ En este sentido, ver, STSJ Galicia 13-3-2009 (AS 2010/175), según la cual, «de una interpretación literal de dicha norma (art. 96.2 EBEP), se desprende que la opción no puede corresponder al trabajador en supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas –como la del presente caso–, sino que será de aplicación en aquellos supuestos de despidos declarados improcedentes, y que lo hayan sido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario, y que se trate de un despido disciplinario, pues el referido art. 96 : bajo la rúbrica de Sanciones, establece un régimen de sanciones en función de la falta cometida, faltas disciplinarias que aparecen concretadas en el artículo 95 del mismo texto legal. Lo cual sin duda alguna, indica que el legislador ha previsto tal posibilidad de opción a favor del trabajador, para aquellos supuestos en que la administración ejerce indebidamente su poder disciplinario, haciendo uso indebido de las facultades otorgadas, pero no para supuestos como el de autos, en que el cese no tiene lugar por motivos disciplinarios, sino que se trata de un de cese por amortización del puesto de trabajo por causas organizativas, lo que nada tiene que ver con la regulación contenida en dichos preceptos».

efectiva en un sentido o en otro de acuerdo con las circunstancias concurrentes. Nótese que en el supuesto legal que ahora se interpreta, no se trata de conferir una facultad, sino de privar de ella a quien ya la tiene conferida legalmente, para lo cual se toman en consideración motivos que pueden concurrir en un tipo de trabajadores y no en otro».

En el mismo sentido, señala la STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2009 (AS 2010/117) que no hay discriminación en aplicar esta medida sólo al personal fijo y, por tanto, no es necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de lo dispuesto en dicho precepto. Para este Tribunal «el art. 96.2 LBEP al referirse sólo al personal fijo, está excluyendo a otra clase de personal laboral reconocido en el art. 11.1 como es el temporal y el indefinido no fijo de plantilla. Por tanto, la norma en este punto es clara y distingue entre unos tipos de contratos y otros, siendo vinculante dicha distinción para los órganos judiciales. De otro lado no cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 96.2 LBEP ya que no toda diferencia de trato constituye una discriminación en los términos de los arts 14 CE y 17 del ET y así la exclusiva temporalidad del vínculo laboral no tiene las connotaciones que concurren en los factores de exclusión expresamente previstos en el art. 14 CE . y si bien el art. 15.6 del ET establece que «los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida», luego, matiza «sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato». Por último, es fácil de ver que existen razones que justifican el establecimiento de una mayor garantía para el personal laboral fijo respecto del personal temporal o indefinido, puesto que se trata de proteger la titularidad alcanzada respecto a un puesto de trabajo en la Administración Pública con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, principios

que no tienen porque respetarse necesariamente en el proceso de contratación del personal indefinido y/o temporal. La diferencia de trato que establece el precepto en cuestión resulta así justificada, sin que se produzca desprotección en materia de extinción respecto a las otras clases de personal laboral (indefinido o temporal) ya que al personal laboral temporal o indefinido le es aplicable el régimen laboral del despido improcedente previsto en el art. 56 del ET –que precisamente contempla como opción la readmisión– (art. 93.4 del LBEP), por lo que la previsión de protección en caso de despido injustificado se garantiza, de ahí que proceda resolver la controversia planteada sin necesidad de acudir al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que, con carácter subsidiario, solicita la parte actora».

La misma consecuencia debe tener el reconocimiento de la improcedencia del despido en reclamación administrativa previa, aunque el art. 96.2 EBEP no se refiera expresamente a este supuesto.

Muchos convenios colectivos de las Administraciones Públicas reconocen a los trabajadores, en los supuestos de despido improcedente, el derecho de opción entre la readmisión o la indemnización. La variedad de supuestos es grande:

– así, en general, este derecho de opción se reconoce en los supuestos de despido disciplinario declarado improcedente del personal laboral fijo, indefinido o temporal³⁵ o sólo del personal laboral fijo³⁶;

³⁵ Ver, IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (BOE 11-7-2006), art. 54.2: «En los supuestos de despidos disciplinarios declarados improcedentes por razones de fondo, el trabajador podrá optar entre la readmisión o la indemnización correspondiente».

³⁶ Ver, art. 13 Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Cuenca (BOP 22-10-2008): «en los supuestos de despido del personal laboral fijo en plantilla del Excmo. Ayuntamiento de Cuenca, que hayan sido declarados improcedentes por sentencia

- en algunos supuestos se prevé también para el despido disciplinario nulo de todos los trabajadores independientemente de su modalidad contractual³⁷;
- en otros para el despido improcedente o nulo en cualquier supuesto de despido (por causas objetivas, colectivo, disciplinario, por fuerza mayor) e independientemente de la modalidad contractual en virtud de la cual fue contratado el trabajador despedido (fijo, indefinido o temporal)³⁸;
- en otros para cualquier supuesto de despido declarado improcedente o nulo pero sólo del personal laboral fijo e interino³⁹;

firme, procederá la opción por la readmisión, salvo que el trabajador afectado opte por la indemnización en cuyo caso deberá solicitarlo a la Alcaldía Presidencia en el plazo de 15 días contados a partir del siguiente en el que le sea notificada la sentencia».

³⁷ Ver, VI Convenio colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 28-11-2002), que en su art. 46.4 señala que: «en el supuesto de que el personal fuera sancionado con el despido por motivos contemplados en este artículo (motivos disciplinarios) y recayera con posterioridad sentencia declarando la nulidad o improcedencia del mismo, el personal podrá optar por la readmisión o por la indemnización fijada en la sentencia».

³⁸ Ver, V Convenio Colectivo de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 16-1-2010), art. 102, según el cual: «En los casos de resolución del contrato de trabajo de un trabajador de AENA, por causa de despido, si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador, que deberá ejercitarla dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la resolución judicial. De no ejercitarse la opción en el plazo indicado, se entenderá que el trabajador opta por la readmisión».

³⁹ Ver, art. 20 Convenio Colectivo de los Empleados del Ayuntamiento de Córdoba (BOP 15-10-2008): «todo trabajador contratado como fijo de plantilla o interino que haya pasado proceso selectivo para el puesto, cuyo despido sea declarado por los tribunales como improcedente o nulo, podrá optar entre recibir la indemnización correspondiente o ser readmitido en su puesto de trabajo».

- no faltan tampoco convenios colectivos que sólo otorgan este derecho de opción en los supuestos de despido disciplinario declarado improcedente del personal laboral no fijo (para el personal laboral fijo la readmisión es obligatoria)⁴⁰.

Otros convenios colectivos, en menor medida, extienden, en cambio, la obligación de readmisión prevista en el EBEP sólo para el despido disciplinario improcedente a todas las modalidades de despido. Este es el caso, por ejemplo, del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Málaga (BOP 7-5-2010) según el cual «en caso de que los tribunales declarasen el despido improcedente o nulo, siempre que el trabajador tenga la condición de fijo, se producirá la readmisión automática del trabajador, sin perjuicio de las percepciones económicas que correspondan como consecuencia de la ejecución de la sentencia».

La duda que plantean las cláusulas de los convenios colectivos señaladas es si es posible que la negociación colectiva otorgue el derecho de opción entre la indemnización o la readmisión al trabajador fijo despedido disciplinariamente o, por el contrario, el art. 96.2 EBEP constituye una norma de derecho imperativo absoluto que no puede ser modificada por convenio colectivo. Esta última postura es mantenida por la doctrina al entender que el art. 96.2 EBEP se configura inequívocamente como una norma imperativa absoluta, lo que supone, por un lado, «la imposibilidad de que por la negociación colectiva se altere dicho régimen jurídico y, por ejemplo, se otorgue al trabajador despedido

⁴⁰ Ver, art. 45 Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Albacete: «en los supuestos de despido de personal laboral con contrato de carácter laboral no fijo de este Excmo. Ayuntamiento, que hayan sido declarados improcedentes por sentencia firme, procederá la opción por la indemnización, salvo que existe acuerdo unánime de la Comisión Paritaria a favor de la readmisión, emitido en el plazo de 5 días, a partir de la notificación de la sentencia».

con carácter improcedente un derecho de opción entre la readmisión y la indemnización, y ello aunque dialécticamente pudiera considerarse que semejante opción mejorase la posición jurídica del trabajador»⁴¹. Esta postura es la misma que la mantenida por la doctrina, con carácter general, en relación con la interpretación que debe darse al art. 55 ET en relación con los efectos que llevan aparejados los despidos nulos. En efecto, conforme al art. 55.6 ET «el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir». Esta norma ha sido considerada como una «norma procesal, dirigida al juez y, por tanto, de orden público (absolutamente imperativa o de derecho necesario absoluto»⁴². Por el contrario el art. 56 ET relativo al despido improcedente se ha considerado una norma de derecho necesario relativo de manera que se considera mejorable por convenio colectivo en el sentido de otorgar el derecho de opción al trabajador⁴³. En el despido nulo no hay ningún tipo de opción para el empresario luego no puede dar al trabajador lo que él no tiene.

Si aplicamos esta doctrina al art. 96.2 EBEP la conclusión debería ser la misma: los convenios colectivos no pueden modificar las consecuencias del despido disciplinario improcedente de los trabajadores fijos aunque sea más favorable para el trabajador gozar de un derecho de opción entre la readmisión o la indemnización. Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario al entender que la regla del art. 96.2

⁴¹ M. CARDENAL CARRO (director): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, op.cit, pág. 1137-1138. Reafirmando esta postura, ver, X. BOLTANA BOSCH: «El personal laboral de las corporaciones locales después del EBEP», op.cit., pág. 122.

⁴² COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, MTAS, 2001, pág. 189.

⁴³ Ver, STS 11-3-1997, RJ 1997/2313.

EBEP, «de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el art. 7 de esa Ley a la legislación laboral en general»⁴⁴. El Tribunal Supremo se ampara en el art. 7 EBEP para entender que el art. 96.2 EBEP puede ser alterado por la negociación colectiva. Pero, a nuestro juicio, este precepto no justifica la interpretación realizada por el Tribunal Supremo pues, el art. 7 EBEP señala la normativa aplicable al personal laboral y de él se deriva que este personal se rige, en primer lugar, por las normas del EBEP, tanto las generales referidas a todos los empleados públicos, como las específicas referidas exclusivamente al personal laboral, en segundo lugar, por la legislación laboral común (ET y normas laborales concordantes) y en tercer lugar por los convenios colectivos aplicables. Luego si el EBEP establece una regla distinta a lo previsto en el ET debe prevalecer lo dispuesto en el EBEP, y éste, en relación con el despido disciplinario improcedente de los trabajadores fijos deja claro que el empresario carece de derecho de opción en este supuesto y equipara las consecuencias del despido improcedente de estos trabajadores a las del despido nulo.

Independientemente de la interpretación que entendamos deba darse al art. 96.2 EBEP, no hay duda que son nulas las cláusulas de algunos convenios colectivos que en el supuesto de despido disciplinario improcedente del personal fijo terminan otorgando a la Administración el derecho de opción entre la readmisión o la indemnización. Este es el caso del convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Zaragoza (BOP 1-9-2008) que en su art. 73, en relación con el despido disciplinario, señala: «en caso de despido improcedente del personal fijo de la plantilla municipal cuyo ingreso en el ayuntamiento haya tenido lugar en virtud de los procedimientos legalmente establecidos y previstos en la correspondiente oferta de empleo públi-

⁴⁴ STS de 2 de febrero de 2009 (RJ 2009/1183); STS 18-9-2009 (RJ 2009/5651).

co, y dentro del plazo señalado legalmente, una vez dictada la sentencia oportuna por el Juzgado de lo Social se constituirá una comisión mixta compuesta por tres representantes del comité de empresa y tres en representación de la corporación quienes en total paridad estudiarán los condicionamientos que motivaron el despido, siendo necesario para optar por la indemnización el voto favorable de la mitad más uno de los miembros de la comisión. De no existir la mayoría citada se procederá a elevar o adoptar la solución por la que en su caso opte el trabajador/a». En el mismo sentido se pronuncia el art. 62 del Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Melilla. Este artículo habla en general del despido improcedente, y señala que «en caso de despido improcedente del personal laboral fijo, y dentro del plazo señalado legalmente, una vez dictada la oportuna Sentencia por el Órgano Judicial competente, se reunirá urgentemente la CIVE que en total paridad estudiará los condicionamientos que motivaron el despido, siendo necesarios para la indemnización el voto favorable de la mitad más uno de los miembros de la Comisión. De no existir la mayoría citada, se procederá a elevar o adoptar la solución por la que en su caso opte el trabajador». Este precepto podrá ser de aplicación a cualquier modalidad de despido improcedente excepto al despido disciplinario, pues va en contra de lo dispuesto en el art. 96.2 EBEP.

Por último, y dejando ya de lado las consecuencias del despido disciplinario improcedente, debe tenerse en cuenta que el art. 96.2 EBEP requiere que el despido disciplinario declarado improcedente haya sido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario. El procedimiento disciplinario no ha sido objeto de desarrollo reglamentario hasta la fecha, por lo que la ausencia de tal expediente no provoca en la actualidad la declaración de improcedencia del despido y mucho menos la de nulidad. Como señala la STSJ de Castilla La Mancha de 11 de mayo de 2009 (AS 2009/1705) «el art. 98 del EBEP prevé en efecto la tramitación de un expediente disciplinario, pero cuya regulación se remite con toda evidencia a un desarrollo reglamentario posterior no producido por el momento, de manera que ni tal expediente es exigible en el presente, ni su ausencia acarrea por sí sola la vulneración de garantía fundamental alguna, como no ocurre en el caso del importante número de trabajadores en cuyo sector de regulación no se prevé la formalidad en cuestión. Y hasta tal punto es así, esto es, que el expediente contradictorio implica garantías adicionales pero no esenciales, que una reiterada doctrina judicial viene señalando que la omisión del expediente contradictorio cuando resulta necesario acarrea la declaración de improcedencia del despido y no la nulidad».

RESUMEN El EBEP, en relación con el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, sintetiza, como señala su Exposición de Motivos, aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación jurídica, de quienes lo hacen en el sector privado. La principal diferencia entre el personal laboral y el personal funcionario radica en la extinción de su relación de trabajo con la Administración para la que vienen prestando servicios, pues mientras que al personal funcionario se le reconoce el derecho a la inamovilidad en su condición, al personal laboral se le aplican las causas de extinción que con carácter general están recogidas en el art. 49 ET. En este estudio se analizan algunas de las singularidades que plantea la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en concreto, en los supuestos de extinción por las causas válidamente consignadas en el contrato, de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y de despido disciplinario, único supuesto, este último, de extinción al que hace referencia expresa el EBEP en su art. 96.

ABSTRACT In relation to contract personnel working for Public Administrations, the Basic Statute of Public Employees summarises, in its Explanatory Statement, what differentiates those working for the public administration sector, regardless of their contractual relationship, from those working for the private sector. The main difference between contract personnel and civil servants is the termination of their employment relationship with the Administration for which they work. Civil servants are acknowledged the right of irremovability whereas contract personnel is applied termination causes which are generally defined in article 49 of Workers' Statute. This paper analyses some of the singularities derived from terminating employment contracts of Public Administrations staff, specifically, in the case of valid causes for termination as included in the contract, such as economic, technical, organisation or production-related and disciplinary dismissal causes. Disciplinary dismissal is the only termination scenario referred to in article 96 of the Basic Statute of Public Employees.

La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas

NURIA P. GARCÍA PIÑEIRO*

1. LA POTESTAD DISCIPLINARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Dentro de la potestades de las Administraciones Públicas destaca la potestad sancionadora, debiendo enmarcarse la potestad disciplinaria¹ prevista en el Título VII de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) en ese contexto más amplio². Tal y como se verá en las páginas que siguen, los empleados públicos podrán ser sancionados, esto es, incurrir en responsabilidad disciplinaria, por la realización de

actos o conductas que impliquen incumplimientos de sus deberes, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones establecidas normativamente o, en el caso del personal laboral, en los convenios colectivos. El Título VII del EBEP (arts. 93 a 98) regula la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio en el ejercicio de sus funciones y cargos. En efecto, tal y como dispone el art. 94 EBEP, las Administraciones Públicas «corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio ... en el ejercicio de sus funciones y cargos, ...». La expresión normativa utilizada de «corregirán disciplinariamente» ha llevado a la doctrina a entender que en el nuevo Estatuto se consagra una auténtica obligación de aplicar el régimen disciplinario al personal laboral a su servicio, dejando de ser una mera facultad de la Administración Pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo³.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

¹ Sobre este término, véase, PARADA VÁZQUEZ, J. R., EJB, t. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4958-4962.

² Entendiéndose por potestad administrativa el «poder otorgado por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de determinados fines que permite a su titular afectar, con su ejercicio, la esfera jurídica de terceros», y pudiéndose citar, entre otras, la potestad reglamentaria, de autoorganización, tributaria, de planificación, expropiatoria, de ejecución forzosa, de investigación ..., CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Potestad», EJB, t. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4954-4957.

³ QUESADA LUMBRERAS, J. E., «Régimen disciplinario», *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, (dir. y coord.: Monereo Pérez/Molina Navarrete/Olarte Encabo/Rivas Vallejo), Comares, Granada 2008, p. 919.

El régimen disciplinario del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas está previsto en los arts. 93 a 98 del EBEP y, en lo no previsto en el citado Estatuto debe estarse a lo dispuesto en la legislación laboral (art. 93.4 EBEP). Adviértase que el art. 7 de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos establece el sistema de fuentes aplicable al personal laboral, ordenando que se rige «además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del EBEP que así lo dispongan». Siendo de directa aplicación para el personal laboral, las normas del EBEP relativas al régimen disciplinario (93–98). Al respecto la citada Instrucción afirma que «el régimen disciplinario del título VII el EBEP se aplica íntegramente al personal laboral. En lo no previsto en dicho título se aplicará la legislación laboral».

Tal y como señala el profesor MONTOYA MELGAR el empresario ostenta un haz de poderes destinados a la organización general de la empresa, entre ellos, el poder disciplinario dirigido a reprimir las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa. Añadiendo que «en el ámbito laboral, la atribución de estos poderes es consecuencia inmediata de la celebración de un contrato de trabajo, y un efecto mediato de la voluntad de la Ley, que ha querido poner en las manos del empresario la organización y disciplina del trabajo en la empresa»⁴. El régimen discipli-

⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Tecnos, Madrid 2010, p. 365. Sobre las facultades disciplinarias en materia laboral, de conformidad con lo previsto en el ET, véase, también, MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tecnos, Madrid 2010, pp. 595-598; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (et alteri), *Curso de Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 2010, pp. 519-521.

nario común previsto en el ordenamiento laboral en los arts. 58 y ss. del ET, cobra una dimensión especial cuando el empleador es una administración pública, pasando a regularse tal responsabilidad disciplinaria por la normativa prevista en el EBEP, que unifica la materia para todo tipo de empleado público. Los empleados públicos –como paradigma de ciudadanos que tienen con la Administración una especial relación de sujeción⁵– están sometidos a la potestad disciplinaria de la Administración, al penalizarse las infracciones en la relación de servicio –relación de sujeción especial– que une al empleado público con la Administración. Al efecto, el art. 93 EBEP establece que «los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el *Título VII del EBEP* y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto».

Al respecto, el profesor MONTOYA MELGAR señala que la Administración cuando actúa como empresario o empleador laboral no pierde su condición esencial de defensora del interés general, y por ello no se despoja por completo de su imperium, de manera que las relaciones con su personal laboral no dejan de ser, en algunos aspectos, relaciones de supremacía en las que el empleador ostenta un poder reforzado respecto del propio de los empresarios del sector privado⁶. En el mismo sentido, se ha mantenido que junto a la capacidad organizativa administrativa de las Administraciones Públicas, el fundamento de la potestad disciplinaria en el empleo público se encuentra en la consideración de que a los empleados públicos «resulta exigible, no sólo la observancia del cumplimiento de sus obli-

⁵ CHINCHILLA MARÍN, C., «Relación especial de sujeción», EJB, t. IV, Civitas, Madrid 1995, pp. 5755-5760.

⁶ MONTOYA MELGAR, A. «Las Administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2008, pp. 460-461.

gaciones como tales, sino la estricta observancia de otros deberes que trascienden el marco de la relación productiva que los vincula con la Administración pública para instalarse en el contexto del interés general»⁷.

En coherencia con dicha afirmación, el art. 52 EBEP dispone que los empleados públicos deben llevar a cabo sus funciones y tareas con diligencia y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados por los artículos siguientes». Es más, los empleados públicos están sometidos a unos principios éticos y de conducta que deben respetar en el quehacer del día a día. Añadiendo, que «estos principios y reglas establecidos en el Capítulo VI informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos» (art. 52 inciso final).

1.1. Unificación del régimen jurídico de la responsabilidad disciplinaria del empleado público

A partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se unifica el régimen jurídico de la responsabilidad disciplinaria del empleado público, quedando tantos los funcionarios públicos como el personal laboral sujeto al régimen disciplinario previsto

en el Título VII de la citada norma y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto (art. 93.1 EBEP). Añadiéndose que «el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral» (art. 93.4 EBEP). El régimen disciplinario del personal laboral se regula por lo dispuesto en el Capítulo VII del EBEP y, en lo no previsto en el citado Capítulo, se estará a lo dispuesto por la legislación laboral, esto es, habrá que estar a la normativa laboral común prevista en la Ley del Estatuto de los Trabajadores y a los convenios colectivos negociados por las distintas Administraciones Públicas⁸. Adviértase que en la actualidad sigue en vigor el Reglamento del Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero), así como los convenios colectivos del personal laboral en todo lo que no resulten incompatibles con lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público.

El Capítulo VII EBEP establece unos principios básicos en materia disciplinaria que constituyan las normas comunes de aplicación a todos los empleados públicos, ya sean funcionarios o personal laboral. El informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público señala que «puesto que el empleador público, esto es, la Administración, no es una empresa privada sino que tiene un estatuto constitucional diferente, puesto que su función —y, por ende, la de su personal— es en todo caso la de servir con objetividad los intereses generales y puesto que sus empleados son retribuidos con fondos públicos, forzoso es deducir algunas consecuencias de régimen jurídico aplicables por igual a todos ellos»⁹.

⁷ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M., *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid 2007, p. 417.

⁸ En este sentido, cfr. art. 38 Convenio colectivo de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de la Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011 (DO La Rioja 13-III- 2009).

⁹ Cfr. p. 21 del informe de la Comisión.

El EBEP unifica el régimen disciplinario de los funcionarios públicos y del personal laboral, con una tendencia clara a la laboralización del régimen disciplinario tal y como sostenía la Comisión de Expertos que abogaba por un régimen ágil y eficaz. Ahora bien, téngase en cuenta que los funcionarios públicos quedan sujetos a las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo del EBEP, mientras que el personal laboral se regirá por la legislación laboral. La tendencia a la unificación ya se inició en los convenios colectivos de las Administraciones Públicas, «siendo muy numerosos los convenios colectivos que adoptaban, como pequeños matices, el régimen disciplinario aplicable en la Administración correspondiente a los funcionarios»¹⁰.

Las normas del régimen disciplinario previstas en el EBEP se aplican con carácter general para todos los empleados públicos, compartiendo funcionarios públicos y personal laboral reglas comunes en materia de principios, faltas, sanciones, prescripción, procedimiento disciplinario y medidas provisionales. Si bien es cierto que dicha homogeneidad desaparece, tal y como se verá posteriormente, en los supuestos que el EBEP remite bien a la negociación colectiva bien a las leyes de Función Pública.

Con anterioridad al EBEP, en materia de responsabilidad disciplinaria existía una «absurda duplicidad de regulación»¹¹. En la actualidad se somete a los empleados públicos al mismo régimen disciplinario pero se mantiene el diferente control jurisdiccional de manera que la impugnación de los sanciones impuestas a los funcionarios son competencia

del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que la impugnación de las sanciones impuestas al personal laboral son competencia del orden jurisdiccional social¹². Al respecto, y de manera muy gráfica, la Exposición de Motivos del EBEP dispone que «por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Éste, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica cultura de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer».

El personal laboral de las Administraciones Públicas incurre en responsabilidad disciplinaria cuando comete actos o conductas que suponen un incumplimiento de sus deberes, y que están tipificados como faltas disciplinarias. El EBEP extiende la responsabilidad disciplinaria, en los mismos términos que los arts. 12 y 13 del RD 33/1986, a los inductores y a los encubridores. En efecto, de conformidad con el art. 93 EBEP es responsable disciplinariamente no sólo el sujeto infractor sino también el inductor y el encubridor, en este último caso, siempre y cuando «se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos».

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.; HIERRO HIERRO, F. J., «Régimen disciplinario», *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, (dir.: Palomar Olmeda/Sempere Navarro; coord.: Quintanilla Navarro), Thomson-Aranzadi, 2008, p. 797.

¹¹ En palabras de PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 21ª ed., Marcial Pons, Madrid 2010, p. 558.

¹² Al respecto, PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 21ª ed., Marcial Pons, Madrid 2010, p. 558, critica nuevamente esta situación, al afirmar que puede dar lugar a criterios jurisprudenciales muy dispares.

El art. 93.2 EBEP dispone que el personal laboral que indujera a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos; y el art. 93.3 EBEP establece que incurrirá en responsabilidad el personal laboral que encubriera las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos.

De lo dicho se deduce que la responsabilidad disciplinaria es posible imponerla tanto a los autores materiales como a los inductores o a los encubridores. Entendiendo por encubridores a los sujetos que ocultan la comisión de una falta. Al respecto la doctrina ha defendido que el EBEP no consagra una responsabilidad puramente subjetiva ya que para la determinación de la misma no se requiere sólo la intencionalidad en la actuación del sujeto, sino que la responsabilidad disciplinaria surge incluso cuando el resultado se produce por simple inobservancia, tal y como dispone el art. 130.1 LRJAPyPAC. Téngase en cuenta que pese a que la DA 8ª de la LRJAPyPAC dispone que «los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la presente Ley», este precepto resulta aplicable por aplicación de los criterios generales en materia sancionadora, aplicables con carácter supletorio¹³.

El inciso final del art. 94.1 EBEP dispone que las Administraciones Públicas «corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio ... en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la respon-

sabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones», lo que significa reconocer la compatibilidad de la responsabilidad disciplinaria, con la penal y la patrimonial. Del citado precepto Montoya Melgar deduce que en materia de régimen disciplinario no resulta de aplicación el principio non bis in idem que impide que una infracción sea sancionada simultáneamente en vía administrativa-disciplinaria y en vía jurisdiccional penal¹⁴. En otras palabras, el principio consiste en la prohibición de imponer dos o más sanciones por un mismo hecho, siempre que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. La exclusión del principio non bis in idem sólo es posible en aquellos supuestos en los que el fundamento de la sanción disciplinaria es distinto del previsto en el ámbito penal. Lo que ocurrirá en la mayoría de las ocasiones ya que el fundamento de la potestad disciplinaria obedecerá, con carácter general, a la tutela del buen funcionamiento interno de la organización administrativa, de las relaciones de jerarquía al buen funcionamiento de los servicios públicos.

Junto a la responsabilidad penal y disciplinaria, el personal laboral puede incurrir en responsabilidad patrimonial. Si para la exigencia de responsabilidad penal del empleado público debe estarse a lo dispuesto en los Títulos XIX, XIX bis, XX y XXI del Código Penal, la responsabilidad patrimonial se exigirá de conformidad con lo previsto en el art.145 y siguientes de la LRJAPyPAC y en los arts. 19-21 RD 429/1993, de 26 de marzo,

¹³ QUESADA LUMBRERAS, J.E., «Régimen disciplinario», *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, (dir. y coord.: MONEREO PÉREZ/MOLINA NAVARRETE/OLARTE ENCABO/RIVAS VALLEJO), Comares, Granada 2008, p. 916-917.

¹⁴ Añadiendo que «esta posible acumulación de sanciones disciplinarias y penales frente a delitos y faltas de los empleados públicos es congruente con la doctrina del TC (...), que sostiene que el indicado principio non bis in idem no juega en caso de «existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (...) que justifique el ejercicio del jus puniendo por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración», MONTOYA MELGAR, A., «Las administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», cit., p. 508.

por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

1.2. Principios

La regulación de un régimen disciplinario efectivo resulta imprescindible para asegurar la responsabilidad de los empleados públicos. El informe elaborado por la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público parte de la conveniencia de establecer unos mismos principios básicos para todos los empleados públicos. A su vez, denuncia los problemas que provocaban la aplicación mecánica al régimen disciplinario de los principios y reglas propias del derecho administrativo sancionador general, inspirado en el derecho penal. Esos principios estaban pensados para la tutela de fines públicos o bienes jurídicos de interés general y no para asegurar el buen funcionamiento interno de una organización y de los servicios que presta. La Comisión de Expertos sugirió que para hacer efectivo el régimen disciplinario de los funcionarios públicos era aconseja flexibilizar la legislación hasta ahora vigente y aproximarla, también en este punto, al derecho laboral¹⁵.

El fundamento de la potestad disciplinaria debe fundarse en la necesidad de asegurar el buen funcionamiento de la Administración y de los servicios que presta, sin perjuicio de otras finalidades secundarias. De ahí que los principios de la potestad sancionadora deban matizarse en el ámbito de la potestad disciplinaria de la Administración. La jurisprudencia constitucional destaca la necesidad o conveniencia de diferenciar el derecho disciplinario del derecho penal, pero ello no significa obviar todos los principios garantizados reconocidos constitucionalmente. Entre

¹⁵ Cfr. p. 215 del informe de la Comisión de expertos.

otras, la STC de 29 de marzo de 1990 matiza los principios esenciales del derecho penal sancionador en los supuestos de responsabilidad disciplinaria¹⁶.

El art. 94.2 EBEP recoge en esencia los principios del régimen disciplinario aconsejados por la Comisión de Expertos, con la excepción del principio non bis in idem. La exclusión del citado principio obedece sin lugar a dudas a la razón expuesta con anterioridad. Respecto del citado principio, el Estatuto Básico se ha limitado a señalar que «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», añadiendo que «los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración» (art. 94.3 EBEP).

De conformidad con el art. 94.2 EBEP, la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios¹⁷:

- 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.

¹⁶ Sobre la doctrina constitucional, se ha afirmado que «el ámbito de lo que se denomina el círculo interior del Estado donde se encuadraría el derecho disciplinario de los funcionarios públicos y donde existiría una cierta relativización, en ocasiones, de alguna de las garantías recogidas para el resto de sanciones administrativa», véase, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos en el EBEP (arts. 93 a 98)», *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, (dir.: DEL REY GUANTER; coord.: PÉREZ FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ TORRES), La Ley, Madrid, p. 907; ARENAS ALEGRÍA, C., *El Estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, (coord.: Gayarre Conde/Burzaco Samper), Dykinson, Madrid 2009, pp. 53-54.

¹⁷ Sobre los principios aplicables a la potestad disciplinaria, véase en extenso, IVARS RUIZ, J., *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos. Comentarios, doctrina y jurisprudencia Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant, Valencia 2008, pp. 37-72.

El sometimiento de la potestad disciplinaria a los principios de legalidad y tipicidad significa que las normas jurídicas, y en su caso los convenios colectivos, deben fijar con suficiente precisión los elementos esenciales de la conducta antijurídica y los límites de las sanciones a imponer, clasificando unas y otras según su gravedad. En otras palabras, el sometimiento a los citados principios significa que el conjunto de conductas sancionables y las sanciones mismas deben estar legalmente previstas porque todo está sometido al principio de legalidad sancionadora.

El Tribunal Constitucional ha suavizado el alcance del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas al sostener que era necesaria la cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango legal (STC de 3 de octubre de 1983), lo que posibilita que las leyes contengan una remisión a normas reglamentarias (STC de 7 de abril de 1987). El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas queda sujeto al régimen disciplinario previsto en el EBEP, y en su caso al previsto en los distintos convenios colectivos que resulten aplicables. Tal y como se verá a continuación, el EBEP tipifica las faltas muy graves y las correspondientes sanciones, dejando la fijación de otras faltas muy graves y las graves a los convenios colectivos que resulten de aplicación al personal laboral¹⁸. Respecto a las faltas leves, pese a la omisión del legislador, hay que entender que debe estarse igualmente a lo dispuesto en los convenios colectivos y en el resto de la legislación laboral (art. 95.4 EBEP).

¹⁸ El informe de la Comisión de Expertos no creía necesario que el Estatuto Básico listara las infracciones sancionables, ya que sostenía que «una regulación semejante supondría descender a un grado de detalle poco compatible con la idea de Estatuto de mínimos...». Añadiendo que «tampoco tendría demasiada explicación que se tipificaran ... sólo algunas infracciones, las muy graves, y otras no, pues entendemos que deben ser las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas las que determinen en cada caso qué gravedad se atribuye a cada tipo sancionador», p. 217.

Adviértase que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de las faltas sancionables, las remisiones a otras normas jurídicas y la inclusión de deberes genéricos o deontológicos supone una quiebra del principio de legalidad, además se flexibiliza el alcance del principio de tipicidad. La tipificación de las infracciones se lleva a cabo por relación al incumplimiento de los deberes básicos previstos en el Estatuto. En efecto, a partir de los deberes y obligaciones del empleado público «será posible deducir la tipificación de las conductas sancionables, en un proceso inverso al que hasta ahora ha sido necesario»¹⁹.

– Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor

De conformidad con el citado principio las disposiciones sancionadoras aplicables serán las vigentes en el momento de producirse los hechos constitutivos de la infracción disciplinaria, admitiéndose únicamente el efecto retroactivo respecto de las normas que resulten más favorables para al presunto infractor. El citado principio está en armonía con lo previsto en los artículos 9.3 y 25.1 del texto constitucional donde se consagran el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables.

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

El principio de proporcionalidad, entendido como la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, impregna la responsabilidad disciplinaria prevista en el EBEP tanto la tipificación de las infracciones como de las sanciones. Con respecto a las infracciones, el

¹⁹ Cfr. p. 202 informe de la Comisión de expertos.

principio de proporcionalidad se extrae de lo dispuesto para la tipificación de las infracciones graves, con carácter general, en el art. 95.3 EBEP, al disponer que «las faltas graves serán establecidas por ... los convenios colectivos ... , 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 y, c) el descrédito para la imagen pública de la Administración. Con respecto a las sanciones, el principio de proporcionalidad se infiere de lo dispuesto en el art. 96.3 EBEP, «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», siendo algunos de estos criterios los utilizados por la LRJAP y PAC para la graduación de la sanción a aplicar (en concreto, la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, art. 131.3).

– Principio de culpabilidad

Este principio significa, en principio, que para que la Administración Pública pueda imponer una sanción disciplinaria es necesario que el trabajador haya actuado con culpa o negligencia, siendo consciente de la antijuridicidad de la conducta, «al poder haber actuado conforme a Derecho y no haberlo hecho»²⁰. Pese a la formulación del citado principio, y pese a no existir una previsión similar a la del art. 130.1 LRJAP y PAC («...aún a título de simple inobservancia...»), un sector de la doctrina sostiene que la configuración de los deberes de los empleados

²⁰ *Manual de empleo público. Instituciones, relaciones sindicales y marco legal del personal de las Administraciones Públicas*, MONEREO PÉREZ, J. L./MORENO VIDA, M. N./ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A./MALDONADO MOLINA, J. A./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Comares, Granada 2010, p. 248.

públicos y la relevancia del deber de diligencia que le es exigible, «la culpabilidad existe no sólo cuando hay dolo, culpa o negligencia grave, sino también cuando no hay intencionalidad, sino simple descuido»²¹. Por el contrario, otro sector, entiende que se exige «voluntariedad en la comisión de la falta ya sea por dolo, culpa o negligencia del autor excluyéndose la responsabilidad puramente objetiva»²².

– Principio de presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia, previsto en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24.2 CE, impregna la potestad disciplinaria de la Administración, no siendo posible imponer una sanción «sin una prueba de cargo suficiente para destruir aquella presunción»²³. En este aspecto es importante resaltar que el reconocimiento de este principio no impide a la Administración adoptar medidas provisionales y cautelares durante la tramitación del expediente sancionador, tal y como se verá más adelante en el art. 97 EBEP.

2. FALTAS DISCIPLINARIAS

El EBEP mantiene el esquema clásico de la clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves, esquema coherente por otra parte, con el previsto en la legislación laboral en el art. 58 ET. El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas

²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M. N.; ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.; MALDONADO MOLINA, J. A.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *Manual de empleo público. Instituciones, relaciones sindicales y marco legal del personal de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada 2010, p. 248.

²² LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Madrid 2009, p. 325.

²³ En palabras del informe de la Comisión de Expertos, véase, p. 218.

queda sujeto a la tipificación de faltas previstas en el art. 95 EBEP, y en su caso a la prevista en los distintos convenios colectivos que resulten aplicables. Adviértase que supletoriamente debe estarse a lo previsto en la legislación laboral, y en concreto, a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. El EBEP tipifica las faltas muy graves y las correspondientes sanciones, dejando la fijación de otras faltas muy graves y las graves a los convenios colectivos que resulten de aplicación al personal laboral. Respecto a las faltas leves, pese a la omisión del legislador, hay que entender que debe estarse igualmente a lo dispuesto en los convenios colectivos, y por supuesto, en el resto de la legislación laboral (art. 95.4 EBEP).

2.1. Faltas muy graves

El Estatuto tipifica las faltas muy graves guardando cierta correlación con las infracciones de los deberes de los empleados públicos previstos en el art. 53 EBEP. El legislador no sólo tipifica las infracciones por relación al incumplimiento de los deberes básicos, sino que además impone expresamente la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos a los principios y reglas previstos en el Capítulo dedicado a los deberes de los empleados públicos y códigos de conducta. Las faltas tipificadas contienen, tal y como se verá a continuación, desde comportamiento anticonstitucionales a actitudes relacionadas con las condiciones laborales y de servicio. Así, de conformidad con el art. 95.2 EBEP, 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 de lugar a una situación de incompatibilidad; *ñ*) la incomparecencia injustificada a 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.

Con respecto a la aplicación supletoria del régimen disciplinario previsto en el Estatuto de los Trabajadores se plantea la duda de si todas aquellas conductas tipificadas en el art. 54.2 ET como merecedoras de la sanción máxima de despido, y no previstas en el Estatuto Básico ni en los convenios aplicables, pueden considerarse igualmente causa de despido para el personal laboral de las distintas Administraciones Públicas aunque no se contemplen expresamente. La respuesta debe ser afirmativa en el sentido de entender aplicable supletoriamente la legislación laboral –tal y como dispone el art. 93.4 ET– sin necesidad de que exista una recepción convencional de la infracción. Los convenios colectivos suelen incluir en la relación de faltas muy graves los comportamientos merecedores de la sanción máxima de despido, previstos en el art. 54. 2 ET. Entre otros, el art. 78.2 c) núms. 5 y 15 del III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 12-11-2009) contempla como faltas muy graves la falta de asistencia al trabajo no justificada durante cinco o más días al mes y la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo, en sintonía con lo dispuesto en los apartados a) y f) del art. 54.2 ET. Al efecto, el art. 71 II CC de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A» (BOE 25-IX-2006) tipifica como faltas muy graves «todos los supuestos previstos legalmente como causa justificativa de despido disciplinario en el art. 54 ET».

En relación con este aspecto cabe plantearse la legalidad de cláusulas convencionales que tipifican alguna de las causas previstas en el art. 54.2 como faltas graves²⁴ o, de la cláusula que establece que «no dará lugar a despido disciplinario lo contemplado en el

²⁴ Art. 78.2 b) nº 10 CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 12-XI-2009) contempla como falta grave la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.

artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores»²⁵.

Los Convenios Colectivos firmados con anterioridad a la promulgación de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público suelen recoger la tabla de infracciones muy graves previstas en el art. 6 del RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. Por su parte, los convenios firmados con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP suelen recoger un catálogo de infracciones actualizado en coherencia con la tipificación de deberes exigibles al empleado público, por todos, véase, las infracciones muy graves tipificadas en el III Convenio colectivo único para el personal laboral de la AGE. Con la promulgación del Estatuto culmina el proceso de unificación que se ha producido en la materia, pues los convenios colectivos del personal laboral solían adoptar, con matices, la tabla de infracciones previstas para los funcionarios. Adviértase que también algún convenio remite directa y expresamente a la tabla de sanciones muy graves prevista en el EBEP²⁶.

2.2. Faltas graves

En la tipificación de faltas graves del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el EBEP se limita a establecer que serán las establecidas en los Convenios Colectivos, incorporando como novedad la enumeración de una serie de circunstancias que deben regir tanto la clasificación de las faltas y sanciones como el contenido y aplica-

²⁵ Art. 58.4 CC para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha 11-VI-2009).

²⁶ CC de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de la Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011 (DO La Rioja 13-III-2009).

ción de todas ellas²⁷. Las circunstancias son las siguientes: 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 y; c) el descrédito para la imagen pública de la Administración (art. 95.3 EBEP). Adviértase que tal y como ha señalado la doctrina «las normas de desarrollo convencionales gozan de un amplio margen para concretar la tipificación de las faltas»²⁸.

A modo de ejemplo, el III Convenio Colectivo único de la AGE tipifica como infracciones graves las siguientes: 1) la falta de disciplina en el trabajo o del respeto debido a los superiores, compañeros o subordinados; 2) el incumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores relacionadas con el trabajo y de las obligaciones concretas del puesto de trabajo o de las negligencias de las que se deriven o puedan derivarse perjuicios graves para el servicio; 3) la desconsideración con el público en el ejercicio del trabajo; 4) el incumplimiento grave de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales contempladas en la normativa vigente; 5) la falta de asistencia al trabajo sin causa justificada de tres o cuatro días en el período de un mes; 6) el incumplimiento no justificado del horario de trabajo entre seis y diez ocasiones al mes, cuando acumulados supongan un mínimo de diez horas mensuales; 7) el abandono del puesto de trabajo durante la jornada sin causa justificada; 8) la simulación de enfermedad o accidente; 9) la simulación o encubrimiento de faltas de otros trabajadores en relación con sus deberes de puntualidad, asistencia y permanencia en el trabajo; 10) la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; 11) la negligencia que pueda causar

graves daños en la conservación de los locales, material o documentos de servicios; 12) el incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad; 13) la utilización o difusión indebidas de datos o asuntos de los que se tenga conocimiento por razón del trabajo; 14) cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas, o sin posibilidad de cancelar, al menos dos faltas leves; 15) el abuso de autoridad en el desempeño de las funciones encomendadas. Se considerará abuso de autoridad la comisión por un superior de un hecho arbitrario, con infracción de un derecho del trabajador reconocido legalmente por este Convenio, Estatuto de los Trabajadores y demás leyes vigentes, de donde se derive un perjuicio notorio para el subordinado, ya sea de orden material o moral.

2.3. Faltas leves

Pese a la omisión, quizás por descuido del legislador, las faltas leves del personal laboral de las Administraciones Públicas se determinarán en los convenios colectivos que resulten de aplicación, atendiendo a la hora de su tipificación, igualmente, a las circunstancias previstas para las faltas graves. A título ejemplificativo, el III Convenio Colectivo único de la AGE tipifica como infracciones leves las siguientes: 1) la leve incorrección con el público y en general con los usuarios del servicio, así como con los compañeros o subordinados; 2) el retraso injustificado, negligencia o descuido en el cumplimiento de sus tareas; 3) la no comunicación con la debida antelación de la falta al trabajo por causa justificada, a no ser que se pruebe la imposibilidad de hacerlo; 4) la falta de asistencia al trabajo sin causa justificada de uno o dos días al mes; 5) el incumplimiento no justificado del horario de trabajo entre tres y cinco ocasiones al mes; 6) el descuido en la conservación de los locales, material y documentos de

²⁷ Al respecto, QUESADA LUMBRERAS, J.E., «Régimen disciplinario», cit., p. 944.

²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. (et alteri), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid 2008, p. 550.

los servicios; 7) en general, el incumplimiento de los deberes por negligencia o descuido inexcusable.

3. SANCIONES DISCIPLINARIAS

Las sanciones disciplinarias se encuentran tipificadas, con carácter general, en el art. 96 EBEP, reduciéndose a seis tipos distintos, y admitiéndose la posibilidad de incorporar «cualquier otra que se establezca por Ley». La tipificación de sanciones para el personal laboral, y a pesar del silencio legislativo, puede completarse a través de las previsiones convencionales, por aplicación de la supletoriedad de la legislación laboral prevista en el citado art. 93.4 EBEP²⁹.

Las posibles sanciones a imponer por las faltas cometidas por el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas son: 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; suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años; traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca; demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria y; apercibimiento (art. 96.1 EBEP).

El EBEP incluye un catálogo amplio y flexible de las sanciones indicando las modalidades que se pueden adoptar, dejando a los convenios colectivos, en el caso del personal laboral, que precisen el número y tipo de sanción que puede imponerse en cada caso. En materia de sanciones el EBEP actúa como

²⁹ En el mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid 2008, p. 550.

legislación básica, abriendo la posibilidad de que se introduzcan y delimiten otros tipos de sanciones por otras normas legales o sectoriales.

El EBEP establece una garantía básica consistente en que la sanción más rigurosa para el personal laboral sea el despido disciplinario y, sólo en el supuesto de comisión de faltas muy graves. El despido comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. Para equiparar la sanción por despido con la de separación de funciones previsto para los funcionarios públicos, el art. 96.2 EBEP dispone que «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente», al igual que ocurre en los supuestos de separación de servicio que no hubieren adquirido firmeza. Adviértase, no obstante, que la equiparación es relativa ya que la separación de servicio impide volver a ser funcionario de carrera para todo la vida; por el contrario, el despido disciplinario viene a suponer la inhabilitación para ocupar un puesto de trabajo con funciones similares.

El EBEP siguiendo las directrices del informe de la Comisión de Expertos establece un catálogo de sanciones más flexible y adaptado al sistema de promoción profesional y evaluación de los empleados públicos. Al respecto, el informe estimaba imprescindible introducir sanciones disciplinarias que incidieran en el modelo de carrera profesional y, que podían consistir simplemente en la limitación de oportunidades de promoción profesional, e inclusive en la regresión o retroceso en la carrera. Adviértase que mientras que el demérito se ha incorporado al Estatuto Básico del Empleado Público, no ha corrido la misma suerte la regresión en la categoría o el retroceso en la carrera. Al respecto, algún autor defiende la posibilidad de incluir la regresión en la categoría o el retroceso en el grado personal alcanzado a través de las normas de desarrollo, siendo los Convenios los

llamados al efecto en las sanciones del personal laboral³⁰.

Otra de las sanciones previstas en el EBEP es la suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo, con una duración máxima de 6 años. Adviértase que serán los Convenios Colectivos los que desarrollen y concreten la citada sanción, estableciéndose duraciones superiores a medida que se eleva la gravedad de la sanción. La duración máxima prevista en el EBEP supera con creces la prevista en los convenios de empresas privadas, e incluso las previstas en los convenios del sector público. Entre otros, el art. 79 III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 12-XI-2009) establece 2 días para las faltas leves, de 3 días a 3 meses para las graves y, de 3 meses y un día a 6 meses para las muy graves.

Con respecto al traslado forzoso, el EBEP modifica el régimen existente con anterioridad, ya que de conformidad con el art. 96.1 d) es posible imponer como sanción el traslado forzoso sin cambio de residencia. El art. 14 c) RD 33/1986 incluía como posible sanción el traslado con cambio de residencia³¹. Finalmente, la sanción de apercibimiento, también estaba prevista en la normativa legal y convencional anterior y, supone la sanción de menor entidad³².

³⁰ En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid 2008, p. 552.

³¹ Alguna cláusula convencional contempla la sanción de traslado forzoso sin indemnización [entre otros, art. 58 CC para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha 11-VI-2009); art. 79 CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 12-XI-2009); art. 47 CC único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DO Galicia 3-XI-2008)].

³² Amonestación que puede ser verbal o escrita (art. 47. 4 CC único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DO Galicia 3-XI-2008) o sólo por escrito (art. 79 CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 12-XI-2009)).

En los convenios colectivos suelen reiterarse las sanciones previstas en el EBEP, siendo infrecuente la tipificación de otras sanciones. En este punto puede destacarse la sanción prevista para faltas leves y graves en el art. 97.1 V Convenio Colectivo de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 16-I-2010) consistente en el «descuento proporcional de las retribuciones correspondientes al tiempo real dejado de trabajar por faltas de asistencia o de puntualidad no justificadas». Añadiendo el párrafo 2º que «el importe de los haberes deducidos por sanción se ingresará en los créditos de acción social, excepto en los casos en que AENA cubra el puesto de trabajo».

Del análisis de los convenios puede afirmarse que son varios los que contienen cláusulas relativas a la anotación de la sanción en el registro personal del trabajador, con indicación de las faltas que las motivaron³³. En este aspecto, el art. 103.4 V Convenio Colectivo de Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 16-I-2010) exige expresamente que las sanciones susceptibles de anotación sean las firmes.

La legislación laboral se aplicará también supletoriamente en materia de sanciones. No obstante, algún convenio incorpora expresamente previsiones del Estatuto de los Trabajadores. Entre otros, el art. 79.3 CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 12-XI-2009) incorpora el texto del art. 58.3 del ET, relativo a

³³ Art. 64 CC para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha 11-VI-2009); art. 45 CC de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de la Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011 (DO La Rioja 13-III-2009). Además de la anotación el CC de la Rioja contempla que «todas las sanciones ... se cancelarán, de oficio o a instancia de parte, una vez transcurrido el plazo de tres meses cuando se trate de falta leve, un año si es falta grave y dos años para las muy graves...».

que «no se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber».

Por último, debe afirmarse que de conformidad con el EBEP el alcance de la sanción se establecerá, de conformidad con el principio de proporcionalidad, 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 (art. 96.3).

4. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO Y MEDIDAS PROVISIONALES

Como regla general el EBEP establece la necesidad de un instruir un expediente para la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves, siendo suficiente para las faltas leves un procedimiento sumario con audiencia del interesado (art. 98.1 EBEP)³⁴.

El informe de la Comisión de expertos propone la necesidad de agilizar el procedimiento sancionador, ya que el procedimiento existente era extraordinariamente rígido primando el elemento garantista frente a la efectividad. En palabras del propio informe era necesario implantar un régimen disciplinario eficaz para fortalecer «la convicción de los propios empleados, en su inmensa mayoría cumplidores, en los valores del servicio, ya que muchas veces resulta desmoralizador que quienes cometen infracciones notorias no puedan ser sancionados, o lo sean con penalidades mínimas»³⁵.

De conformidad con lo dispuesto por el informe de la Comisión de expertos, y en aras

³⁴ Repárese en el art. 62 CC para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha 11-VI-2009) prevé un procedimiento especial para las faltas leves.

³⁵ Informe de la Comisión de expertos, cit. p. 221.

a la consecución de un procedimiento ágil y eficaz, el art. 98.2 EBEP dispone que «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 de presunto responsable». Añadiendo que «en el procedimiento quedará establecido la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos». Adviértase que pese al silencio legislativo, en lo relativo a los procedimientos sancionadores del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, serán los convenios colectivos los que tienen encomendados el desarrollo del procedimiento disciplinario. Al efecto, pueden citarse entre otros, por la profusión de su regulación los procedimientos previstos en el III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado o, en el V Convenio Colectivo de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.

Las fases tradicionales más destacadas de un procedimiento sancionador tipo podrían ceñirse a: resolución que ordena la iniciación del expediente sancionador (con la que cabe adoptar medidas provisionales como la suspensión temporal); pliego de cargos; escrito de descargos; realización en su caso, de pruebas; alegaciones finales y propuesta de resolución. El expediente termina con la resolución final, que será revisable ante el orden jurisdiccional social [art. 58.2 ET, art. 3.2 a) LPL], de conformidad con la modalidad procesal especial prevista en los artículos 114 y 115 LPL. Dentro del procedimiento sancionador debe mencionarse la función reconocida en los convenios colectivos a los representantes de los trabajadores³⁶

El EBEP recoge también la posibilidad de adopción de medidas cautelares en el procedi-

³⁶ Entre otros, véase, art. 76 II CC de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A» (BOE 25-IX-2006), arts. 47.1. c) y 47.2 único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DO Galicia 3-XI- 2008).

miento disciplinario, que consiste –incluso– en la suspensión provisional de funciones del expedientado, fijándose los 6 meses como el período máximo de suspensión provisional, salvo paralizaciones de expedientes por causas imputables al interesado. Al respecto, el art. 98.3 EBEP dispone que «cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional que aseguren al 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». Durante la suspensión provisional el funcionario tiene derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Por último, adviértase que, «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». Por el contrario, 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.

5. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA: LA PRESCRIPCIÓN

De conformidad con lo previsto en el art. 19 RD 33/1986, la extinción de la responsabilidad disciplinaria puede tener lugar por el cumplimiento de la sanción, muerte, prescripción de la falta o de la sanción, indulto y amnistía. La Ley del Estatuto Básico del Empleado Público no contiene un precepto similar, regulándose simplemente en el art. 97 la prescripción de las faltas y sanciones³⁷.

El EBEP recoge las reglas básicas de prescripción de las infracciones y sanciones disciplinarias e iguala para todos los empleados públicos, funcionarios y personal laboral, la prescripción de las faltas y de las sanciones. A diferencia de los plazos previstos en la legislación laboral común, el art. 97 establece unos plazos de prescripción muy amplios³⁸. Así, de conformidad con el citado precepto, «las infracciones muy graves prescribirán a los 3 años, las graves a los 2 años y las leves a los 6 meses», a su vez, «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». Repárese que el art. 60.2 ET prevé como plazos de prescripción de las faltas laborales 10 días (leves), 20 días (graves) y 60 días (muy graves) a partir de que la empresa tiene conocimiento y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido. Para alimentar la confu-

³⁷ Art. 42 Convenio Colectivo de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de la Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011 (DO La Rioja 13-III-2009) contempla como supuesto de extinción de la responsabilidad disciplinaria la pérdida de la condición de trabajador del inculcado.

³⁸ Cfr. art. 132.1 LRJPAC.

sión, las cláusulas de los convenios colectivos de las Administraciones Públicas contemplan plazos en unos casos coincides con lo dispuesto en el ET³⁹, en otros, coincidentes con la normativa del EBEP –pero limitándose a la prescripción de las infracciones, contemplándose reglas distintas de las del EBEP para la prescripción de las faltas–⁴⁰.

Dada la disparidad de regulación existente en la materia surge la duda de si los plazos de prescripción de faltas y sanciones previstos en el EBEP son disponibles por convenio colectivo, pudiéndose incorporar los plazos previstos en el ET u otros distintos. La respuesta debe ser negativa, ya que ante una regulación expresa en el EBEP no puede aplicarse la legislación laboral común, ya que la supletoriedad de la legislación laboral está contemplada para lo no previsto en el Título VII del EBEP⁴¹. Por último, el EBEP dispone que «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». Y el de las sanciones, «desde la firmeza de la resolución sancionadora».

La unificación del régimen jurídico de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas llevada a cabo por la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, y las novedades introducidas en el mismo merecen una valoración positiva en términos de política de Derecho. Ahora bien, desde una posición crítica y combativa con la

realidad palpable en muchas Administraciones Públicas nos atrevemos a afirmar que la organización en cascada de la jerarquía administrativa provoca que los sujetos con verdadera capacidad de sanción, deleguen en los inferiores jerárquicos la incoación de las infracciones, dándose la paradoja que ante una mayor proximidad entre el sujeto infractor y el sujeto con potestad disciplinaria resulta mucho más complicado tomar la decisión de sancionar. En términos semejantes, con referencia al Derecho Belga, *Wischer* sostiene que «el cuidado que se toma el superior jerárquico de no crearse enemigos y de no deteriorar la atmósfera e su servicio utilizando la potestad disciplinaria, ..., son otras tantas razones que explican por qué la disciplina administrativa se muere y por qué la calidad de la Administración se va deteriorando»; para la Administración Gala *Bonnefous* afirma que «la autoridad jerárquica tiende a encogerse, el control a esclerotizarse y la inspección a desaparecer (...), los jefes como los subordinados han perdido el hábito de la disciplina. Sus relaciones son menos las de la jerarquía que las de la camaradería...»⁴². Teniendo presente lo expuesto, quizás podría proponerse que la potestad disciplinaria estuviera, en todo caso, en manos de un cuerpo especializado de inspectores o auditores externos, que no tengan ni puedan llegar a tener una relación personal y directa con el infractor, ya que las relaciones personales desvirtúan la realidad de los incumplimientos y hacen, en la mayoría de las ocasiones, impracticables la sanción de los mismos.

³⁹ Así ocurre respecto de las infracciones en el art. 81 CC único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 12-XI-2009); art. 98 V CC de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 16-I-2010).

⁴⁰ Art. 44 CC de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de la Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011 (DO La Rioja 13-III-2009)

⁴¹ En el mismo sentido, LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 329.

⁴² Citados por PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 21ª ed., Marcial Pons, Madrid 2010, p. 565.

RESUMEN El estudio se centra en el análisis de la responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. La citada responsabilidad se regula por lo dispuesto en el capítulo VII del EBEP y en la legislación laboral, tanto en la Ley del Estatuto de los Trabajadores como en los convenios colectivos negociados por las distintas Administraciones Públicas. La responsabilidad disciplinaria deriva del incumplimiento de los deberes propios del empleado público y es exigida por la propia Administración a la que el empleado está adscrito mediante un procedimiento que puede culminar en una sanción. El artículo se centra en el análisis legal y convencional –en su caso– de los principios de la potestad disciplinaria, de las faltas y sanciones disciplinarias, del procedimiento disciplinario y medidas provisionales y, de la prescripción de las faltas y sanciones.

ABSTRACT This paper analyses the disciplinary responsibility of contract staff working for Public Administrations after the coming into force of the Basic Statute of Public Employees (EBEP), passed by Law 7/2007, of 12th April. Such responsibility is governed by Chapter VII of EBEP and labour legislation, including both the Workers' Statute Act and collective agreements negotiated by the different Public Administrations. Disciplinary responsibility stems from not fulfilling the public employees' duties, and is required by the Administration to which the employee is linked through a procedure which may end in a disciplinary measure. This paper focuses on analysing legal and conventional, if relevant, principles of disciplinary power, administrative minor offenses and penalties, disciplinary procedure and provisional measures, and the prescription of minor offenses and penalties.

Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

10 números configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	140
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	30
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	30
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	30
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	30
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	30
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	17
Importe Total		



BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre Apellidos

Domicilio C.P. y Población

Provincia Teléfono Fax

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total
..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: 0182/4828/67/0200013172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo e Inmigración
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@mtin.es

SUMARIO

LOS TRABAJADORES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

EDITORIAL: *Alfredo Montoya Melgar* • INFORMES Y ESTUDIOS: Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas. *Alfredo Montoya Melgar* • El acceso al empleo público laboral. *Nuria de Nieves Nieto* • Responsabilidad social y ética «públicas» y relación laboral de empleo público. *Yolanda Sánchez-Urán Azaña* • La prodigalidad de los derechos individuales de los empleados públicos en el artículo 14 EBEP. R. *Yolanda Quintanilla Navarro* • La libertad sindical. *Remedios Roqueta Buj* • La negociación colectiva de los empleados públicos. *Esteban Rodríguez Vera* • La retribución del personal laboral del sector público cuatro años después del Estatuto Básico del Empleado Público. *Javier Thibault Aranda* • El tiempo de trabajo del empleado público laboral. *Juan Gil Plana* • La movilidad (voluntaria, forzosa...) de los empleados públicos tras la ley 7/2007, de 12 de abril. *Francisco Javier Hierro Hierro* • Suspensiones y excedencias del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. *Rosario Cristóbal Roncero* • La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades. *Raquel Aguilera Izquierdo* • La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas. *Nuria P. García Piñeiro*.

ISSN 1137-5868



9771137586002