

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

**LAS RELACIONES LABORALES
EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Doctoranda: RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ

Dirección: Prof. Dr. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Granada, a 15 de noviembre de 2016

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: Raquel Vida Fernández
ISBN: 978-84-9163-133-0
URI: <http://hdl.handle.net/10481/45270>

La doctoranda D^a RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ y el director de la tesis D. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de su director de tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, a 15 de noviembre de 2016

Vº.Bº.

El Director de la Tesis.

La Doctoranda

Fdo. José Luis Monereo Pérez

Fdo. Raquel Vida Fernández

A toda mi familia

LAS RELACIONES LABORALES EN LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

ÍNDICE SISTEMÁTICO.....	Pág. 1
ABREVIATURAS.....	Pág. 20
INTRODUCCIÓN: OBJETO Y SENTIDO DE LA INVESTIGACIÓN...Pág.	24
CAPÍTULO I. REFERENCIA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DEL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL.....	Pág. 31
CAPÍTULO II. LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL EN EL ÁMBITO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.....	Pág. 49
CAPÍTULO III. TEXTO REFUNDIDO DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/201): ANÁLISIS FORMAL Y ESTRUCTURAL.....	Pág. 72
CAPÍTULO IV. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.....	Pág. 102
CAPÍTULO V. LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO PARA EL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Pág.	174
CAPÍTULO VI. LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	Pág. 244

CAPÍTULO VII. LA ORDENACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO DESPUÉS DEL EBEP. PARTICULAR REFERENCIA AL PERSONAL LABORAL.....Pág. 336

CAPÍTULO VIII. EL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....Pág. 375

CAPÍTULO IX. EL DEBER DEL EMPLEADOR DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: PARTICULARIDADES EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL.....Pág. 395

CAPÍTULO X. LA RETRIBUCIÓN. EL RÉGIMEN SALARIAL DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....Pág. 420

CAPÍTULO XI. LAS SITUACIONES DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (VICISITUDES SUSPENSIVAS Y EXCEDENCIAS).....Pág. 448

CAPÍTULO XII. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: MEDIDAS PREVISTAS PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y SU PROBLEMÁTICA.....Pág. 456

CAPÍTULO XIII. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....Pág. 476

CONCLUSIONES FINALES: CUESTIONES CRÍTICAS, RETOS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.....Pág. 566

ANEXO I. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA EVOLUCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO DESDE EL AÑO 2010 HASTA 2016.....Pág. 612

Tabla I.- Comparativa, numérica y en porcentajes, de la evolución de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas. Enero de 2010 a enero 2012. Boletín del Registro Central de Personal. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tabla II.- Comparativa, numérica y en porcentajes, de la evolución de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas. Enero de 2012 a enero de 2016. Boletín del Registro Central de Personal. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tabla III.- Personal al servicio de las Administraciones Públicas. Variación desde enero de 2010 a enero de 2016 (en porcentajes). Boletín del Registro Central de Personal. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tabla IV- Empleados Públicos funcionarios y laborales al servicio de las Administraciones Públicas a enero de 2016 (total numérico y en porcentajes). Boletín del Registro Central de Personal. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

ANEXO II. RECOPIACIÓN Y BREVE REFERENCIA DE LAS LEYES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS APROBADAS DESPUÉS DEL EBEP.....Pág. 616

BIBLIOGRAFÍA.....Pág. 628

LAS RELACIONES LABORALES EN LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN: SENTIDO Y OBJETO DE INVESTIGACIÓN.

**CAPÍTULO I.- REFERENCIA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DEL
MODELO DE EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL.**

1.- Antecedentes del modelo de Empleo Público español.

**2.- Las primera etapas del modelo de función pública moderna en
España: particular referencia al empleo público no funcionarial.**

**2.1. Los albores del sistema de función pública moderna: las
cesantías como institución.**

**2.2. Los Decretos de López Ballesteros: la puerta a la
modernidad en el sistema de empleo público en España.**

**2.3. El Estatuto de Bravo Murillo, Real Decreto de 18 de junio
de 1852.**

**2.4. Reglamento Orgánico de las Carreras Civiles de la
Administración Pública, aprobado por Real Decreto de 4 de marzo
de 1866: El efímero Estatuto de O' Donell.**

**2.5. La Ley de Bases de los Funcionarios del Estado de 1918,
(el "Estatuto de Maura").**

2.6. La Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado y el Texto Articulado de 7 de febrero de 1964: el cambio de modelo a un sistema abierto de empleo público.

2.7. Análisis de la regulación de la contratación laboral en el seno de la Administración Pública de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964.

CAPÍTULO II.- LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL EN EL ÁMBITO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

1.- El modelo de Función Pública en el sistema democrático-constitucional.

2.- El Estado de las autonomías: el debate sobre el alcance en las competencias reguladoras sobre el régimen estatutario en las Administraciones Públicas.

3.- La conflictiva determinación de la reserva al régimen funcional en la Administración española.

3.1. Evolución desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, hasta la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público.

3.2. Determinación de la reserva al régimen funcional en el ámbito de la Administración Local.

3.3. Delimitación de los puestos ocupados por funcionarios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Públicos (R.D.Leg. 5/2015, de 30 de octubre).

4.- Reformas de la Función Pública en época de crisis económica: Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo (LRRJFP).

5.- Otras vías de laboralización de la Administración Pública.

CAPÍTULO III.- EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/201): ANÁLISIS FORMAL Y ESTRUCTURAL.

1.- Antecedentes inmediatos del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, (actual Texto Refundido del EBEP, RDLg 5/2015).

2.- El Estatuto Básico del Empleado Público como norma básica: configuración del actual modelo de función pública.

2.1. Referencia al Informe de la Comisión de Expertos y el resultado normativo.

2.2. Los objetivos del Estatuto Básico del Empleado Público.

2.3. Breve referencia al nuevo Texto Refundido del EBEP, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

3.- El ámbito material de aplicación del EBEP.

3.1. La Administración Pública como organización productiva plural y su perspectiva desde el EBEP.

3.2. El concepto de Administración Pública a efectos del EBEP: Sector Público vs Administraciones Públicas.

3.3. El ámbito subjetivo de aplicación del EBEP: Inclusiones, exclusiones y exclusiones con particularidades.

CAPÍTULO IV.- CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

1.- Planteamiento general en la Ley del Estatuto del Empleado Público, y el nuevo concepto de “empleado público”.

1.2. Tipos de Empleados Públicos en el EBEP: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (fijos, indefinidos y temporales), personal eventual y directivos profesionales.

1.1.1. El personal funcionario de carrera.

1.1.2. El personal funcionario interino.

1.1.3. El personal laboral: fijo, indefinido y temporal.

1.1.4. Especial referencia al personal laboral por “indefinido no fijo”.

1.1.5. El personal eventual.

1.1.6. El personal directivo profesional.

2.- La omisión de reconocimiento de las relaciones laborales en el Sector Público como Relación Especial de Trabajo: planteamiento teórico y sus consecuencias prácticas.

3.- Las fuentes de regulación del empleo público: descripción del marco normativo que marca el EBEP.

3.1. Descripción del marco normativo en materia de empleo público después del EBEP: principios, vigencia e instrucciones.

3.2. El particular sistema de articulación de fuentes aplicado a la relación laboral de empleo público (artículo 7 EBEP).

4.- Derechos individuales y deberes de los empleados públicos.

4.1. Derechos individuales y deberes individuales de ejercicio colectivo de los empleados públicos laborales (Capítulo I, Título III del EBEP). Introducción.

4.2. Los derechos individuales de los empleados públicos laborales de las Administraciones Públicas.

4.2.1. El derecho a la inamovilidad: La relativa extensión a los empleados públicos laborales y su conveniencia.

4.2.2. Derecho al desempeño efectivo de las funciones profesionales, (art. 14, b del EBEP).

4.2.3. Derecho a participar en la consecución de objetivos y a ser informado de las tareas a desarrollar (art. 14. e) del EBEP).

4.2.4. Derecho a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional, como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos (art. 14.f) EBEP).

4.2.5. Derecho al 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 (art. 14.h) EBEP).

4.2.6. Análisis del papel del EBEP en la protección individual frente al acoso laboral de los empleados públicos.

4.2.7. Derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, género, sexo y orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, (art. 14.i) del EBEP).

4.2.8. El derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 14.j EBEP).

5.- Los deberes de los empleados públicos laborales (Capítulo VI, Título III del EBEP).

5.1. Deber de diligencia en el desempeño de sus funciones.

5.2. El deber de buena fe o integridad.

5.3. El deber de obediencia.

5.4. Deber de observar las medidas de seguridad e higiene.

5.5. El deber de sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y el deber de imparcialidad.

6. La incompatibilidad de los empleados públicos.

CAPÍTULO V.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO PARA EL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.- Introducción.

2.- La representación sindical y unitaria de los empleados públicos en las Administraciones Públicas.

2.1. Particularidades y problemas en relación al régimen jurídico de las Secciones Sindicales, Delegados Sindicales, Delegados de Personal, Comités de Empresa y Juntas de Personal.

2.2. Diferencias en las funciones de representación de los funcionarios y los trabajadores de las Administraciones.

3.- Los conflictos colectivos en las Administraciones Públicas después del EBEP.

3.1. Sistemas de solución judicial y extrajudicial de solución de conflictos.

3.2. El cierre patronal.

4.- Especialidades del derecho de huelga del personal laboral de las Administraciones.

5.- El derecho de reunión en asamblea del personal laboral.

6.- La negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas.

6.1. Evolución del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública española, a la vista de la normativa internacional y la regulación ordinaria.

6.2. Sobre la configuración jurídica del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos: Configuración legal vs configuración constitucional.

6.3. El ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva regulado en el EBEP.

6.4. Régimen jurídico del derecho a la negociación colectiva para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en el EBEP.

6.4.1. Materias objeto de negociación colectiva para el personal laboral de las Administraciones: los límites al contenido normativo de los Convenios Colectivos después del EBEP.

6.4.1.a) Las materias de obligada inclusión en la negociación colectiva conforme con el artículo 37.1 EBEP.

6.4.1.b) Materias excluidas de la obligatoriedad de negociación conforme con el artículo 37.2 EBEP.

6.4.1.c) Referencia al ámbito objetivo de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones (art. 36.3 EBEP).

6.4.2. Estructura de la negociación colectiva para el personal laboral en las Administraciones Públicas.

6.4.3. Partes legitimadas en el ámbito de la negociación colectiva laboral en las Administraciones Públicas.

6.4.4. La eficacia jurídica de los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas: particularidades.

6.4.5. La relativización de la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas: el nuevo artículo 32.2 del EBEP.

6.4.6. La vigencia de los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones.

6.4.7. Sobre la negociación colectiva conjunta de funcionarios y laborales de las Administraciones Públicas: la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas para los empleados públicos (art. 36 EBEP).

6.4.7.a) La regulación de una realidad preexistente.

6.4.7.b) Sujetos legitimados para negociar en la Mesa General de Negociación de las Administraciones.

6.4.7.c) Materias objeto de negociación de la Mesa General de Negociación de las Administraciones.

6.4.7.d) Competencia jurisdiccional del Orden Contencioso-Administrativo para la revisión del resultado de la negociación conjunta.

CAPITULO VI.- LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.- El régimen jurídico de la contratación laboral en el EBEP.

1.1. Los tipos de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas según la duración del contrato de trabajo. Especial referencia al origen y evolución de la figura del “indefinido no fijo”.

2.- El problema de la excesiva temporalidad en la contratación laboral de las Administraciones Públicas y su tratamiento en el EBEP.

3.- El acceso al empleo público laboral en las Administraciones Públicas.

3.1. Sobre la aplicación de los principios rectores del acceso al empleo público en la selección del personal laboral en las Administraciones Públicas.

3.2. Análisis de los principios rectores del acceso al empleo público.

3.3. Requisitos generales para el acceso al empleo público.

3.4. Requisitos formales en el acceso al empleo público laboral. Los principios constitucionales de legalidad, igual, capacidad y mérito y su aplicación al sector laboral de las Administraciones Públicas.

3.4.1. Las relaciones de puestos de trabajo (R.P.T.).

3.4.2. La oferta de empleo público (O.E.P.).

Referencia a los efectos de las políticas de austeridad sobre la creación de empleo público en nuestro país.

3.5. La selección para los empleados públicos con contrato laboral fijo y con contrato temporal.

3.5.1. Los sistemas de selección para el personal laboral con contrato fijo.

3.5.2. Los sistemas de selección para el personal laboral con contrato temporal.

3.5.3. Consecuencias de la anulación en vía judicial del procedimiento selectivo de empleo público laboral.

3.5.4. Los sistemas de oposición especiales: procesos de funcionarización y consolidación del personal laboral.

4.- Las modalidades contractuales en el ámbito del personal laboral de las Administraciones Públicas.

4.1. Particularidades que afectan a las modalidades de contrato de trabajo en el ámbito del empleo público laboral.

4.2. El efecto de la Directiva 1999/70/CE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las relaciones laborales temporales en las Administraciones Públicas.

4.3. Matices para la aplicación de las reglas sobre encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas.

4.4 Especial referencia al cómputo de la antigüedad de los trabajadores temporales de las Administraciones con contratos sucesivos: efectos de la Sentencia.

4.5. Los contratados temporales de las Administraciones frente a la figura de los funcionarios interinos.

4.6. Referencia al periodo de prueba.

5.- Los mecanismos de externalización de servicios en las Administraciones Públicas: Empresas de Trabajo Temporal (ETT) y contratación y subcontratación de obras y servicios.

5.1. La utilización de las Empresas de Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas.

5.1.1. Antecedentes.

5.1.2. Regulación actual acorde con la Directiva 2008/104/CE.

5.1.3. Algunas cuestiones pendientes en torno a la utilización de las Empresas de Trabajo Temporal por las Administraciones Públicas.

5.2. La contratación y subcontratación de obras y servicios en las Administraciones Públicas.

5.2.1. Externalización de servicios y cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET).

5.2.2. Externalización de servicios y obligaciones derivadas de la sucesión de empresa (art. 44 ET).

5.2.2. a) La polémica sobre las cláusulas subrogatorias en los pliegos de condiciones de las contrataciones de servicios.

6.- La utilización de formas de contratación alternativas en el ámbito de las Administraciones Públicas.

6.1. El contrato de colaboración social.

6.2. Los contratos administrativos de servicios.

CAPÍTULO VII.- LA ORDENACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO DESPUÉS DEL EBEP (PARTICULAR REFERENCIA AL PERSONAL LABORAL): realidad actual y perspectivas de futuro.

1.- Introducción: Instrumentos de ordenación del empleo público desde el EBEP hasta el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones (CORA).

2.- Organización del empleo público funcionarial y laboral de las Administraciones.

2.1. Breve referencia a la evolución histórica de la forma de organización del empleo público español hasta la actualidad.

2.2. La clasificación profesional y encuadramiento del personal laboral al servicio de las Administraciones en el EBEP.

3.- La provisión de puestos y movilidad del personal laboral de las Administraciones Públicas.

3.1. Regulación administrativa de la movilidad funcional y geográfica en el ámbito funcionarial.

3.2. Regulación laboral de la movilidad funcional y movilidad geográfica.

3.3. Supuestos de movilidad regulados en el III Convenio Colectivo Único del personal al servicio de la Administración General del Estado.

3.4. La movilidad voluntaria interadministrativa.

4.- La carrera profesional y promoción del personal laboral.

5.- Los Registros de Personal y gestión integrada de Recursos Humanos.

6.- La planificación de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas.

7.- La cooperación interadministrativa en el empleo público.

8.- La evaluación del desempeño: instrumento clave en la gestión del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

9.- El poder de dirección en las Administraciones Públicas y el régimen disciplinario en el EBEP.

9.1. El régimen disciplinario de los empleados públicos laborales.

9.2. Los principios rectores de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas.

9.3. Faltas disciplinarias del personal laboral de las Administraciones Públicas.

9.4. Las sanciones para el personal laboral de las Administraciones Públicas.

9.5. El procedimiento disciplinario y las medidas provisionales.

9.6. Alcance de la responsabilidad ante infracciones de terceros.

9.7. La prescripción de las faltas.

CAPÍTULO VIII.- EL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1. Introducción.

2. La jornada de trabajo de los empleados públicos laborales: análisis de la repercusión de las medidas de contención del gasto público.

3. El derecho a vacaciones de los empleados públicos laborales y sus particularidades frente al régimen funcional.

4.- Regulación del descanso semanal y días festivos de los empleados públicos laborales.

5.- Los permisos de los empleados públicos laborales: un ejemplo de problema de la determinación de la norma aplicable en el EBEP.

CAPÍTULO IX.- EL DEBER DEL EMPLEADOR EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: PARTICULARIDADES EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL.

1.- Introducción.

2.- Ámbito de aplicación de la normativa en materia de prevención: exclusiones y particularidades en el ámbito de las Administraciones Públicas.

3.- Regulación en materia preventiva específica para el ámbito de las Administraciones Públicas.

4.-Aspectos en materia preventiva de las Administraciones Públicas que presentan peculiaridades respecto a la regulación ordinaria.

4.1. Particularidades en relación a la participación y representación de los empleados públicos en materia preventiva.

4.2. La organización de la Prevención de Riesgos Laborales en la Administración Pública.

4.3. Las Auditorias de la actividad preventiva en las Administraciones Públicas.

4.4. El Plan de Prevención en cada Administración.

5. Modalización de las responsabilidades de las Administraciones Públicas en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

5.1. Regulación de la responsabilidad en PRL de las Administraciones.

5.1.1. Responsabilidad administrativa. El limitado papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante las infracciones de Administraciones Públicas.

5.1.2. Responsabilidad penal.

5.1.3. Responsabilidad patrimonial.

5.1.4. Responsabilidad en materia de Recargo de Prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad.

CAPITULO X.- LA RETRIBUCIÓN. EL RÉGIMEN SALARIAL DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.-Regulación del régimen salarial del personal laboral de las Administraciones y sus principales particularidades.

2.-El problema de las desigualdades retributivas entre empleados públicos.

3.- El sistema retributivo del EBEP: una oportunidad para implantar políticas salariales eficaces en las Administraciones Públicas.

4.- Los límites legales en la determinación de las cuantías e incrementos salariales y la exigencia de control previo a los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones.

5. Referencia a las medidas extraordinarias en materia retributiva derivada de la legislación de emergencia y urgencia en tiempos de crisis.

6.-Sobre la posibilidad de suspensión o modificación en el cumplimiento de los Convenios Colectivos del personal laboral: análisis del polémico artículo 32.2 del EBEP.

CAPÍTULO XI.- LAS SITUACIONES DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.-Régimen jurídico de las situaciones del personal laboral de las Administraciones Públicas.

2.-Particularidades de la suspensión de los empleados públicos laborales.

3.-Particularidades de la excedencia voluntaria y excedencia forzosa de los empleados públicos laborales.

4.-Especial supuesto de excedencia por incompatibilidad que afecte al empleado público laboral.

CAPÍTULO XII.-LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: MEDIDAS PREVISTAS EN LA NORMA PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y SU PROBLEMÁTICA.

1.- Introducción.

2.- Medidas previstas en materia de conciliación familiar y laboral para los empleados públicos en el EBEP: permisos, reducción de jornada, excedencias y disfrute de vacaciones.

2.1. Permisos y reducciones de jornada por razón de conciliación para funcionarios públicos.

2.2. El problema de determinación de la norma aplicable para los permisos por motivos de conciliación del personal laboral incluido en el ámbito de aplicación del EBEP.

3.- Excedencias de los empleados públicos por necesidades de conciliación familiar y laboral.

4.- Vacaciones y conciliación de los empleados públicos.

5.- El papel de los Planes de Igualdad en materia de conciliación en las Administraciones Públicas: Particular referencia al II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

CAPÍTULO XIII.- LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.- Causas de extinción de la relación laboral de empleo público.

2.- Extinciones del contrato de trabajo por decisión del empresario aplicado al ámbito de las Administraciones Públicas.

3.- Los despidos en el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones.

3.1. Particularidades del despido en el ámbito del empleo público: La propuesta del Informe de la Comisión de Expertos.

3.2. El despido disciplinario del personal laboral de las Administraciones regulación en el EBEP.

3.2.2. Introducción.

3.2.3. Regulación de las causas y forma del despido disciplinario del personal laboral de las Administraciones.

3.2.3 a) Causas de despido disciplinario en las Administraciones.

3.2.3 b) Exigencias formales del despido disciplinario en las Administraciones.

3.2.3.c) Calificación y efectos del despido disciplinario después del EBEP.

3.3. Despidos individuales por razones económicas, organizativas y técnicas en el Sector Público Administrativo.

3.3.1. Introducción.

3.3.2. Regulación actual de la figura del despido por razones económicas, organizativas, técnicas y de producción en el Sector Público.

3.3.3. Ámbito de aplicación de los despidos objetivos.

3.3.4. Concreción de las causas económicas, técnicas y organizativas que justifican los despidos objetivos (y colectivos) en el Sector Público Administrativo.

3.3.5. Criterios para la elección del personal objeto de despido individual o colectivo, por razones económicas, organizativas y técnicas en el Sector Público Administrativo.

3.3.6. Requisitos formales para proceder a los despidos objetivos individuales en el Sector Público Administrativo.

3.3.7. La impugnación y calificación de los despidos objetivos por razones económicas, organizativas y técnicas: Procedencia, improcedencia o nulidad del despido.

3.4. El procedimiento de despido colectivo en las Administraciones Públicas.

3.4.1. Introducción.

3.4.2. Actual regulación del procedimiento de despido colectivo en el Sector Público.

3.4.3. El concepto de despido colectivo: su determinación cuantitativa.

3.4.3 a) Ámbito temporal en que se producen las extinciones.

3.4.3 b) Número concreto de trabajadores despedidos y la unidad de cómputo.

3.4.4. El procedimiento de despido colectivo en el Sector Público Administrativo.

3.4.4.a) El inicio del procedimiento de despido colectivo: La constitución de la comisión representativa de los trabajadores y comunicación de apertura del periodo de consultas.

3.4.4 b) El periodo de consultas en el procedimiento de despido colectivo.

3.4.4.c) Las medidas sociales de acompañamiento y los planes de recolocación externos en los despidos colectivos realizados en el ámbito de las Administraciones Públicas.

3.4.4.d) Fase final del procedimiento de despido colectivo: comunicaciones e informe de la Administración.

3.4.4. e) Consecuencias del despido colectivo.

3.4.4. f) La impugnación del despido colectivo.

3.4.4.g) Limitaciones a las demandas individuales frente al despido colectivo.

3.4.4.h) Particular referencia a la extinción de la relación laboral del personal indefinido no fijo, ante necesidad de amortización de plaza por razones económicas, organizativas o técnicas.

3.4.4.i) Última jurisprudencia sobre la extinción por vencimiento del término en los contratos indefinidos no fijos e interinos por vacante.

✓ **CONCLUSIONES FINALES: CUESTIONES CRÍTICAS, RETOS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.**

✓ **ANEXO I. ESTUDIO COMPARATIVO EN PORCENTAJES DE LA EVOLUCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO DESDE EL AÑO 2010 HASTA 2016:**

Tabla I.- Comparativa, numérica y en porcentajes, de la evolución de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas. Enero de 2010 a enero 2012. Boletín del Registro Central de Personal. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tabla II.- Comparativa, numérica y en porcentajes, de la evolución de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas. Enero de 2012 a enero de 2016. Boletín del Registro Central de Personal. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tabla III.- Personal al servicio de las Administraciones Públicas. Comparativa de variación en porcentajes desde enero de 2019 a enero de 2016. Boletín del Registro Central de Personal. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tabla IV- Empleados Públicos funcionarios y laborales al servicio de las Administraciones Públicas. Enero de 2016. Boletín del Registro Central de Personal. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

- ✓ **ANEXO II.- Recopilación y breve referencia de las Leyes de la Función Pública de las Comunidades Autónomas dictadas con posterioridad a la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público.**

- ✓ **BIBLIOGRAFÍA.**

- ✓ **ENLACES DE PÁGINAS WEB.**

ABREVIATURAS

AGE	Administración General del Estado.
Art.	Artículo.
AAPP	Administraciones Públicas.
AA.VV.	Autores Varios.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución Española de 1978.
CIVEA	Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado.
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas.
CP	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código Penal.
CSS	Comité de Seguridad y Salud.
CUAGE	III Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado.
EBEP	Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, aprueba el texto refundido).
ET	Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido).
ETT	Empresas de Trabajo Temporal.
EPA	Encuesta de Población Activa.
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Ley de Bases del Régimen Local.

LCSP Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

LETT Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal.

LRJS Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

LOAPA Ley Orgánica de Armonización del proceso autonómico.

LO Ley Orgánica.

LOLS Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

LOFAGE Ley 6/1997, de 14 de abril, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

LOI Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

LORAP Ley 9/1987, 12 de junio, de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

LPRL Ley 31/1995, de 8 de noviembre, Prevención de Riesgos Laborales.

LRJSP Ley 40/2015, de 1 de octubre, Régimen Jurídico del Sector Público.

LRJPAC Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

LMRFP Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

LRRJFP Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo.

OEP Oferta de Empleo Público.

OIT Organización Internacional del Trabajo.

RD Real Decreto.

RDLeg Real Decreto Legislativo

RDL Real Decreto Ley

RDLRT Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo.

RGIPP Real Decreto Legislativo 364/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de las Administraciones del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

RDC Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Despidos Colectivos y la Suspensión de Contratos y Reducción de Jornada.

RSP Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

RD 67/2010 Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.

RD 707/2002 Real Decreto 707/2002 de 19 de julio, Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la imposición de medidas correctoras de

incumplimientos en materia de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

RPT Relación de Puestos de Trabajo.

SAN Sentencia de la Audiencia Nacional.

STC Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TC Tribunal Constitucional.

TRLGSS Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 8/2015, de 30 de octubre.

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

INTRODUCCIÓN: OBJETO Y SENTIDO DE LA INVESTIGACIÓN.

La Administración Pública es uno de los elementos clave que describe y define los valores, la forma de organización y la propia sociedad de cada momento en la que actúa, porque ésta siempre responde a un modelo y a unas circunstancias políticas, económicas y sociológicas concretas. De ahí el interés que conlleva el estudio de cualquier aspecto que se refiera a esta realidad.

Actualmente (y después de muchas vicisitudes), en el ámbito del empleo público distinguimos dos tipos de vínculos posibles: el funcional y el denominado laboral. Esta dualidad ha producido y produce, multitud de problemas en la práctica, derivados de la coexistencia de dos regímenes jurídicos tan distintos que regulan a los diversos servidores públicos que trabajan para tan particular empleador como es la Administración Pública.

La evolución en la regulación y organización actual de la figura del personal laboral al servicio de la Administración Pública española, las deficiencias y problemas de su actual régimen jurídico, y las perspectivas de futuro, constituye el objeto principal del presente trabajo de investigación. Se trata de estudiar una institución ya clásica, a medio camino entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, a la luz de la profunda reforma legal que se produjo entrono a ella con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que regulo el primer texto del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

El EBEP cambió el tratamiento que, hasta ese momento, se le daba a este tipo de personal al servicio de las Administraciones, pero a la vez se configura como una regulación no concluida, con muchas aristas, que hace precisa la constante intervención de la interpretación jurisprudencial, y cuyo potencial no ha llegado a su máximo, al estar pendiente de desarrollo la mayoría de las instituciones previstas en el EBEP, que configurarán la completa regulación de nuestro sistema de empleo público.

La presente investigación pretende aportar un análisis transversal del régimen jurídico de aplicación al personal laboral de las Administraciones

desde la perspectiva del EBEP, debiendo advertirse que el objetivo será mostrar una visión completa de dicho régimen jurídico, si bien centrándonos en los puntos críticos y los problemas que presentan estas especiales relaciones laborales, y en ciertos aspectos de su particular régimen jurídico donde confluyen el EBEP y las normas de contenido laboral.

También serán objeto de análisis, colateralmente, otras vías indirectas de laboralización de las Administraciones que afectan al empleo laboral no sometido al EBEP, pero cuya trascendencia en la práctica, y la problemática jurídico-social que les rodea, es evidente. En este sentido especialmente importante es el estado de la cuestión relativa a los efectos de la descentralización productiva en las Administraciones, (principalmente la contratación y subcontratación de servicios en la Administración, y la contratación mediante Empresas de Trabajo Temporal). Pero también al contrario, los potenciales efectos jurídicos y en particular en el ámbito del empleo de las reversiones a lo público de algunos servicios y actividades antes externalizados.

Considero que la inclusión de estos temas es importante porque el uso de estos instrumentos externalizadores es una práctica que se mantiene en progresión y que, en mi opinión, si no se replantea constituye un instrumento de desmantelamiento y privatización indirecta de los servicios públicos. A esto se suma las potenciales consecuencias jurídicas que, como veremos, existen en materia de responsabilidades sobre dicho personal para las Administraciones, e incluso el hecho de que puedan constituir una vía de acceso indirecta al empleo público laboral, principalmente como consecuencia de prácticas irregulares, o incluso, en los casos de remunicipalización de servicios que, como antes apunté, es un fenómeno incipiente, que también llevan aparejados conflictos y dudas en materia de relaciones laborales.

Lo hasta ahora expuesto justifica el título de la tesis: *“las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”*, elegido precisamente para evitar cerrar la materia exclusivamente en torno a la *“relación especial de empleo público”*, (sin perjuicio de que ésta sea su eje central).

Otro aspecto principal tratado es el de las perspectivas, necesidades y carencias en materia de planificación y gestión de personal en las Administraciones a fin de, en lo posible, aportar propuestas de mejora o alternativas a la realidad existente en esta materia. Efectivamente, conocer el origen y desarrollo que se ha producido en los últimos años con la aprobación del EBEP y la configuración del régimen jurídico actual, de un fenómeno consolidado como es la laboralización del personal al servicio de las Administraciones, es acercarse a un concepto de gestión y en esencia de Administración Pública concreta que se encuentra en plena evolución.

Las ventajas e inconvenientes del fenómeno, la difícil articulación de su regulación en puntos clave como la negociación colectiva, la gestión de personal, los logros, vacíos de su organización actual y las posibilidades de mejora del régimen jurídico del personal laboral, constituyen la parte fundamental de este trabajo.

Se trata, en definitiva, de aportar un análisis crítico de las dificultades, lagunas, y la evolución de la propia regulación, la doctrina y la jurisprudencia sobre los aspectos más controvertidos del régimen jurídico del personal laboral, en los años transcurridos desde la aprobación del EBEP, así como los efectos de la crisis sistémica, que ha alterado innumerables aspectos de nuestra sociedad y que, por tanto, ha alterado también la esencia del empleo público laboral de las Administraciones.

La estructura de la investigación se ordena en trece capítulos, dedicando el primero de ellos a la clásica revisión histórica de la institución. No pretende ser un estudio histórico en profundidad, sino una revisión que aporte una visión ágil, orientada específicamente al tratamiento jurídico que a lo largo de la historia reciente de nuestra función pública se dio a los empleados laborales en la Administración, así como una tangencial revisión en de los sistemas de función pública de los países de nuestro entorno, que en gran medida han influido y por tanto ayudado a configurar el nuestro.

A partir de aquí empieza realmente la esencia de la obra, centrada en el estudio del empleo público laboral en el modelo de función pública que arranca

con la Constitución de 1978, y que tiene su punto de inflexión en el año 2007 con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

La estructura que se sigue es coherente con el estudio transversal que se pretende aportar. Comienza con un capítulo más genérico, dedicado al estudio del propio EBEP, (su origen, objetivos, y sobre todo la complicada determinación de su ámbito material de aplicación). Concretar el concepto de “Administración Pública” a efecto de la norma, ha sido el objetivo principal, ordenado, estructurando y matizando el complejo entramado de conceptos en esta materia de las principales normas Administrativas, para aportar posteriormente una visión, lo más clarificadora posible, del ámbito de aplicación subjetiva que ocupa el EBEP y cómo lo ocupa.

Una vez analizadas estas cuestiones generales, pero imprescindibles, pasamos a tomar las riendas del análisis del concreto régimen jurídico de las relaciones laborales en las Administraciones. Centrándonos, como no puede ser de otra forma, en el tratamiento del nuevo concepto de “*empleado público*” que introduce el EBEP. Se aporta un breve estudio a cada uno de los tipos de empleado que componen el término, para tener la perspectiva exacta de lo que son cada uno dentro de ese marco jurídico común que es el Estatuto, (funcionarios, interinos, laborales -y sus tipos, con especial referencia a la exótica figura de los “indefinidos no fijos”-, eventuales y personal directivo).

En este capítulo introductorio del régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones, resulta imprescindible hacer mención a la particular y compleja articulación de fuentes que establece el EBEP en relación a las relaciones laborales de empleo público. Siendo esta la cuestión determinante que nos llevará a poder afirmar que nos encontramos ante una relación laboral especial, no reconocida legalmente, y que es premisa necesaria para el resto del estudio, porque es lo que determina las particularidades de su régimen jurídico.

En la estructuración del tema he optado por analizar, en primer lugar, el régimen jurídico de las relaciones colectivas de trabajo, porque de éstas dependen en gran medida el contenido de las relaciones individuales de empleo público laboral, principalmente por el papel de la negociación colectiva,

que es una de las instituciones más modalizadas en esta relación laboral especial impropia.

En el capítulo VI es objeto de estudio el régimen jurídico de las relaciones laborales de contratación en el EBEP: el acceso al empleo público laboral, principios rectores, requisitos generales, requisitos formales, y las modalidades contractuales en el ámbito de la contratación laboral de las Administraciones. En este contexto también se tratan las nuevas vías de laboralización en las Administraciones, analizando el uso de Empresas de Trabajo Temporal, las contrataciones de servicios, la cesión ilegal de mano de obra, y la sucesión de empresa en el ámbito público.

Especialmente importantes, de cara al futuro de lo que sea nuestro empleo público y nuestras Administraciones, es el tema dedicado a los instrumentos de ordenación del empleo público. Efectivamente, éstos constituyen la clave del modelo de función pública que queremos conseguir. Esta parte del trabajo se realiza analizando la regulación existente sobre la materia en el EBEP (clasificación profesional, movilidad funcional y geográfica, movilidad voluntaria interadministrativa, carrera profesional y promoción del personal, registros del personal y gestión de Recursos Humanos, Planificación de personal, evaluación del desempeño), y lo que en perspectiva de futuro marca el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones (Informe CORA).

Para concluir se añade el análisis sobre cómo se configura el poder de dirección y el régimen disciplinario en las Administraciones Públicas, que es el elemento que complementa a lo anterior, y sin duda instrumento imprescindible para hacer efectivo cualquier modelo de gestión de personal que quiera llevarse a efecto con éxito.

De forma diferenciada es objeto de análisis, también, la ordenación de aspectos concretos de la relación laboral de empleo público, que presentan especiales particularidades frente a la regulación laboral común: tiempo de trabajo, régimen salarial, las situaciones del personal laboral. Esto se completa con sendos capítulos centrados en dos temas específicos: la configuración de la prevención de riesgos laborales para los empleados públicos laborales, y las

medidas de conciliación familiar introducidas por el EBEP, que considero importantes, tanto por la materia que tratan, como por las particularidades que presentan en cuanto a su regulación en este ámbito.

El trabajo se cierra con el análisis de la extinción de los contratos laborales de las Administraciones (formas de extinción, despidos disciplinarios, despidos objetivos y colectivos en las Administraciones). La justificación de este tratamiento específico reside en las numerosas particularidades, y la compleja configuración de su régimen jurídico que precisa una atención independiente, y ordenada. Se da la circunstancia añadida que este tema ha sido afectado por la reforma laboral de 2012, y es uno de las que más conflictos doctrinales, jurisprudenciales plantean y que, por tal motivo, es objeto de una atención especial.

Se incluye como Anexo I cuatro tablas comparativas, en las que se refleja, en porcentajes, la evolución del personal al servicio de las Administraciones entre los años 2010 y 2016. En concreto se han realizado comparando los datos anuales obrantes en los boletines del Registro Central de Personal (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), y calculando la diferencia porcentual existente entre ambos, de forma que se aportan directamente las variaciones, y no los datos concretos de cada año.

La tabla I refleja la variación del empleo público entre enero de 2010 y enero de 2012, es decir, (en la primera etapa de medidas anti-crisis), hasta el momento inmediatamente anterior a la aprobación de la reforma laboral (febrero de 2012). La tabla II compara la oscilación en empleados públicos desde enero de 2012 hasta enero de 2016. Estas dos primeras tablas, en contraste, nos permiten observar el efecto en el empleo público laboral de la reforma del Estatuto de los Trabajadores.

Por último, la tabla III refleja la variación total desde 2010 hasta 2016, que nos permite ver el comportamiento del empleo público (y el laboral, en particular), durante la etapa de mayor crudeza de la crisis, hasta la actualidad.

Para concluir, también es interesante el Anexo II en el que se realiza un breve análisis de las Leyes de la Función Pública que se han aprobado en

algunas Comunidades Autónomas después de la aprobación del EBEP, y lo que aportan o desarrollan o no, en relación a aspectos que afectan en particular al empleo público laboral.

En definitiva, la presente investigación pretende evitar ser meramente un tratado de revisión de la prolífica bibliografía que a lo largo de los años ha tratado este clásico que es el empleo público. El objetivo es aportar la visión global de la evolución, la situación actual y las perspectivas de futuro del régimen jurídico del empleo público laboral y otras figuras paralelas. En definitiva, proporcionar una visión completa y actualizada, además de un tratamiento crítico riguroso de los puntos clave de la actual regulación y los elementos coyunturales que condicionan, o puedan condicionar, el futuro de las relaciones laborales en nuestras Administraciones Públicas.

CAPÍTULO I.- REFERENCIA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DEL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL.

1.- Antecedentes del modelo de Empleo Público español.

Históricamente es palpable observar que los Estados modernos han regulado la prestación de servicios por cuenta ajena en su ámbito acorde a la situación socio-política e incluso cultural, que imperaban en cada momento.

En el siglo XIX comienza la configuración del sistema clásico de organización del empleo público, acorde con el desarrollo del Estado moderno y los nuevos regímenes constitucionales¹. El origen del derecho público funcional surge de forma desigual y compleja en los distintos países de Europa, pudiendo diferenciar en su origen tres grandes modelos de burocracias públicas que son el francés, el prusiano y el anglosajón.

El modelo de función pública francés, instaurado de forma autoritaria en la época de Napoleón, es el denominado sistema cerrado o de carrera. Este constituyó durante mucho tiempo la principal referencia en materia de empleo público para nuestro país, -y el de otros como Bélgica y, originariamente Italia-. Se basa en la profesionalización de los servidores públicos, estableciendo para ellos un marco jurídico especial de naturaleza pública, que define un modelo de relación estatutaria, organizado por grandes cuerpos de funcionarios permanentes, en el ámbito de una Administración centralizada y muy jerarquizada.

La esencia del modelo francés se conforma sobre el concepto de supremacía del Estado sobre sus funcionarios, excluyéndose por tanto la

¹ “Un siglo en el que no existieron más burocracias que las engendradas por el Estado y las ya implantadas por las respectivas iglesias, sin que el naciente capitalismo hubiera alumbrado todavía unas burocracias empresariales tan numerosas y eficaces como las que ahora, por mor del neoliberalismo imperante, en mayor medida que de las administraciones públicas, dependen nuestras vidas” PARADA VAZQUEZ, R. Derecho del Empleo Público. Marcial Pons, 2007.

aplicación del Derecho privado (el Derecho del Trabajo inicialmente, simplemente no existía), considerándose la primacía del interés público sobre cualquier otro aspectos y articulándose, por tanto, una relación de Derecho Administrativo de carácter unilateral, acontractual y sinalagmática.²

Tiene como elementos básico el cuerpo (funcionarios que se regulan por un estatuto particular, y designados para concretos puestos o cargos), la provisión realizada sobre las plantillas de cada cuerpo de funcionarios, que se estructuran jerárquicamente en grados, y dentro de éstos en niveles y los cargos, que se ocupan por designación del ejecutivo.

Este sistema, como todos, evoluciona en el tiempo, y si su mayor defecto era la rigidez, la tendencia fue necesariamente la apertura hacia una mayor flexibilidad en sus concepciones, llegándose a aceptar la contratación de personal externo distinto al funcionario, pero sólo mediante contratos administrativos, y no conforme al Derecho del Trabajo.

Otro modelo de referencia en Europa es el modelo prusiano, que fue originariamente similar al francés, pero con rasgos más rígidos, basado en principios de jerarquía, relación de servicio y carrera, y sometimiento del funcionariado a la total supremacía del monarca. La introducción del concepto de “*Estado de funcionarios*”³ como forma política, fue realmente una aportación prusiana a la civilización europea.

Este es el antecedente del régimen de funcionariado alemán, si bien su evolución, iniciada en 1953 con el Estatuto General, ha concluido después de muchas vicisitudes, en el actual un modelo netamente mixto que admite la coexistencia del régimen funcional y el de empleados públicos laborales, además de aceptar instituciones propias del Derecho laboral como la negociación colectiva en el ámbito funcional.

Frente a esta idea de burocracia pública moderna contrasta el sistema abierto o de empleo, propio de los países anglosajones. El modelo original surge en Gran Bretaña, y se basa en el *Civil Servant*, dependiente siempre de

² LOPEZ GÓMEZ, J.M. La relación laboral especial de empleo público (Página 30), Civitas, Navarra, 2009.

³ PARADA VAZQUEZ, R. Derecho del Empleo Público. Marcial Pons, 2007.

la voluntad del monarca, en cuanto a la permanencia en su empleo. Esta figura formalmente se mantiene pero, de facto, ya no funciona así, al existir la posibilidad de apelación al *Civil Service Appeal Board*.

En todo caso, los verdaderos cambios en este sistema abierto surgen a partir de la creación de la *Civil Service Commission* en 1845. A partir de este momento se inician los cambios que llevan finalmente a aproximar este sistema a un modelo de burocracia pública.⁴ En 1855, la Order in Council (Decreto Real) de 21 de mayo, termina con el clientelismo, introduciendo procedimientos de selección del funcionariado basados en el principio de mérito, y con permanencia estable en el puesto (no equivalente a la inmovilidad del modelo francés, pero sí con vínculos contractuales indefinidos). Progresivamente se van introduciendo principios que han influido notablemente en la función pública actual, como son el sistema de carrera según las titulaciones del sistema educativo, la neutralidad política del funcionariado, que debe adaptarse a los cambios políticos sin más, y al contrario que el modelo francés, la regulación por primera vez para la Administración en su conjunto.

Paradójicamente, en Reino Unido a partir de las reformas de los gobiernos conservadores de 1982 y 1988, se produce un proceso de descentralización funcional, y al revés en su evolución, los sistemas continentales se abrían a la entrada en la burocracia de personal no funcionario, que flexibilizase las instituciones.

Del modelo anglosajón, el referente más radical es el de los Estados Unidos. Se basa en las ideas liberales económicas más radicales, defiende “*la idea de que la Administración y la burocracia son un mal a evitar.*”⁵

En este régimen, -con la facilidad añadida de que aún no se había configurado como tal el Derecho del Trabajo-, predominaba la contratación

⁴ PARADA VAZQUEZ, R. Derecho del Empleo Público. Marcial Pons, 2007, Madrid. “En el caso de J.S. Stuar Mill, que, sin renunciar a sus convicciones políticas, saludó en Inglaterra la creación del Civil Service con las expresiones más elogiosas: “la propuesta de seleccionar aspirantes para el civil service del gobierno mediante un examen competitivo me parece que es una de las grandes mejoras públicas, cuya adopción constituirá una era en la historia”. 1865.

⁵ Nieto García, A., El pensamiento burocrático. INAP. Madrid, 1976. (Reeditada por Editorial Comares, Granada, 2003).

mediante la fórmula del arrendamiento de servicios heredado del Derecho Romano. Se realizaban contrataciones para puestos de trabajo concretos según las necesidades del momento, y sin que existiese en ningún caso la inamovilidad en el puesto, lo que lógicamente lo dota de mayor flexibilidad que el modelo de carrera, pero también supone la existencia de unos empleados públicos más manipulables y condicionados a los cambios políticos. De hecho el denominado *spoils system* (*sistema de botín, o clientelismo*) consistía justo en esto: el reparto del empleo público por el partido político que en cada momento ocupa el poder.

No obstante este modelo también evolucionó, y en EEUU a partir de 1883 se aprueba la *Pendleton Act*, por la que se crea la *Civil Service Commission*, imitando al modelo británico. Así, el sistema pasa a aceptar la coexistencia de puestos ocupados por funcionarios seleccionados por mérito, y otros de puestos de origen político.

Por su parte el modelo italiano, inicialmente muy influenciado por el francés, ha evolucionado hacia un sistema de influencia anglosajona, extremadamente laboralizado. La mayoría de los empleados públicos se rigen por contratos laborales o sometidos al Derecho Civil. La selección sí mantiene su sujeción al Derecho Público, conservando las oposiciones y pruebas de garantía de la profesionalidad.

2.- Las primera etapas del modelo de Función Pública moderna en España, (particular referencia al empleo público no funcionario).

2.1. Los albores del sistema de Función Pública: las cesantías como institución.

En España la evolución del modelo de función pública, directo antecedente del actual, comienza también en el siglo XIX, con los regímenes constitucionales.

A principios del siglo XIX, aún se arrastran los elementos característicos de las instituciones medievales. La voluntad del monarca imperaba en el siglo

XVIII, arrastrando elementos históricos anteriores que pueden considerarse una especie de antecesores de lo que luego serán los funcionarios. Los puestos al servicio del Rey se usan en gran medida como una forma de gratificación y valor utilizado por éste para garantizarse fieles colaboradores. En el ámbito local, el Rey era representado por los Corregidores, que gobernaban, junto con los Alcaldes y Regidores. Se practicaba la venta de oficios, que el Rey utilizaba para recaudar ingresos o gratificar a súbditos.

Sin embargo a finales del siglo XIX, los textos constitucionales empiezan a introducir al menos formalmente, alguna fórmula de limitación del poder real, condicionando al monarca la facultad de nombrar empleados públicos, conforme "*con lo dispuesto en las Leyes*"⁶.

No obstante, la limitación del poder en el ámbito del empleo público tardó en llegar, y además de la existencia de venta de oficios, el Rey creaba oficios y encomendaba las funciones que estimaba pertinentes, a veces como recompensa o reconocimiento a favores o para ganar fidelidades, aunque sí es cierto que en la evolución del sistema, se comienzan a diferenciar entre quienes ocupaban puestos por nombramiento real con origen en el sistema de venta de empleos, y los que acceden a dichos puestos sin que exista estos condicionamientos⁷. En todo caso, lo cierto es que en los periodos constitucionales liberales de 1810/1814 y 1820 /1823 no se logró, en absoluto, introducir la regulación de un estatuto del empleado público, y se mantiene la necesidad de un título real para ejercer un oficio público.

A raíz de la Constitución de Cádiz de 1812, se comienza lo que podríamos denominar el largo proceso de conformación del modelo de función pública en España. Durante el siglo XIX, el elemento más destacable es el de la implantación del sistema de cesantías, (también denominado de botín o expolio), que supone el reconocimiento al poder político de actuar sobre el empleo público, de tal forma que se permitía la sustitución de los cargos

⁶ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M. Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública. Universidad Autónoma de Madrid, 2004.

⁷ TOMAS Y VALIENTE, F. "Legislación liberal y legislación absolutista sobre funcionarios y sobre oficios públicos enajenados: 1810-1822". Actas del IV Symposium de historia de la Administración. INAP. 1983.

públicos cada vez que se producía un cambio en la ocupación del poder (es decir, un sistema es el equivalente al *spoils system* anglosajón).

Sin embargo, de forma progresiva y en contra del modelo liberar imperante, se fueron introduciendo elementos del modelo de carrera del sistema francés, que fueron modernizando nuestra burocracia. En este proceso tiene un papel clave las nuevas regulaciones que se fueron aplicando a cuerpos especiales de funcionarios, (con destacados conocimientos técnicos cuya continuidad en el servicio se hacía necesaria), que serán los que a modo de avanzadilla, obligan a aplicar lo que luego serán uno de los principios básicos del sistema, como es el reconocimiento de la inamovilidad.

2.2. Los Decretos de López Ballesteros: la puerta a la modernidad en el sistema de empleo público en España.

En concreto, el primer atisbo de regulación del empleo público en España se produce con la Real Orden de 19 de agosto de 1825, el Real Decreto de 7 de febrero de 1827 y el Real Decreto de 2 de abril de 1828, denominados "*Decretos de López Ballesteros*"⁸, que tomando como referencia el modelo funcionarial francés, esta se pueden calificar como la primera reglamentación moderna del régimen jurídico de los funcionarios en España. Con estas normas se establecen por primera vez las condiciones de acceso, y carrera exigiendo pruebas de capacidad,⁹ pero limitada a los empleados de la Real Hacienda que dirigía este Ministro, de tal forma que se introduce, aunque sea restringido a cierto personal, el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

También se sustituyó el sistema de puestos de trabajo por el de categorías, que suponen las bases del modelo de función pública de carrera.

⁸ D. Luis López Ballesteros y Varela fue nombrado ministro de Hacienda entre 1823 y 1832 por el monarca absolutista Fernando VII. Protagonizó el primer intento de regulación de un estatuto de la Función Pública, pero limitada al ámbito del Ministerio que gestionaba. NIETO GARCÍA, A. "La retribución de los funcionarios públicos en España", Revista de Occidente, Madrid 1967. "Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo", INAP, 1986.

⁹ MUÑOZ LLINAS, J.I., La carrera administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812/1918. Revista de Derecho UNED núm. 12, 2013.

Su regulación también destaca por diferenciar por primera vez a los denominados “subalternos”, que eran obreros destinados a cubrir puestos y actividades manuales, de baja cualificación, y que se diferenciaban del resto de personal del ministerio. Estos son, como veremos más adelante, el antecedente inmediato de lo que serían posteriormente el personal laboral de la Administración.

La regulación de López Ballesteros suponía un nivel de reformas en la regulación del empleo público, que a pesar de la limitación en cuanto ámbito de actuación solo ministerial, supuso una ruptura de esquemas, y un primer paso en la profesionalización de la función pública en nuestro país.

De hecho, una de las primeras consecuencias de este inicio de cambio de modelo, se ve reflejada en la Constitución de 1937, que incorpora por primera vez, (aunque en realidad de modo programático), los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Una vez dado este paso, estos principios característicos del empleo público moderno se mantuvieron en los sucesivos textos constitucionales de nuestro país, -aunque el sistema de las cesantías continuó aún durante bastante tiempo-.

2.3. El Estatuto de Bravo Murillo, Real Decreto de 18 de junio de 1852.

Los principios y antecedentes introducidos por López Ballesteros fueron tomados también como modelo por la que sí podemos primer Estatuto de la función pública, aprobado por el Real Decreto de 18 de junio de 1852, llamado Estatuto de Bravo Murillo, (aprobado bajo la presidencia de éste).

El Estatuto de 1852 no introdujo en realidad grandes novedades en cuanto a conceptos, pero sí supuso una reforma en profundidad en la regulación del empleo público, que no se había materializado hasta el momento. Las dificultades que encontró por parte del Consejo Real para tramitarlo como Ley, le llevó a regularlo mediante Real Decreto¹⁰.

¹⁰ Su aprobación por Real Decreto en lugar de por Ley le confirió una escasa aplicación práctica ya que los Gobiernos posteriores pudieron desoírla fácilmente utilizando la misma

Instauró los principios que introdujo López Ballesteros en su ministerio, pero esta vez a nivel de toda la Administración, configurando un sistema común para todos los funcionarios. Reguló la carrera de los funcionarios administrativos, sin especialización, diferenciando categorías profesionales, y diferenciando a los empleados públicos en cinco categorías: jefes superiores, jefes de Administración, jefes de negociado, oficiales y aspirantes. Para estos se estableció un sistema de acceso, exigiendo titulación académica o la superación de un examen público para las categorías inferiores, (artículo 13 del Estatuto), y para las categorías superiores, con la exigencia de titulación y superación de una oposición.

Por otro lado, aquí comienza el trato desigual a los trabajadores menos cualificados. El artículo 1 del Estatuto hace mención a las denominadas clases “*subalternas*”, pero solo para excluirlos de su ámbito de aplicación, puesto que lo único que se dice de ellos es que “*no tienen la consideración de empleados públicos para los efectos de este Decreto*”. La norma no concreta quienes son los denominados subalternos, pero se deduce que son los trabajadores que ocupan puestos menos cualificados, los obreros de oficios manuales.¹¹

A efectos de la prestación de servicios laborales, esta norma constituye el germen de nuestro sistema mixto o dual, puesto que diferencia claramente, por primera vez a los empleados públicos, de los obreros que prestan servicios para la Administración. Los subalternos, excluidos del Estatuto, acceden a los puestos sin someterse a las nuevas garantías de mérito y capacidad, quedando sometidos a criterios de mera liberalidad del poder público, lo mismo que

técnica normativa. MUÑOZ LLINAS, J.I., *La carrera administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812/1918*. Revista de Derecho UNED núm. 12, 2013.

¹¹ Como referencia sirve el contenido del Estatuto de López Ballesteros de 1827, que si bien no los excluía del concepto de empleados público, como hizo el Estatuto de Maura, sí que los diferenciaba y los regulaba irregularmente, y en todo caso particular frente al resto de funcionarios. En la regulación de López Ballesteros se consideran subalternos a puestos de trabajo como “*escribientes y meritorios de las oficinas de todas clases, los tercerrenitas, estanqueros, tolderos y expendedores de tabaco, los sobretantes, capataces, maestros y maestras de labores de tabaco, sales, salitres, azufres y pólvora; los aceñeros, novieros, bomberos, arrimadores, empujadores, llenadores, y palcadores de salinas; porteros, porteras, ordenanzas y mozos, de oficinas, almacenes y fábricas, y finalmente todos aquellos que con diferentes denominaciones solo prestan un servicios material*”.

sucede, inicialmente, para la determinación de las condiciones de trabajo de este personal.

Precisamente el reconocimiento de esta nueva realidad, en cuanto a la coexistencia de funcionarios y obreros en la Administración, junto al momento histórico, con el surgimiento del movimiento obrero, impulsa la aparición de las que, podemos denominar, primeras normas con contenido laboral en el ámbito de la Administración. Así, estos trabajadores de la Administración excluidos del sistema funcional, son los que verán aparecer la primera regulación de condiciones de trabajo, que de forma asistemática comienzan a atisbar, como fue la Real Orden de 26 de marzo de 1884, sobre descanso para “*trabajadores de obras públicas*”, que establecía el obligatorio descanso en domingo y festivos de los obreros.

Sin dejar de ser un paso de modernidad y profesionalización de la burocracia española, el Estatuto de Bravo Murillo no supuso una ruptura profunda con el sistema anterior, principalmente porque no terminó con el sistema de cesantías, que duró en nuestro país hasta la aprobación del Estatuto de Maura, que en 1918, introdujo la inamovilidad de los funcionarios públicos. En todo caso, a efectos del presente estudio, esta norma es trascendental porque supone la descripción del modelo dual de empleados, sometidos al derecho público y privado (dado que aún el Derecho del Trabajo no existía como tal), que, como concepto, nos acompañará hasta la actualidad.

2.4. Reglamento Orgánico de las Carreras Civiles de la Administración Pública, aprobado por Real Decreto de 4 de marzo de 1866: El efímero Estatuto de O’ Donell.

Otro paso en el proceso histórico de conformación del modelo de empleo público en España, se produce con la aprobación del Real Decreto de 4 de marzo de 1866, con el efímero Estatuto de O’ Donell (vigente sólo cuatro meses, siendo derogado por Narváez), que aprobó el Reglamento Orgánico de las Carreras Civiles de la Administración Pública.

Esta norma avanza en el establecimiento de sistema de ingreso, cada vez más completo y mejor descrito, igual que sucede con el sistema de ascensos. No obstante, es cierto que con él no se logra la estabilización del funcionariado, y se mantiene la arbitrariedad en el cese en las categorías superiores, (al igual que hacía el Estatuto de Bravo Murillo).

Se reconocen derechos de permanencia vinculados a la antigüedad en el puesto para las categorías inferiores de funcionarios, y esto conlleva aparejada una mayor preocupación por la regulación de la potestad disciplinaria¹². Por su parte, en relación a la dualidad de vínculos, que ya vimos se describía en el Estatuto de Bravo Murillo, en éste se mantiene la misma fórmula.

2.5.- La Ley de Bases de los Funcionarios del Estado de 1918, (el Estatuto de Maura).

El difícil contexto histórico de finales del siglo XIX y primeros del siglo XX, sumado a las constantes alternancias políticas en el gobierno, suponen un enfriamiento en las reformas iniciadas en materia de empleo público. Sin embargo, el 22 de julio de 1918 se aprueba el siguiente Estatuto General, con la Ley de Bases de los Funcionarios del Estado, (el denominado Estatuto de Maura), que supone un nuevo e importante paso adelante en nuestro régimen jurídico regulador de la burocracia en España.

Con esta norma se puede afirmar que comienza el fin de las cesantías, introduciéndose, de forma más efectiva que hasta ahora, el principio de estabilidad en el empleo, al exigirse la instrucción de un expediente gubernativo con audiencia al interesado, para poder proceder a ejecutar cualquier cese de personal. Además se establecen las causas, -en concreto cinco-, que pueden justificar el cese de un funcionario, entre las que se incluye una que puede

¹² *“El Gobierno solo podía separar libremente a los empleados que no habiendo obtenido el cargo por oposición tuviesen menos de seis años de servicios efectivos; a los que cumplieran con esa antigüedad o habían ingresado por oposición, su separación se condicionada a la previa instrucción de expediente disciplinario, con audiencia al interesado”*. Parada, R. Derecho del empleo público. 2007, Marcial Pons.

considerarse una puerta abierta a la cesantía por motivos discrecionales, como era la imprecisa “*conveniencia del servicio*” (art. 66).¹³

Por otra parte se generaliza el acceso mediante oposición a los puestos, y se mantiene el régimen de categorías, y el uso de la antigüedad como criterio para reconocer los ascensos, en general con una regulación más precisa y completa que la precedente.

Respecto al personal subalterno también supone un cambio sustancial, puesto que se supera su radical exclusión del concepto de funcionario y por primera vez se reconoce a esta categoría como funcionarios del Estado, regulándose sus condiciones laborales (ingreso, retribuciones y ascensos). En 1922 se crea el Cuerpo General de Subalternos, de esta forma se abre a los trabajos no intelectuales la categoría funcionarial, y se supera la idea de la exclusiva laboralidad de los trabajos manuales y menos cualificados.¹⁴ Esto da lugar a la coexistencia de dos regímenes jurídicos distintos, pero ya no delimitados exclusivamente por la condición de trabajos o actividades propias de obreros.

Otro elemento interesante que incluye este Estatuto es la primera reacción al movimiento asociacionista funcionarial que surge a raíz de la crisis política y social de 1917. La norma opta por aceptar el derecho de asociación de los funcionarios, pero condicionado a la autorización del ministerio del que dependiesen los funcionarios. En todo caso, esto no tiene nada que ver con el reconocimiento del derecho de libertad sindical en el ámbito de la

¹³ Aunque las cesantías por este motivo exigía publicación del cese en la Gaceta, comunicación a Cortes y la cobertura de la vacante siguiendo criterios de rigurosa antigüedad.

¹⁴ DE LA VILLA GIL, L.E., “*Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública*”. Documentación Administrativa, nº 114, 1962. Surge la doctrina que considera anacrónica la diferenciación legal entre trabajadores intelectuales y manuales, considerando que el régimen administrativo y el laboral son técnicas de organización que pueden ser utilizadas indistintamente por la Administración en la configuración de la relación con los grupos y categorías de personal a su servicio”. Esta teoría inspiró la posterior reforma de 1964.

Administración, que no se llega a reconocer con tal alcance, ni siquiera en la etapa de la Segunda República.¹⁵

El Estatuto de Maura consiguió mantener su vigencia durante cuarenta y seis años, eso sí, con constantes reformas y prácticas concretas que se introducían, lógicamente, cuando se producían cambios de signo en los gobiernos. Téngase en cuenta que en este largo periodo se sucedieron regímenes tan diversos como: la Restauración, la dictadura de Primo de Rivera, la Segunda República, y más de dos décadas de régimen de Franco, que sin embargo no produjeron cambios profundos en un modelo de función pública bastante consolidado.

En este contexto surgen las primeras normas laborales aplicadas en el seno de la Administración, en concreto a trabajadores del sector de construcción, que reconocen concretos derechos vinculados al descanso y la jornada. Como ya mencionamos, la Real Orden de 1884 que establecía la obligación de descanso dominical.

En 1902 se aprueba una Real Orden de 11 de marzo que limita la jornada de ocho horas para los obreros de “*minas, fábricas y demás establecimientos del Estado*” dependientes de la Hacienda Pública, y establece también la retribución de las horas extraordinarias.

Todas estas son normas que, aunque limitadas en cuanto a su ámbito de aplicación subjetiva, pueden calificarse como de pioneras, y constituyen la progresiva aparición de los derechos laborales. De hecho, posteriormente se siguen aplicando a los trabajadores de las obras públicas, todos los derechos laborales que se van reconociendo para los trabajadores de la industria (Ley de accidentes de trabajo de 1900, Ley de 3 de marzo de 1904, sobre descanso semanal, y la trascendental Ley de 3 de abril de 1919 que instaura la jornada de ocho horas, etc...).

Esta es la etapa de surgimiento de las primeras manifestaciones del Derecho del Trabajo, en que el sistema liberal reconoce que las medidas

¹⁵ El artículo 41, párrafo cuarto, en contraste con el artículo 39 de la Constitución de 1931 reconoce el derecho a los funcionarios civiles a “*constituir Asociaciones profesionales que no impliquen injerencia en el servicio público que les estuviere encomendado*”.

represivas frente a las reivindicaciones obreras son un fracaso, y aparecen las medidas integradoras. Así surgen las leyes denominadas excepcionales de trabajo, -el primer momento del Derecho del Trabajo-, que a medida que se van haciendo una constante en el Orden Jurídico General irán adquiriendo solidez, pasando a ser regulados mediante códigos, (al gusto del racionalismo jurídico de esa época).¹⁶

La “laborización” de la Administración sigue avanzando, y en el periodo correspondiente a la dictadura de Primo de Rivera se produce un gran incremento del personal laboral al servicio de la Administración, motivada por la aplicación de una política de aumento en la producción de bienes y servicios desde el ámbito público.

Desde 1924, con el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, comienzan a dictarse normas directamente referidas al personal laboral de las Administraciones, que ya no cesaran, ni tan siquiera con los siguientes y trascendentales cambios de régimen político.¹⁷

Además, en este periodo empieza a sistematizarse la dispersa normativa laboral que venía desarrollándose desde finales del siglo XIX. El Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926, aprueba el Código del Trabajo,¹⁸ que regula por primera vez de forma algo más ordenada el contrato de trabajo.

¹⁶ VIDA SORIA, J. *Esencia y existencia del Derecho del Trabajo*. 1975. Revista de Derecho Laboral, nº 192, Tomo XLI, Montevideo 1998.

¹⁷ PINAZO HERNANDIS, J. *Empleo Público para una nueva Administración Pública*. Tirant lo Blanch, 2007. Posteriormente Orden de 30 de junio de 1933, del Ministerio de Trabajo, sobre obligación de guardar los Ayuntamientos el régimen legal sobre obreros. Decreto de 16 de diciembre de 1950, Texto articulado de la Ley de Administración Local (art. 354.3 ...las corporaciones cuidarán de cumplir respecto de los empleados y obreros lo dispuesto en el fuero de los Españoles y en el del Trabajo); Decreto de 30 de mayo de 1952 del Ministerio de la Gobernación que aprobó el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local (art. 5); Decreto de 24 de junio de 1955 Ley de Régimen Local; Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 (art. 83, Los obreros se regirán por las disposiciones del derecho laboral).

¹⁸ El Libro Primero llevaba el título “*Del Contrato de Trabajo*”, y tenía como objetivo superar la regulación del contrato de arrendamiento de servicios del Código Civil, “*vista la fenomenal masa de legislación obrera sustantiva y adjetiva vigente ya en aquella época*”. MARTÍNEZ GIRÓN, J. *Derecho del Trabajo*. Netbiblo, 2006.

En el ámbito de la prestación de servicios del personal no funcionario de las Administraciones, se introducen novedades. En concreto el Título II del Código del Trabajo de 1926, que regularía por primera vez el de los obreros que presten servicios para las empresas concesionarias en contrato de obras y servicios públicos y los que se presten por la Administración. De esta forma se reconoce la condición de empresario del Estado, Diputaciones y Ayuntamientos, -pero, lógicamente limitado en cuanto a las contrataciones realizadas con los obreros manuales- (arts. 25, 26 y 41).

De igual forma, en la Segunda República, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 en su artículo 8, establece que “*Estado, Diputaciones y Ayuntamientos quedan equiparados a los patronos*” en relación a las obras y servicios públicos que se ejecuten para directamente o por administración, (pero excluyendo a los funcionarios)¹⁹.

En este periodo se produce, por tanto, la laboralización de las prestaciones de servicios no funcionariales, quedando los trabajadores de la Administración civil y militar sometidos a las normas laborales vigentes. Este aspecto queda reflejado en normas como la Orden de 30 de junio de 1933, que recordaba a los municipios la obligación de “*cumplir con respecto a sus empleados y obreros las leyes de trabajo*”.²⁰

Así pues, durante el largo periodo de vigencia del Estatuto de Maura es cuando se introduce la contratación del personal obrero al servicio de la Administración, sometido ya al incipiente Derecho del Trabajo, y por tanto es cuando se produce la verdadera dualización del sistema de empleo público tal y como la conocemos actualmente.

2.6. La Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado y el Texto Articulado de 7 de febrero de 1964: el cambio de modelo a un sistema abierto de empleo público.

En la segunda etapa del régimen de Franco, se inicia un movimiento reivindicador de la reforma y modernización de la Administración, con fuerte

¹⁹ LÓPEZ GÓMEZ, J.M. La relación laboral especial de empleo público. Civitas, 2009.

²⁰ DE LA VILLA GIL, L.E. La formación histórica del Derecho Español del Trabajo”. Comares, Granada, 2003.

influencia de los cuerpos superiores de funcionarios, que constituían un grupo de importantes tecnócratas que cambiarían la organización de la Administración, con principios de eficacia y apertura, y medidas reformistas acordes con el momento histórico de cierta apertura que vivía España desde mediados de los años cincuenta, (con la anuencia e interés de los Estados Unidos de América sobre un país tan interesante a nivel geo-estratégico).

En este contexto se produce una nueva regulación de la función pública que produce una ruptura en el modelo hasta entonces imperante. La Ley de Bases de de 20 de julio de 1963, cuyo Texto Articulado fue aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964, supuso un importante cambio en el sistema cerrado de empleo público de inspiración francesa que hasta entonces caracterizó a nuestro país, que en aquel momento se aproxima a elementos propios de otro modelo abierto, el anglosajón.

Con la nueva regulación se importa la figura del funcionario generalista para los cuerpos generales o administrativos, (es decir, el equivalente al *Civil Service* de Inglaterra), se centralizó la gestión funcional en la Presidencia del gobierno, (antes dependía de cada ministerio), se desjerarquizaron los cuerpos de funcionarios, eliminando a efectos de ascensos el criterio estricto de antigüedad, y se rompe la hasta entonces, al menos formalmente, exclusividad del sistema de función pública, aceptándose figuras como el personal eventual, los contratados en régimen de Derecho administrativo y se reconocen formalmente a los laborales²¹. Es decir que se cambia al sistema de empleo público.

Efectivamente, la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 supone entre otras cosas, el cambio de un sistema de carrera, a uno mixto que incluye a los funcionarios de empleo (personal eventual y funcionarios interinos), y el personal contratado mediante contratos administrativos (pensados para realizar trabajos concretos y por razones de urgencia, contratos de colaboración temporal por exigencias especiales, sometidos a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa), y los contratados laborales, a los que son de aplicación el Derecho del Trabajo, y a los que la norma permite asumir funciones públicas.

²¹ PARADA VAZQUEZ, R. *Derecho del Empleo Público*. Marcial Pons, 2007, Madrid.

2.7. Análisis de la regulación de la contratación laboral en el seno de la Administración Pública de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964.

Doctrinalmente existe la tendencia a afirmar que la aparición del empleo público laboral en España se encuentra en la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 (Decreto 315/1964, de 7 de febrero).

Ciertamente esta norma supuso un relativo cambio de modelo en nuestro sistema de empleo público, sin embargo, afirmar que esta norma fue la que introdujo el empleo público laboral en nuestro país no es del todo preciso, puesto que, como ya se comentó, la existencia de obreros y personal en puestos manuales era una realidad desde el principio en nuestra Administración, y la introducción del Derecho del Trabajo en el ámbito de las Administraciones ya era una realidad cuando se aprueba la Ley del 64, - aunque ciertamente no existía una regulación solida y estructurada para este personal-.

La Ley del 64 regula, de forma hasta entonces inexistente, los vínculos contractuales en el seno del empleo público de la Administración. Así, se reconoce esta realidad, de forma directa e integrada en la norma relativa a la función pública, y se confirma la teoría, que años atrás se venía haciendo eco, sobre la confusión entre funcionarios y laborales en la prestación de servicios públicos²². El dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960, que inspiró la reforma del años 1964, manifestaba que *“la doctrina jurídica no diferenciaba entre relación de trabajo y la relación de empleo público – funcionarios al servicio del Estado-, porque en ambos casos se trata de una figura jurídica unitaria,...el régimen administrativo y el régimen laboral son técnicas de organización que pueden ser utilizadas indistintamente por la Administración en la configuración de la relación con los grupos y categorías de personal a su servicio”*.

Siguiendo esta teoría, con la entrada en vigor de la nueva norma, la diferencia entre estos los dos regímenes jurídicos se basa, más que en nada,

²² Esta tesis fue seguida por gran parte de la doctrina del momento. LOPEZ GÓMEZ, J.M. La relación laboral especial de empleo público (Página 30), Civitas, Navarra, 2009.

en la forma en que se procede a su reclutamiento, y en el hecho de que la inamovilidad se reconozca exclusivamente a los funcionarios de carrera, quedando excluidos el resto de personal (también interinos, eventuales y los vinculados por contratos administrativos). La flexibilidad que aporta la contratación laboral lleva a un progresivo incremento en el número de personal con vínculos de esta naturaleza, no restringiéndose en ningún caso exclusivamente a puestos de baja cualificación.

La fórmula que elige la Ley del 64 para regular esta figura la encontramos en el artículo 7 que establece: “*Son trabajadores al servicio de la Administración Pública los contratados por ésta con dicho carácter de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable*”.²³

En esta etapa, las contrataciones de personal laboral en la Administración se consolidan, si bien no son equivalentes a las contrataciones de los trabajadores ordinarios, puesto que debían estar autorizadas reglamentariamente, y en principio estaban destinadas solo a cubrir actividades básicas de tipo manual o industrial dependientes de la Administración (como las fábricas militares).

Así pues, en el ámbito de la Administración Pública conviven desde el principio dos regímenes profesionales que a priori son muy distintos: el funcional y el de los obreros que prestan servicios para la Administración, (originariamente tratado como un mero arrendamiento de servicios o como mucho como contratos administrativos, y posteriormente reconocidos como trabajadores por cuenta ajena sometidos al Derecho del Trabajo).

Cada uno de ellos siempre han contado con sus propias normas y sus propios principios, basados en concepciones jurídicas dispares: el funcional, regido por el Derecho Administrativo, fuertemente condicionado por los principios del Derecho Público, y el laboral, finalmente regulado por el Derecho

²³ El artículo 7 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero (BOE 15 de febrero de 1964), que aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, preceptúa: “1.- *Son trabajadores al servicio de la Administración Civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable. 2.- En todo caso, la admisión de trabajadores al servicio de Administración Civil deberá estar autorizada reglamentariamente*”. Este artículo 7 fue derogado por la letra a) de la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público.

del Trabajo, que aún siendo un derecho especial, aplica principios del Derecho privado.

No obstante, como más adelante se comentará, la evolución del sistema llevará a que esta aparente disparidad se suavice, produciéndose un progresivo acercamiento entre ambos regímenes. De hecho, se puede decir que en este periodo empieza el proceso de contaminación de elementos del Derecho laboral para el personal funcionario, sin existir aún un reconocimiento legal, de hecho comienzan a aparecer fenómenos propios del Derecho Colectivo del Trabajo, como los derechos de representación, huelga y la negociación colectiva.

CAPÍTULO II.- LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL EN EL ÁMBITO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

1. El modelo de Función Pública en el sistema democrático-constitucional.

La Constitución de 1978 supuso la adaptación de nuestro modelo burocrático al cambio de régimen propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, y estableciendo de esta forma los fundamentos jurídicos del actual sistema de función pública en España.

La nueva Constitución democrática no impuso un modelo concreto de función pública, pero sí marca unas reglas básicas que tienen como objetivo la garantía constitucional de la profesionalidad de la función pública, con principios como los de igualdad, mérito y capacidad, el principio de objetividad y eficacia en la actuación de las Administraciones como empleadora, la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, (arts. 23.2 CE, 103 CE), el principio de legalidad y cobertura presupuestaria, el régimen de incompatibilidades, etc...

La técnica seguida es, por tanto, imponer unas reglas de referencia, y dejar margen al pluralismo político de cara a distintos posibles desarrollos normativos, que serán lícitos siempre que respeten los límites constitucionales.²⁴

Una de las primeras cuestiones que surgió en ese nuevo contexto fue el intenso debate doctrinal²⁵ sobre la constitucionalidad de la coexistencia en

²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2009. Al igual que todas las Constituciones democráticas, la nuestra es una Constitución abierta...Esa misma indeterminación de muchos de sus mandatos tiene también la virtud de permitir la evolución legislativa, que ha de acomodarse al ritmo de los tiempos, tal como ha ocurrido en la práctica.

²⁵ Una de las posiciones doctrinales más destacadas en relación a este tema, y que ha prevalecido es la tesis estatutaria o unilateralistas, -seguida por gran parte de la doctrina-, que considera la evidente la identificación del régimen estatutario que marca la CE con la relación unilateral de carácter administrativo. Entrena Cuesta, R. afirma que resulta evidente la voluntad constitucional de que, con carácter general, la Administración esté servida por funcionarios públicos y que éstos se sometan a un régimen estatutario establecido por la ley,

nuestro sistema de la dualidad de regímenes de empleo en las Administraciones, el funcionarial y el laboral. El origen de la controversia está en la propia ambigüedad de la Constitución, y se fue resolviendo, (como se analizará posteriormente), por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que de forma indirecta y progresiva daba por aceptada dicha dualidad, pero que a la vez marcaba una clara posición, (al menos formalmente...), a favor de la prioridad del régimen estatutario o funcionarial, y la excepcionalidad del laboral.²⁶

Así pues, la doctrina que prevaleció después de la aprobación de la Constitución de 1978, -primero con la jurisprudencia del TC de fondo, y en todo caso *de facto* con las políticas aplicadas-, es la que acepta la legalidad del modelo dual, con la convivencia de funcionarios y laborales en el empleo público, que de hecho fue confirmada posteriormente por el vigente Estatuto

(“El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional”, AAVV, Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García Enterría, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991). No obstante, podemos diferenciar entre posiciones doctrinales unilateralistas, más o menos cerradas en cuanto a la aceptación de la coexistencia del personal funcionario y laboral. La tesis que ha resultado mayoritaria sobre esta cuestión no considera que el silencio de la Constitución sobre la existencia y legalidad de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas pueda interpretarse como una prohibición de aquellas, aun aceptando que la existencia de estas relaciones laborales lo sea dentro de unos límites y precisen del respeto a los principios Administrativos y de una regulación especial en muchos aspectos.

Frente a esta postura, están las que consideran inconstitucional la contratación laboral por las Administraciones por vulnerar el principio de igualdad (CAMARA DEL PORTILLO, D); por su parte PARADA VÁZQUEZ, R. considera contraria al principio de jerarquía y eficacia que prevé el artículo 103.1 CE, y que considera, no puede garantizarse por el ordenamiento Laboral. Además afirma que dado que la Constitución no reconoce la posibilidad de la contratación laboral en el ámbito del empleo público, no parece lícito que el legislador ordinario establezca la aceptación de la dualidad de regímenes.

Estas, posturas contrarias al reconocimiento del régimen laboral en las Administraciones, eran en todo caso difíciles de aceptar dada la existencia consolidada del personal laboral en las Administraciones, que como ya se analizó en epígrafes anteriores, ha sido una realidad, -mejor o peor regulada, pero una realidad-, prácticamente desde el principio del sistema Administrativo de función pública.

En sentido contrario, entre otros, Sala Franco que considera que la Constitución es neutral en relación a este particular, al no consagrar el artículo 103.3 CE la exclusividad del régimen funcionarial. Por su parte, Cantero Martínez comparte la opinión de la constitucionalidad del vínculo laboral, si bien será labor del legislador adecuar y dotar en mayor o menor medida la extensión del régimen regulador, pudiendo incluso limitarlo.

²⁶ En este sentido se expresa la notoria Sentencia STC 99/1987, de 11 de junio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública.

Básico del Empleado Público. No obstante la aceptación de esta dualidad en el empleo público, pasa por la necesaria limitación y delimitación de los puestos a ocupar por el personal laboral y, en todo caso, con la exigencia de la aplicación de los principios constitucionales que tradicionalmente afectaban al régimen jurídico funcional, a todos los empleados de la Administración, sea cual sea la naturaleza de su vínculo.

La existencia previa de estos principios en nuestro sistema de función pública evita que sea precisa una ruptura radical, de tal forma que se produce una cierta continuidad, manteniéndose vigente la Ley de Funcionarios de 1964, sin perjuicio de las reformas que posteriormente se producirían.

En cambio, sí constituyó una novedad el reconocimiento constitucional - aunque modalizado-, para el personal funcionario, de derechos tradicionalmente laborales como el de libertad sindical, que posteriormente se tradujo en la regulación adaptada al funcionariado de instituciones propias del Derecho Colectivo del Trabajo como la representación unitaria y sindical de los trabajadores, las medidas de presión colectiva, la negociación colectiva, la solución extrajudicial de conflictos...

2. El Estado de las autonomías: el debate sobre el alcance en las competencias reguladoras sobre el régimen estatutario entre las Administraciones Públicas.

Sin duda otra de las novedades importantes que se introduce con el nuevo régimen constitucional es el proceso de descentralización territorial en nuestro país. Con la regulación de las Comunidades Autónomas -y sus respectivos Estatutos de Autonomía²⁷-, y con el reconocimiento de la autonomía local, en la Administración española se supera el pasado de Administración centralizada para pasar a un régimen fuertemente, y cada vez más, descentralizado.

²⁷ Esto influye, incluso, en el ámbito de la jerarquía de las fuentes del derecho.

Esta realidad se traduce en el ámbito del empleo público en un proceso progresivo de disminución de los empleados públicos adscritos a la Administración central, y de crecimiento progresivo en el ámbito autonómico y local. Especialmente relevante es el volumen de efectivos (funcionarios y laborales) a nivel autonómico, pese a haber sufrido cierta disminución desde 2010 hasta la actualidad, con motivo de la crisis y de las políticas de contención del gasto público,²⁸ (ver Anexo I, Tabla III, evolución del empleo público entre 2010/2016).

La principal discusión que inicialmente surge en torno a este tema versa sobre cómo debía interpretarse el artículo 149.1.18 CE, que establece como competencia del Estado *“las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen jurídico de los funcionarios que, garantizarán a las Administraciones un tratamiento común entre ellas”*.

Las dos posturas enfrentadas eran la autonomista, que defendía que el régimen estatutario solo regularía los aspectos jurídicos de la relación funcional, dejando a las autonomías todos los aspectos de organización (como la carrera, formación, planificación...), y los unitarios o centralistas, mucho más restrictivos, que defendían que el Estado central debía definir todo el modelo y la organización de la función pública.

El Tribunal Constitucional en interpretación de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), adopta una posición más proclive a la tesis estatalista, invocando el respeto al principio constitucional de cooperación y de solidaridad, (STC 76/1983, 27/1987), y en consecuencia declarando la necesidad de un sistema centralizado de dirección, para evitar

²⁸ Según los datos del Registro Central de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas: en el año 1982 la Administración central contaba con 1.150.000 empleados, de un total de 1.400.000. En el año 2006, la Administración central (civil y militar) contaba con 550.000 empleados, las Comunidades Autónomas con 1.260.000 empleados y 600.000 en la Administración Local. En enero de 2015 el personal al servicio de la Administración suma un total de 214.831 empleados, en las Comunidades Autónomas 1.284.026, y en la Administración Local 577.164, y el mismo informe a enero de 2016 muestra un total de 527.801 empleados públicos en la Administración central; 1.294.765 en las Administraciones Autonómicas, y 548.944 en la Administración Local.

agravios comparativos injustificados y mantener una necesaria coordinación entre Administraciones, al formar parte de un todo interdependiente.

A la vez el propio Tribunal Constitucional reconoce que las normas básicas deben establecer unas bases comunes para todas las regiones, pero no limitar las competencias de desarrollo normativo que la propia Constitución reconoce a las Autonomías²⁹ (por todas STC 76/1983).

En este contexto se aprueba Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública (LMRFP), que diseña un modelo general de función pública para el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, definiendo una regulación básica (aplicables a “*todas las Administraciones Públicas*”) bastante amplia³⁰. Por su parte, las Comunidades Autónomas irán aprobando sus respectivas normas ordenadoras de la función pública regional, conforme ordena el propio artículo 11 de la LMRFP, pero sin mucho margen de disponibilidad, (todas han sufrido modificaciones posteriores sobre el articulado original, pero la mayoría mantienen aún en vigor las normas aprobadas en los ochenta).

A partir de aquí la cuestión es, qué margen de desarrollo o autorregulación se deja a las Administraciones periféricas –partiendo, claro está, de las competencias que le son constitucionalmente reconocidas y atribuidas-, y la respuesta a esta cuestión depende principalmente de criterios políticos. Esto se deduce al comparar el mínimo margen regulador que dejaba la Ley 30/1984, de Reforma de Función Pública,³¹ en contraste con la actual Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que claramente apuesta por marcar unos mínimos comunes, con

²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la función pública*. Tecnos, 2009, Madrid.

³⁰ PARADA VAZQUEZ, R. Se regula por la LMRFP lo referente a órganos superiores de la función pública, dotaciones presupuestarias de personal, relaciones de puestos de trabajo, movilidad de los funcionarios, fomento de la promoción interna, conceptos retributivos y determinación de su cuantía, estructura de los cuerpos y escalas, funciones, situaciones de los funcionarios, régimen disciplinario, Seguridad Social y jubilación forzosa.

³¹ “La Ley de 1984 definió ampliamente la regulación básica, es decir, los preceptos de la Ley estatal, aplicable a todas las Administraciones públicas,...con una regulación básica tan exhaustiva, que poco margen restaba a las Comunidades Autónomas para ordenar su propia función pública, como les invita el artículo 11 de la Ley de Medidas...”. PARADA VAZQUEZ, R. *Derecho Administrativo*.

conceptos básicos a desarrollar, descentralizando al máximo la regulación del estatuto jurídico de los funcionarios, a favor de las Autonomías, (que como veremos, no han querido, o no han sabido aprovechar).

De hecho, recientemente se ha avivado este conflicto de determinación del alcance regulador, demostrándose el componente político que subyace en él, y la *nueva “concepción desmesuradamente expansiva de los títulos competenciales que asisten al Estado”*³². En concreto se evidencia con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 99/2016, de 25 de mayo de 2016, (Rec. 1743/2013), que resolvió sobre las medidas en materia de condiciones de trabajo incluidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2012 y, en particular, con la Sentencia del T.C. núm. 158/2016, de 22 de septiembre de 2016 (Rec. 2165-2016),³³ que aplastó el intento de recuperación de la jornada laboral de 35 horas por las Comunidades Autónomas, marcando una doctrina que, en mi opinión, retrocede en relación al margen regulador reconocido a las Autonomías relación al régimen jurídico de empleo público.³⁴

En todo caso, existen aspectos del régimen jurídico del empleo público que no pueden ser descentralizados en ningún caso, porque exigen ser regulados por Ley Orgánica, (como sucede en materia de Libertad Sindical, el

³² Voto particular del profesor Valdés Dal Ré, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Rec. 1743/2013).

³³ La sentencia considera que se invade por la norma autonómica el ámbito competencial del Estado al establecer condiciones de trabajo de los empleados públicos funcionarios y laborales, contrarias a la norma básica del Estado, y por no respetar *“los límites fijados por la jurisprudencia constitucional en relación a los límites de las Leyes de Presupuestos”*. En contestación a esta doctrina el, ya clásico, voto en contra del profesor Valdés Dal Ré.

³⁴ Comparto el argumento del profesor Valdés Dal Ré en su Voto particular, sobre esta cuestión: *“El art. 47 del EBEP remite expresamente a las Administraciones Públicas el establecimiento de la jornada de trabajo de los funcionarios públicos. La disposición adicional impugnada no es, como sostiene la mayoría, una nueva previsión legal sobre el régimen sustantivo de la jornada de los empleados públicos que «complementa» el estatuto básico del empleado público, pues altera sustancialmente el régimen básico anterior al pasar a regular en norma básica estatal lo que, con anterioridad, quedaba íntegramente remitido a lo que estableciera cada Administración pública en su ámbito.... puede afirmarse que la imposición de una jornada mínima que efectúa la disposición impugnada supone de facto una modificación del art. 47 del estatuto básico del empleado público. La cuestión es igualmente clara en cuanto al personal laboral, pues el art. 51 del estatuto básico del empleado público se remite a las reglas del propio capítulo y a las de la legislación laboral correspondiente, y, por tanto, al art. 34.1 del estatuto de los trabajadores, con el cual también resulta incompatible la disposición adicional que nos ocupa”*.

régimen de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado). En este sentido, también quedan fuera del alcance de las autonomías otras materias como la Seguridad Social, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17 CE), al igual que la legislación penal, procesal, el régimen de responsabilidades de las Administraciones.

En relación al empleo público laboral, esta cuestión difiere del régimen jurídico funcional, dado que existe la limitación que implica el reconocimiento como competencia exclusiva del Estado de la legislación laboral, *“sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”*-, (art. 149.1.7 CE). Lógicamente esta circunstancia afecta directamente a la configuración del régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones, y consecuentemente hace más importante, si cabe, el papel del EBEP como norma marco, y en este sentido relativiza el potencial de las autonomías en muchos aspectos referentes a la configuración del régimen jurídico del empleo público laboral, trasladándose éste a la negociación colectiva.

También es restringido el papel de las autonomías en materia retributiva, reconociéndose la competencia del Estado en materia de dirección de la política económica (artículo 149.1.13 y 14 CE), y por tanto del gasto público. Este elemento determina el control unificado de los gastos de personal en el sector público, siendo reconocida la nivelación de retribuciones básicas, que son delimitadas anualmente por la Ley que aprueba los Presupuestos Generales del Estado, habiendo sido reconocida la legitimidad estatal para ello por el Tribunal Constitucional, en virtud de los principios de igualdad, solidaridad y coordinación financiera antes mencionado, (por todas, Sentencia TC 63/1986, de 21 de mayo y STC 96/1990).

En parte, como fruto de esta polémica, el mandato constitucional del artículo 103.3 CE de elaborar un Estatuto del funcionariado público, no fue atendido hasta casi treinta años después, con la aprobación mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Partiendo de los inicios aquí descritos, el modelo de función pública fue adaptándose progresivamente al nuevo régimen y a la nueva realidad política y

socio-económica española, aprobándose varias las reformas de calado. La primera de ellas fue la que se introdujo con el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, de Reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración Civil del Estado y personal militar de los Ejércitos de tierra, mar y aire (BOE de 7 de abril), con la que se establece el sistema retributivo compuesto que actualmente tenemos, y crea el grado para regular la carrera administrativa. Pero la regulación, con verdadera intención de reforma en materia de empleo público, surge en los años ochenta, con la entrada en el poder de un gobierno socialista por primera vez en el régimen democrático, como seguidamente trataremos.

3. La conflictiva determinación de la reserva al régimen funcional en la Administración española.

3.1. Evolución desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, hasta la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público.

Una vez iniciado el periodo democrático, la primera norma que supuso un intento de reforma en profundidad en el ámbito del empleo público se introduce con la polémica Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública (LMRFP). Esta ley configuraba un nuevo modelo de función pública estructurado en el puesto de trabajo, y modificó y derogó parcialmente, la preconstitucional Ley de Funcionarios Civiles de 1964.

La LMRFP tenía carácter de legislación básica, pese a aprobarse con conciencia de provisionalidad, (aunque terminó estando vigente durante veinte años, y aún se mantienen parcialmente en vigor). Su ámbito de aplicación era más amplio que el de la Ley de Funcionarios del 64, extendiéndose al personal de la Administración Civil del Estado, sus organismos autónomos, personal Civil al servicio de la Administración Militar y sus organismos autónomos, y personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social. Además, como ya se ha comentado, se constituye como norma básica para el resto de Administraciones en algunos aspectos clave.

La nueva regulación supuso un nuevo y decidido impulso en el proceso laboralizador del empleo público de nuestra Administración Pública, apostando por la apertura a la contratación laboral en las Administraciones. La relativa prohibición de los contratos administrativos de colaboración temporal, dejaron paso a la sola posibilidad de acceso al empleo público mediante vínculo funcional o el contrato laboral (Disposición Adicional 4ª Ley 30/84)³⁵. Como señala el profesor Vida Soria, este proceso laboralizador era lógico por la necesidad de mecanismos más ágiles en materia de empleo público como consecuencia del incremento de los servicios públicos, si bien posteriormente también se producen procesos de funcionarización como medidas de pura opción política: *“cuando las Administraciones Públicas se convierten en prestadora de servicios se produce la laboralización del empleo público, cuando se convierte en yacimiento de empleo fijo se procede a la funcionarización”*.³⁶

A esto se añade el polémico contenido del artículo 15 LMRFP que otorga inicialmente a la Administración la facultad (y realmente la obligación), de determinar los puestos reservados para funcionarios y laborales, al elaborar las relaciones de puestos de trabajo (RPT), además de introducir elementos propios del Derecho del Trabajo al estatuto jurídico de los funcionarios públicos, (clasificación del personal, derechos laborales colectivos como la huelga o el derecho a la negociación colectiva para los funcionarios).

El debate doctrinal sobre la constitucionalidad o no, de la existencia del vínculo laboral en el ámbito del empleo público, tuvo con esta norma su punto de inflexión. De hecho la LMRFP fue objeto de Recurso de inconstitucionalidad, que se resolvió mediante la Sentencia 99/87, de 11 de junio, del Tribunal Constitucional³⁷, donde el alto tribunal se pronunció sobre diversos aspectos de la norma, y en concreto marcó su posición sobre la admisión de la contratación laboral.

³⁵ Únicamente subsiste el contrato administrativo de prestación de servicios de los profesores asociados en las Universidades Públicas.

³⁶ Vida Soria, J. en su conferencia sobre *“El Estatuto Básico del Empleado Público”*. Jornadas sobre empleo público. UNED (Melilla, octubre de 2011).

³⁷ En el mismo sentido: STC 170/1988 de 29 de septiembre y STC 33/1991, de 14 de febrero.

El Tribunal Constitucional reconoció la licitud de la convivencia de los dos regímenes jurídicos funcionarial y laboral. Esta jurisprudencia reconoce, lógicamente, que la Constitución de 1978 expresamente, solo prevé que la relación de empleo público se configure en el ámbito de la relación funcionarial, estableciendo reserva de ley para el estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) y atribuyendo al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de los funcionarios (art. 149.1.18ª CE)³⁸. Pero también es cierto que en el texto constitucional no existe previsión alguna en el sentido de prohibir la posibilidad de aceptar y regular la contratación laboral en las Administraciones, (sin perjuicio del necesario respeto a los principios propios del empleo público, y a límites derivados de la particular naturaleza de la Administración empleadora), y en todo caso con reserva legal para la determinación de las funciones que deben ser cubiertas por funcionarios, y la abiertas al régimen laboral.

Efectivamente, en el Fundamento Jurídico Tercero y Octavo³⁹ de la mencionada Sentencia el Tribunal Constitucional se reconoció que el apoderamiento que el artículo 15 de la LMRFP otorgaba a la Administración, suponía la violación al principio de reserva de Ley del artículo 103.3 de la Constitución, y por tanto *“la plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración”*.

³⁸ Además de este argumento, también se esgrimía doctrinalmente para justificar la inconstitucionalidad de la contratación laboral en las Administraciones otros argumentos como la posible vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE por el diferente trato entre laborales y funcionarios, o el choque entre el carácter tuitivo de los derechos laborales propio del Derecho del Trabajo y el interés público inmanente en la relación funcionarial.

³⁹ STC 99/1987, Fundamento Jurídico Octavo: *«...corresponde sólo a la ley la regulación del modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues no otra cosa se desprende de la opción genérica de la Constitución (artículos 103.3 y 149.1.18) en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional, sean dispuestas por el legislador, garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario...»*.

No obstante el Tribunal Constitucional tácitamente⁴⁰ expresa en esta trascendental Sentencia 99/1987, su aceptación de la existencia del doble vínculo funcional, y laboral en el ámbito de las Administraciones, pero matizando en todo caso que el sistema que debía prevalecer era el funcional, y que el legislador, y no el gobierno,⁴¹ debía regular de forma clara y precisa los supuestos en los que se podría acudir a la contratación laboral, como vínculo excepcional, y en base a la naturaleza de las funciones a desempeñar, -que en todo caso serían actividades o puestos instrumentales-.

Así pues, el principal problema en esta materia radicaba (y así permanece, como luego comentaré), en la determinación de qué puestos de trabajo podían ser desempeñados por personal laboral, y cuáles quedarían reservados a funcionarios. Esta problemática cuestión, actualmente no resuelta, es determinante en la configuración del empleo público del país.

La mencionada sentencia del Constitucional tuvo como consecuencia directa la obligada reforma de la Ley 30/84 para ajustarla a la legalidad, que el ejecutivo materializó con la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Reforma de la Función Pública. Con esta norma, se proporciona una nueva redacción al artículo 15, -que trata de respetar la reserva de ley que la anterior redacción vulneraba-, estableciéndose como regla que los empleos públicos de la Administración del Estado, y sus organismos autónomos, así como la de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serían ocupados por funcionarios públicos, salvo excepciones, que se enumeran en la propia norma, y que son los que pueden ser ocupados mediante personal laboral en la Administración General del Estado.

En concreto la nueva redacción del precepto hace referencia a las siguientes ocupaciones abiertas a la contratación laboral:

⁴⁰ El TC no explicita cuál es la fundamentación que le permite llegar a tales conclusiones, entre otras razones porque en el recurso que resuelve no se plantea directamente la disyuntiva función pública, relación laboral en las Administraciones (LOPEZ GÓMEZ, J.M.).

⁴¹ CANTERO MARTÍNEZ, J. *“Criterios para la clasificación del empleo público: ¿funcionario o laboral?”*. Revista Vasca de Gestión de personal y Organizaciones Públicas, núm. 5, 2013.

- Puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo;
- puestos cuya actividad sea propia de oficios,
- puestos de vigilancia y custodia;
- puestos instrumentales, propios de áreas como mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones.
- artes gráficas, encuestas, protección civil, comunicación social, áreas de expresión artística;
- servicios sociales y protección de menores;⁴²
- puestos en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares;
- puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo;
- áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan preparación específica para ello.

Al igual que en la redacción original, la norma se remite a las relaciones de puestos de trabajo (RPT), como el instrumento técnico de ordenación del personal en el que se determinaría los puestos reservados a funcionarios, y los que pudieran ser ocupados por personal laboral.

El primer problema en torno a esta nueva regulación surgió con los empleados públicos que conforme con la redacción introducida por la Ley 23/88, ocupaban puestos reservados a funcionarios. Esto llevó a la creación de un mecanismo de conversión en funcionarios para los que ya estaban en las Administraciones como laborales cuando no debían serlo, que son las famosas “*oposiciones cerradas*” y “*con mochila*”, articuladas para facilitar la regulación

⁴² En mi opinión, la inclusión de los servicios sociales y protección de menores como una actividad “menor”, es más que criticable y de dudoso respeto a la Constitución, puesto que dicha actividad constituye unos de los servicios públicos clave para hacer efectivo el Estado Social de derecho.

del personal, al que se pretende convertir en funcionario, caracterizadas por estar dirigidas exclusivamente a este personal, y por la valoración del tiempo de prestación de servicios en la Administración como mérito principal, (Disposición Transitoria decimoquinta, apartado segundo).⁴³ Es decir, de más que dudosa constitucionalidad, conforme con el art. 103 CE, que trataremos en otro momento de este trabajo.

La reforma del año 1988 se vio reflejada en la legislación de algunas Comunidades Autónomas que adoptaron el modelo Estatal, pero al no constituir norma básica en esta materia, y ante la existencia de regulaciones en marcha contrarias a estos criterios, muchas quedaron como estaban. En definitiva esta nueva redacción de la norma no resuelve, en realidad, el problema de fondo, al no establecer los criterios concretos para poder determinar qué actividades debían reservarse al ámbito funcional y, cuáles no. Sólo marca un listado de actividades, inconexas y que en muchos casos puede dar lugar a confusión, y dejan la decisión final para la ocupación de puestos en régimen funcional o laboral, de nuevo al arbitrio de la Administración, sin perjuicio de las posibles interpretaciones jurisprudenciales en casos conflictivos, como demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012.⁴⁴

⁴³ La Disposición Adicional 15ª LMRFP apartado segundo, exige que la condición de personal laboral fijo se reuniese en la fecha de entrada en vigor de la Ley 23/1988, o adquirirla en virtud de pruebas convocadas antes de esa fecha y, además, debe estar prestando servicios en puestos reservados a funcionarios. Las pruebas selectivas de acceso para estabilizar a este personal están previstas sólo para los miembros de este colectivo, con exclusión del resto ciudadanos, es decir son oposiciones cerradas (que se declararían inconstitucionales por el Tribunal Constitucional: STC 60/1994, de 28 de febrero).

⁴⁴ “La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece estar realizando una interpretación bastante más restrictiva de estos supuestos. Así, en la STS de 9 de julio de 2012, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), a propósito de la naturaleza de un puesto de trabajo de auxiliar administrativo que tenía encomendadas las funciones de apoyo en la realización de tratamientos de textos, cálculo, fotocopias, fax y recepción de llamadas telefónicas, dirá que en caso de duda entre la naturaleza laboral o funcional del puesto, «*habrá de efectuarse una interpretación que tenga en cuenta cuáles son las notas fundamentales que se toman en consideración en el conjunto de esos casos que directamente son enumerados en el tan repetido precepto como hábiles para encarnar la excepción*». Finalmente ha considerado que dicho puesto tenía naturaleza funcional, al asimilarse sus tareas a las asignadas a la Escala de Auxiliares Administrativos. CANTERO MARTÍNEZ, J. “*Criterios para la clasificación del empleo público: ¿funcionario o laboral?*”. Revista Vasca de Gestión de Personal y Organizaciones Públicas, núm. 5, 2013.

La realidad es que la corrección del criterio delimitador de la condición de funcionarios y laborales introducida por la doctrina del constitucional, no ha impedido la progresiva y generalizada laboralización de las Administraciones. Este fenómeno es especialmente acusado en la Administración Local, como puede comprobarse del análisis de los datos que constan en el Registro de Personal de las Administraciones Públicas, a lo que se suma también el progresivo aumento de la temporalidad en las contrataciones (en este sentido remito a las tablas que constan en el Anexo I de la presente obra).

3.2. Determinación de la reserva al régimen funcionarial en el ámbito de la Administración Local.

En concreto en el ámbito Local, la determinación de los puestos para los vínculos funcionarial y laboral se configuró conforme establecía el hoy modificado, artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local. Este artículo utilizaba una fórmula distinta a la de la Ley del 88, usando criterios de referencia, en vez de listado de actividades.

El precepto limitaba al personal funcionario *“el ejercicio de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería”* y las que en desarrollo de la Ley se reserven a los funcionarios.... (art. 92 Ley 7/85). Esta fórmula es la realmente la misma que posteriormente reprodujo La Ley 7/2007, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público (DA 2ª, hoy derogada, como más adelante se comentará).

Evidentemente con estos criterios como referencia la excepción es más al vínculo funcionarial que a la contratación laboral, pero el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/2002, no declaró inconstitucional esta regulación, considerando que la determinación material de la norma era *“suficiente para delimitar las funciones a desempeñar por funcionarios, quedando el resto abierto al personal contratado”*. De esta forma el Tribunal

Constitucional relajó enormemente su doctrina inicial de preferencia por el régimen estatutario.

El origen de la fórmula elegida por el legislador en este caso, como criterio para determinar las reservas al empleo funcional, se encuentra en artículo 39 del Tratado de Constitución CEE, que establece "*la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*", y su apartado cuarto que excluye la aplicación de este principio a los empleos en las Administraciones Públicas.

La interpretación que del precepto hizo la jurisprudencia del, entonces, Tribunal de Justicia de la CEE, marcó el alcance de los criterios sobre la libertad de circulación de trabajadores extranjeros comunitarios en relación a los empleos de la Administración Pública⁴⁵. Dicha jurisprudencia sufrió una lógica evolución, cuya tendencia ha sido a delimitar más el concepto de Administración Pública, superando el concepto estricto institucional y ajustándolo más a la noción jurídica de autoridad pública. Esta interpretación resulta más coherente con el principio de libre circulación puesto que supone una limitación en el acceso solo a fin de reservar aquellas funciones de la Administración que supongan el ejercicio directo o indirecto del poder público y la salvaguarda de los intereses generales. Conforme con esta doctrina se puede afirmar que "*los Estados miembros sólo podrán reservar a sus nacionales los empleos o puestos de trabajo o funciones que entrañen el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad.*"⁴⁶

En definitiva, la consecuencia de la regulación que se ha comentado, delimitadora de los ámbitos de extensión de funcionarios y laborales lógicamente, fue el progresivo incremento del personal (sobre todo laboral) en las Administraciones, -principalmente autonómicas y locales-. En concreto el personal laboral al servicio de las Administración Local constituía en el año

⁴⁵ STJCEE núm. Comisión/Bélgica II Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, Comisión/Francia, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, Lawrie-Blum, Rec. 1986.

⁴⁶ VIDA SORIA, J. y MONEREO PÉREZ, J.L. "*La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*". Ministerio de Administraciones Públicas, 1991.

2007, en que se aprobó el EBEP, casi el 25% del total de los empleados públicos, y más del 30% de ese porcentaje era personal laboral.

En el año 2014, conforme consta en el Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones del Registro Central de Personal, los laborales de la Administración Local alcanza el 53% del total, -por encima del personal laboral de la Administración central, autonómicas y de las Universidades-, y este porcentaje asciende hasta un 57 % en enero del año 2015. Esta tendencia cambia levemente en el año 2016, bajando al 54%, seguramente por la aplicación de las políticas de contención del gasto público, y la posibilidad de aplicar despidos colectivos en las Administraciones Públicas que aprobó la reforma laboral de 2012, (últimos datos del Registro Central de Personal, Anexo I).

Pues bien, siendo esto así, es paradójico que la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, (que derogó la Disposición Adicional 2ª del EBEP y modifica el art. 92 de la Ley /1985 de Bases de Régimen Local)⁴⁷, tampoco es aprovechada para resolver el problema de la indeterminación, más cuanto el informe dictado desde el Gobierno para la reforma de las Administraciones Públicas (informe CORA), plantea este como uno de los problemas a resolver en materia de empleo público.

De hecho esta reciente norma modifica el artículo 92.3 y añade un artículo 92 bis TRLBRL, si bien reproduce una vez más la fórmula de las regulaciones anteriores. Se hace mención a la prioridad que debe otorgarse al vínculo funcionarial, pero se opta por la misma fórmula que en la norma original cambiando la terminología de los conceptos, siendo ahora algo más expresivos, sin más: (*“corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera... el ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas, o salvaguardia de los intereses generales”*... funciones que *“impliquen ejercicio de autoridad y las*

⁴⁷ En el texto original de la DA 2ª del EBEP se declaraban reservadas a los funcionarios *“funciones públicas...que impliquen el ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y las de contabilidad y tesorería”*.

que se reserven por Ley a los funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”).

En definitiva, no existe hasta el momento una intención real de modificación de este aspecto, y en mi opinión no hay tan siquiera definido el criterio que de verdad se quiera seguir en relación a este tema.

3.3. Delimitación de los puestos ocupados por funcionarios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Públicos.

La aprobación del nuevo Estatuto del empleo público en 2007 tampoco resolvió la cuestión sobre la delimitación entre reserva a funcionarios, y puestos laborales, optando por una fórmula tibia, que no garantiza la ruptura como la situación anterior.

El actual Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (RD/Lg. 5/2015), -al igual que el original-, se limita a reproducir en su artículo 9.2, una fórmula similar a la de la Ley 7/1985 (LBRL), al reservar para la figura de funcionarios: *...“en todo caso, el ejercicio de 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”.*

Con esta mínima “delimitación”, y en atención a la reserva de ley que exige el art. 103.3 CE, la determinación final de puestos reservados a funcionarios y abiertos a laborales, vendrá determinada por lo que se dispongan en *“las leyes de desarrollo de cada Administración Pública..”*, (al igual que sucede en el caso de la Administración Local que remite a lo establecido en el EBEP, *“así como por las legislación de las Comunidades Autónomas”* (art. 92.1, Ley 7/85 LBRL)).

Pues bien, a diez años vista de la aprobación del EBEP, la cuestión sigue igual, (y a la vista del Informe CORA parece que seguirá siendo así). La Administración General del Estado aún no ha aprobado su norma de desarrollo

del EBEP, y las pocas Leyes de la Función Pública autonómicas dictadas después del EBEP, optan por reproducir fórmulas en los mismos términos o muy similares a que los existentes en la norma general, dejando por tanto la situación tal y como hasta el momento, (Anexo II de la presente obra).

La realidad es que el principio de excepcionalidad de la contratación laboral en las Administraciones, frente a la regla de preferencia del régimen funcionarial en el empleo público que defendía en su doctrina original el Tribunal Constitucional, no rige hoy por hoy (ni siquiera para el alto Tribunal). La contratación laboral en las Administraciones llegó para quedarse, y a la vista de las estadísticas, incrementando progresivamente su presencia en las Administraciones (con especial incidencia en el ámbito Local).

Sobre este hecho la Exposición de Motivos del texto original del EBEP, manifestaba que la contratación de personal conforme a la legislación laboral *“por imperativo constitucional no puede ser el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público.”*

Por su parte el Informe de la Comisión de Expertos recomendó proceder a la concreción de los puestos sometidos a uno u otro régimen, remitiendo a tal efecto al legislador de las distintas Administraciones. No obstante advertía del principio general que debe regir en este ámbito, por el que es necesario reservar los puestos que precisan de la imparcialidad de los empleados que deben adoptar decisiones vinculantes, realizar actuaciones de inspección, o de carácter sancionador que pudieran lesionar derechos individuales, o realizar actuaciones que requieran total independencia de criterio (dación de fe pública), o funciones de soberanía (fuerzas armadas, carrera judicial, etc...).⁴⁸

También, añade un matiz que me parece particularmente importante, que *“dicha legislación establezca, en la medida de lo posible, un único tipo de régimen jurídico, estatutario o laboral, para los empleados que realizan cada tipo de función”*⁴⁹. Efectivamente esta indeterminación o confusión, del

⁴⁸ En este sentido también Sánchez Morón M. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. AA. VV. Lex Nova, 2009.

⁴⁹ Apartado 19^º del Informe de la Comisión de Expertos.

personal con vínculos de naturaleza distinta conlleva graves problemas, como las distorsiones en su gestión, el injusto trato diferenciado a unos y otros ante situaciones o cuestiones laborales iguales (retribuciones, carrera, movilidad, etc..), la mayor debilidad en el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, y capacidad que suele producirse en el acceso a los contratos laborales (sobre todo temporales, que luego devienen indefinidos no fijos), y en muchos casos con la realidad de cierto abuso en el desarrollo de la actividad profesional por parte de la Administración empleadora, que actúa como el peor de los empresarios abusando de la situación de precariedad laboral.

En definitiva, queda claro que la determinación de los puestos a ocupar por laborales en la Administración ha sido, desde la aparición de este tipo de vínculos en el ámbito de la Administración, un problema a resolver y a controlar, y curiosamente aún en la actualidad lo es, sin que en este sentido el EBEP haya mejorado la situación. Es incomprensible que después de tanto tiempo, y tanto debate, actualmente se siga planteando desde el ejecutivo como un nuevo elemento a reformar. Así lo hace el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones, CORA⁵⁰), que plantea la necesidad de determinar los puestos a cubrir por funcionarios y laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas, como si fuese una novedad, pero sin que hasta el momento se haya adoptado ninguna medida al respecto, en espera de la siempre del ansiado desarrollo de la Estatuto Básico del Empleado Público.

⁵⁰ Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), 2012. Apartado 10.- *“Medidas estratégicas en materia de empleo público”*. A) *Establecimiento de pautas sobre la determinación del régimen jurídico del personal que participa en la prestación de los servicios públicos”..... “Partiendo de la necesaria diferenciación normativa, en función de la naturaleza de las actuaciones a desarrollar, del personal funcionario y laboral, se revisarán aquellos sectores en los que se aprecie una falta de correspondencia entre la utilización de uno u otro tipo de personal y el ejercicio de potestades públicas..”*

4. Reformas de la función pública en época de crisis económica: Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo (LRRJFP).

Después de la Ley de Reforma de la Función Pública de 1984, que fue la primera que supone un cambio de paradigma en materia de empleo público, se fueron introduciendo puntuales modificaciones, principalmente utilizando las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de acompañamiento. Pero realmente, el siguiente impulso reformador lo introdujo la Ley 22/1993, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo de 29 de diciembre (LRRJFP), que se configuró como la segunda norma importante en ese tránsito hacia nuestro actual concepto de Empleo Público.⁵¹

El objetivo de dicha norma, según consta en su Exposición de Motivos, era *“articular medidas que, a partir de la racionalización y ajuste de la estructura de las organizaciones administrativas, mejoren el rendimiento de los recursos humanos de la Administración Pública sometiendo su planificación y gestión a procesos dotados de mayor agilidad y eficacia”*.... Si bien, en realidad, se trata de una norma dictada en tiempos de crisis económica que más que aportar novedades en la organización del sistema de empleo público, lo que en realidad busca es flexibilizar las posibilidades de actuación del ejecutivo ante las dificultades económicas para mantener el empleo público, y en particular funcionarial, dotado con el incómodo principio constitucional de la inamovilidad.

Las piezas básicas de esta reforma fueron los denominados Planes de Empleo, los procesos de reasignación de efectivos, y la nueva regulación de situaciones funcionariales. En relación al personal laboral al servicio de las Administraciones, el art. 18 LRRJFP señala directamente a la aplicación de los mecanismos equivalentes de la normativa laboral, es decir los expedientes de regulación de empleo., *“... las actuaciones previstas para el personal laboral en*

⁵¹ PINAZO HERNANDIS, J. *Empleo Público para una nueva Administración Pública*. Tirant lo Blanch, 2007.

los planes de empleo se desarrollarán conforme a la normativa específica del Ordenamiento laboral...”. La realidad fue la escasísima utilización de este instrumento de ordenación del personal, que acertadamente es calificada por el profesor Parada como un “*tigre de papel*”.

En todo caso hemos de hacer constar que esta norma sigue en vigor porque, pese a estar prevista la derogación de los principales preceptos relativos a empleo público en la Disposición Derogatoria única del EBEP, la falta de desarrollo en las necesarias leyes de la Función Pública y sus normas reglamentarias, las mantienen en vigor en cada Administración en lo que no se oponga a lo establecido en el EBEP (Disposición final cuarta. 2 del EBEP).

5. Otras vías de *laboralización* de la Administración Pública.

En relación a las vías que llevan a la superación del modelo estatutario, hemos de hacer mención también a unos supuestos que constituyen vías de laboralización de las Administraciones, que escapan de la regulación ordinaria que hemos comentado.

Entre estos encontramos el caso de las denominadas Administraciones Independientes u Organismos Reguladores, que conforme con la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, (LOFAGE)), se rigen por su propia normativa. Recientemente la nueva Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público cambia su denominación por la más europea, “*Autoridades Administrativas Independientes del ámbito Estatal*” (A.I.I.), (Capítulo IV, arts. 109 y 110)⁵², si bien su naturaleza y su regulación autónoma no cambia, a salvo de su planteamiento en términos abiertos, (en la regulación original, -aún vigente-, se hacía referencia a organismos concretos) y a su nueva la denominación.

Esta exclusión de la regulación general de empleo público, (que se comentará específicamente en otro epígrafe de este trabajo), constituyen una muy criticada excepción a las reglas hasta ahora expuestas. Efectivamente en este ámbito de la Administración se acepta desde el principio una tolerancia injustificada a la libertad de cobertura de puestos públicos en régimen laboral sin matices de ningún tipo.

Así pues en estos Organismo reguladores el régimen laboral común es el que rige para la mayoría de su personal. De esta forma, organismos tan significativos de nuestra Administración como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional de la Energía, Comisión Nacional de Telecomunicaciones, Tribunal de la Competencia, (estos tres últimos unificados desde el año 2013 en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), Banco de España, “escapan” del EBEP, y tienen como régimen ordinario para su personal laboral el Estatuto de los Trabajadores y los correspondientes Convenios Colectivos.

Como observa de forma muy crítica el profesor Parada, *“todos estos entes ejercen funciones públicas regulatorias, pero se les otorga el privilegio de contar con su propia regulación, y de hecho algunas de ellas están servidas casi exclusivamente por contratados laborales, que ejercen importante funciones públicas”*.

Pues bien, así se conserva hasta la actualidad, por aceptación del Estatuto Básico del Empleado Público, que se limita a dar libertad a su propia regulación en cuanto al sometimiento o no al EBEP, sin que ninguna haya optado por esta posibilidad, -como era de prever-, Disposición Adicional 4ª del TREBEP (antigua Disposición Adicional 5ª del EBEP) .

Además de este ejemplo de excepción a la regla, en los años ochenta, también se comienza a usar la fórmula de la externalización en los servicios públicos, -que es parte de la denominada *“huída del Derecho Administrativo”* hacia el Derecho Privado-, de tal forma que comienzan a proliferar en todas las Administraciones la creación de entidades privadas del sector público e importantes organismos públicos, (Sociedades Públicas, fundaciones, agencias, consorcios, etc...), (la que se ha venido a llamar Administración

paralela), donde el régimen laboral de su personal es el imperante, y en donde se relativizaba el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a los puestos.

Tampoco la aprobación del EBEP modifica la situación en relación a este personal laboral, excluido de su ámbito de aplicación, a salvo de lo que denomina “ámbito específico de aplicación”, en su Disposición Adicional primera, que supone el sometimiento al código de conducta de los empleados públicos (artículos 52, 53, 54 del EBEP), y a los principios rectores del acceso al puesto (art. 55). Que al menos constituye un matiz en su régimen jurídico, pero no supone ninguna cortapisa real en a la “puerta de atrás” en contraste con el empleo público laboral sometido al EBEP, que supone esta realidad. No obstante, en otro momento del presente trabajo analizaremos las posibles responsabilidades de las Administraciones frente a dichos trabajadores, que no son tan ajenos a estas como piensan algunos gestores públicos.

CAPÍTULO III.- EL ESTATUTO DEL EMPLEADO PÚBLICO: ANÁLISIS FORMAL Y ESTRUCTURAL.

1. Antecedentes inmediatos del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/ 2007, de 12 de abril, (actual Texto Refundido del EBEP, RDLg 5/2015).

La aprobación de un código de la función pública, tal y como ordena el artículo 103. CE, no fue un proceso fácil, pese a existir consenso en cuanto a su necesidad. La LMRFP hizo las veces de norma básica en esta materia hasta la aprobación del EBEP en el año 2007, si bien fueron varios los borradores de Estatuto de la Función Pública elaborados con los interlocutores sociales, y los representantes de las Comunidades Autónomas, que no llegaron a madurar, siendo el que más se aproximó a conseguirlo el Proyecto de Ley de la Función Pública realizado por el propio Ministerio de Administraciones Públicas.

No obstante este intento también vio frustrada su aprobación en Cortes en el año 1999, probablemente influyó en ello el dictamen del Consejo de Estado emitido en junio de 1998, que ponía en cuestión algunos de sus elementos más importantes, como el Registro de Personal de la Administración, los sistemas de selección del personal, la regulación de la carrera, y de la libre designación, la provisión y la movilidad de puesto de trabajo o el sistema retributivo.⁵³

Posteriormente se mantiene la idea de necesidad de reforma y regulación, si bien esta no se producirá, como veremos, hasta entrado ya el nuevo siglo XXI.

⁵³ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*. Lex Nova, 2005.

2.- El Estatuto Básico del Empleado Público como Ley Básica: configuración del actual modelo de Función Pública.

2.1. Referencia al Informe de la Comisión de Expertos, abril de 2005, y el resultado legislativo.

El 16 de septiembre de 2004 el ejecutivo de signo socialista, ordena la constitución de una Comisión de Expertos para el estudio y preparación de un Estatuto Básico del Empleado Público. Los trabajos de esta Comisión vieron sus frutos en un interesante y completo informe que finalmente se presentó en fecha 25 de abril de 2005, al entonces Ministro de Administraciones Públicas.

Dicho informe proponía un nuevo modelo de función pública que rompía los esquemas tradicionales, y se atrevía a hablar de gestión de Recursos Humanos y de directivos profesionales, llamados a introducir en la Administración elementos de la gestión empresarial de personal, con el fin último de renovar el funcionamiento del empleo público de nuestro país.

La reforma que se proponía, se centraba en tres puntos clave: aportar un régimen general aplicable a todos los empleados públicos (incluido el personal laboral al servicio de las Administraciones); dotar a los legisladores y gobernantes de las regiones de una mayor autonomía en la gestión de su empleo público y por último, introducir elementos propios de la gestión privada de personal al ámbito del empleo público, para hacer efectivo el principio constitucional de eficacia, y mayor profesionalidad en el ámbito público.

El 7 de julio de 2006 se aprobó el Proyecto de Ley del EBEP en Consejo de Ministros, y posteriormente en el Pleno del Congreso de los Diputados, el 29 de marzo de 2007, el texto definitivo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), (BOE núm. 8, 13 de abril de 2007).

Es importante hacer constar que esta norma, a diferencia de las anteriores relativas a empleo público, no se dictó en tiempos de crisis económica, es decir impulsada por la necesidad de optimizar puestos, sino realmente con la intención de dar por fin cumplimiento al mandato constitucional de regular el Estatuto de la función pública, y reformar y modernidad el empleo público de nuestro país.

El texto final del EBEP incorporaba muchas de las recomendaciones del Informe de los Expertos, pero también omitía o, incluso regulaba de forma contraria a lo propuesta, otras tantas. Todo parece indicar que el texto final del Estatuto en gran medida se vio influido por el inevitable y, necesario papel de las organizaciones sindicales mayoritarias en el sector público, si bien algunos aspectos que podían haber sido rompedores y en mi opinión, enormemente útiles desde el punto de vista de la renovación de la gestión del empleo público, quedaron sin atender. Así sucede, por ejemplo con el directo reconocimiento de la “relación laboral especial” de los empleados públicos laborales, o la responsabilidad directa de los responsables de las irregularidades en la contratación laboral de las Administraciones,

Con este Estatuto se dio cumplimiento, aunque tardío, al mandato del artículo 103.3 de la Constitución, y a la promesa electoral del partido socialista en este sentido. El norma se dicta con la intención de ser algo más que el “*estatuto de los funcionarios públicos*” que prevé la Constitución, aspirando a ser la norma básica reguladora del empleo público, (de ahí su nombre).

Ciertamente, supuso la superación de la enorme dispersión en la regulación en esta materia, existente hasta entonces en nuestro país, principalmente regulados, mediante las normas mínimas de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y la Ley de Modificación de la Reforma de la Función Pública, y a nivel Autonómico en las distintas Leyes de la Función Pública. Estas últimas venían adaptando constantemente su contenido a las sucesivas modificaciones realizadas a nivel estatal en materia de empleo público, dado que por aquel entonces gozaban de un reducido margen de actuación, conforme con la interpretación que el Tribunal Constitucional realizó del artículo 149.1.18 CE.⁵⁴

El EBEP actualmente es la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las Administraciones, aunque quedan pendientes de

⁵⁴ De hecho las Leyes de la Función Pública autonómicas anteriores al EBEP eran prácticamente una traslación de la norma estatal en materia de empleo público, siendo por tanto la delegación normativa que realiza el EBEP un auténtico reto y oportunidad para las Autonomías en materia de gestión de su empleo público.

aplicación, -hasta en tanto no se desarrollen las correspondientes Leyes de la Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo-, los capítulos II y III del Título III (menos el art. 25.2), y el capítulo III del Título V, (Disposición Derogatoria única y Disposición Final cuarta). De hecho, el complejo juego de su Disposición Adicional 4ª y la Disposición Derogatoria del EBEP, hizo preciso que se dictase Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración, por la que se publicaron las Instrucciones de 5 de junio de 2007 para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Conforme a estas, se mantiene vigentes algunos preceptos de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado Decreto 315/1964, de la Ley 9/1987, de órganos de representación, del RDLg. 781/1986, de Régimen Local, y de la Ley 30/1984 LMRFP, que sin tener la condición de legislación básica se siguen aplicando a los funcionarios de la Administración General del Estado (AGE), y actúan también como legislación supletoria. A nivel Autonómico contamos con Comunidades que siguen rigiéndose por las normas de la Función Pública anteriores al EBEP (las más), y cuatro (Galicia, Extremadura, Valencia, Castilla-La Mancha), que han aprobado las nuevas normas adaptadas y en desarrollo del EBEP.

Por otro lado, existen aspectos concretos que se siguen regulando por normas específicas por haberse omitido una regulación particular en el EBEP. Así sucede con la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, y las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo de los empleados públicos, reguladas por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

2.2. Los objetivos del Estatuto Básico del Empleado Público.

La Exposición de Motivos del EBEP señala, que uno de sus principales objetivos, es el regular *“aquellos que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio”*, conforme con los principios generales aplicables

al conjunto de las relaciones de empleo público, es decir en términos de eficacia y eficiencia, en pro de la mejora de la calidad de las Administraciones. Se trata por tanto, de proporcionar una regulación básica para el personal funcionario, pero también determinar un marco normativo especial para el personal laboral a su servicio, de ahí que su denominación haga referencia a los “*empleados públicos*”, y no exclusivamente a la función pública.

Por su parte, otro objetivo que se propone la norma es el de la modernización de la gestión del personal al servicio de la Administración Pública, teniendo como telón de fondo los conocimientos e instrumentos de la gestión de personal de las empresas privadas, sin perjuicio del necesario respeto a los principios administrativos del empleo público.

Además reconoce su condición de primera piedra de un proyecto de reforma, que se prevé como “...*un proceso... previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo*” (Exposición de Motivos).

Por su parte, la propuesta que hacía la Comisión de Expertos en relación al nuevo Estatuto, era la de su configuración como instrumento normativo básico, que marcarse “...*un mínimo de coordinación entre Administraciones*”..., dejando a estas adecuar su planificación a sus necesidades y características concretas de forma que, señale “*a título indicativo los tipos de previsiones y medidas que, de acuerdo con la ley aplicable en cada caso*”, puedan contener los planes de gestión de personal (apartado VI del Informe de la Comisión de Expertos).

Este planteamiento que se hace en el Informe de los expertos fue respetado por el legislador del EBEP, de tal forma que la profundización en la autonomía organizativa en materia de personal reconocida a las distintas Administraciones Públicas, constituye una de las principales características de la norma.

Esta gran independencia y fuerza en términos de autorregulación de su gestión y organización del personal al servicios de autonomías y demás entes territoriales (que no olvidemos, son los que cuentan con más número de

efectivos), pretende el que se pueda *“responder adecuadamente a las exigencias que plantea en cada caso el servicio eficaz a los ciudadanos”*, Exposición de Motivos. De hecho el EBEP legalmente se configura a modo de norma mínima o marco, a partir de la cual serán las distintas Administraciones las que modalizarán su propia normativa reguladora del empleo público.

El reto era principalmente para las Administraciones territoriales, que conforme ordena el artículo 6 del EBEP, debían concretar sus principios de actuación al respecto en sus propias Leyes de la Función Pública, partiendo del respeto al EBEP como norma marco y también, como no puede ser de otra forma, dentro del respeto a los principios constitucionales de cohesión, solidaridad y los necesarios instrumentos de coordinación entre Administraciones, que eviten los posibles agravios comparativos a los que pueda dar lugar el sistema, (tal y como ya se comentó, que interpretaba el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987).⁵⁵

El problema, a casi diez años vista de la aprobación del EBEP, es la ausencia del necesario desarrollo normativo que debía ser el siguiente paso que dotase de efectividad a los principios de la norma. Actualmente carecemos del desarrollo a nivel de la Administración central (que sería el punto de partida imprescindible por constituir un punto de referencia para el resto de Administraciones), y a nivel Autonómico es inexistente en la mayoría de las Autonomías. Sólo las Comunidades de Castilla-La Mancha, Valencia, Galicia, y Extremadura⁵⁶ han aprobado Leyes de la Función Pública posteriores al EBEP, si bien, la mayoría de ellas siguen sin aportar prácticamente nada en las materias clave en las que se esperaba su particular desarrollo, y condicionan a su vez al desarrollo reglamentarios sus aspectos más significativos en materia

⁵⁵ STC 99/1987: *“...la legislación básica no puede suponer para las CCAA privación de las competencias estatutariamente asumidas y sí sólo, que su desarrollo haya de tener su referencia y límites en la materia básica, que cada Comunidad Autónoma ha de respetar”*.

⁵⁶ En respuesta al mandato del artículo 6 del EBEP, hasta el momento se han aprobado: La Ley 2/2015, de 29 de abril de Empleo Público de Galicia; Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión Pública de la Función Pública valenciana; Ley 13/2015, de 8 de abril, de la Función Pública de Extremadura; Ley 4/2011, de 10 de marzo, Ley del Empleo Público de Castilla- la Mancha.

de renovación de la gestión (me remito a lo comentado en el Anexo II de la presente obra).

De todas formas, considero que el problema no es sólo de desarrollo normativo, sino también de voluntad o valentía de los poderes públicos para poner en marcha la modernización del empleo público en nuestro país.

Sobre esta cuestión hay que señalar que existen actualmente dos interesantes anteproyectos de Ley de Empleo Público de la Comunidad Autónoma de Aragón y del País Vasco que aportan algo más de detalle en el desarrollo, con ideas y métodos de gestión, realmente acordes al espíritu del EBEP.

En definitiva, la cuestión es que precisamente esa naturaleza “marco” del EBEP, tal vez, sea el origen del principal problema de la norma, que además condiciona su efectividad a un desarrollo normativo ulterior, que de hecho casi diez años después no se ha producido, y es lo que, en gran medida, ha debilitado el logro de sus objetivos de modernización del régimen del empleo público de nuestro país.

2.3. Breve referencia al contenido relativo a empleo público laboral en el nuevo Texto Refundido del EBEP, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015.

El original texto del EBEP aprobado por Ley 7/2007, fue sustituido recientemente por el Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. En esta nueva redacción no se ha producido ningún cambio especial, (que tampoco se esperaban, al ser un mero texto de refundición de normas).

Las modificaciones introducidas en el EBEP más importantes han sido las que se han aprobado en los últimos años, en el contexto de crisis y regulación de urgencia. Estas son las que ahora se plasman en el Texto Refundido, (que realmente ya estaban incorporadas a su texto, salvo alguna cuestión puntual).

Centrándonos, en concreto, en los preceptos reformados respecto al texto original del EBEP que afectan a los empleados públicos laborales, el principal es el apartado segundo del artículo 32 del EBEP, que se aprobó en su día por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de junio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad. En él se regula la posible excepción a la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos estatutarios para dichos empleados públicos, (que analizaremos en otro momento de esta obra).

Otro artículo que también afecta al personal laboral, es el 35.1 del EBEP, sobre la composición de las Mesas de Negociación, que extiende las reglas de representación de las partes para la Mesa General de Negociación para personal funcionario, laboral y estatutario (art. 36.3 EBEP).

También se modifica la Disposición Adicional cuarta, que de forma acorde a la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 109 y 110), hace referencia a su aplicación a las autoridades administrativas independientes (AII) del ámbito estatal, pero *“en la forma prevista en sus leyes de creación,”* (es decir, con la misma fórmula que establecía el texto original del EBEP, que en la Disposición Adicional quinta, hacía referencia a los predecesores *“organismo reguladores”* previstos en la LOFAGE aprobada por Ley 6/1997).

En definitiva, en lo que lleva de vigencia el EBEP no se ha innovado nada en cuanto a la esencia del sistema de empleo público laboral, y esto es así porque realmente las bases están bien marcadas en la norma, siendo el impulso de estas las que tienen que venir de la mano de las Leyes de la Función Pública que se dicten para su desarrollo, y en particular la de la Administración General del Estado, como potencial referente para el resto de Administraciones.

3. El ámbito material de aplicación del EBEP.

3.1. La Administración Pública como organización productiva plural y su perspectiva desde el EBEP.

Para adentrarse en el estudio de la Administración Pública desde su faceta de empleadora, es preciso comenzar con una aproximación previa a la configuración y conceptualización de la propia Administración.

Nuestro referente actual es lógicamente la Constitución de 1978, que determina los fundamentos jurídicos de ordenación de la función pública, y como ya señalamos, apuesta por un modelo Estatal descentralizado, que conlleva una Administración territorial compleja y diversa, -sin perjuicio de contar con la garantía de un marco jurídico común en relación a las bases del régimen jurídico de las Administraciones, atribuyendo al Estado central competencias exclusivas a tales efectos (artículo 149.1.18 CE)-.

De esta forma, hoy por hoy, coexiste el régimen jurídico común de organización de la Administraciones Públicas, con las particularidades normativas de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales, y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

En el campo del empleo público todo esto se traduce en la existencia de un gran número de empleadores, con una pretendida norma de referencia común o general que es el Estatuto Básico del Empleado Público, que trata de dotar al sistema de una cierta homogeneidad, (y que, sin embargo, como se verá, no resulta de aplicación directa a todos los ámbitos de la Administración), y a la vez una enorme diversidad normativa, tanto a nivel territorial según la Administración que se estudie, como por la naturaleza del ente público empleador y el propio empleado público de que se trate.

Por otra parte la configuración de nuestro Estado como “*Social*” conlleva el progresivo incremento de funciones material-prestacionales, que asumen las Administraciones vinculadas al concepto jurídico de servicio público, propio del Estado de Bienestar. Este incremento en la actividad de las

Administraciones, teniendo como telón de fondo el esquema organizativo territorial antes mencionado, lleva a la aparición de una organización aún más compleja, con numerosos empleadores y empleados públicos, que adoptan las más diversas formas jurídicas (organismos, entidades, empresas públicas, fundaciones, consorcios..).

Podemos afirmar que, tanto la realidad socio-económica como geopolítica de nuestro país, nos ha llevado a la configuración del modelo actual de Administración, que se caracterizan por ser un entramado complicado, y diverso por su dimensión territorial, y por la distinta naturaleza de sus componentes y los objetivos a los que sirven, que se traduce en un régimen jurídico especialmente complicado en relación a la determinación de la regulación de aplicación del personal a su servicio.

3.2. El concepto de Administración Pública en el EBEP. Sector público *versus* Administraciones Públicas.

Al margen de las numerosas y completas construcciones doctrinales en torno al concepto de Administración Pública, y a los efectos de simplificar la cuestión en lo que interesa al presente trabajo, podemos partir de la definición que sienta el derecho positivo en relación a este tema. En este sentido, lo primero que se comprueba es que no existe una definición única de “Administración Pública” sino que, por el contrario, cada una de las principales Leyes generales administrativas la definen a los exclusivos efectos de establecer su ámbito de aplicación, lo que nos permite afirmar que, al final, la Administración es lo que la propia Ley dice que es.

Efectivamente, cada una de estas normas contiene una definición propia de las Administraciones Públicas, que se basa no tanto en la descripción de las mismas, como en una enumeración de lo que entra dentro de dicho concepto. Así puede comprobarse en el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público (que sustituye a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); en el

artículo 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a lo que puede sumarse el artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y las sucesivas Leyes Generales Presupuestarias, y recientemente la Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público (art. 2).

En nuestro caso, siendo lo que nos interesa el estudio del actual sistema de empleo público, tomaremos como referencia lo que determina la Ley reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, si bien, para su concreción, necesariamente ha de ser puesto en relación con los conceptos aportados por dos de las principales normas administrativas. En concreto, con la reciente Ley 40/2015 reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que, como veremos, ha introducido matices que afectan directamente al ámbito de aplicación del EBEP, y el actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por RDL 3/2011.

El EBEP en sus artículos 2 a 5, no conceptúa pero sí delimita la “*Administración Pública*” a la que extiende su ámbito de aplicación (y en qué forma, como luego trataremos). Al tratarse de una norma general, lo lógico y más recomendable, sería que su ámbito de aplicación hubiese abarcado a toda la materia regulada, aceptando a lo sumo excepciones por razones objetivas, que dentro del marco común podrían haberse configurado como regímenes especiales adaptados a aquél.⁵⁷

Pues bien, el legislador del EBEP, no atendió la recomendación en torno a la amplitud del ámbito de aplicación recogida en el Informe de la Comisión de Expertos,⁵⁸ y el resultado ha sido un complejo entramado que

⁵⁷ En este sentido Sánchez Morón, M. Comentarios al EBEP. Lex Nova, 2009.

⁵⁸ “*La Comisión propugnaba la aplicación del EBEP no solo al personal de las Administraciones territoriales de carácter general, sino también al de los organismos y entes públicos de todo*

conlleva la existencia en nuestro sistema de empleo público de empleados públicos laborales sometidos al EBEP, y otros que depende de la normativa al efecto por la que se regulen, y otros que quedan directamente fuera del EBEP y se regulan por el Estatuto de los Trabajadores sin más.

En concreto en el artículo 2.2 del EBEP se hace referencia al concepto de Administración Pública pero de una forma mucho más restrictiva y clásica que en la descripción de “*sector público*,” que se define como ámbito de aplicación que realiza la Ley de Contratos del Sector Público⁵⁹.

tipo dotados de personalidad jurídica, incluidos los que tienen un régimen especial. Pero la experiencia demuestra que, a medida que se avanza en la definición y tramitación de este tipo de proyectos de Ley, las excepciones aumentan, pues sectores o entidades determinadas... empiezan a no sentirse cómodos en el ámbito de una Ley general”. Sánchez Morón, M. Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Públicos. Lex Nova, 2008.

59 Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, concreta en su artículo 3 referente al “ámbito subjetivo”, la composición del sector público y de las Administraciones Públicas, en los siguientes términos: “..se considera parte del **sector público** los siguientes entes, organismos y entidades: **a)** La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. **b)** Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. **c)** Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. **d)** Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100. **e)** Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local. **f)** Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. **g)** Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. **h)** Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. **i)** Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de **Administraciones Públicas** los siguientes entes, organismos y entidades: **a)** Los mencionados

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), utiliza una nueva fórmula. En concreto diferencia entre “*sector público*”, incluyendo en éste a las Administraciones Públicas territoriales: General del Estado, Autonómicas y Locales, y el “*Sector público institucional*”, que según señala expresamente “*se integra por: Organismos Públicos y Entidades de Derecho Público dependientes de las Administraciones, las entidades de Derecho Privado vinculadas o dependientes de las Administraciones (empresas y fundaciones públicas o con participación pública), y Universidades, (con su normativa específica y supletoriamente afectado por la norma)*” (art. 2.2 LRJSP).

A su vez consideran expresamente “*Administraciones Públicas*”, a las Administraciones territoriales (Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local), pero también a los “*Organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones*” previstos en la letra a) del apartado 2 del artículo 2.

Posteriormente, en el artículo 84.1 LRJSP, se concreta en relación a la Administración General del Estado la composición de su “*sector público institucional*”, entre los que se encuentran los organismos públicos

en las letras a) y b) del apartado anterior. **b)** Los Organismos autónomos. **c)** Las Universidades Públicas. **d)** Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y **e)** las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: **1.ª** Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o **2.ª** que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. **f)** ... (*suprimida por la Disposición Final tercera, punto uno, de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre*).

vinculados o dependientes a ésta que clasifica en: “*Organismos autónomos y Entidades Públicas Empresariales*”.⁶⁰

Pues bien, lo significativo de esta nueva regulación es que diferencia el régimen jurídico de aplicación al personal laboral de los Organismos autónomos estatales (artículo 100 LRJSP), -a los que sí será de aplicación el EBEP, y supletoriamente la norma laboral-, y de las Entidades Públicas Empresariales de ámbito estatal, para los que remite su regulación exclusivamente al Derecho laboral, pero con las “*especificaciones dispuestas en este artículo*” (artículo 106 .1 LRJSP).⁶¹ Estas “*especificaciones*” hacen referencia a las reglas de selección del personal laboral ordinario, limitándose a indicar que se realizará “*mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad*”, y la *determinación y modificación de las condiciones retributivas,.... que requerirán el informe conjunto, previo y favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas*”, reservando además, a dicho Ministerio, el control de gastos de personal y de la gestión de recursos humanos (artículo 106.3 y 4 LRJSP).

A la vista del ámbito de aplicación señalado en el EBEP, en relación con el de la LRSP, comprobamos que ambas normas coincide en el concepto de “*Administraciones Públicas,*” y se distancia en el de *sector público* (siendo el de la Ley del régimen Jurídico del Sector Público más amplio que el del EBEP, al incluir sujetos públicos y privados de la Administración en el

⁶⁰ Ley 40/2015, de 1 de octubre, LRJSP: *Artículo 84. Composición y clasificación del sector público institucional estatal. 1. Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades: a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en: 1.º Organismos autónomos. 2.º Entidades Públicas Empresariales. b) Las autoridades administrativas independientes. c) Las sociedades mercantiles estatales. d) Los consorcios. e) Las fundaciones del sector público. f) Los fondos sin personalidad jurídica. g) Las Universidades públicas no transferidas.*

⁶¹ Ley 40/2015, de 1 de octubre, LRJSP. *Artículo 106. 1. El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado, quienes se registrarán por lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos o por la normativa laboral.*

concepto). Como seguidamente veremos, el EBEP excluye parte de éste que la nueva Ley reguladora del Sector Público denomina “*sector público institucional*”, -en concreto las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones-.

En concreto, el EBEP señala en su artículo 2 su ámbito de aplicación directa, que incluye a:

La Administración General del Estado, (organizada conforme regula la Ley 6/1997, LOFAGE); las Administraciones Autonómicas, y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales (provincia, municipio e Islas);

La Administración Institucional, dependientes o vinculadas a cualquiera de las anteriores, pero solo las de indubitado carácter público: Organismos Autónomos, Agencias Estatales, y cualquier Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.

Las Universidades Públicas, y otros entes públicos como los Servicios de Salud.

No se hace mención expresa, pero conforme a la referencia hecha a la inclusión de “*cualquier Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas*”, se deduce que también afectará a las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (incluidos en el concepto sector público en el art. 2 TRLCSP); así como a Consorcios con personalidad jurídica propia (según art. 6.5 LRJPAC y la legislación de régimen local).

También se extiende a entes, organismos o entidades con personalidad jurídica, creados para atender necesidades de interés público, sin carácter

mercantil o industrial, y financiado mayoritariamente por uno o varios sujetos del sector público, que además controlen directa o indirectamente su gestión (que nombren a más de la mitad de los componentes de sus órganos gestores); Las asociaciones constituidas por entes, organismos y entidades públicas, y en definitiva cualquier entidad con personalidad de Derecho Público, sea cual sea la denominación que aquella ostente.⁶²

Como antes se advertía, en el EBEP se produce una exclusión tácita de un elemento clave del concepto “*sector público institucional*” conforme con el artículo 2.2 de la LRSP, (así se deduce de la lectura del artículo 2.1, en relación con la Disposición Adicional primera del EBEP), que afecta a las “*entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas*”. Respecto a estos, la Disposición Adicional primera del EBEP se refiere al personal de “*las entidades del sector público estatal, autonómico o local*”, para recordar que, si bien son excluidos de su ámbito subjetivo, sí les será de aplicación los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP, (código de conducta que marca el EBEP, y los principios que rigen el acceso al empleo público, y la reserva de plazas para personal con discapacidad).

En todo caso, a los contratados por estas entidades se les aplicará la normativa laboral común, pero con los límites que derivan de los principios constitucionales de aplicación a las Administraciones Públicas. Por tanto, se someten a la aplicación de la Ley de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984, de 26 de diciembre); la Ley General Presupuestaria correspondiente, en lo referente a los límites a la contratación y las retribuciones en el sector público.

En definitiva estas son las sociedades mercantiles con participación Estatal en su capital social superior al 50% (art. 3.1 LCSP), y las fundaciones con aportación mayoritaria de entidades del sector público, o con patrimonio fundacional formado en un 50% o más por bienes aportados por entidades

⁶² Lo que importa es la sustancia no el *nomen iuris*. Sánchez Morón, M.

públicas, que forman parte del concepto “*sector público institucional*”, pero no del de Administración Pública a la que hace referencia el art 2.1 del EBEP⁶³, (quedan fuera del ámbito de aplicación del EBEP, pero no en términos absolutos, como sí sucede con las empresas en las que la participación de la Administración es minoritaria, cuyo personal es laboral sin matices).

Estas entidades, calificadas por el profesor Sánchez Morón como “*artificios organizativos, que no pueden esconder la naturaleza materialmente administrativa de las funciones que realizan*”, debían haber sido incluidas por el legislador dentro del ámbito de aplicación del EBEP. De hecho, son considerados parte del concepto de empleadores públicos a efectos de la Encuesta de Población Activa (EPA), que responde a un concepto más cercano a la ciencia económica que al ámbito jurídico.

Llegados a este punto, se deduce de todo lo anterior que, en realidad, ni el término “*sector público*”, ni el de “*Administraciones Públicas*” son por sí mismos exactos, para señalar el complejo ámbito de aplicación del EBEP. Ni todo el sector público entra en su ámbito de aplicación, ni toda la Administración Pública lo está tampoco, como seguidamente analizaremos, (y esto, inevitablemente, afecta al propio concepto de “*empleado público*”, que resulta limitado o incompleto a efectos de la definición que aporta el EBEP).

Efectivamente, existe parte de los poderes del Estado y de la Administración que quedan fuera del ámbito de aplicación del EBEP, (a veces con cierta razón, y a veces sin ella). El artículo 4 EBEP hace referencia a los Órganos Constitucionales del Estado y estatutarios de las

⁶³ Es así porque el EBEP maneja un concepto de empleado público basado en la naturaleza jurídica de la persona jurídica empleadora. Es decir, se limita a aplica el concepto de función Administración en sentido estricto en cuanto sujetos con personalidad jurídico privada. Por el contrario, todo lo que dependa de un sujeto privado no son empleados públicos, al margen de que sus funciones puedan seguir siendo las mismas. Es muy significativo el caso del Canal de Isabel II y de AENA que hasta hace poco eran entidades públicas empresariales (con empleado público) y ahora se han transformado en Sociedades Anónimas y sus trabajadores han dejado de ser empleados públicos.

Comunidades Autónomas, a los que se excluye del ámbito de aplicación del EBEP, y se da un tratamiento particular en consideración a su naturaleza especial, no siendo parte del concepto de Administración Pública.⁶⁴ Estos no se incluyen en el ámbito de aplicación EBEP pero, de forma tangencial, puesto que pueden, por remisión expresa de su particular normativa someter el régimen jurídico de su personal laboral a la norma general del EBEP, (de hecho sucede así, al menos en la regulación de aspectos concretos).⁶⁵

Igual sucede con que ciertos Cuerpos con características especiales que el art. 4 EBEP también aparta del ámbito de aplicación del EBEP, remitiendo a su aplicación subsidiaria: este es el caso de Magistrados, Jueces, Fiscales y personal al servicio del Poder Judicial (tratamiento diferenciado, en este caso por tratarse de otro poder del Estado); Militares de las Fuerzas Armadas; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; personal retribuido por arancel, y el Centro Nacional de Inteligencia.

El mismo artículo 4 excluye en su apartado h), al personal de una entidad pública esencial, como es el Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito. Esta exclusión es más que criticable, y como se ha denunciado numerosas veces por la doctrina, es una exclusión que obedece a intereses políticos pero no jurídicos. Así pues su personal

⁶⁴ La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en su artículo 2 diferencia entre sector de las Administraciones Públicas y sector público: **1.** El sector de las Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 que incluye los siguientes subsectores, igualmente definidos conforme a dicho Sistema: **a)** Administración central, que comprende el Estado y los organismos de la administración central. **b)** Comunidades Autónomas. **c)** Corporaciones Locales. **d)** Administraciones de Seguridad Social.**2.** El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las Administraciones Públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas.

⁶⁵ DESDENTADO DAROCA, E. *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Bormazo, Albacete, 2015.

laboral se rige por la normativa laboral común, y no por el EBEP, -salvo que, su particular regulación, remita al EBEP como norma de aplicación-.

Por último hemos de hacer mención 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*” (LOFAGE), que sin duda son Administración Pública pero que se excluyen del ámbito de aplicación del EBEP en la Disposición Adicional quinta del texto original del EBEP, sin perjuicio de lo que dispongan “*sus leyes de creación*”. Como ya señalé, en el nuevo texto refundido del EBEP (RDLeg. 5/2015), la referencia a estos cambia, porque a su vez cambia su denominación a la de “*Autoridades Administrativas Independientes de ámbito estatal*”, artículo 109 y 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público⁶⁶.

Así, en el actual TREBEP es la Disposición Adicional cuarta la que se ocupa de hacer referencia al “*aplicación de este Estatuto a las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal*”, estableciendo que *el EBEP “se aplicará a las autoridades administrativas independientes (AAI) de ámbito estatal, Entidades de Derecho Público reguladas en los arts. 109⁶⁷ y*

⁶⁶ Sobre este particular hemos de recordar que mediante Ley 3/2013, de 4 de junio, se aprobó la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y desaparecen organismos reguladores autónomos anteriores (Comisión Nacional de la Energía, C.N. del mercado de las Telecomunicaciones, la CN de la competencia; el Comité de Regulación Ferroviaria, CN del Sector Postal, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales), que quedan absorbidos en el nuevo órgano. El resto de Administraciones Independientes son: el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades no transferidas, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Museo Nacional del Prado, el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía y el FROB.

⁶⁷ **Art. 109 LRJSP 1.** Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley. **2.** Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial. **3.** Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una

110 de la Ley 40/2015, en la forma prevista en sus leyes de creación”.⁶⁸ Así pues, las AAI, (más acorde con el concepto europeo de la figura), cambian de denominación, pero siguen regulándose por su propia normativa⁶⁹, que a su vez es la que decide la regulación por la que se rige su personal, es decir que la situación sigue igual.

Como consecuencia de este complicado mapa de conceptos y diversos alcances normativos del EBEP que hemos analizado, lo primero que se ve afectado es el la propia idea de “*empleado público*”, que queda limitado a los distintos trabajadores de las Administraciones incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP. Aunque habría que matizar que dicha acepción se extiende también al personal al servicio de los organismos que constituyen la mencionada Administración independiente. De hecho el EBEP realmente no los excluye de su ámbito de aplicación, sino que les permite optar por acogerse al contenido del EBEP, o tener regulación propia, y es ésta posibilidad la que les lleva a alejarse del concepto de empleados públicos sometidos al EBEP, (pero en definitiva lo son, aunque con regulación propia...).

Distinto, y algo más dudoso, es el caso de los empleados de los órganos y Administraciones especiales que el artículo 4 del EBEP excluye de su

entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «autoridad administrativa independiente» o su abreviatura «A.A.I.».

⁶⁸ No obstante la DT 7ª del TREBEP establece que hasta que no entre en vigor la Ley 40/2015, de 1 de octubre, RJSP, las previsiones de esta DA 4ª del EBEP se entenderán referidas a los clásicos organismos reguladores de la DA 10ª de la Ley 6/1997, (LOFAGE).

Si bien dicha norma conforme a su Disposición Final decimoctava entrará en vigor al año de su publicación esto es, el 1 de octubre de 2016, y la Disposición Final Decimoséptima provocará un aplazamiento de facto a dos años. Y es que la Disposición Final Decimoctava afirma que “*La presente Ley entrará en vigor al año de su publicación...*” y la Disposición Final decimoséptima precisa que “*En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, se deberán adecuar a la misma las normas estatales o autonómicas que sean incompatibles con lo previsto en esta Ley*”.

⁶⁹ Obsérvese el matiz que supone esta previsión respecto de lo que analizamos antes en relación al artículo 4 del EBEP: en el presente caso sí se declara de aplicación el EBEP, frente a lo previsto para los órganos constitucionales y otros poderes del Estado del artículo 4, que quedan excluidos salvo remisión de su normativa, si bien el efecto final es el mismo, dado que se permite a su propia regulación optar por aplicar o no el EBEP.

ámbito de aplicación. Realmente, considero que éstos también son “empleados públicos”, si bien por la propia naturaleza especial su regulación es también particular pero con aplicación supletoria del EBEP si así se establece en sus normas reguladoras, (sin constituir, en este caso, una opción). Serían por tanto empleados públicos especiales, pero empleados públicos al fin....

A la vista de lo hasta ahora expuesto, y a modo de conclusión, podemos decir que la Administración Pública a efectos de la norma reguladora del empleo público se configura como una organización especial y enormemente compleja en distintos ámbitos, -tanto territoriales, como funcionales-, y no responde literalmente al concepto de “*sector público*” en su dimensión más amplia, pero sí al concepto de Administraciones Públicas, dándose la circunstancia añadida de que el EBEP extiende su ámbito de aplicación, -al menos supletoriamente (art. 2.5 EBEP)-, a toda la Administración, incluida o no en su ámbito de aplicación. Así pues, aunque no sea absolutamente preciso, podemos referirnos al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, cuando hablamos del personal sometido al EBEP, -sin perjuicio de su potencial aplicación a otros ámbitos del sector público y los poderes constitucionales, como seguidamente concretaremos-.

3.3. El ámbito de aplicación subjetiva del EBEP: inclusiones, exclusiones y exclusiones con particularidades.

En parte como consecuencia de la complejidad en cuanto a la determinación de la Administración como empleadora, ya analizada y que tomaremos como referencia, se configuran los distintos tipos de trabajadores que existen en nuestro complejo sistema de empleo público, y su inclusión, total o relativa, o su exclusión del ámbito de aplicación del EBEP, que trataré de sistematizar y describir en el presente apartado.

El concepto “*empleado público*”, que da título al propio Estatuto, es el reflejo directo de la esencia y objetivo de la norma, que ya se comentó: regular

de forma conjunta, sin perjuicio de sus especificidades, las bases del régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones.

Sin embargo, el nuevo concepto jurídico de “empleado público” que introduce el EBEP, se limita al personal en general, que presta servicios en entidades con personalidad jurídico-pública, sometidos a su ámbito de aplicación. Estos son, por tanto, los que prestan servicio en las Administraciones Públicas, entendidas como, Administraciones Públicas territoriales e institucionales (artículo 2.1 EBEP), dentro del concepto amplio, que permite la referencia según dicho artículo a las *“demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones”*.⁷⁰

Así pues, los trabajadores de las Administraciones territoriales, que identificábamos como “Administración” a los efectos del EBEP, en el anterior apartado, (Administración General, Autonómicas, Local, Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla), sus Administraciones instrumentales (Organismos públicos, Entidades de derecho público vinculadas a dichas Administraciones), y Universidades Públicas se incluyen, con independencia de cuál sea la naturaleza del vínculo, funcional o laboral, en el ámbito de aplicación del EBEP (artículo 2).

No obstante, en relación al personal laboral existe un matiz especial que condiciona la propia extensión del EBEP, como norma reguladora de su régimen jurídico. En concreto, el legislador al describir el ámbito de aplicación de la Ley en su art. 2.1 EBEP, introduce ya un importante matiz cuando dice: *“Este Estatuto se aplica al personal funcionario, y en lo que proceda al personal laboral al servicios de las siguientes Administraciones”*... Poniendo esta frase en relación con el artículo 7 EBEP, se deduce que estamos ante una inclusión

⁷⁰ ...”la variedad de estas entidades es grande, de acuerdo con la legislación estatal y autonómica... Pero lo esencial es que se trate de entes con personificación jurídica de Derecho administrativo y no de Derecho civil o mercantil. En consecuencia están incluidos en esa expresión las entidades públicas empresariales (a las que se refieren los artículos 53 y siguientes de la LOFAGE y algunas leyes autonómicas), cuyo personal es laboral en su mayor parte. También los entes públicos de naturaleza o régimen especial, entre ellos entidades gestoras y Tesorería General de la Seguridad Social, Agencia Estatal de la Administración Tributaria... personal de mancomunidades municipales y consorcios públicos (salvo que tengan según sus Estatutos forma jurídica de sociedad), personal de Comarcas, cabildos y consejos insulares y otras agrupaciones de municipios” (Sánchez Morón, M. Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Pág. 57, Lex Nova 2009).

subjetiva condicionada, de tal forma que el EBEP se aplicará al personal laboral al servicio de las Administraciones que señala como su campo de aplicación, pero en la medida en que el propio Estatuto establezca que se aplica, y en caso contrario se aplicará la “*legislación laboral*” común (art. 7 EBEP), (que a veces es por remisión directa y otras es por su exclusión tácita en cuanto a su aplicación).

Por su parte el artículo 2.2 y 3 del EBEP, también trata de forma particular a dos grupos de personal: el investigador, que quedará también bajo la regulación del EBEP, pero en los términos que la norma que los regule indique, y el personal docente y estatutario de los Servicios de Salud que, de forma un poco farragosa el legislador indica que se regirán por su legislación específica (autonómica y estatal) y supletoriamente por el EBEP, con exclusión expresa del Capítulo II del Título III, (“*Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño*”), menos los artículos 20 referente a la evaluación del desempeño, 22.3, sobre complementos, y el 84 sobre movilidad, que sí les serán de aplicación,

Realmente, el personal estatutario de los servicios de salud, y el personal docente de la Universidades Públicas son dos importante bloques de funcionarios con normativa específica, y por tanto con una relación jurídica especial, y prácticamente en su totalidad dependientes de las Comunidades Autónomas o entidades dependientes de ellas, -incluyendo Universidades Públicas-.

El personal estatutario de los Servicios de Salud se rige por sus normas estatutarias, estando recogidas las básicas en el denominado Estatuto Marco, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre. Esta norma básica facilita la movilidad de su personal en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de que cada Comunidad Autónoma regule su propia norma de desarrollo.

El personal docente Universitario se rige por la Ley Orgánica de Universidades (Ley 6/2001, modificada por Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril), -en espera del Real Decreto que regule el Estatuto del Personal Docente-. En éste ámbito coexisten dos grupos el personal docente e

investigador compuesto por Catedráticos y Profesores Titulares, (funcionarios de carrera), y el personal contratado laboral. Por su parte el personal docente no universitario ve regulado su régimen jurídico en las Disposiciones Adicionales 6ª a 13ª de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, (pendiente de la aprobación del Estatuto correspondiente).

En cuanto al personal de las Entidades Locales, según el artículo 3 del, EBEP únicamente indica que se regirán, -en este orden jerárquico-, por la legislación estatal de aplicación a los entes locales, el EBEP, y la legislación de las Comunidades Autónomas. El mismo artículo hace expresa referencia a la Policía Local, que se ordenan conforme con la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el EBEP y por la legislación de las Comunidades Autónomas.

Una vez definido el ámbito de aplicación subjetivo en el art. 2 EBEP, se añade un segundo precepto, el artículo 4 EBEP, que añade una expresa referencia al “*personal con legislación específica propia.*” Son los denominados órganos constitucionales y otros ámbitos de la Administración con naturaleza especial, que, por esta razón, no entran de forma directa en su ámbito de aplicación. No obstante su particular regulación puede optar por remitir a la aplicación del EBEP, y sin perjuicio de la aplicación supletoria del mismo en virtud del apartado 5 del artículo 2 EBEP.⁷¹

Es decir, en principio se excluyen del concepto de empleados públicos a estos trabajadores, salvo que su norma se remita al Estatuto en algunos aspectos de su regulación, (que es la opción más habitual), o incluso remita en su totalidad a la norma marco de la función pública. En todo caso, todos ellos cuentan con sus estatutos singulares, sin necesidad de respetar los mínimos que marca el EBEP.

En concreto el artículo 4 EBEP, excluye de su ámbito de aplicación, por considerar que deben regirse por su “*legislación específica*”, a los siguientes

⁷¹ Art. 2.5 EBEP: “*El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación*”.

empleados correspondientes a los Órganos Constitucionales⁷² y Estatutarios de las CCAA: personal funcionario de las Cortes Generales, y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, personal del Defensor del Pueblo, que se considera personal al servicio de las Cortes); personal al servicio de la Administración de Justicia; militares de las Fuerzas Armadas; personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; personal retribuido por arancel (notarios y registradores de la propiedad) y personal del Centro Nacional de Inteligencia.

La redacción del artículo 4 EBEP es confusa, porque como hemos visto en ocasiones hace referencia expresa al personal “*funcionario*”, y en otras la “*personal*” en general. Cuando la norma hacer referencia expresa la personal funcionario, nos lleva a pensar⁷³ que el personal laboral de las Cortes Generales y demás Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el de los Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas, no se excluye, y por tanto se debería regir como personal laboral sometido al EBEP, y en cambio, en otros supuestos del mismo artículo, en que se hace referencia a todo el personal, la exclusión del ámbito del EBEP es también para los laborales, que se regirán según lo que determine sus normas específicas. En mi opinión esto es un mero defecto de redacción, siendo en esencia todos excluidos, a salvo de las remisiones que la norma particular pueda hacer a la aplicación del EBEP.

Como ya mencionamos, también el personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (artículo 5 EBEP), fruto de la privatización del servicio de correos, compuesto por funcionarios originales, (que pese a prestar servicios

⁷² Tratándose de órganos constitucionales, el precepto se refiere al Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado. La organización y funcionamiento de todos estos órganos se regula por Ley Orgánica según la Constitución. Sánchez Morón, M. Comentarios al EBEP. Pág. 59 Lex Nova 2009.

⁷³ Sánchez Morón, M. Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público. Lex Nova 2009.

en una sociedad mercantil conservan su condición de funcionarios)⁷⁴ y personal laboral, que se regirán, respectivamente, por su normativa específica, y por el derecho laboral común (*“la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables”* art. 5 apartado 2 EBEP)⁷⁵, de tal forma que a los empleados laborales de esta Sociedad, en principio, se les excluye del EBEP. No obstante, conforme con el art. 2.5, el EBEP será norma supletoria también para los laborales de la Sociedad Estatal de Correos.

Por último, la Disposición Adicional Primera del EBEP hace referencia a los que los empleados de las *“entidades del sector público estatal, autonómico y local, no incluidos en el artículo 2 del EBEP y que estén definidas así en su normativa específica”*.⁷⁶ El personal de estas entidades sería el ejemplo de exclusión relativa del EBEP, regulándose por el derecho laboral común, pero con la exigencia de ajustar su actuación a códigos de conducta (art. 52 EBEP), los principios éticos (art. 53), los de conducta (art. 54), los principios rectores del acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicios (art. 55), y los relativos a las personas con discapacidad (art. 59).

Así pues, no puede hablarse más que de una aplicación ultra-limitada del EBEP al conjunto de entidades instrumentales,⁷⁷ propias de la acción

⁷⁴ *“¡Merece la pena admirar el milagro jurídico que comporta una sociedad anónima servida por funcionarios públicos! Por ello el Estatuto establece que el personal funcionario de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en el EBEP”*. Parada Vázquez, R.

⁷⁵ Hasta la aprobación del EBEP el artículo 3 del Estatuto del personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos señalaban que *“el personal laboral se regirá por las estipulaciones de su contrato de trabajo, por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y por las demás normas con rango de Ley, así como por este Estatuto, y las demás normas reglamentarias que les sean de aplicación y por los pactos derivados de la negociación colectiva”*. Sin embargo, a la vista del contenido del art. 5 del EBEP se concluye la implícita derogación de dicho precepto. El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático. AAVV, Editorial Comares, Granada, 2008.

⁷⁶ Advierte el profesor Sánchez Morón, que debe tenerse en cuenta que en ocasiones se denomina impropia sociedad o fundaciones a entes que tienen personalidad de Derecho Público según la legislación aplicable o sus estatutos (caso de las llamadas *fundaciones públicas sanitarias* del artículo 111 de la Ley 50/1988, y RD 29/2000, de 14 de enero). Al personal de estos entes públicos sí les será de aplicación el EBEP.

⁷⁷ Algunos autores como Mauri Majos, J., consideran en cierta forma justificado, y jurídicamente suficiente el tratamiento dado al personal de entidades excluidas del ámbito de

pública que adopten forma societaria mercantil o fundacional y que se financien mayoritariamente con cargo a los presupuestos públicos.

Frente a éstas, en el caso de las empresas con participación minoritaria del Estado el personal a su servicio se rige por el derecho laboral común, -sin los principios y límites que rigen en otros supuestos derivados de los principios constitucionales-.

También adelantamos que el EBEP establece una excepción significativa en su Disposición Adicional 4^a,⁷⁸ que declara de aplicación del EBEP en el ámbito de las ahora denominadas Autoridades Administraciones Independientes (A.I.I.), del art. 109 y 110 LRJSP⁷⁹, pero *“en la forma prevista en sus leyes de creación”*. Es decir, que se atribuye la opción a este ámbito de la Administración, en cuanto a la elección del régimen jurídico de sus empleados públicos.

En todo caso hay que matizar que, según la DA 10^a, 1 de la LOFAGE (vigente hasta 2 de octubre de 2016), en esta materia, la exclusión tal y como se plantea en el EBEP no es del todo precisa, de cara a determinar el régimen jurídico a de su personal. Esto se debe a que no todos los organismos y entidades que figuraban en la Disposición Adicional 10^a, 1 de la LOFAGE, son equivalentes, siendo de entre los que menciona la norma verdaderos *“organismos reguladores”*: la Comisión Nacional del Mercado de Valores; La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; Consejo de Seguridad

aplicación del EBEP, (...“con ello se hace patente que el reconocimiento y la integración de la contratación laboral en el empleo público no evita la huida del régimen jurídico del empleo público aunque se consigue la aplicación de algunos principios y reglas de naturaleza pública a su personal, lo que a mi parecer no es poco. Lo cierto es que es mucho. Hasta el momento el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las entidades públicas que adoptan formas empresariales o fundacionales no ha sido ni el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, ni el régimen jurídico del personal laboral al servicio de un empresario privado, presentándose como un régimen jurídico peculiar de tercer tipo que deberá acercarse ahora al primero de los modos previstos”.)

En mi opinión, el problema que surge alrededor de esta cuestión es la dificultad (por no decir imposibilidad) de hacer realidad el respeto a dichos principios y reglas de naturaleza pública en un ámbito más cercano al sector privado que al público, pero que al fin es también financiado en gran medida con fondos públicos.

⁷⁸ Disposición Adicional 5^a en el texto original del EBEP aprobado por Ley 7/2007.

⁷⁹ Conforme con la DA 10^a 1 de la LOFAGE: Administraciones independientes u Organismos Reguladores.

Nuclear; El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; la Agencia Española de Protección de Datos.⁸⁰

Esto supone que no siendo organismo reguladores, en el resto de supuestos que recoge la DA 10^a .1, se entiende de aplicación el contenido del EBEP por no existir excepción en tal sentido,- siendo estas: las Universidades no transferidas, el Consorcio de la zona especial de Canarias, el Museo Nacional del Prado, el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía y el FROB, -sin embargo, todos ellos cuentan con regulación propia y se entendía subsidiaria la aplicación de la propia LOFAGE, D.A. 10^a .1 apartado segundo-.

Hoy por hoy, con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), esta libertad de elección del régimen jurídico para su personal se traslada en la nueva Disposición Adicional cuarta del EBEP a las denominadas Autoridades Administrativas Independientes (AII). Las AII se definen en el artículo 109 de la LRJSP como las *“entidades de derecho público vinculadas a la AGE, con personalidad jurídica propia, que tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas”*...

En definitiva, no hay ninguna novedad al respecto. En la composición de estas entidades conviven funcionarios adscritos a estos organismos, -que se rigen por la normativa funcional común-, y personal laboral, que se rige conforme determina su propia normativa, (es decir, quedando fuera de los mínimos y especialidades propias del empleado público laboral al servicio de las Administraciones que marca el EBEP, salvo que su particular regulación diga otra cosa).

Efectivamente se mantiene así la tan criticada excepción a la regla de la funcionarización del personal al servicio de las Administraciones, que estaba marcada por el 15.1,c) de LMRFP. Como consecuencia de esto, el régimen ordinario de la mayoría del personal al servicio de muchas de estas Administraciones es el laboral, en virtud de lo establecido en sus normas de

⁸⁰ *Disposición adicional décima, núm. 1 redactado por la disposición final segunda de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión («B.O.E.» 19 junio). Vigencia: 20 junio 2015.*

creación. Dichas normas establecían la sujeción de su personal a la regulación laboral común, y dado que no ha habido ninguna modificación al respecto, el hecho es que el personal que legalmente debería ser funcionario por la entidad de las potestades públicas que desempeñan queda sometido al régimen laboral.⁸¹

Para completar esta revisión del ámbito subjetivo de aplicación del EBEP en toda su extensión: inclusiones, exclusiones y exclusiones con particularidades, debemos hacer referencia a un grupo que no son parte de los empleados públicos, pero que ocupan puestos en las Administraciones de designación política. Son las denominadas *autoridades públicas*, que coexisten con los empleados públicos, y que si bien trabajan en la Administración no se incluyen en el ámbito de aplicación de ninguna de las normas reguladoras del personal al servicio de las Administraciones, por ser cargos políticos o de gobierno, (distintos a los denominados eventuales, o puestos de confianza), y por tanto no ser empleados públicos de ningún tipo. Estos puestos de autoridad son temporales y se sitúan en los ámbitos superiores de la Administración, con competencias y funciones netamente políticas. Se caracterizan también por ser nombrados y cesados por criterios políticos.

Su desvinculación al puesto no conlleva ningún tipo de derecho indemnizatorio. A modo de ejemplo mencionaremos los puestos de Ministro, Secretarios de Estado, Subsecretarios, Directores Generales de la Administración central. En las Administraciones autonómicas los Consejeros, Secretarios Generales, etc, en las Administraciones locales los Concejales, Diputados Provinciales, etc.

Este cuadro no quedaría completo sin hacer mención al personal que trabaja para las Administraciones vinculados a contratos de prestación de servicios regulados por el RDL 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos en el Sector Público. Estos trabajadores prestan servicios laborales para entidades privadas ajenas a la Administración, pero desarrollan su prestación de servicios en las

⁸¹ PARADA VAZQUEZ, R. Derecho del Empleo Público. Marcial Pons, 2007, Madrid.

dependencias de las Administraciones, (contrata de limpieza, seguridad, servicio de notificaciones, etc...). No son empleados públicos, pero físicamente trabajan en y para la Administración, como cualquier otro empleado público, y en muchos casos, en mi opinión, deberían serlo por la entidad de la actividad que desarrollan, esencial para un Estado Social como el nuestro, (véase, servicios sociales o asistenciales de diverso tipo).

La tendencia es, cada vez más, a utilizar estos servicios externalizados para evitar el vínculo con los empleados, y para abaratar el coste del servicio, - permitiendo, por tanto, la consiguiente precarización de la relación laboral-. Este tema se tratará de forma particular en otro apartado del presente trabajo.

Algo similar sucede con los profesionales libres que son contratados de forma directa, mediante arrendamientos de servicios, por las Administraciones, aunque en éste caso el problema no es la precarización de la prestación del servicio, sino el auténtico fraude de ley que suele darse en estos casos. El problema de los falsos autónomos que esconden auténticos vínculos laborales detrás de supuestos encargos a profesionales libres, que son notorios en la práctica de la empresa privada, pero desgraciadamente también en el ámbito de las Administraciones Públicas.

CAPÍTULO IV. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (RDLg. 5/2015).

1. El planteamiento general en el Estatuto Básico del Empleado Público, y el nuevo concepto de “empleado público”.

La nueva regulación del sistema de función pública que aporta la Ley 7/2007, del Estatuto Básico de los Empleados Públicos (EBEP) supone, no sólo la integración de los principios y normas esenciales, aplicables a todos los empleados públicos (funcionarios y laborales), sino también una manifestación más, del constante proceso de aproximación de los regímenes jurídicos de ambos tipos de empleados públicos (la laboralización de los funcionarios, y la funcionarización de los laborales).

Este proceso, como ya comentamos, se inicia con la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRPF), pero progresivamente ha venido reflejándose en distintas disposiciones legales y reglamentarias, así como en la jurisprudencia. No obstante, con la actual crisis, se ha producido en gran medida un importante distanciamiento de ambos regímenes, en perjuicio claro está de los derechos de los laborales, como más adelante comentaremos.

Como resultado del objetivo del EBEP de instituirse como el instrumento jurídico que establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, sumado la aceptación sin ambages de la figura del personal laboral en las Administraciones, obtenemos la articulación del propio concepto de “*empleado público*,” que constituye una redefinición jurídica del término.

Efectivamente, el legislador considera y denomina “*empleado público*” al personal que desempeña funciones retribuidas en las Administraciones Públicas (art. 8 EBEP), creando de esta forma un nuevo modelo que incluye a funcionarios ordinarios, funcionarios interinos, laborales (en sus distintas modalidades de fijos, temporales y indefinidos no fijos), y personal eventual.

En el siguiente epígrafe, analizaré brevemente los tipos de empleados que regula el EBEP, no tanto para realizar un estudio pormenorizado de cada uno de ellos, sino para aportar una visión en perspectiva del marco completo que configuran el legislador del Estatuto, y los contrastes existentes entre los mismos. Creo que esta visión puede ser útil para tener claro dónde se integra y cuál es el papel del personal laboral, objeto del presente trabajo de investigación.

1.1. Tipos de empleados públicos en el EBEP: funcionarios de carrera; funcionarios interinos; personal laboral (fijos, indefinidos no fijos y temporales); personal eventual; directivos profesionales.

El Título II del EBEP se dedica a definir y delimitar las características de los tipos de empleados públicos al servicio de las Administraciones. El modelo de clases de empleados públicos de la nueva norma responde, básicamente, a la que aportó en su día por el Texto Articulado de Funcionarios Civiles de 7 de febrero de 1964, que ampliaba los distintos vínculos posibles en el empleo público, introduciendo, además de los ya existentes, funcionarios de carrera, interinos y contratados administrativos, el denominado personal eventual, y a los contratados laborales en la Administración Pública, -pero no con el alcance que lo hace el EBEP-.

Como hemos adelantado, el EBEP introduce, como principal variante frente a sus antecesoras en el ámbito de la estructura del empleo público, el propio concepto de *empleado público*, es decir, en el hecho de regular conjuntamente, -aunque independiente en su régimen jurídico-, el personal al servicio de las Administraciones, ya sean funcionarios o laborales.

El artículo 8 del EBEP los define como aquellos que “*desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*”, de tal forma que el concepto “empleado público” nos lleva a entender que en aquellos preceptos de la norma en los que se haga referencia a tal calificación, se entiende que su contenido se aplicará sin distinción a todos ellos, sea cuál sea su naturaleza.

En relación al personal laboral, es novedosa la descripción de su condicionada naturaleza laboral, (aunque de hecho ya funcionaban así), al aceptar las regulación de su contenido por la legislación laboral y convencional, pero a la vez serán de aplicación *“los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*, (artículo 7 EBEP). La redacción de este artículo, a efectos del Derecho del Trabajo supuso una ruptura, puesto que al someter el contenido de la regulación a las normas laborales, pero también a las del EBEP, lo distinguen definitivamente de las relaciones laborales comunes, y aunque no se llegue a denominar como tal, se articula como una relación laboral especial.

En definitiva, la clasificación de los tipos de empleados queda dividida en: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, (fijos, indefinidos o temporales), y personal eventual. También la novedosa figura del directivo profesional, si bien es discutida doctrinalmente su condición o no, de empleado público, dado que su vínculo y régimen jurídico se diferencia del resto.

1.1.1. El personal funcionario de carrera.

El artículo 9 EBEP define a los funcionarios de carrera como *“quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una regulación estatutaria regulada por el derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales de carácter permanentes”*.

La vinculación a una Administración por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo (EBEP, Leyes de la Función Pública, reglamentos de desarrollo...), es la característica principal que distingue a los funcionarios de carrera. Son trabajadores por cuenta ajena, y retribuidos pero su régimen jurídico es necesariamente distinto al vínculo laboral porque el empleador es la Administración, sus funciones implican, en mayor o menor medida, la participación en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales (artículo 9.2 EBEP), y de hecho ellos mismos se integran y son parte de la Administración.

Dos de sus características principales son la adquisición de su condición conforme a los principios de *“mérito y capacidad”* (artículo 103 CE), y la

permanencia de la relación jurídica de servicio, que garantiza su independencia frente al poder político, -que constituye su más poderoso elemento diferenciador del resto de empleados públicos-.

Dentro de este régimen específico y diferenciado al laboral cuyo régimen jurídico regula el EBEP distinguimos entre funcionarios de carrera (permanentes), o funcionarios interinos (con vinculación temporal pero inamovibles al igual que los de carrera, -en el sentido de no ser posible su remoción discrecional-, y con un régimen distinto a los laborales temporales). Son distintos tipos de funcionarios, y en ningún caso los funcionarios interinos son funcionarios de carrera temporales, de hecho tienen distintos regímenes jurídicos, sin perjuicio de que podamos afirmar que su naturaleza es funcional dado que el artículo 10.5 EBEP establece de aplicación a los interinos las normas correspondientes a los funcionarios de carrera “que sean compatibles o adecuadas con su situación” (artículo 10.5 EBEP).

No podemos olvidar que el concepto de funcionario incluye una gran variedad de empleados al servicio de las Administraciones, muchos de los cuales tienen su propia legislación específica y quedan, en principio fuera del ámbito de aplicación del EBEP, (salvo aplicación supletoria, o subsidiaria según los casos, como ya vimos al principio del presente epígrafe). Para conocer el régimen jurídico de cada uno de ellos tendremos que acudir a dichas normas específicas.

1.1.2. El personal funcionario interino.

El artículo 10 EBEP define a los funcionarios interinos como: “...*los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*
- b) La sustitución transitoria de los titulares.*
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.*

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.”

El concepto de funcionario interino se ha ampliado respecto a la definición de la Ley de Funcionarios Civiles del año 64, estableciendo los supuestos tasados en los que se podrá acudir a esta forma de contratación, estableciendo las causas de su cese, y equiparando prácticamente los derechos retributivos a los de los funcionarios de carrera. Este cambio normativo es consecuencia de la necesidad de evitar y controlar el abuso que ha existido en el nombramiento de interinos en las distintas Administraciones, y la prolongación excesiva en el tiempo de dichos funcionarios, constituyendo en muchos sectores de la Administración (sanidad y enseñanza sobre todo) auténticas situaciones de abuso que aún actualmente perdura, con enormes bolsas de interinos que han crecido aún más en los últimos años de crisis económica (ver Anexo I de esta obra).

Esta realidad está avocada a una revisión que probablemente suponga un cambio sustancial de su regulación en los próximos tiempos. Esto es obligado como resultado de la aplicación de la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en interpretación de la Directiva 1999/70/UE. En concreto, la Sentencia del TJUE (Sala décima), Asunto C-16/15, de 14 de septiembre de 2016, sobre contratación laboral temporal abusiva, en la que el Tribunal declara que existe contradicción entre la norma nacional y la mencionada Directiva, al permitirse por la norma española el sucesivo nombramiento como miembro del personal estatutario temporal eventual del Servicio Madrileño de Salud, para cubrir servicios que en realidad constituyen necesidades permanentes y estables, y que por tanto vulnera la cláusula 5, 1 letra a) del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, anexo de la Directiva 1999/70/CE.

Por otra parte, en relación a la selección de los funcionarios interinos, el EBEP establece que deberán hacerse mediante *“procedimientos ágiles pero respetando en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”*, (artículo 10.2 EBEP). El problema, como es sabido, reside en la necesidad de solucionar la estabilización de las bolsas de funcionarios interinos

que existen en algunos sectores de actividad, y a la vez no infringir los principios constitucionales que informan el acceso a la función pública. Si bien, el hecho es que el EBEP no concreta, ni delimita los parámetros de diferenciación y flexibilidad en contraste con el acceso de los funcionarios de carrera, por lo que las normas desarrollo deberán concretar en su momento sobre esta materia.

Por último se ha de mencionar el artículo 10.5, establece que *“a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”*. Ciertamente el EBEP ha resultado ser un tímido paso adelante a favor de la equiparación entre funcionarios de carrera e interinos, eliminando algunos de los agravios comparativos de los regímenes jurídicos diferenciados entre funcionario de carrera e interino que no tenía justificación y que constituyen una vulneración de lo establecido en la normativa comunitaria. Sin embargo hay otros aspectos que se mantienen diferenciados, como la carrera profesional y la movilidad voluntaria.

Estas particularidades en algunas ocasiones tendrán justificación real pero en otras se han declarado como irregulares y discriminatorias, por la jurisprudencia dictada por el TJUE,⁸² de nuevo, en interpretación de la Directiva 1999/70/CE, que a todas luces no ha sido hasta ahora debidamente transpuesta en nuestro ordenamiento, obligando a reformar normas concretas a golpe de demandas y sentencias, y que sin duda, como antes comenté, conllevará una importante reforma legal de esta figura en breve.

Un expresivo ejemplo sobre este particular, lo constituye la reforma introducida en la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por Ley 2/2016, de 11 de mayo, dictada en materia de valoración de la antigüedad a efectos de méritos, a fin de que compute tanto la antigüedad del personal funcionario, como la de los interinos, cuando no existan razones objetivas que justifiquen. La nueva regulación establece que la antigüedad en la Administración a efectos de

⁸² En este sentido Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Asunto C-307/05; Sentencia de 15 de abril de 2008, Asunto C-268/06; Sentencia de 23 de abril de 2009, Asuntos C-378/07 y 380/07.

méritos en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y de promoción interna, se computarán los servicios prestados como personal funcionario y como interino. De esta forma se armoniza la regulación autonómica en esta materia con la Directiva 1999/70/CE, y especialmente con el principio de no discriminación recogido en la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración de determinada, así como la jurisprudencia del TJUE (por todas, SJUE de 8 de septiembre de 2011)⁸³.

La propia Ley 2/2016, explica en su Exposición de Motivos que la raíz de esta reforma reside en la sentencia del TSJ de Andalucía (Granada), de 29 de octubre de 2012, que revocó las bases de un concurso de méritos en las que se valoraba de igual forma la antigüedad del personal funcionario y eventual, pero que efectivamente eran contrarias en este punto a lo establecido en el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión de puestos y promoción profesional de la Junta de Andalucía⁸⁴. En definitiva, tanto la normativa de la Unión Europea, como la doctrina de su Tribunal de Justicia, vienen matizando el régimen jurídico de este tipo de empleados públicos, igual que sucede con los empleados públicos laborales con contrato de duración determinada.

No obstante, es cierto que el EBEP introduce algunos avances en equiparación de condiciones, que tiene como principal ejemplo el logro en materia retributiva, habiendo sido reconocido el derecho a la retribución de los trienios por los servicios prestados, (artículo 25.2 EBEP). En todo caso, como hemos comentado, la reciente jurisprudencia del TJUE en materia de contratación temporal e igualdad de trabajo respecto al personal fijo, obligará, al igual que en el ámbito laboral, a realizar próximamente importantes reformas legislativas.

⁸³ MORENO VIDA, M.N. *“La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal en las Administraciones Públicas..”*. Trabajo y Derecho. Núm. 21, septiembre de 2016.

⁸⁴ Esto supuso el inicio por la Comisión Europea del Proyecto Piloto 5241/13/EML, sobre igualdad de trato en los procedimientos de selección de personal en el sector público español, que es trámite de instrucción previo a la apertura de un procedimiento de infracción del art. 258 TFUE, por vulnerar la Directiva 1999/70/CE.

1.1.3. El personal laboral: fijo, indefinido y temporal.

El EBEP define al personal laboral incluido en su ámbito de aplicación como aquel *“que en virtud de contrato escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”* (artículo 11.1 EBEP).

Así, un aspecto significativo que recoge el EBEP es la clasificación de empleados públicos laborales en tres grupos según la duración de su vínculo contractual: los trabajadores laborales fijos, indefinidos no fijos y, trabajadores temporales.

Efectivamente el artículo 11.1 EBEP recoge la clasificación del personal laboral conforme a la duración de su contrato, pero con la especial particularidad de no reflejar el esquema propio del sector privado que diferencia entre trabajadores indefinidos y temporales, añadiendo, (y de esta forma creando a nivel legislativo), la figura de origen jurisprudencial denominada personal *“indefinido no fijo”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 y 21 de enero de 1998). Esta figura, (que es tratada de forma particular en apartado siguiente, y en el Capítulo VI (pág. 243 y ss.), es consecuencia de la existencia de fraude en la contratación temporal en el ámbito de las Administraciones, que originó graves problemas jurídicos, que si no han sido resueltos, al menos se van componiendo inicialmente en vía jurisprudencial, y posteriormente legal con el propio reconocimiento de la figura del *“indefinido no fijo”*.

En relación a este particular no quiero dejar pasar una interesante recomendación que realizaron los expertos en el Informe de la Comisión de Expertos previo al Estatuto, -que, en este caso, no fue atendida por el legislador-, que podría ser la medida preventiva para evitar las irregularidades en las contrataciones, que consistía en regular la posibilidad de sancionar a los responsables de estas contrataciones no ajustadas a derecho (de interinidad y laborales), de las que tanto se ha abusado, y que realmente habría sido un elemento definitivo para atajar el problema de cara al futuro, (*“... El titular del*

órgano de contratación asumiría la responsabilidad que le pudiera corresponder por la irregularidad cometida, ya sea de carácter disciplinario, patrimonial o, en su caso penal....”, Apartado 23 del Informe de la Comisión de Expertos).

Respecto a las modalidades de contrato de trabajo, ni la normativa anterior, ni ahora el EBEP, definen particularidades significativas, -si bien aunque formalmente parezca que no las hay, de hecho sí existen en algunas de ellas.-⁸⁵ En concreto, el artículo 11.1 EBEP prevé expresamente la contratación laboral bajo *“cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral”*. El artículo 35 del RGIPP establece que se podrá acudir a este tipo de contratación para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo, en los términos estudiados al principio del presente epígrafe. Por su parte, el EBEP remite indirectamente, mediante el artículo 11.1 EBEP, a la regulación sobre esta materia existente en la legislación laboral, y consecuentemente al Estatuto de los Trabajadores, de tal forma que se acepta la contratación laboral fija, la temporal, en todas sus modalidades, e incluso, (dado que no se excluye), la relación laboral especial de alta dirección (artículo 13.4 EBEP).

Como antes afirmaba, aunque el planteamiento legal no lo refleje, la realidad es que sí existen particularidades en relación a la contratación laboral del personal al servicio de la Administración. Son ejemplos de ello, la exigencia de forma escrita en todos los casos, -anulando la posibilidad de contratación verbal que prevé la norma laboral, conforme establece el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores-, o el importante requisito de acceso al puesto conforme a los procedimientos que legalmente se establezcan para ello en la legislación administrativa, a fin de garantizar el debido respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE).

⁸⁵ El profesor Sala Franco ponía en duda que esta equiparación fuese posible y real, como de hecho luego se ha visto, por ejemplo con los contratos laborales de naturaleza temporal de interinidad por vacante.

Sin perjuicio de lo anterior, también es diferente la aplicación de algunas modalidades creadas con contractuales al ámbito de las Administraciones, como

Por último, es necesario recordar que, al igual que sucede en el ordenamiento jurídico laboral, la contratación temporal es una excepción al principio general del contrato de carácter indefinido, de tal forma que las partes no están legitimadas para elegir la modalidad contractual que deseen, sino que existen una serie de casos concretos previstos legalmente, en los que se podrán concertar este tipo de relación laboral temporal, (STS de 5 de mayo de 2004). El artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores desarrollado por Real Decreto 2720/1998, es el precepto de referencia a la hora de determinar los posibles tipos de contratos temporales causales que, conforme a nuestro ordenamiento laboral son una lista cerrada, sus características y duración máxima, o elementos que determinarán el límite a la duración del vínculo contractual.

1.1.4. Especial referencia al personal laboral “indefinido no fijo”: paradigmático ejemplo de conflicto entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo.

Particular referencia precisa el que la jurisprudencia denominó en su día “*personal laboral fijo por tiempo indefinido*”. En el ordenamiento jurídico laboral el personal indefinido y el trabajador fijo son una misma cosa, si bien el EBEP diferencia estos dos tipos de personal, consolidando la categoría de empleados públicos laborales “indefinidos”. El artículo 11.1 del EBEP procedió a legalizar dicha figura en el EBEP, incorporando a estos trabajadores al concepto de “*empleado públicos*” no fijos.

Esta figura, que como hemos indicado, tiene su origen en la jurisprudencia, es consecuencia y reflejo de la utilización fraudulenta de la contratación temporal en las Administraciones Públicas y, de la difícil solución que tiene el conflicto entre el Derecho Administrativo, y el laboral, al que avoca la propia existencia de la relación laboral de empleo público.

Se consideran como tales a los trabajadores que habiendo sido contratados mediante una relación laboral temporal de forma fraudulenta para prestar servicios en la Administración, ven reconocido el derecho a quedar vinculados a la plaza que ocupan, pero sin consolidar su fijeza, que sólo obtendrán superando el correspondiente proceso selectivo.

El complejo problema jurisprudencial que plantea este problema, ha originado la sucesión de diversas doctrinas interpretativas, en las que los juzgadores han intentado acomodar la aplicación de la legalidad y los principios administrativos ante incumplimientos y graves irregularidades en la contratación. En principio, a todo contrato laboral firmado por la Administración le es de aplicación la normativa laboral, -si bien dicha aplicación, como antes se indicó, no es en ningún caso netamente laboral-, pero esta máxima choca con los principios reconocidos constitucionalmente de “*igualdad, mérito, capacidad y publicidad*” en el acceso al empleo público (artículo 23.2 y 103.3 CE).

Esto conllevaba el choque directo de los principios rectores del Derecho Administrativo, y el derecho a la estabilidad en el empleo proclamado por la normativa laboral. El resultado de esta cuestión fue la proliferación de una numerosa y cambiante jurisprudencia, que finalmente unifica la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de reconocer esa peculiar figura del “*indefinido no fijo*”, del contratado laboral víctima de una relación laboral fraudulenta, que ahora legaliza, -pero no regula,- el EBEP en su artículo 11.1, (por todas: SSTs de 7 de octubre de 1996; STS de 20 de enero de 1998; STS de 23 de abril de 1999, STS de 9 de julio de 2001).

De esta forma, en una primera etapa, primaba la aplicación a estos casos de las normas y principios administrativos. Se aceptó jurisprudencialmente que la relación laboral en cuestión no es de naturaleza indefinida, sino que es de duración incierta, permitiendo que el trabajador permaneciese en el puesto, con dicho contrato irregular, hasta que la plaza

fuese cubierta definitivamente mediante el proceso selectivo reglamentario (Sentencia Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 24 de abril de 1990). De tal forma que la extinción de estos contratos irregulares no podía considerarse como una causa de despido procedente, sino que se “*subsumiría, si acaso, en el artículo 49.1 ET como una nueva causa de extinción del contrato, carente de régimen jurídico para la determinación de sus efectos*”⁸⁶, y por tanto sin derechos indemnizatorios de ningún tipo.

Esta doctrina que, lógicamente, venía siendo denunciada principalmente desde ámbitos sindicales, evolucionó hasta ser reconocido el derecho a la conversión de los contratos irregulares en fijos, aplicando en sentido estricto la normativa laboral,⁸⁷ (STS de 11 de febrero de 1991 y STS de 6 de mayo de 1992). Seguidamente la jurisprudencia da otro giro, en un intento de equilibrar la aplicación de la legislación laboral y los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público, pasando a configurar la figura del “indefinido no fijo”, pero sin aclarar los efectos jurídicos de tal calificación (STS de 10 de diciembre de 1996, STS de 24 de abril de 1997).

Finalmente ha sido considerada una obligación a término, con derechos indemnizatorios que antes no se le reconocían, (esta figura y la mencionada jurisprudencia es objeto de análisis particular en el apartado relativo con detalle en el Capítulo V de la presente obra, pág. 243 y ss. y en los dos apartados finales del Capítulo XIII sobre extinción).

Para terminar este cuadro básico sobre la configuración de la figura de los empleados públicos “indefinidos no fijos”, hay que advertir que el régimen jurídico de estos, -al igual que al de todos los que son empleados públicos no fijos-, se verá afectado, como consecuencia de la reciente sentencia de TJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-596/2014, que en materia de indemnización por finalización de contrato de duración determinada, (incluidos

⁸⁶ BORRAJO DACRUZ, E. “*Contratación temporal y Administraciones Públicas: Evolución jurisprudencial*”. Actualidad Laboral, Madrid. 18/1998.

⁸⁷ GONZÁLEZ ROZAS, R. “*La reversión de los servicios públicos*”. Comisiones Obreras. Cuadernos de Acción Sindical, Madrid, 2015.

en dicho concepto estos empleados “*indefinidos no fijos*”). Esta doctrina ha supuesto una pequeña revolución (aún polémica y con diferentes lecturas), pero que deja clara la postura de la Unión Europea en materia de contratación temporal, exigiendo razones objetivas que justifiquen un trato diferenciado, en este caso en materia de derechos indemnizatorios, de los laborales fijos y los temporales, (entre los que se incluyen a los indefinidos no fijos), y que consecuentemente reconoce el derecho a las mismas indemnizaciones por razones extintivas que disfrutaban los trabajadores fijos de plantilla, Auto de 11 de diciembre de 2014, Asunto C-86/14, León Medialdea y Ayuntamiento de Huétor Vega).

1.1.5. El personal eventual (o de confianza).

En la misma línea de la normativa precedente al EBEP (artículo 20.2 LMRFP, que definía la figura como “*el que ejerce funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial*”), su artículo 12 define al “*personal eventual*” como aquél que en virtud de nombramiento, -y no de contrato a diferencia de los laborales-, “*y con carácter no permanente*”, quedan vinculados a la Administración Pública para *realizar “funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuidos con cargo a los créditos presupuestarios consignados a este fin*”. Los eventuales del EBEP, son a su vez, continuidad de la tan cuestionada figura que introdujo en su día la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en su Texto articulado de 1964.

El EBEP no aporta grandes novedades sobre la regulación de esta figura, si bien es destacable la clara diferenciación que hace entre estos empleados públicos y el resto: personal laboral, funcionarios (en particular frente a los puestos de libre designación, que como es sabido son puestos de nombramiento discrecional, pero dentro del personal con condición de funcionario), y sobre todo, de los directivos, que con anterioridad eran confundidos con esta figura, y que como se verá, se configuran como un tipo de empleado particular e independiente, con su propio régimen jurídico, (dicha confusión es especialmente significativa en el ámbito de la Administración

Local, a consecuencia de la posibilidad que establecía el artículo 176.3 del R.D. Legislativo 781/1986, donde se admite el desempeño por personal eventual de puestos de trabajo de carácter directivo).

La regulación de aspectos clave de esta figura se remite al desarrollo reglamentario posterior, en particular la determinación de los órganos de gobierno que pueden disponer de este tipo de personal, y la concreción del número máximo y condiciones retributivas de los mismos, -siendo en todo caso de aplicación al aspecto retributivo los topes máximos característicos de la Administración-. Por otra parte se acepta la asimilación de su régimen al de los funcionarios públicos, “*en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición*” (artículo 12.5 EBEP), existiendo, no obstante, significativas diferencias con el régimen funcional, como el hecho de que no se aplique a este personal reconocimientos como el de la inamovilidad, o del derecho a la carrera profesional y situaciones administrativas, (a diferencia también de otros empleados públicos como los interinos o los laborales fijos).

Parte de la doctrina ha señalado la condición de los eventuales como empleados públicos con vínculo estatutario.⁸⁸ En mi opinión dicha calificación es acertada, pero se acepte o no, lo cierto es que no son funcionarios de carrera, ni políticos, ni personal laboral. Lo que es indudable es el carácter temporal del vínculo, aceptándose su libre nombramiento y cese (artículo 12.3 EBEP), dependiendo su elección únicamente de la libre voluntad de la autoridad que lo nombre. No obstante le son de aplicación algunos límites generales como son la reserva de funciones que quedan reservadas a la función pública de carrera (artículo 9.2 EBEP), la exigencia de habilitación para desempeñar el puesto de que se trate, y la exigencia de dotación presupuestaria reflejado en el apartado primero del artículo 12 EBEP.

⁸⁸ MOLINA NAVARRETE, C. en la obra VV.AA., “*El Estatuto Básico del empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2008*”. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S., RIVAS VALLEJO, P. (Dirs. Y Coords.), Editorial Comares, Granada, 2008.

Respecto al cese en el puesto, se prevé la automaticidad de éste cuando se produzca el cese de la autoridad que lo nombró. Por último hay que destacar que la experiencia en el puesto como eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna (artículo 12. 4 EBEP), y también son excluidos de los órganos de selección (artículo 60.2 EBEP).

Considero que el principal problema que plantea esta figura es precisamente el de su propia existencia, que personalmente cuestiono, y que así lo hace también parte de la doctrinal, y algunas tendencias políticas y sindicales, habiendo sido tildada de anacrónica y difícilmente aceptable en el modelo de empleado público constitucional. No es sólo que esta constituya una excepción a los criterios constitucionales de acceso al empleo público, (igualdad, “*mérito y capacidad*” del artículo 103.3 CE), sino que además adolece de un oscurantismo inaceptable, y supone un gasto para el erario público injustificable cuando a la vez se adoptan medidas de recortes en las condiciones de trabajo por razones de presupuestarias.⁸⁹

1.1.5. El personal directivo profesional.

Una de las novedades, en mi opinión, más importantes que introduce el EBEP es el intento de profesionalizar la función directiva al servicio de la Administración Pública con una figura nueva denominada “*personal directivo profesional*” (artículo. 13 EBEP). Esta figura, debido a su especial naturaleza, siempre tendrá la condición de temporal, -ya sea en su modelo regulador funcional, o laboral-, puesto que no integra una carrera o grupo profesional

⁸⁹ En este sentido es significativo la negativa del gobierno del Partido Popular en 2014 y 2015, de aportar información detallada sobre los puestos de trabajo ocupados en la AGE por eventuales, a solicitud del diario El País. El Consejo de la Transparencia y buen gobierno (organismo independiente creado a raíz de la aprobación de la Ley 19/2013 de transparencia), resolvió a favor de dicho periódico, que instó (pues carece de poder coercitivo), la aportación de dicha información, que hasta el momento no se ha aportado. Se estima que en los gabinetes de los ministerios prestan servicios unos 150 asesores eventuales, con sueldos brutos de casi 60.000 euros de media (en 2013 sumaron 8,3 millones de euros, habiendo aumentado dicho gasto entre 2014 a 2015 en un 18%, “*Gasto en asesoramiento del gobierno y los ministerios*”. El País digital, 18 de enero de 2015). “*Las preguntas que el gobierno no responde (a pesar de la Ley de Transparencia)*”, El País. com, 28 de septiembre de 2016.

sino que su condición se adquiere y ejerce mientras se desarrollen las funciones directivas⁹⁰.

La normativa reguladora del empleo público no hacía referencia alguna a la regulación a estos puestos de responsabilidad o altos cargos como concepto unívoco. No quiere decir esto que no existiese este tipo de personal, y que no estuviese regulado, pero la realidad es que el concepto y su ordenación no eran homogéneos, y la designación de los puestos que tenían esta consideración estaban guiados por criterios de confianza (política o técnica), de los cargos políticos que los designan, siendo o bien elegidos de entre los funcionarios, o bien reclutados de la empresa privada y contratados mediante relación laboral especial de alta dirección (Real Decreto 1.382/1985, de 11 de agosto).

Es cierto que con anterioridad al EBEP han existido normas que han configurado los márgenes de este tipo de personal.⁹¹ La diferencia que marca el EBEP, al introducir en su artículo 13 la figura del alto directivo, lo constituye la intención del legislador de abrir la puerta a la regulación, *ex profeso*, de estos empleados públicos, separándolos del personal eventual y estableciendo unos principios mínimos informadores de su regulación. De esta nueva figura se espera que constituya *“en el futuro un factor decisivo de la modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia”* (Exposición de Motivos EBEP).

El artículo 13 del EBEP se nos presenta como un precepto que abre la posibilidad de la nueva figura del personal directivo profesional, pero no ordena, aunque sí predetermina ciertos aspectos a modo de principios, pero sin proporcionar una definición precisa, o la mínima delimitación de funciones que le sean propios.

⁹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la función pública*. Tecnos, Madrid, 2009.

⁹¹ En este sentido fue significativo el papel, en el ámbito de la Administración central, de la Ley 6/1997, que regulaba la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, (LOFAGE).

Un sector de la doctrina ha llegado a cuestionarse la posible inconstitucionalidad del precepto por constituir un ejemplo de la técnica de “deslegalización” en blanco, de tal forma que *“las carencias de contenido sustantivo en el EBEP... han de suplirse con la aplicación analógica del conjunto de disposiciones del mismo, o bien... sólo las leyes de desarrollo podrán disponer sobre el régimen sustantivo adicional de este tipo de empleado público...”*⁹².

Considero que efectivamente la norma básica debió haber sido más explícita en la regulación de los directivos profesionales, porque lo cierto es que la elección de ésta técnica legislativa de mínimos, (tan mínimos..), puede llevar a la inoperancia del precepto, pudiendo llegar a darse la circunstancia de que en la normativa de desarrollo las Administraciones decidiesen no regularlo, o hacerlo deficitariamente, dejando, por tanto, sin efecto la configuración de la tan ansiada figura que será clave en el proceso de modernización del sistema empleo público.

Lo que sí hace el artículo 13 EBEP, es configurar la dualidad de modelos *“funcionarial”* y *“laboral”*, reguladores para el personal directivo. Efectivamente, los directivos se reclutarán o bien entre funcionarios públicos, o bien entre profesionales del sector privado o entre empleados públicos no funcionarios, mediante el denominado contrato laboral especial de alta dirección (art. 13.4 EBEP). Aunque el Estatuto no mencione qué puestos deberán ser cubiertos con unos u otros profesionales, se entiende que, al igual que sucede con las contrataciones laborales en general, las funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas o de soberanía referidas en el artículo 9.2 EBEP, deberán ser cubiertas mediante funcionarios de carrera.

Los principios o reglas mínimas que establece el precepto del EBEP para los directivos de la Administración son cuatro:

⁹² BERMEJO VERA J. (AA.VV.) *“El personal directivo: ¿nueva tipología de funcionario público?”*. El Estatuto Básico del Empleado Público y su Desarrollo Legislativo. Zaragoza, 2007.

Se delega en la normativa de desarrollo el contenido de las funciones directivas. De esta forma deja abierta la puerta a la descripción de los cargos, puestos y funciones reservados a los directivos. En relación a este punto sí existía cierta delimitación en la normativa de organización del Estado. En concreto el artículo 6 de la LOFAGE (vigente hasta octubre del presente año), determina los órganos directivos de la Administración del Estado central, periférica y en el exterior y de igual forma, -entre otras-, lo hacen la Ley de Bases de Régimen Local respecto a municipios de gran población.

El segundo principio que esboza el artículo 13 EBEP es el de las condiciones para el acceso a estos puestos. Establece que *“la designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia”*. Esto evidencia la separación entre eventuales y directivos pero nada más, puesto que en nada ayuda la indeterminación de los conceptos como la “capacidad”, “competencia profesional”, o la “idoneidad”, (que son incluso imprecisamente definidos por la jurisprudencia como equivalentes a aptitud profesional (STC 67/1989, STC 235/00)). Podemos afirmar, por tanto, que será la regulación de desarrollo la que concrete los aspectos clave de la designación de este personal como son los criterios, procedimientos, y órganos encargados de realizar su selección. En todo caso la intención del legislador es claramente el eliminar la designación de los altos cargos de la Administración, exclusivamente en base a criterios de afinidad política o personal.

Respecto a la permanencia en el cargo, y el cese de los mismos, el EBEP no establece nada. Queda abierta a la normativa de desarrollo la posibilidad de aceptar el libre cese de este personal, al igual que sucede con el personal de libre designación. Teniendo en cuenta la previsión del art. 13 del EBEP, relativa a la necesidad de la sujeción a evaluación de la eficacia y eficiencia en la gestión que lleve a cabo este tipo de personal, previsiblemente estos serán los términos en los que se base su continuidad en el puesto o no.

En todo caso, tal y como comentamos al principio de este epígrafe, la prestación de servicios del personal directivo es necesariamente temporal, de hecho la condición de la relación laboral especial de alta dirección (RD 1382/1985), es en esencia temporal.

Para concluir, el artículo 13.4 EBEP establece la única regla directa sobre la regulación del personal directivo, que es la exclusión de las condiciones de empleo de la negociación colectiva (aspecto lógico, dado que ellos serán los que se sienten a negociar dichos Convenios), y la remisión del personal laboral que acceda a puestos directivos al Real Decreto 1382/85, que regula la Relación Laboral Especial del Personal de Alta Dirección. Esto es realmente lo único que el Estatuto deja en claro del régimen jurídico de éste personal, el resto es la idea de una figura que tendrá, primero que aceptarse, y luego componerse por las normas de desarrollo del EBEP.

2.- La omisión de calificación de las relaciones laborales en el sector público como Relación Especial de Trabajo: su planteamiento teórico y sus consecuencias prácticas.

El personal laboral al servicio de las Administraciones siempre ha quedado vinculado a éstas por una relación de naturaleza laboral, pero con grandes particularidades, -normalmente reguladas en normas Administrativas de distinto tipo, pero careciendo de una regulación *ad hoc*, lo que llevaba a no poder calificarlo como una relación laboral común-. Por esta razón, no es sino hasta la aprobación del EBEP que podemos afirmar que se regula su régimen jurídico como una relación laboral especial conforme a lo establecido en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, -y ello pese a que no se denomine así por el propio EBEP, aun habiendo sido recomendado en este sentido por el informe de la Comisión de Expertos-.⁹³

⁹³ Es por esto que parte de la doctrina se atreve a calificarla como Relación Laboral Especial del personal laboral al servicio de las Administraciones (Sala Franco, Vida Soria, De la Villa Gil..., y expresamente se manifiesta en estos términos el informe de la Comisión de Expertos).

De esta forma pasan de ser teóricamente, trabajadores ordinarios, sometidos al Derecho del Trabajo, a un tipo más de “*empleados públicos*”, con el reconocimiento tácito de una Relación Laboral distinta del trabajador ordinario.

Es cierto que el legislador no dio el paso de denominarla expresamente “*relación laboral especial*” en el EBEP, pero el hecho es que lo configura de esta forma en su artículo 7 mediante la técnica jurídica elegida, tal y como veremos a continuación.

Así pues, teniendo en cuenta que el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores abre la posibilidad a considerar como especial, literalmente a: *i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley*, considero que podemos considerarlo jurídicamente como tal, aunque el legislador no lo denomine así. De hecho entiendo que la denominación, o *nomen iuris* que se le otorgue, es en realidad lo de menos. Si al final lo que existe, y la forma en que se articula, es el equivalente a una relación laboral especial más, la cuestión sobre si es o no relación laboral especial resulta ser una cuestión de nominalismos, sin más. No obstante, es cierto que por razones de coherencia ex artículo 2 del ET y de seguridad jurídica, sería conveniente que el legislador explicitara esta configuración legal.

Hasta la aprobación del nuevo Estatuto, se suponía de aplicación a este personal el ordenamiento jurídico laboral sin matices, - artículo 7 de Ley 315 /64⁹⁴-, pero en la práctica su regulación nunca fue la de un contrato laboral ordinario, puesto que su contenido tenía grandes limitaciones que se introducía mediante distintas normas administrativas, -en definitiva, siempre constituyó una relación laboral modalizada-.

⁹⁴ Artículo 7 de la Ley 315/1964, de Funcionarios Civiles del Estado. 1. Son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable. 2. En todo caso, la admisión de trabajadores al servicio de la Administración civil deberá estar autorizada reglamentariamente.

Efectivamente, el artículo 7 EBEP, pese a no haber optado por calificarla expresamente como relación laboral especial, tal como recomendaba el Informe de la Comisión de expertos, opta por establecer la técnica jurídica propia de las relaciones laborales especiales aplicadas al ámbito de lo público, de tal forma que los laborales incluidos dentro de su ámbito de aplicación se registrarán *“además de por la legislación laboral y por las demás normas aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*.

Esta es la forma en que se regulariza una realidad práctica que ya existía, -si bien de forma desordenada e informal- que era la aplicación matizada o adaptada del derecho del trabajo al personal laboral de las Administraciones, que veían limitado legal (principalmente selección de personal, régimen de incompatibilidades y límites presupuestarios de los convenios colectivos), y jurisprudencialmente muchos aspectos del contenido de su relación laboral, por las exigencias derivadas de los principios propios del Derecho Público, que inevitablemente deben aplicarse a la Administración. Piénsese que, sin perjuicio de ser empleador, y por tanto parte de un contrato de trabajo, la Administración *“en razón de su estatuto constitucional no deja de estar sometida al derecho público o administrativo”* (Informe de la Comisión). De esta forma y definitivamente se supera aquella *“falsa”* afirmación que contenía el artículo 7 de la Ley del 64, que hasta la aprobación del EBEP fue la norma de referencia en relación al régimen jurídico de los empleados públicos laborales.

El resultado de esta configuración jurídica del artículo 7 del EBEP, serán de aplicación a los laborales de las Administraciones todos los preceptos del Estatuto en los que se hace referencia a *“empleados públicos”* en términos genéricos, así como aquellos en los que expresamente se hace referencia al personal laboral, que será de aplicación directa a esto. El EBEP se constituye, por tanto, como una norma especial para ellos, siendo exclusivamente de aplicación supletoria, en todo lo demás, la legislación laboral común, (como sucede en todas las relaciones laborales especiales).

Así pues, el EBEP constituye a efectos del personal laboral, una regulación común para funcionarios y laborales, y un régimen específico

paralelo, que ordena algunas de las figuras clave de la relación contractual, como la propia contratación (acceso, modalidades contractuales, etc...), carrera profesional, condiciones de empleo, representación colectiva del personal, negociación colectiva y extinción de la relación laboral.

3. Las fuentes de regulación del empleo público: descripción del marco normativo que marca el EBEP.

3.1. Descripción del marco normativo en materia de empleo público después de EBEP: Principios, vigencia e instrucciones.

Antes de entrar a estudiar los aspectos más controvertidos de la nueva “*relación laboral especial de empleo público*” conforme a la regulación que marca el EBEP, se ha de tratar un aspecto especialmente complejo y trascendental, como son las fuentes normativas de aplicación que marca el nuevo Estatuto.

Como ya se ha comentado, el EBEP es una norma que trata de dar respuesta desde el ámbito del empleo público a una realidad acuciante que es el enorme desarrollo de la Administraciones autonómicas y locales, -y consecuentemente de su personal-, y la progresiva reducción de la Administración General del Estado. La consecuencia directa y lógica de este proceso de descentralización administrativa es la necesidad de ceder un espacio mayor a la autorregulación del personal a su servicio, con el respeto a los debidos elementos de cohesión y coordinación entre Administraciones, y al principio de solidaridad.

De esta forma el EBEP se configura, según lo que dice la Constitución, como norma básica, en el sentido más amplio del término, puesto que sólo establece la estructura del empleo público, disponiendo las líneas maestras del régimen de personal, desde una perspectiva general y de principios, dejando regulados muchos de ellos como simples habilitaciones abiertas a la posibilidad, y necesidad de desarrollo.

El EBEP es actualmente la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las Administraciones. No obstante su contenido se completa con algunos preceptos de la LFCE y de la LMRFP, que se mantienen vigentes en el ámbito de la Administración General, aunque también hay aspectos concretos que se siguen regulando por normas específicas como la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades, y las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo de los empleados públicos, reguladas por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Estas dos normas no se ven afectadas por el EBEP, y regulan sus propias parcelas, con independencia del mismo, y completando el marco regulador del personal de la Administración.

El Estatuto funciona de forma similar a las Directivas comunitarias, de forma que cuando se aprueben las correspondientes Leyes de Función Pública estatales y autonómicas de desarrollo dejará de tener virtualidad práctica, quedando integrado su contenido en dichas normas. Si las normas de desarrollo no asumen el contenido del EBEP se mantendrá la dinámica de Ley de Bases y de desarrollo, tanto a nivel estatal como autonómico.

Así pues, el EBEP es la estructura general que el Estado marca en materia de empleo público, pero precisa desarrollo normativo tanto a nivel de Administración General del Estado, como Autonómico y Local, (artículo 6 EBEP), si bien el Estatuto no establece una fecha límite para proceder a la aprobación de éstas Leyes de desarrollo, y este es el gran problema.

De hecho, dos años después de su aprobación se firmó en el ámbito de la Administración General del Estado un muy interesante Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la Función Pública de 25 de septiembre de 2009, que podía haber sido el motor de impulso al desarrollo efectivo del EBEP. En dicho Acuerdo se establecía la constitución de un equipo de trabajo en el marco de la Mesa General de Negociación para negociar la futura Ley de la Función Pública, que quedó sin efecto por la crisis económica (en concreto mediante la Disposición Adicional Segunda del Decreto Ley 8/2010, de medidas extraordinarias para el control del déficit público).

A nivel de las Comunidades Autónomas perduran en la mayoría de estas las normas de la función pública anteriores al EBEP. Existen pocas Leyes de la Función Pública posteriores (las de Galicia, Castilla-la Mancha, Valencia) y dos interesantes anteproyectos de ley (de la Comunidad de Aragón y el País Vasco). Si bien como se comprueba por la información que figura en el Anexo II de la presente obra, en lo que afecta al empleo público laboral, son pocos los elementos de desarrollo del EBEP que realmente se articulan en dichas normas, y menos los que se ponen en efectivo ejercicio. Esta circunstancia lleva a prolongar en el tiempo, el complicado proceso de desarrollo normativo, y por ende dejar sin efecto real muchas de las pretensiones del EBEP.

Por otra parte, el régimen transitorio marcado por el EBEP fue controvertido por ser ciertamente complejo. A fin de evitar vacíos normativos, obligó en su día al ejecutivo a aprobar unas Instrucciones Aclaratorias, (Resolución de 21 de junio de 2007, 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). Estas Instrucciones, aunque referidas a la Administración General del Estado, sirve como referencia a todas las Administraciones para concretar el régimen aplicable en materia de empleo público, -en tanto no exista el correspondiente desarrollo normativo-.

En concreto, las Instrucciones señalaban como directamente aplicables:

El Título I, Objeto y ámbito de aplicación; el Título II, Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas; del Título III se considera de aplicación directa el artículo 25.2, (reconocimiento de trienios de los funcionarios interinos), el capítulo IV, sobre Derechos de Negociación Colectiva, representación y participación institucional. Derecho de Reunión; Capítulo V, Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones; Capítulo VI, Deberes de los empleados públicos. Código de conducta; el título IV, Adquisición y pérdida de la relación de servicio; Título V, Ordenación de la actividad profesional, (menos el Capítulo III, relativo a provisión de puestos de trabajo y movilidad); Disposición Final Tercera, apartado 1, régimen de incompatibilidades).

En definitiva, quedan en régimen diferido de vigencia hasta que se produzca el correspondiente desarrollo normativo a nivel estatal y autonómico (Disposición Final Cuarta del EBEP): La carrera profesional, la promoción interna, el régimen retributivo, la provisión de puestos de trabajo y la movilidad. Hasta dicho momento se mantienen *“en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan al EBEB”*.

Así pues, las normas en materia de ordenación, planificación y gestión de personal anteriores al EBEP se mantienen en vigor, siempre y cuando no contradigan el contenido del mismo, -en cuyo caso, se entiende que será de aplicación lo previsto en el EBEP-. Esto significa que la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, mantiene su vigencia en algunos aspectos concretos, y la Ley 30/84, de Medidas de Reforma de la Función Pública sigue rigiendo en lo referente a situaciones administrativas. Por su parte las normas estatales de desarrollo reglamentario también mantienen su vigencia, completando el actual régimen jurídico de empleo público, (véase: Reglamento de Ingreso y Provisión de Puestos de Trabajo, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, el Reglamento de Situaciones Administrativas regulado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, Reglamento de Régimen Disciplinario).

La conclusión que obtenemos de la descripción del marco normativo del empleo público que determinó el EBEP es, principalmente que queda demasiado por hacer. La forma en que se articulen las normas de desarrollo (la Ley de la Función de la Administración General del Estado, y de las Leyes de la Función Pública de las distintas autonomías), junto con la efectiva ejecución de dichas normas por los poderes públicos, serán los factores que determinen la consecución de los objetivos de flexibilidad en las estructuras, la eficacia y modernización en los instrumentos de gestión que propone el EBEP, y por ende, que mejore o no la calidad del empleo público en nuestro país.

3.2. El particular sistema de articulación de fuentes aplicables a las relaciones laborales de empleo público (artículo 7 EBEP), y las consecuentes dificultades en la determinación de la normativa aplicable.

Una de las características del EBEP es que reconoce expresamente la coexistencia de normas administrativas y laborales. Esto es consecuencia lógica del reconocimiento de dualidad de regímenes funcionarial y laboral, y se hace constar expresamente en su Disposición Final 1ª, que establece que la legislación aplicable a los funcionarios tiene habilitación competencial en el artículo 149.1,18 CE, y la del personal laboral se dicta al amparo del art. 149.1.7ª CE.

A su vez, como ya se dijo, la técnica jurídica por la que se opta en el EBEP es la de constituir una legislación básica, a modo de norma marco, -que funciona en muchos casos como norma mínima-, armonizadora para todo el Estado, dejando un importante margen de desarrollo a las normas de desarrollo (las futuras y/o presentes Leyes de la Función Pública en la Administración central y autonómicas).

En concreto, el artículo 1.2 del EBEP en relación con el artículo 7 EBEP establece que los contratados laborales de las distintas Administraciones Públicas, -todas a las que se aplica el EBEP conforme con lo establecido en el artículo 2 EBEP, que ya tratamos-, se regirán por la legislación laboral y convencional aplicable, y *“por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*. Esto significa que *“los laborales”* van a quedar sometidos a las mismas normas que los funcionarios públicos en aspectos esenciales de su régimen jurídico que marca el EBEP, (como son los derechos individuales, -salvo la inamovilidad-, determinación de las cuantías e incrementos retributivos, responsabilidad disciplinaria, principios éticos y de conducta, principios rectores del sistema de acceso...), y en lo no previsto se aplicará lo establecido en la negociación colectiva o, en la normativa laboral.

Lo cierto es que, al final, por propia remisión del EBEP, el grueso del contenido de su régimen jurídico se rige principalmente por la norma laboral y los Convenios Colectivos de aplicación, a pesar de que la fórmula jurídica que plantea el Estatuto es justo la contraria a la prevista anteriormente, donde la

norma administrativa remitía exclusivamente a la regulación de los laborales en la Administración por el Derecho del Trabajo, y posteriormente su régimen jurídico se veía afectado y modalizado por la normativa administrativa.

Otro aspecto importante que hay que señalar en relación al régimen jurídico del personal laboral es que, a diferencia de lo que sucede con los funcionarios de carrera, el EBEP regula una serie de aspectos relativos a los laborales, pero en lo que corresponda regular por la normativa laboral sigue siendo competencia del Estado central en virtud de la reserva establecida por el artículo 149.1.7 CE, en relación a la normativa laboral. Quiere decir esto que las administraciones autonómicas carecen de margen regulador, más allá de las mejoras que puedan introducirse en los Convenios Colectivos, o aspectos regulados en términos de ejecución.

Así, mientras la regulación que recoge el EBEP para los funcionarios públicos es norma mínima, el principio básico de su regulación a desarrollar en innumerables aspectos por la normativa autonómica, para los laborales no existe esa perspectiva con igual alcance. Sin embargo, es cierto que otros temas importantes como la ordenación del empleo público, el desarrollo de los procedimientos de selección y determinados aspectos organizativos serán regulados para todos los empleados públicos, y en este sentido será trascendental, o debería serlo, para la configuración de un nuevo régimen jurídico del empleo público.⁹⁵

⁹⁵ *Se podrá argüir, como se hace en la disposición final primera, sobre habilitación competencial, que las disposiciones del EBEP se dictan al amparo del artículo 149.1.7 de la CE, en función de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación laboral, pero las matizaciones, excepciones o modulaciones del régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas inducidas por el EBEP sobre algunas instituciones laborales provoca un distanciamiento del Derecho del trabajo, y una primacía del derecho de la Administración pública que aparece dotada de un determinado estatuto constitucional capaz de publicar los tipos convencionales de Derecho privado y desequilibrar el sistema de fuentes que caracteriza la regulación del contrato de trabajo. (Mauri Majos, J. Análisis general del Estatuto Básico del Empleado Público: problemas, soluciones, huidas. QDL Estudios, Barcelona, 2009).*

En definitiva, el EBEP con el juego de los artículos 3.1 y 7, establece como instrumentos reguladores de las relaciones laborales del personal al servicio de las Administraciones⁹⁶:

En primer lugar el EBEP, en todos aquellos aspectos en los que refiera su aplicación indistintamente a funcionarios y laborales (normalmente usando el término “empleados públicos”).

En segundo lugar la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores y resto de normas).

En tercer lugar los Convenios Colectivos.

Cuarto lugar el Contrato individual de trabajo.

Es importante matizar que el EBEP efectivamente atribuye un papel clave como regulación suplementaria a la negociación colectiva, pero tenemos que tener presente que este papel es limitado en sí mismo, porque en el ámbito del Derecho Administrativo, la relación de complementariedad de la ley con la negociación colectiva solo existirá si así lo dispone expresamente la ley, de tal forma que el Convenio Colectivo solo podrá tratar o desarrollar materias distintas a las señaladas por la ley o en las que expresamente se haga referencia al margen regulador por parte de la negociación colectiva, (esto en contraste a lo que sucede en el ámbito laboral, en el que el Convenio Colectivo es una norma que, lo disponga o no la ley, y siempre que no sea derecho necesario absoluto, puede mejorar la regulación mínima prevista en el Estatuto de los Trabajadores).

Además existen límites en cuanto al contenido de la negociación colectiva, (art. 37.2 EBEP), con materias sometida a normas de derecho necesario absoluto, como sucede con el acceso, régimen disciplinario, o todas las que afecten a facultades organizativas de la Administración. Por otra parte las materias que sí pueden ser objeto de negociación, a su vez a veces lo son en términos de propuestas pre-legislativas, condicionadas por tanto a la

⁹⁶ “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público” (AAVV). Lex Nova, Valladolid, 2009. Sala Franco, T. (Capítulo tercero).

posterior aprobación de una ley o reglamento, o la ratificación del órgano administrativo competente.

En definitiva el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo se aplica al personal de las Administraciones pero con importantes matices y limitaciones. En concreto la autonomía de la voluntad de las partes (privada a nivel contrato trabajo), está fuertemente restringida porque no se podrán negociar condiciones laborales distintas a las generales, dado que la Administración se encuentra sometida a los principios de igualdad y legalidad, (además del consabido principio de cobertura presupuestaria).

Prueba de la ello es el artículo 36 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre que aprobó la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014, donde se establece que *“todos los acuerdos, convenios, pactos, o instrumentos similares y las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, adoptados en el ámbito de los Departamentos ministeriales, Organismos, Agencias Estatales, entidades públicas empresariales, y demás entes públicos del sector público estatal, requerirán para su plena efectividad, el informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos”*, siendo nulo todo el que no se someta a dicho informe, sin que en ningún caso puedan derivarse directa o indirectamente, incremento del gasto público en materia de costes del personal y/o incrementos de retribuciones. Este mecanismo de control que recomendaban el informe de la Comisión de Expertos, y que no se recogió en el texto definitivo, al final ha llegado pero por esta vía indirecta.

También se ha añadido por RDL 20/2012, un apartado 2 al art. 32, introduciendo la facultad de suspensión o modificación unilateral de lo pactado en un Convenio Colectivo estatutario para casos de grave perjuicio para el interés público, en iguales términos que se establece para la negociación de los funcionarios en el 38.1 EBEP.

Recapitulando, y a fin de hacer constar la compleja ordenación de fuentes y supuestos que encontramos conforme a lo establecido en el EBEP en relación al personal laboral, encontramos:

Materias cuya regulación se remite directamente a la Ley laboral común y en su caso a la negociación colectiva (clasificación, situaciones profesionales del personal laboral);

Otras materias que son reguladas conforme a la norma administrativa, es decir EBEP, y como supletoria la laboral (ejemplo, el régimen disciplinario);

Otras en las que se remite a la negociación colectiva como primaria, y supletoria el EBEP (carrera profesional y promoción, provisión de puestos y movilidad);

Algunas importantes que se remiten a la normativa laboral (convencional o legal), sin perjuicio de matices o ciertas limitaciones, (negociación colectiva, retribuciones en cuanto a los límites presupuestarias);

Otras a las que se aplica directamente el EBEP sin matices, (sistemas selectivos; responsabilidades disciplinarias)

y por último, aquellas en las que se complementan EBEP y norma laboral común (como derechos individuales, deberes de los empleados públicos).

Problemas en la determinación de la norma aplicable al personal laboral de las Administraciones.

Una realidad a la que debemos de hacer mención son las serias dificultades que a veces presenta la articulación de la norma administrativa y la laboral en el régimen jurídico del personal laboral. Los problemas surgen cuando el EBEP no es preciso en la determinación de la norma aplicable, y en estos casos la confusión se viene resolviendo aplicando el principio de norma más favorable, usando como unidad de comparación, la regulación completa de la materia previsto en cada norma.⁹⁷

⁹⁷ Sobre esta compleja realidad Mauri Majós J. comenta: *“A simple vista parece, pues, que la relación entre los preceptos del ET y del EBEP es de pura concurrencia, concurrencia en la que no se contempla el surgimiento de posibles antinomias. Si profundizamos un poco más en los preceptos del EBEP, las relaciones entre los cuerpos jurídicos del trabajo público y del trabajo privado se vuelven más complejas. Así encontramos relaciones de remisión,*

Esta cuestión en concreto sucedió en relación al tema de permisos del artículo 51 EBEP, que prevé que se regulará *por lo establecido en el EBEP y en la legislación laboral correspondiente*. Ante el choque entre contenidos se aplica el principio de norma más favorable, así resolvió la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (por todas, STS de 1 de febrero de 2011).

En definitiva, esta complejidad a la hora de determinar las fuentes de aplicación de las relaciones laborales en las Administraciones conlleva, como consecuencia, la problemática determinación de las fuentes, la dificultad y lentitud en la adopción de decisiones, y en general en la gestión de este personal con contrato laboral, pero a la vista de la situación coyuntural en la que estamos, sin desarrollo real de la norma básica y sin cambios al respecto en perspectiva, y con la negociación colectiva totalmente paralizada, el tema de la complejidad en la determinación de fuentes se aprecia como un mal menor.

4. Derechos individuales y deberes de los empleados públicos.

4.1. Derechos individuales y deberes individuales de ejercicio colectivo de los empleados públicos laborales (Capítulo I, Título III del EBEP).

Introducción.

Tradicionalmente imperaba en las Administraciones la teoría estatutaria de la relación de servicio público, según la cual imperaba la primacía de la organización pública y del servicio prestado en aras de la satisfacción de los intereses generales y de los derechos de los ciudadanos, frente al papel

complementariedad, supletoriedad directa e inversa, reenvío condicionado o incorporación tácita, sin que haya un criterio sobre el alcance de los conceptos o, de las consecuencias de una determinada remisión o, de una concreta relación de supletoriedad, con lo que las posibilidades de colisión normativa o de pura interpretación sobre la base del espiguelo de preceptos es importante y no han dejado de producir alguna que otra alarma significativa que ha intentado solventarse, como ha ocurrido con el sistema de permisos y licencias, a través de la dudosa técnica de las circulares interpretativas. Con todo, la falta de criterios legales para solventar los problemas de concurrencia normativa está aún por enseñarnos el peor de sus efectos en forma de incremento de la actividad jurisdiccional y obertura de la pertinente discusión sobre competencias”.

secundario de los derechos de sus empleados. Esta idea clásica conllevaba el presupuesto de que las personas que desempeñan estas tareas, lo hacían con vínculo funcional entendido, a su vez, como la relación estatutaria predeterminada y condicionada por la ley, en la que dominaba el concepto de servicio, por encima de los derechos de los servidores públicos como personas y como sujetos profesionales. La profesionalidad de estos se mide más en el logro de una organización que asegure una *“dedicación de mayor calidad al trabajo”* (STC 178/1999), que en el reconocimiento de derechos y condiciones adecuadas a los empleados, sin perjuicio de que existan dichos derechos.

Esta idea repercutía directamente sobre el concepto de dirección en las Administraciones, que se caracterizaba por gozar de *“una suerte de presunción iuris tantum de legitimidad”*,⁹⁸ similar a la del acto administrativo, que conllevaba una limitación al ejercicio de los derechos de los empleados públicos, que se veían sometidos a la prioridad de los principios de eficacia y jerarquía.

Hoy por hoy, la perspectiva en torno a los derechos y deberes de los empleados públicos ha cambiado sustancialmente, en parte por el proceso de laboralización de las Administraciones que se produce a partir de la aceptación de la dualidad de vínculos, y la también laboralización del régimen jurídico de los funcionarios públicos. Tanto el contenido, como la protección de los derechos de los empleados públicos son sustancialmente mayores que en las primeras regulaciones del empleo público, siendo además exigible a los que ejercen el poder de dirección en las Administraciones la necesaria *“proporcionalidad y ponderación”* (STC 265/2000), en sus decisiones y actos.

Si bien es cierto que en la LFC de 1964 se recogían, escasos, pero al fin algunos de los derechos de los funcionarios, el EBEP introduce un tratamiento novedoso en materia de derechos de los empleados públicos. La primera novedad de la actual regulación reside en el hecho de que se reconocen los derechos individuales de forma conjunta para todos ellos -sea cual sea la naturaleza de su vínculo-, sin perjuicio de que el propio legislador advierta de

⁹⁸ MOLINA NAVARRETE, C. *“Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos”*. Pág. 201.

que dichos derechos se reconocen “*en correspondencia jurídica de su relación de servicio*”. Esta advertencia del legislador es importante porque se traduce en la introducción de matices en su reconocimiento, justificados por las particularidades jurídicas de cada vínculo, que supone el que algunos de estos derechos solo tengan efecto para los funcionarios, -como es el caso de la inamovilidad del vínculo-, y otros se modulen dependiendo de la relación de que se trate, -como sucede, por ejemplo, con los derechos de ejercicio colectivo de funcionarios frente a laborales-.

Además de este tratamiento único en materia de derechos, se introducen novedades concretas, que son realmente el reconocimiento expreso de algunos de ellos. Así sucede con el art. 14, h) EBEP, que regula por primera vez de forma expresa el concepto de “*dignidad de la persona*” referida a los empleados públicos, -que es presupuesto de todo el Derecho, y por supuesto fundamento primario de los derechos fundamentales (STC 192/2003)-,⁹⁹ y con el derecho social a la adopción de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, -que tienen como impulso principal la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que en su artículo 44 reconoce éste como derecho específico no positivizado como tal hasta entonces-.

La previsión del artículo 14 del EBEP con el título genérico de “*derechos individuales*”, aúna en realidad los derechos personales, profesionales (individuales y colectivos, al completarse con el artículo 15 EBEP) y de protección social¹⁰⁰ de los empleados públicos, que reflejan un conjunto de valores ético-sociales constitucionalmente reconocidos y modulados como derechos, que suponen la definitiva superación de la teoría estatutaria de la relación de servicios públicos.

Sobre este particular el Informe de la Comisión de Expertos, haciéndose eco de una incontestable realidad del acercamiento de los regímenes jurídicos

⁹⁹MOLINA NAVARRETE, C. “*Derechos y deberes. Código de conducta de los Empleados Públicos*”, en El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático. Comares, Granada, 2008.

¹⁰⁰ MOLINA NAVARRETE, C. “*Derechos y deberes...*” *Op. cit.* Pág. 206.

de funcionarios y laborales, recomendaban: “...*existe una marcada tendencia a la unificación de los derechos básicos de todos los empleados públicos, tendencia que el Estatuto Básico debería recoger y consolidar a través de un listado único de derechos, de aplicación general*”.

Pues bien, el EBEP recoge esta recomendación y regula con carácter general y expresamente, pero sin constituir una lista cerrada, un Capítulo I conformado por los artículos 14 y 15 del EBEP, donde enumeran los derechos básicos de todos los empleados públicos (que como hemos indicado antes, se reconocen e interpretan conforme con el régimen jurídico propio de cada empleado público), y mezclando derechos de diversa naturaleza, como antes indicamos.

Al configurarse como un elenco de derechos básicos o mínimos, debemos interpretar que, en todo caso, cabe su ampliación por la legislación de desarrollo del EBEP, y en el caso particular de los empleados laborales se cuenta además con la posibilidad de su desarrollo y ampliación por la vía de la negociación colectiva. De hecho, y pese a la indiscutida condición lista abierta, parte de la doctrina ha criticado algunas ausencias como el reconocimiento de los derechos honoríficos en reconocimiento de un desempeño sobresaliente de sus funciones como empleados públicos.¹⁰¹

Por su parte, los Capítulos II a V regulan aspectos concretos del régimen jurídico de estos derechos que forman parte de las relaciones de empleo público, configurando el grueso del régimen jurídico de los empleados públicos laborales. Los derechos de naturaleza profesional y de protección social previstos en el artículo 14 los constituyen: el apartado c) la carrera profesional, d) derechos retributivos, g) a la formación continua, j) a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, l) a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, m) derecho a la jornada, permisos y vacaciones, n) jubilación, o) prestaciones de Seguridad Social, p) a la libre

¹⁰¹ En este sentido CASTILLO BLANCO, F. señala que dichos derechos honoríficos deberían acompañar a la “*propia filosofía de la evaluación del desempeño que se incorpora, ahora sí de forma decidida en el texto del EBEP y a cuyas consecuencias retributivas y de carrera debieran añadirse éstas*”. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Lex Nova. 2009 (pág.137)*.

asociación profesional; por su parte los derechos individuales de ejercicio colectivo previstos en el artículo 15 del EBEP son: el derecho de libertad sindical, negociación colectiva, representación de los trabajadores, derecho de huelga, de planteamiento de conflictos colectivos y derecho de reunión. A efectos del presente trabajo estos derechos, por su importancia, son objeto de estudio específico en ulteriores epígrafes, siendo por tal motivo que no se hará mención específica a ellos en el presente apartado, si bien nos remitimos a su tratamiento para completar el cuadro que configura esta materia.

Hay que señalar que todos estos derechos reconocidos a los empleados públicos, y particularmente en lo que respecta al personal laboral de las Administraciones, no pueden sino ser tratados en relación con el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que regula los derechos individuales de los trabajadores, comunes en el marco de la relación laboral (presentando, en todo caso, una estructura y contenido muy similar a la regulación del art. 14 del EBEP). Efectivamente, éste precepto del ordenamiento laboral, es también de aplicación a los contratados de las Administraciones porque, como hemos indicado, el apartado q) del artículo 14 del EBEP, remite a *“los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”* en relación a esta materia. En todo caso la negociación colectiva siempre podrá desarrollar y ampliar su contenido, como ya se indicó, dado que no se configuran como una lista cerrada.

Respetando la estructura de la norma, en el presente apartado nos detendremos en la revisión de los derechos individuales relativos a la condición de persona de los empleados públicos laborales reconocidos en el artículo 14 del EBEP, que a diferencia de los antes mencionados, no cuentan con desarrollo específico en el EBEP, pero que también son parte del núcleo duro de la configuración de su régimen jurídico. Se advierte que dicho estudio no pretende ser un tratamiento en profundidad de cada uno de los derechos, sino la descripción de su configuración jurídica básica, referida al personal laboral, pero realizada en contraste con los matices que los diferencian de empleados públicos con vínculo funcional.

4.2. Los derechos individuales de los empleados públicos laborales de las Administraciones Públicas.

4.2.1. El derecho a la inamovilidad: La relativa extensión a los empleados públicos laborales y sobre su conveniencia.

El apartado a) del art. 14 del EBEP, hace referencia a la que es realmente la característica reina de la condición de funcionario público: la garantía de estabilidad en el empleo y el derecho al puesto de trabajo como instrumento de protección del funcionario de carrera en el ejercicio de sus funciones públicas.

Sin embargo, es cierto que no existe la absoluta inamovilidad en el puesto,¹⁰² (pero casi...). Realmente, el único momento en el que la inamovilidad de los funcionarios de alguna forma se relativizó, fue con la introducción de los denominados Planes de Empleo que contenía la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección del desempleo (LMRFP), que entre sus objetivos¹⁰³ incluyó la dotación de instrumentos necesarios para poder llevar a cabo la reordenación del personal al servicios de las Administraciones (Exposición de Motivos).

Los Planes de Empleo, se planteaban como instrumentos, -de utilización potestativa para las Administraciones¹⁰⁴-, que facilitasen la puesta en marcha de políticas de Recursos Humanos y “*adecuar el mercado interno de trabajo a las necesidades reales de las Administraciones*”, (es decir, para optimizar la utilización de los Recursos Humanos, con independencia del vínculo jurídico

¹⁰² El profesor Parada comenta lo siguiente el cambio en cuanto a la inamovilidad de los funcionarios: Los sistemas de revocación en el puesto de trabajo de los funcionarios se han multiplicado...“*cabe la libre revocación en puestos de libre designación, los obtenidos por concurso pueden ser también objeto de revocación mediante modificación del contenido en la RPT, y si falta capacidad del funcionario, previa audiencia a la Junta de Personal, o por una evaluación negativa en el desempeño también pueden verse desposeídos del puesto*”. PARADA VÁZQUEZ, R. Derecho del Empleo Público. Pág. 171.

¹⁰³ Que debemos recordar, realmente eran más una batería anti-crisis que un cambio de cultura en la gestión del personal en las Administraciones, que es realmente es lo que habría hecho falta.

¹⁰⁴ Disposición Adicional Vigésimoprimera de la LMRFP.

que les uniese a la Administración¹⁰⁵). Estos se acompañaban de nuevas figuras, que son las que potencialmente relativizaban la inamovilidad de los funcionarios, que recordemos, eran: la “reasignación de efectivos”, la situación administrativa de “expectativa de destino” y una nueva modalidad de “excedencia forzosa” (art. 29.6 LMRFP), y la “excedencia voluntaria incentivada” (art. 29.7 LMRFP). Como ya comenté en otro momento, estos instrumentos tuvieron poca repercusión en la práctica, y como expresivamente los califica el profesor Parada, fueron realmente “tigres de papel”.

En definitiva, hoy por hoy, la realidad es que salvo en supuestos de separación del servicio por concurrir falta disciplinaria muy grave o condena penal, el funcionario no podrá ser privado de su condición estatutaria, pero es cierto que existe la posibilidad de movilidad en el puesto. En concreto el EBEP intenta retomar (pero a modo de conceptos que deberán ser desarrollados), este tipo de instrumentos, ahora configurados como supuestos de movilidad de los funcionarios de carrera.¹⁰⁶

En contraste con lo hasta ahora expuesto, el personal laboral al servicio de las Administraciones nunca ha contado con el reconocimiento de ese derecho de estabilidad en el puesto, -que como decíamos, es el verdadero elemento diferenciador de ambos tipos de vínculos-, si bien es cierto que el EBEP introduce un matiz, que es exclusivo del régimen jurídico del empleo público, y que realmente constituye cierto nivel de inamovilidad.

Esta relativa inamovilidad viene de la mano del reconocimiento de la obligación de readmisión del trabajador que sea despedido improcedentemente (art. 96.2 EBEP). Si a esta particularidad unimos las consecuencias de la utilización fraudulenta de la contratación laboral temporal, que origina la polémica figura del empleado público laboral “*indefinido no fijo*”, que es al fin un

¹⁰⁵ QUESADA LUMBRERAS, J.E. “*Instrumentos de racionalización y flexibilidad del empleo público en España*”. En la obra colectiva Reestructuración de las Administraciones Públicas. Comares, 2015, Granada.

¹⁰⁶ En concreto el artículo 81 del EBEP habla de traslados de los funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, y la adscripción provisional de puesto de trabajo en casos de reingreso al servicio, ceses o remoción o supresión de puestos (art. 78.3 EBEP)¹⁰⁶. Incluso se prevé que por “motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia”, (es decir, algo similar a la redistribución y reasignación de efectivos).

semi-indefinido en el puesto, -tratado en otro momento de esta obra-, podemos afirmar que la flexibilidad de salida de los empleados públicos laborales no es equivalente, en ningún caso, a la de los laborales comunes. De hecho esta realidad llevó, -sobre todo en momentos anteriores a la crisis-, a que algunas voces de la doctrina llegaran a hablar de una inamovilidad *de facto* en el ámbito del empleo público laboral.¹⁰⁷

Esta última afirmación se ha evidenciado no ser del todo cierta, con la aprobación de la reforma laboral de 2012, y los despidos por razones económicas y organizativas en las Administraciones Públicas, si bien en mi opinión sigue sin ser equivalente la flexibilidad de salida de los empleados laborales de las Administraciones a la de los trabajadores del sector privado, tanto por los condicionantes jurídicos comentados, como por la existencia de un control sindical que, aun estando actualmente seriamente debilitado, no existen en la mayoría de las empresas privadas donde ni tan siquiera cuentan con representantes legales de los trabajadores.

Sin embargo, es cierto, que el legislador con la aprobación de la Disposición Adicional 15ª del ET, ha debilitado esa “relativa” inamovilidad del personal laboral de empleo público al regular los despidos objetivos del personal laboral, que además aparecen como única medida para hacer frente a los desequilibrios presupuestarios de las Administraciones, a la vista de la expresa prohibición de la posibilidad de usar las suspensiones temporales y reducciones de jornada de trabajo en las Administraciones, (Disposición Adicional 17ª del TRET). Prueba de ello es el acentuado descenso del personal laboral de empleo público en los últimos cuatro años (ver Anexo I, tabla II).

En sentido contrario el EBEP, al menos aparentemente, deja abierta la posibilidad de establecer legalmente medidas de regulación de empleo que podrían afectar a empleados con la condición de funcionarios públicos, que no llegan a ser tan “agresivas” (aparentemente), como fueron la previsión de Planes de Empleo de la Ley 30/1984, -y posteriormente en la Ley 22/93, con el procedimiento de reasignación de efectivos y la posibles situación en “*expectativa de destino*” por reasignación de efectivos o la excedencia forzosa,

¹⁰⁷ En este sentido PARADA VÁZQUEZ, R. Derecho del Empleo Públicos. Op. cit.

(art. 29.5 L30/84)-, pero que constituyen la posibilidad potencial de una nueva excepción a la regla de la inamovilidad de los funcionarios, que podría constituir un acercamiento a la figura del laboral de las Administraciones y sus despidos objetivos.

Una reflexión sobre la conveniencia o no, del derecho a la inamovilidad.

Aún siendo consciente de la complejidad y la entidad de la cuestión, no quiero renunciar a realizar una breve reflexión sobre el derecho de inamovilidad en términos generales, por la enorme repercusión que considero que tiene en la configuración de la forma de funcionamiento y la gestión del empleo público, y consecuentemente en la calidad y el futuro de nuestras Administraciones.

Como comenté en el apartado anterior, el personal laboral no goza del derecho a la inamovilidad, pero sí de unas ciertas características y previsiones normativas que redundan en una mayor estabilidad en el puesto que el de los trabajadores regulados por derecho laboral común. Considero que esta particularidad en el ámbito de las Administraciones no es realmente algo negativo, teniendo en cuenta la necesidad de protección de los empleados públicos laborales frente a las oscilaciones políticas que se producen en este ámbito (si bien, también los cambios en la gerencia de las empresas privadas suelen afectar a los trabajadores en mayor o menor medida...).

La importancia de esta cuestión creo que radica más bien en razones de opinión pública, y de necesidad de actualizar las Administraciones al devenir de la sociedad. Esta realidad exige claramente una necesaria valoración y justificación en su caso, del sentido de la inamovilidad como mecanismo protector, que evite la vuelta a las cesantías, pero por otro lado que no constituya un lastre en la eficacia de la Administración. Es necesario afrontar las consecuencias que la conciencia de inamovilidad, -o relativa inamovilidad en el caso de los laborales- genera en el rendimiento y el comportamiento de los empleados públicos, y los posibles instrumentos que compensen las repercusiones negativas que conlleva este derecho.

No será de extrañar que en los próximos tiempos pueda ponerse en tela de juicio desde los ámbitos políticos el propio concepto de inamovilidad, más allá de lo que es la protección de los puestos de alta responsabilidad y nivel, o representativos de poderes del Estado (magistrados, jueces, militares, inspectores, etc...).¹⁰⁸

Recientemente el actual gobierno italiano ha planteado la posibilidad de aprobar un Decreto que termine con la inamovilidad para los funcionarios, (los pocos que tiene, dados los niveles de privatización que caracterizan al sistema de organización del empleo público italiano). Con este ejemplo quiero hacer constar que el tema que planteo tiene cierta vigencia, y que aunque actualmente lo veamos lejano, no es improbable que tarde o temprano se plantee en nuestro país (de hecho así figura en el programa de algunos de los partidos actualmente presentes en el parlamento).

Mi posición al respecto es favorable a mantener el derecho constitucional a la inamovilidad de los funcionarios, y también los mecanismos de estabilidad que se reconoce a los laborales de las Administraciones, pero acompañados del efectivo desarrollo de instrumentos de flexibilidad, como la movilidad del personal, el control del desempeño del trabajo por los empleados públicos, y el ejercicio efectivo del poder de dirección y, en su caso, el disciplinario. También sería necesario poner en marcha mecanismos de motivación, y la siempre añorada evaluación del desempeño, todo ello con el fin último de contrarrestar los efectos negativos en materia de rendimiento y comportamiento que inevitablemente conlleva la inamovilidad.

Considero que si este tema, que parece tabú, no se afronta seguirán proliferando mecanismos flexibilizadores y de huida del Derecho Administrativo, que tiene como principales consecuencias la tendencia a laborizar puestos de las Administraciones, y lo que es peor, a la utilización de instrumentos de externalización de servicios por diversas vías (contratas, utilización de ETT, privatizaciones..), que aparentemente libra a la Administración de abordar sus obligaciones como gestora, pero que, en mi

¹⁰⁸ De hecho esto ya se ha producido en el programa electora del año 2016 del partido político "Ciudadanos", en relación a la inamovilidad de ciertos puestos de la Administración como la del profesorado, o los médicos.

opinión, es la puerta a la progresiva degradación de los servicios públicos y de la propia esencia de la Administración, -que se privatiza por la puerta de atrás..-

4.2.2. Derecho al desempeño efectivo de las funciones profesionales, (art. 14, b del EBEP).

Este derecho es equivalente al derecho a la “*ocupación efectiva*” del artículo 4.2 del ET, y su importancia radica en que es la primera vez que se reconoce como derecho subjetivo del empleado público, que consecuentemente supone una limitación a la actuación de la Administración posible vulneradora del mismo.

Aunque la norma no concreta su contenido, realmente su importancia radica, en la protección a la dignidad del trabajador afectado por actuaciones o actitudes empresariales que impidan el desempeño normal del propio objeto del contrato de trabajo. En este sentido existe numerosa jurisprudencia ante diversidad de supuestos, incluso del Tribunal Constitucional, donde se declaran ilegal la existencia de marginación o acoso laboral, materializada en la imposibilidad de realizar su actividad laboral, y que enlaza con un supuesto de vulneración del Derecho de Libertad Sindical, como origen del mismo, (STC 84/2002, de 22 de abril, BOE de 22 de marzo).

La mayoría de los casos de violación del derecho al desempeño efectivo de las funciones profesionales, son en realidad casos de acoso moral en el trabajo, que tienen su repercusión en la falta de ocupación efectiva.¹⁰⁹ Si bien, ante un supuesto de vulneración del derecho al desempeño efectivo del trabajo, para poder concluir que existe acoso tendrán que concurrir los elementos que definen jurisprudencialmente esta figura,¹¹⁰ que conlleva, además del trato degradante, (que en este caso sería la imposibilidad de desarrollar su trabajo), la prolongación en el tiempo de estas circunstancias y la efectiva intención de provocar la autoeliminación del trabajador vulnerando su

¹⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, J. “El Estatuto de los Trabajadores Comentado” Sevilla, 2003.

¹¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Castilla y León de fecha 14 de Noviembre de 2014 (Rec. 1684/2011).

dignidad personal (y ahí radica la dificultad probatoria para el trabajador afectado por dicha situación).

La vulneración del derecho a la ocupación efectiva constituye un límite a la potestad de organización y dirección del empresario que, en todo caso, deberá asignar tareas adecuadas al grupo profesional del trabajador contratado, y los medios para poder desempeñar las mismas, (sin perjuicio de la legal utilización de los mecanismos de movilidad funcional que la Ley permite).

En el caso de los empleados públicos laborales, -al igual que en el de los laborales comunes-, el incumplimiento de esta obligación puede conllevar la justificación del despido provocado, con la correspondiente indemnización (artículo 50.1 del ET).¹¹¹ Esto, en cambio, no es posible en el caso de los funcionarios públicos.

4.2.3. Derecho a participar en la consecución de objetivos y a ser informado de las tareas a desarrollar (art. 14. e) del EBEP).

En primer lugar hay que señalar que este doble derecho no se corresponde con el derecho de participación, que entra dentro de los derechos individuales de ejercicio colectivo. Tampoco son una reproducción exacta de los derechos de información y comunicación que regulaban los artículos 64 y 65 LFC, -aunque en cierta forma podría aproximarse a la idea que representaban-.¹¹²

¹¹¹LÓPEZ GÓMEZ, J.M. La relación laboral especial de empleo público. STS de 20 de octubre de 2003; STSJ de Canarias de 26 de febrero de 2008.

¹¹² Los artículos 64 y 65 de la LFC, establecía el derecho de información al funcionario que se incorporaba al puesto, mediante la comunicación de las reglas de organización del servicio, deberes y responsabilidades de los funcionarios, y el deber del jefe de la Unidad de requerir opinión de los empleados *“sobre el funcionamiento del servicio, las tareas encomendadas y sus aptitudes profesionales para asignar los trabajos más adecuados, y llevar a cabo un plan que complete su formación...”*. Verdaderamente interesantes en su contenido, y moderno en su configuración porque responde perfectamente a la idea de feedback (retroalimentación) como método de control de sistemas que también aplicaron los teóricos y profesionales de la gestión de Recursos Humanos de influencia anglo-americana al ámbito de la gestión de personal. No obstante, es evidente que su efectividad en la práctica fue, -y sigue siendo-, más que escasa, en la mayoría de los ejemplos de dirección que encontramos en las Administraciones.

El derecho de participación en objetivos y a la información sobre las tareas se describe como individual, y solo se entiende en relación a las nuevas técnicas de gestión de personal que el EBEP espera conseguir aplicar en el seno de las Administraciones. Sería el equivalente a la dirección por objetivos que existe en el ámbito de la gestión de Recursos Humanos de la empresa privada.

En el Estatuto de los Trabajadores no se reconoce realmente un derecho individual equivalente. Se establece el derecho de información, consulta y participación en la empresa (art. 4.1 g) ET), y el derecho a la información al contenido del contrato (art. 8.1 ET), que en mi opinión sería el más próximo al del EBEP.

En definitiva este doble derecho aunque se reconoce como uno de los derechos individuales de los empleados públicos, realmente conforme con su redacción se deduce que responde más a un principio programático que a un verdadero derecho subjetivo, y se materializará en información en pro del servicio y del empleado público, solo si su aplicación se incluye en los mecanismos y políticas de gestión de Recursos Humanos.

4.2.4. Derecho a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos (art. 14.f) EBEP).

La novedad en relación a este derecho es, una vez más, su extensión a todos los empleados públicos. Respecto a los funcionarios, sí existía una previsión similar a la del EBEP en el artículo 63.1 de la LFCE, que establecía la obligación del Estado a *“dispensar a los funcionarios públicos la protección que requiera el ejercicio de sus cargos”*.

El objeto del derecho es la defensa de los empleados públicos ante aquellas circunstancias que puedan derivarse como consecuencia del desempeño y ejercicio regular de sus cargos, exclusivamente. Incluye, por

tanto, a defensa jurídica de los mismos, y la cobertura de la responsabilidad frente a terceros, que en todo caso podrá ser objeto de aseguramiento.¹¹³

Sobre este particular señala el profesor Castillo Blanco, que el adjetivo “*legítimo*” introduce una línea de interpretación de este derecho que ya se había iniciado por la jurisprudencia. Efectivamente, dicho matiz determinará la existencia del propio derecho de defensa y el que la Administración responda o no de los daños sufridos¹¹⁴. En todo caso las Administraciones deberían concretar el alcance de este derecho en sus normas de desarrollo para facilitar y delimitar su aplicación.

Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores no regula nada en relación a este particular, y en este sentido la regulación prevista en el EBEP supone una mejora para los empleados públicos laborales. En el ámbito de la empresa privada la responsabilidad por las consecuencias en el desempeño del trabajo frente a terceros corresponderá a la empresa, -que contará, o podrá contar, con seguros de responsabilidad a tal efecto-, sin perjuicio de que dichas responsabilidades deriven de actuaciones irregulares o ilegítimas del trabajador, en cuyo caso se podrá por la empresa repercutir en éste la responsabilidad por dichos hechos, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que procedan según el caso

4.2.5. Derecho al 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 (art. 14.h) EBEP).

El reconocimiento de éstos, -como de cualquier derecho fundamental-, debe valorarse como positivo pero su previsión en el texto constitucional, hace

¹¹³CASTILLO BLANCO, F.A. “*Los derechos individuales de los empleados públicos*”, en Comentarios al EBEP. Op. cit. Pág. 181.

¹¹⁴ El autor cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2003, que distingue entre los efectos para el propio empleado ante el funcionamiento normal de la Administración, y el anormal, siendo solo en caso de funcionamiento anormal del servicio público no achacable al propio empleado, cuando procederá la indemnización a éste de los daños y perjuicios sufridos por el desempeño del mismo. CASTILLO BLANCO, F.A. “*Los derechos individuales de los empleados públicos*”, en Comentarios al EBEP. Op. cit.

que no sea imprescindible, dado que, por esa razón se puede afirmar que su aplicación se producía, de hecho para todos los empleados públicos, antes de la entrada en vigor del EBEP.

No obstante, el reconocimiento expreso de este, como de cualquier derecho, es un paso adelante, y por tanto una mejora, en cuanto a facilidad y claridad jurídica que siempre es algo positivo.

En el ámbito del ordenamiento laboral, el art. 4.2 e) ET, existe previsión en prácticamente en los mismos términos.¹¹⁵ No sucede así en relación al derecho a la propia imagen pero, insistimos, en que este es reconocido, y por tanto también de aplicación a cualquier trabajador, por estar previsto en la Constitución, -como de hecho queda patente en la jurisprudencia dictada en diversos supuestos-.

4.2.6. Análisis del papel del Estatuto Básico del Empleado Público en la protección individual frente al acoso laboral de los empleados públicos.

La verdadera novedad que introduce el EBEP en esta materia es el reconocimiento de la protección de los empleados públicos frente al acoso laboral, que en contraste con otras formas de acoso, en el precepto del ordenamiento laboral no se menciona siquiera, y que en el ámbito de las Administraciones Públicas es un problema notorio, y hasta ahora blindado al sistema de responsabilidades en el ámbito de las Administraciones.

Este denominado “*acoso laboral*” no debe ser confundido con los supuestos de ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial, en cuyo comportamiento solo se comprometen derechos laborales, pero no derechos fundamentales de la persona, (TSJ Galicia de 7 de mayo de 2004), o las

¹¹⁵ El artículo 4.2, e) ET, establece el derecho “*al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo*”. Su incumplimiento se tipifica como infracción muy grave por el artículo 8.13 bis del RDLg. 5/2000, que aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social

tensiones existentes en el ámbito laboral (TSJ Asturias de 20 de julio de 2007). Frente a estas otras situaciones, en casos de acoso laboral existe una conducta calificable como antijurídica, que lesiona de forma directa la integridad moral y física (artículo 15 CE), que según la jurisprudencia constitucional constituye una de las bases esenciales de la dignidad humana, siendo por ello, la conducta acosadora, una forma de vulneración del derecho fundamental a la dignidad de la persona, protegido por nuestra constitución (art. 10 CE), (SSTC 53/1985, 57/1994). Además, al tratarse de una actuación pluriofensiva pueden dañarse de forma concurrente otros derechos también fundamentales, como por ejemplo el derecho al honor, o la integridad física cuando deriven daños de la situación de acoso, o incluso al derecho de libertad sindical. A esto se suma la corriente doctrinal que profundiza, y afirma que la existencia de estas conductas conlleva también la lesión del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores, al considerarlas como riesgo laboral psico-social, con sus consiguientes consecuencias.

En el contexto de una realidad constatable en el sector público en cuanto a la desprotección de sus empleados ante situaciones de acoso laboral, tal y como venía sucediendo en nuestro país, precisamente, una de las novedades que de forma pionera introduce en nuestro ordenamiento el EBEP es el reconocimiento como derecho individual a la protección frente al acoso moral en el trabajo.

Efectivamente el artículo 14. h) EBEP incluye al acoso laboral como un ataque específico al derecho a la dignidad que tienen todos los empleados públicos, conforme al concepto introducido por el artículo 8.1 EBEP. Así, este precepto supuso el primer reconocimiento por ley de la protección de los trabajadores en el sector público, sea cual sea la naturaleza de su vínculo, de cara a las situaciones de acoso, superando por tanto al propio Estatuto de los Trabajadores que nada regula de forma directa al respecto en el ámbito de los servicios prestados por cuenta ajena, (sin perjuicio del que debemos reconocer

los esfuerzos que sobre la materia vienen haciendo algunos Convenios Colectivos).¹¹⁶

No obstante, un primer problema que encontramos es que el legislador no ofrece un concepto concreto de acoso moral en el trabajo, -definición que tanta utilidad habría tenido a efectos de seguridad jurídica necesaria para evitar desviaciones-, y para mayor confusión en ocasiones lo denomina acoso moral y laboral, (artículo 14. h), acoso moral (artículo 95.2 b EBEP), y en ocasiones acoso laboral (artículo 95.2. o EBEP). En relación a ésta confusión terminológica, según se deduce del tratamiento unívoco que en el EBEP se le da al asunto, no parece que realmente tenga trascendencia, ni que el legislador pretenda diferenciar entre dos conceptos o variedades dentro del fenómeno del acoso, -como de hecho sí se diferencia en cuanto al sexual-, siendo en todo caso una cuestión en la que no vamos a profundizar en este estudio.

Pero no es ésta la principal carencia de la norma en materia de este fenómeno sino el hecho de que el legislador no haya mejorado y cambiado las técnicas de tutela en el EBEP, y se limite a señalar responsabilidades en el ámbito disciplinario, aunque este aspecto sea importante, y en todo caso el balance sea positivo tanto en cuanto al reconocimiento del derecho a la tutela y protección frente a estos ilícitos, como al hecho de que se regule de cara a todos los empleados públicos (funcionarios y laborales), de forma que se unifican los derechos básicos de todos estos empleados con un régimen disciplinario común, (artículos 93 a 98 del EBEP), y por tanto los supuestos de acoso laboral en las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP (que no son todas pero sí la mayoría, conforme a los artículos 2 a 5 EBEP), serán constitutivas de faltas muy graves para todo su personal, (artículo 95.2 b) y o) EBEP).

Efectivamente, la calificación como muy grave por el artículo 95 del EBEP de cualquier conducta constitutiva de acoso moral laboral ha ayudado a cambiar la situación anterior, que carecía de regulación específica, existiendo

¹¹⁶ VIDA FERNÁNDEZ, R. *“Acoso laboral en las Administraciones Públicas: elementos diferenciadores”*, en la obra Estudio integral del Acoso. AA.VV. Aranzadi, 2015.

al respecto únicamente una regulación puntual relativa exclusivamente a los funcionarios públicos, que calificaba solo como infracción grave los abusos de autoridad y los atentados graves contra la dignidad, (artículo 7, b), y ñ) del RD 33/1986 que regulaba el Reglamento del régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado). Siendo hasta la llegada del EBEP, la solución en estos casos la movilidad de la víctima, en vez del agresor, aspecto que actualmente cambia por la máxima calificación que se otorga a este ilícito, y al artículo 180. 4 de la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social, que posibilita como medida cautelar la movilidad para la persona presuntamente acosadora.

No obstante, y sin perjuicio de las claras ventajas del papel que ha jugado el EBEP con el reconocimiento legislativo claro y directo de este derecho, el papel del legislador en este caso contrasta con el pesimismo e incredulidad de estos trabajadores en cuanto a su efectiva protección frente a este tipo de situaciones, principalmente por la poca efectividad y carencias de los mecanismos de tutela en éste ámbito.

La realidad es que los trabajadores asalariados, aún sin contar con un reconocimiento legislativo expreso, siguen gozando de mejor y más efectiva tutela judicial frente al acoso moral laboral, que quedan reflejadas en el mayor número de litigios planteados y el porcentaje de éxito de dichas controversias en los Juzgados de los Social, (cerca del 40%)¹¹⁷, frente a los ínfimos niveles de éxito de las denuncias por acoso laboral a empleados públicos en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativo.

4.2.7. Derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, género, sexo y orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14.i) del EBEP).

Para analizar de forma precisa el derecho a la no discriminación debemos matizar su diferencia con el derecho a la igualdad, no expresamente

¹¹⁷ Molina Navarrete, C. 2010, op. cit. página 32.

mencionado en el EBEP, pero previsto también en el artículo 14 de la Constitución.

El derecho a la igualdad de los empleados públicos en el desempeño de su actividad profesional tendrá reflejo en las dos manifestaciones clásicas de su contenido: el de igualdad ante la Ley que, como es sabido, se ha interpretado por el Tribunal Constitucional como una igualdad no absoluta, en tanto en cuanto estemos ante situaciones distintas y ante la existencia de causas justificadas, que justifiquen un trato desigual¹¹⁸; y la igualdad en la aplicación de la Ley, que constituye el mandato a los poderes públicos de tratar igual supuestos iguales, y que se puedan tratar de forma desigual supuestos desiguales, siempre que exista justa causa y se haga sin arbitrariedad, es decir de forma fundada y justificada.¹¹⁹

Partimos por tanto de la diferenciación, pero también a las conexiones entre el derecho a la igualdad, que como hemos dicho afecta de forma directa a los poderes públicos, en concreto al legislador y a los órganos encargados de aplicar las leyes (teniendo presente sus posibles matizaciones siempre que sean justificadas), y el derecho a la no discriminación. En contraposición, el derecho a la no discriminación constituye la prohibición de realizar diferenciaciones injustas, tanto en el ámbito de actuación de los poderes públicos, como en el ámbito privado, -es decir, en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes-.

Efectivamente, el derecho a la no discriminación desde la perspectiva de la prestación de servicios por cuenta ajena en un relación laboral o estatutaria, -que es realmente el ámbito en el que se desarrolla el reconocimiento de este derecho a efectos del EBEP-, debe ser entendido y analizado en el ámbito del derecho a la autonomía de la voluntad del empleador, sin perjuicio de que en este caso, al tener el carácter de Administración Pública añada matices a la cuestión.

Indudablemente todos los empleados públicos gozan del derecho a la no discriminación, sin embargo, al igual que en el ámbito privado, en el desarrollo

¹¹⁸ STC 47/1999, STC 197/2003.

¹¹⁹ STC 307/2006.

de la actividad laboral existe o puede existir, el choque entre el derecho a adoptar ciertas decisiones de gestión empresarial, y de reconocimiento de derechos derivados de la prestación de servicios que no supongan el trato igualitario de todos los empleados, sin que esto constituya una vulneración a la no discriminación. Para que esto suceda la exigencia a la autonomía de la voluntad de las partes debe desarrollarse siempre dentro de la legalidad, es decir en respeto al contenido de las normas que rigen las condiciones de trabajo y la forma de desarrollo de la actividad profesional, añadiéndose en el caso del personal laboral de las Administraciones el respeto al contenido de los Convenios Colectivos que les sea de aplicación.

El principal problema interpretativo sobre esta materia surgen en cuanto a la validez o no, del principio de autonomía de la voluntad en el caso de que el empleador sea la Administración y nos refiramos a las relaciones de naturaleza funcional o estatutarias. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1991, de 18 de julio, consideraba que en estos casos no podía regir la autonomía de la voluntad, sino que la Administración debía actuar con sometimiento a la Ley (art. 103.1 CE), e interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE), por estar sujeto al principio de igualdad ante la ley en su condición de poder público.¹²⁰

Sin embargo esta teoría debe interpretarse de forma matizada, como así hizo el profesor Rodríguez Piñero,¹²¹ que comentando dicha sentencia manifestaba la posibilidad de aplicar un margen de discrecionalidad para el empleador público en el ámbito de las relaciones laborales, pero también en el ámbito de las relaciones estatutarias, siempre que fuese para establecer diferencias retributivas, (y por ende de cualquier tipo) siempre y cuando se justifique por el rendimiento, responsabilidad, productividad, o circunstancias

¹²⁰ *“Esta sentencia simplemente rechaza la desigualdad en tal caso porque no se habían alegado razones, ni pruebas suficientes que permitan afirmar la existencia de una diversidad de hecho y de una proporcionalidad entre el trato desigual y los fines protegidos, por lo que de ella sólo puede deducirse que existe un límite para que un tratamiento singular concedido de forma objetiva a un grupo, pueda ser negado arbitrariamente a quienes se encuentran en situación idéntica y no existan razones añadidas para proceder a su denegación”.* LOPEZ GÓMEZ, J.M. *“La relación laboral especial...”* (pág. 246).

¹²¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. Principio de igualdad, autonomía.. (pág. 31).

similares, que redundan en pro del principio de eficacia de los servicios públicos¹²².

De esta forma la Administración podrá adoptar medidas, o llegar a acuerdos en materia retributiva, y de reconocimiento de derechos que tengan su justificación y fundamento en esa gratificación del trabajo que se diferencie de la media, sin embargo en otros aspectos de la relación laboral, como puede ser el propio acceso al puesto serían justificable dicho trato diferenciado casi exclusivamente en medidas de discriminación positiva.¹²³

En todo caso, en materia de acceso la exigencia legal del previo proceso selectivo y la existencia de la Relación de Puestos de Trabajo con la debida consignación presupuestaria y oferta pública de empleo, (aunque en la práctica no se respete siempre), suponen un previo control de la posible existencia de discriminación en este ámbito, pudiendo ser objeto de control por los interesados o afectados por dicha circunstancia.

De hecho, y aunque ciertamente la teoría restrictiva de la capacidad de adopción de medidas laborales diferenciadas no se plantease en relación al personal laboral de empleo público, (que indudablemente cuenta con la aplicación de la autonomía de las partes, dentro del respeto a los derechos laborales mínimos), hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha matizado en gran medida la legalidad o no, de la existencia de decisiones o actuaciones discriminatorias directas o indirectas siempre que exista una justificación objetiva y finalidad legítima, siempre que se pruebe que dicha medida respeta los principios de idoneidad y proporcionalidad¹²⁴.

¹²² De hecho, en mi opinión, si no se admitiese esta interpretación matizada de la adopción de medidas diferenciadoras para los empleados que su vez se diferencien en el cumplimiento del deber (que no discriminatorias, en el sentido de no justificadas), o la adopción de un margen de actuación a la empleador público para la ordenación de su personal, se bloquearían mecanismos que el EBEP instaura para la mejora en el funcionamiento de las Administraciones como la evaluación del desempeño o la planificación de recursos humanos, que carecerían de margen para funcionar adecuadamente.

¹²³ En este sentido la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de junio de 2015 (Rec. 43/2015/, declaraba nula la resolución por la que se vetaba el acceso a un funcionario por motivos de salud que el Tribunal no considera como causa justificada, en concreto padecer una Diabetes.

¹²⁴ STC 3/2007.

Al contrario, la jurisprudencia en relación a esta materia amplía el alcance la prohibición de discriminación que carezca de la debida y objetiva justificación, tanto para los poderes públicos, como a los sujetos privados, de tal forma que debe respetarse también en los Convenios Colectivos, contratos privados, y en general por los empleadores en la toma de decisiones, como establece el artículo 17.1 del ET¹²⁵.

Para concluir, debemos matizar que las causas de discriminación que señala el artículo 14.i del EBEP, al igual que las del artículo 14 de la Constitución o del Estatuto de los Trabajadores, no constituyen una lista cerrada, dado que el último de los motivos supone una cláusula de apertura que permite entender incluidas las causas de discriminación relacionadas a su vez en el artículo 4.2 c) y 17.1 del ET, en muchos casos, como consecuencia de la incorporación de normas dictadas en el seno de la Unión Europea¹²⁶.

4.2.8. El derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 14.j EBEP).

Una de las novedades que introduce el Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito del reconocimiento de derechos individuales para los empleados públicos, lo constituye el reconocimiento que el legislador otorga de forma expresa en materia de conciliación familiar y laboral, en el apartado j del artículo 14 del EBEP. Este reconocimiento no es sino acorde con las normas internacionales¹²⁷, nuestra vigente Constitución conforme a sus artículos 14 y

¹²⁵ STC 17/2003.

¹²⁶ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre (DOCE de 2 de diciembre), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2000/43/CE, de 24 de julio (DOCE de 19 de julio), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 (DOUE de 26 de julio), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación.

¹²⁷ La exposición de motivos de la LOI 3/2007, mencionada: La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por la Asamblea General de

9.3 y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOI).

Si bien el reconocimiento de este derecho no es en sí mismo novedoso, sí hay que decir que la fórmula que se elige en el EBEP es acertada en cuanto que el derecho a la conciliación se plantea en términos absolutos, es decir sin diferenciar entre la naturaleza del vínculo de dichos empleados funcionarios o laborales, o en su género, -tal y como se viene preconizando desde la propia normativa de la Unión Europea dictada en esta materia, y como se afronta en los países nórdicos, donde existen mejores políticas en materia de la conciliación, que curiosamente se plantea como un individual, sin género, incluso con un derecho del niño antes que de la mujer o de los padres¹²⁸ -.

Así pues, este nuevo enfoque constituye un paso adelante en la materia en el momento en que se aprueba el EBEP, hoy ya normalizado como planteamiento con la evolución que, al menos normativamente, se viene consiguiendo en materia de conciliación, y con el impulso que supuso la aprobación casi coetánea al EBEP, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, (que sin ser instrumento

Nacionales Unidas, diciembre de 1979; La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres es un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros. De hecho se ha desarrollado un acervo comunitario sobre igualdad de sexos de gran calado. Con la LOI 3/07, se incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de acceso al empleo, formación y a la promoción profesionales, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹²⁸ La intervención del Estado en las políticas familiares suecas son neutras, *“está orientada hacia cada uno de los individuos, cohabiten o no en una familiar, y no hacia la familia en sí misma, que deja de ser considerada unidad de referencia....cada ciudadana y ciudadano tienen acceso a los mismos derechos; y además implica que la infancia como parte de la ciudadanía, también poseen derechos sociales que deben serles suministrados, como el derecho a ser cuidados por sus progenitores, salud...En definitiva en estos países más que hablar de política familiar debe hablarse de política para la infancia”*. El mismo planteamiento es el que se propugna cuando el problema es el cuidado de los mayores, es decir todas las medidas, y ayudas buscan dar cumplimiento derecho al bienestar de la ciudadanía, -no como un derecho planteado por y para la mujer-. MARTÍNEZ HERRERO, M.J. *“La política familiar en Suecia: ¿un modelo de igualdad?”*. XI Jornadas de Economía Aplicada. Bilbao 2008.

suficiente para el objetivo que se marca, constituye un elemento no desdeñable).

El problema es que aún queda mucho para lograr unas verdaderas políticas y normas eficaces en materia de conciliación tanto en el ámbito de las Administraciones Públicas, como en el sector privado. Esto es así dado que el reconocimiento formal del derecho a la conciliación de los trabajadores públicos no se ha acompañado de una regulación real de medidas específicas en relación a esta materia, sin perjuicio de la existencia de ciertas previsiones en materia de permisos, excedencia y vacaciones, que se van modulando y perfeccionando progresivamente (dado que algunos de los derechos y medidas que vamos a analizar no constaban en el texto original del EBEP), y dándose la circunstancia añadida de que se reconocen de forma directa a los empleados públicos con vínculo funcional, y de forma farragosa para el personal laboral (justo al contrario del planteamiento en el que se formula el reconocimiento del derecho individual a la conciliación en el artículo 14 del EBEP, en el que como hemos comentado no hacen distinciones ni por la naturaleza del vínculo profesional, ni de género).

La realidad en la materialización de este derecho pasaba, y pasa, por la adopción de diversos tipos de medidas que inevitablemente deben afectar, entre otras muchas cosas, a la forma de organización de la prestación de servicios de los empleados públicos que se encuentren con necesidades de conciliación, y que principalmente deben estar orientadas a la regulación de los permisos, excedencias por cuidado de menores y dependientes, el desarrollo del trabajo a tiempo parcial, la imprescindible flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, los sistemas de trabajo a domicilio, además de la existencia servicios y ayudas de atención a menores y personas con dependencia.¹²⁹ Todo ello sin perjuicio de cualquier otro tipo de medidas de diversa naturaleza que apoyen la consecución de la necesaria conciliación, al tratarse de una materia que afecta a la igualdad de hombres y mujeres, -y que de hecho así deber ser reconocido y tratado para evitar la feminización de los cuidados, tal y como sigue sucediendo en nuestra realidad social-, y que como todos los

¹²⁹ CABEZA PEREIRO, J. *“La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”*. Revista de Derecho Social, núm. 31/2005.

gobiernos reconocen, y preconiza el artículo 15 de la LOI¹³⁰, debe ser abordada por políticas transversales para ser realmente eficaz.

En esta materia, -y aún sin entrar en profundidad, dado que será tratado monográficamente en otro epígrafe de este trabajo-, hay que destacar el papel que en el futuro pueden llegar a jugar los denominados “*planes de igualdad*” de trato y oportunidades en el ámbito laboral. Estos instrumentos si bien no se limitan en cuanto a su objeto a la aprobación de medidas de conciliación, inevitablemente este tipo de medidas serán uno de sus instrumentos clave para conseguir objetivos de igualdad de género.

La existencia de estos “planes de igualdad” en el ámbito público no tiene reflejo en el LOI, que al tratarlo habla de “empresas”, si bien, en mi opinión esta omisión es más un error que una exclusión intencionada, y así debe interpretarse. De hecho, el artículo 15 de la LOI, se exige su existencia en la Administración General del Estado (art. 64 LOI), y también está prevista su existencia para el ámbito público en general en la Disposición Adicional séptima del EBEP. Aunque al ser un instrumento dependiente de instrumentos de negociación, el EBEP se limita a reconocer su existencia y establecer *el “deber de las Administraciones de elaborar y aplicar un plan de igualdad”*, delegando en cuanto a su desarrollo en el *“convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable”*.

La realidad es que el derecho de los empleados públicos a la conciliación, al igual que sucede con otros tantos derechos laborales reconocidos en el artículo 14 del EBEP, carecen de suficiente desarrollo en el contenido de la norma, (así sucede con el derecho de progresión en la carrera profesional, de participación en objetivos, de formación continua...). Esto significa que su efectividad dependerá realmente de la organización en la que

¹³⁰ *Artículo 15 Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres* El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

el funcionario se inserte, y sobre todo de la norma de desarrollo de dicha Administración o sector, y en el caso de los laborales del contenido que en esta materia establezca el Convenio Colectivo que les sea de aplicación.

Las medidas concretas en materia de conciliación y los planteamientos para la igualdad serán objeto de estudio específico. Si bien avanzamos que son exclusivamente instrumentos relativos a permisos, excedencias y reducción de jornada vinculados o justificados por necesidades de conciliación, los concretos instrumentos en materia de conciliación regulados por el EBEP para los empleados públicos.

5. Los deberes de los empleados públicos laborales (Capítulo VI, Título III del EBEP).

Como resalta la propia Exposición de Motivos del Estatuto Básico del Empleado Público, la introducción del Capítulo VI (Título III) con título “*deberes de los empleados públicos. Código de conducta*”, supone la regulación, por primera vez,¹³¹ de forma directa y unívoca en nuestro sistema de empleo público de los deberes básicos y comunes a todos los empleados públicos¹³² (incluidos funcionarios, interinos, laborales, eventuales, directivos, e incluso el

¹³¹CASTILLO BLANCO, F.A., “Los deberes de los funcionarios públicos”. Capítulo IX, Comentarios a la Ley del Estatuto del Empleado Público. AAVV. Lex Nova, Valladolid, 2008. En la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, no se recogían en un texto único dichos deberes. Estos deberes se regulaban de forma dispersa, inconexa e incompleta, y debían deducirse principalmente del catálogo de infracciones en los que podían incurrir los funcionarios. En el informe de la Comisión de Expertos se comenta esta situación, que no se valora como algo neutral sino al contrario ya que, a su juicio: “*esta ausencia testimonia cuál ha sido la preocupación esencial de dicha legislación, mucho más inclinada a la tutela de la posición jurídica individual del funcionario público que a la garantía de las obligaciones del servicio*”.

PARADA VAZQUEZ, R, discrepa, por considerar que la LFC de 1964 “ya contenía una enumeración de los deberes de los funcionarios”.

Lo cierto es que existía cierta regulación pero dispersa, y en ningún caso unificando los deberes para todos los empleados públicos al servicio de las Administraciones.

¹³² De hecho en el concreto caso de los empleados laborales, antes del EBEP sus deberes solo se remitían al contenido del art. 5 del ET, que se limita a recordar que deben “*cumplir con las obligaciones concretas del puesto, observar las medidas de seguridad e higiene, cumplir con las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio de sus facultades directivas, no concurrir con la empresa, contribuir a la mejora de la productividad, y las que deriven del propio contrato de trabajo*”.

personal al servicio de entidades del sector público, DA 1ª del EBEP), que se funda “*en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituyen un auténtico código de conducta*”.

El legislador trata de atender la recomendación hecha desde la Comisión de Expertos en el sentido de dotar de un catálogo unificado de deberes y obligaciones a todos los empleados públicos, sin perjuicio de que existan matices en su intensidad dependiendo de la prestación exigible a cada cual, -si bien la regulación que se hace no atiende la recomendación en el sentido de definir de forma clara y precisa dichos deberes-.

Los términos en que se plantean estas obligaciones son de corte orientador, pero también delimitador del comportamiento lícito, que en caso contrario podrá ser objeto de sanción. Estos deberes y principios están inspirados a su vez, en los fundamentos de actuación de la función pública, que se regulan en el art. 1.3 del EBEP,¹³³ y que responden a los actuales valores democráticos y constitucionales, y al cambio de cultura administrativa (a la que hacía referencia el Informe de la Comisión de Expertos), que intensifica los deberes funcionales y la preocupación por el compromiso del servicio público¹³⁴.

El EBEP configura estos deberes, más que como deberes concretos, como código de conducta o deberes deontológicos para los empleados públicos (que el legislador divide en “*deberes*”, “*principios de conducta*” y

¹³³ Art. 1.3 EBEP: **a)** Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales. **b)** Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional. **c)** Sometimiento pleno a la ley y al Derecho. **d)** Igualdad de trato entre mujeres y hombres. **e)** Objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera. **f)** Eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos. **g)** Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos. **h)** Transparencia. **i)** Evaluación y responsabilidad en la gestión. **j)** Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas. **k)** Negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo. **l)** Cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público.

¹³⁴ CASTILLO BLANCO, F.A. “Los deberes de los funcionarios públicos”. Op.cit. pág. 365.

“principios éticos”, pero que de su lectura se deduce que son una misma cosa, e incurriendo incluso en repeticiones innecesarias¹³⁵).

De hecho, para tener una visión completa de “los deberes básicos” (art. 52 EBEP)¹³⁶ debemos realizar su análisis en relación con las infracciones disciplinarias del artículo 95.2 EBEP, dado que su planteamiento se realiza en términos genéricos, mezclándose con principios éticos y códigos de conducta. De hecho el apartado final del art. 52 EBEP remite a los principios y reglas del capítulo relativo a deberes como informadores de “la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados”.

Por su parte, los denominados “principios de conducta” art. 54 EBEP, realmente son la unión de los deberes básicos, y los principios éticos que los inspiran. Se trata por tanto de un código de conducta legalmente establecido, con la fuerza que ello le otorga. No precisa ser determinado o concretado por la Administración empleadora, de forma que se configuran como obligaciones jurídicas a cumplir por imperativo legal, y por tanto directamente aplicables y exigibles jurídicamente, de tal forma que su incumplimiento puede derivar en responsabilidades disciplinarias.

Dado que el objeto de este estudio gira alrededor del personal laboral, debemos tener en cuenta que a estos deberes y principios se suma el

¹³⁵ Doctrinal ha sido muy criticada la fórmula que usa el legislador, diferenciando entre deberes, principios de conducta, principios éticos, que además se confunden y repiten, sin responder a ninguna sistemática lógica. Manual de Empleo Público. AAVV. Comares, 2013. Pág.236.

Especialmente ácido resulta el comentario de D. R. Parada, pero que en mi opinión está lleno de razón: “Esta enumeración de deberes es ciertamente una retahíla de obviedades morales cuyos contrarios descalifican por sí mismos,se da por descontado que el funcionario no podrá actuar con subjetividad, irresponsabilidad, parcialidad, despilfarro, inaccesibilidad, ineficacia y deshonestidad”. Derecho del Empleo Público. Op.ci. pág. 198.

¹³⁶ Art. 52 EBEP.- Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas 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 en los artículos siguientes.

contenido del art. 5 del ET, que en nada contradice a los anteriores, y al contrario resulta complementario.

Dicho esto, realizaré el análisis de los deberes concretos desde la estructura que marca el 5 del ET en esta materia, poniéndolos en contraposición con el contenido de los arts. 52 a 53 del EBEP, y la regulación sobre infracciones, para obtener así el cuadro básico de los deberes de los empleados públicos laborales.

5.1. El deber de diligencia en el desempeño de sus funciones.

El deber de cumplir con la obligación de trabajar o prestar servicios, desempeñando las tareas que tenga asignadas del art. 52 EBEP, se regula en el art. 5.a) del ET, en términos similares: es deber básico de los trabajadores “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo”.

La negociación colectiva puede introducir matices que faciliten la concreción de “*diligencia debida*” en el cumplimiento de sus funciones, que también en ocasiones remite a la costumbre o instrucciones del empresario como referencia. Por su parte el art. 52 EBEP, se complementa con los arts. 53, apartado 10 y 11 EBEP, que hace referencia a cumplimiento de los plazos y respeto al principio de dedicación al servicio público.

El incumplimiento de este deber se sanciona como falta muy grave, considerándose como “*abandono del servicio*” (art. 95.2, c) EBEP), y los Convenios Colectivos principales también lo regulan como falta muy grave (el art. 78.2, c) del III CUAGE, establece que “*la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas recomendadas*” constituye falta muy grave).

El problema se plantea si un Convenio Colectivo lo regula como falta grave, en cuyo caso considero que prevalecería la norma general, es decir el EBEP, dado que se señala como supletoria la regulación laboral en este aspecto (art. 93.4 EBEP).

5.2. El deber de buena fe o integridad.

El deber de buena fe que recoge el art. 5. A) del ET, hace referencia a la exigencia en el cumplimiento de las obligaciones laborales “*de conformidad con las reglas de la buena fe*”, siendo por tanto un deber con un alto grado de indeterminación, que en todo caso no es del todo equivalente al deber de “*lealtad y buena fe con la Administración, superiores, compañeros, subordinados y ciudadanos*” previsto en el art. 53.3 EBEP. En la regulación del EBEP sería más próximo al “*deber de integridad*” (art. 52 EBEP), y una vez más, se completa con las exigencias añadidas de los arts. 53 (apartado 5, 6, 7, 9) y 54.10 del EBEP. Exigencias de actuación que a su vez son reflejo de otros principios como el de honradez, confidencialidad, o eficacia.

El concepto jurídico indeterminado del “*deber de buena fe*” es objeto, en el ámbito laboral, de ciertas concreciones en torno a conductas que se consideran como tales. En este sentido es determinante el papel de la jurisprudencia, que delimita caso a caso el alcance en la consideración de conductas que constituyen vulneraciones del deber de buena fe. Jurisprudencialmente se han reconocido como vulneración del deber de buena fe supuestos de falsedad, de apropiación indebida, coacciones, deslealtad, extralimitación en las funciones...¹³⁷

Este deber es, en mi opinión, exigido con más fuerza en el ámbito de la empresa privada que en el de las Administraciones Públicas (incluso para los laborales). La “*transgresión de la buena fe contractual*” es uno de los motivos que justifica el despido disciplinario conforme con el art. 54.2 d) del ET, y es muy utilizado en la práctica (prueba de ello es la numerosa jurisprudencia que existe en torno a este tema en orden social).

En contraste, el art. 95.2 del EBEP, considera falta grave solo algunas actuaciones que conllevan la vulneración de este principio (art. 95.2 j) EBEP, “*prevalencia de las condición de empleado para obtener algún beneficio*”

¹³⁷ Se consideran infracciones al deber de buena fe causar perjuicios a la empresa en sus bienes, su honor o imagen comercial, el engaño, fraude, ocultación de datos, trabajar percibiendo prestaciones de Seguridad Social, utilizar materiales de la empresa para beneficio propio, favorecer a terceros en perjuicio de la empresa...LÓPEZ GÓMEZ, J.M. “La relación laboral especial de empleo público”. Civitas, 2013.

indebido”; “publicación o uso indebido de documentación o información” (art. 95.2 g) EBEP; negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, art. 95.2 f) EBEP).

En cambio para los laborales de las Administraciones se suma a lo anterior, el hecho de que los Convenios Colectivos añadan conductas o actuaciones concretas que puedan constituir vulneración de la buena fe, de tal forma que se puede afirmar un mayor nivel de exigencia, al menos formalmente o a efectos de regulación, que afecta a los laborales de las Administraciones frente a los funcionarios en relación a esta obligación.

5.3. El deber de obediencia.

El artículo 5.c) del ET establece el deber de los trabajadores de *“cumplir las órdenes e instrucciones del empresario, en el ejercicio regular de sus facultades directivas”*.

Por su parte el art. 54.3 del EBEP, regula como código de conducta, la obediencia de *“las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes”*.

Realmente estas regulaciones, pese a ser similares no son iguales, ni se hacen referencia realmente a situaciones iguales. Lógicamente la previsión del deber de obediencia del EBEP, es elemento consustancial vinculado al principio de jerarquía del art. 103.1 CE, en una relación que se considera unilateral, sumándose a ello las connotaciones que conlleva el desempeño de funciones públicas, y la importante carga legislativa de fondo que, en la mayoría de los casos, regula el desarrollo de estas actividades, de la que carece la prestación de servicios en el ámbito de la empresa privada.

En la regulación que hace el EBEP se minorra o matiza la intensidad con que se configura este deber, en contraste con la regulación anterior. Así pues la figura de la obediencia en el ámbito de la función pública evoluciona en el

tiempo, pasando de la “*obediencia ciega*” heredada de los Estatutos de los jesuitas, que rigió hasta mediados del siglo XIX, a la “*obediencia debida*” que perdura hasta la LFC de 1964, -pero sin incluir la posibilidad expresa de desobediencia por razón de la ilegalidad de la orden-¹³⁸, y la obediencia debida matizada que marca el EBEP.

Sin embargo hay que decir que también en el ámbito laboral la doctrina jurisprudencial y académica, reconoce el deber de obediencia como prevalente, por razón del poder de dirección y organización del empresario que es elemento que define la propia relación laboral por cuenta ajena¹³⁹. Esto se traduce en el deber de atención a las órdenes, sin perjuicio de su reclamación, quebrando solo esta prioridad en los supuestos en que exista peligro para la integridad física del trabajador, o la orden atente contra su dignidad.¹⁴⁰

En todo caso, en uno u otro caso, hay que dejar claro que ningún empleado público deberá obediencia a órdenes contrarias a la Constitución y a las Leyes. Si bien, el problema es cómo puede o debe actuar el empleado público ante una norma que cree ilegal, ante ese principio de doble obediencia: a la ley y a las órdenes del superior jerárquico.

Partimos de que, -sin perjuicio de que pueda establecerse algo al efecto en los Convenios Colectivos,- rige la regulación del EBEP también en esta materia para los laborales, y dicha regulación diferencia entre tres posibles escenarios:

¹³⁸ En el deber de obediencia debida se asume la obligación de obedecer, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar frente a las que se consideren órdenes irregulares o ilegales. En este sentido se expresaba también la jurisprudencia: STS de 28 de febrero de 1985; STSJ de Murcia, de 27 de febrero de 2001.

¹³⁹ Por todas, STS de 11 de abril de 2002.

¹⁴⁰ En este sentido se establecen previsiones legales concretas de protección al trabajador, como sucede por ejemplo, en el supuesto de que el empresario de la orden de hacer un trabajo sin respetar las medidas de seguridad mínimas, y exista riesgo grave e inminente para la seguridad del empleado, en cuyo caso la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos prevé mecanismo de autoprotección que pueden llegar a la suspensión unilateral de la actividad por el trabajador, sin que constituya desobediencia (art.21., 2 y 3 LPRL). Sobre este particular: STS de 11 de abril de 2002.

- Que la orden recibida del superior sea regular, (o así la considere el empleado), y actúe conforme a la misma. Es decir, se atiende a la legalidad y al deber de obediencia.
- Que la orden recibida sea irregular, en el fondo pero no en la forma, es decir que se trate de un orden dada conforme a derecho. En este caso el EBEP en su artículo 95.2 i) establece que constituirá una falta grave, además de ser causa de despido reconocida en el art. 54.2 del ET (sin perjuicio de lo que disponga el Convenio Colectivo de aplicación en cada caso).

Consecuentemente el empleado público que se vea en esta tesitura tendrán que obedecer dicha orden, a riesgo de ser sancionado, y teniendo en cuenta que en el caso de que logre probar que era una orden de contenido ilegal sería declarada nula la sanción o improcedente el despido.

En este caso de los funcionarios la Ley Orgánica 10/95, que aprueba el Código Penal, prevé en su art. 410.1, que la desobediencia a estas órdenes constituirá delito, si bien se podrá alegar como eximente de cumplimiento de un deber (obediencia debida), como prevé el art. 20.7 del CP. Este tipo penal está previsto solo para “los funcionarios”, por tanto, considero que no cabe su aplicación por extensión al personal laboral.

- En el caso de que la orden sea irregular en forma y fondo, se establece el “deber de desobediencia”¹⁴¹, si bien para que esto suceda la orden debe ser “*infracción manifiesta*”. Así lo prevé el art. 410.2 CP para los funcionarios, y el artículo 54.3 del EBEP para todos los empleados públicos, que ante este supuesto además indica la forma de actuar que será “*denunciando a los servicios de inspección correspondientes*”.

El problema, que en la práctica es muy habitual y trascendental realmente, es determinar qué constituye una infracción manifiesta y qué no lo es, porque las consecuencias para el empleado que

¹⁴¹ NIETO GARCÍA, A. Ponencia sobre el deber de obediencia de los empleados públicos en la Facultad de Santiago de Compostela, 2010.

desobedece la orden serán distintas. En último caso, en los supuestos en que la Inspección no valore como irregular la orden a acatar, el empleado deberá cumplirla, si bien, podrá presentar demanda judicial ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo frente a dicha orden.

5.4. Deber de observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten en la empresa.

El deber de trabajar con seguridad, es a la vez un derecho y una obligación del empleado público, que se exige por entenderse, desde el prisma de la Administración, como un elemento de garantía para una mejor realización de los servicios públicos.¹⁴² Por esta razón, el art. 5.b) ET y el art. 54.9 del EBEP, coinciden en exigir a los empleados el cumplimiento de las normas en materia preventiva, a estos preceptos se suma el artículo 29 de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales, que en su apartado primero recoge el deber genérico de velar, en la medida de sus capacidades, y posibilidades, por la seguridad, cumpliendo las medidas preventivas que se adopten, y en el segundo concreta obligaciones en este sentido.

Esta obligación, paradójicamente, carece de reflejo como causa de despido del art. 54.2 del ET, ni como falta muy grave del art. 95.2 del EBEP, pero en el art. 29.3 LPRL, sí se reconoce como incumplimiento laboral la falta de respeto a las obligaciones de los trabajadores en esta materia, sumándose a esto el hecho de que los Convenios Colectivos suele regular como infracción grave o muy grave este tipo de comportamientos.

En todo caso, considero que podría (o debería), incardinarse en un supuesto de falta al deber de actuación conforme a la buena fe, o de desobediencia, los actos que se produzcan en este sentido por los empleados públicos.

¹⁴² CASTILLO BLANCO, F. A. op. cit. Pág. 368.

5.5. El deber de sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y el deber de imparcialidad.

Para cerrar este cuadro de obligaciones básicas de los laborales debo hacer mención a un principio que, junto con el deber de imparcialidad, (art. 52 EBEP), no existe en el ámbito del Derecho del Trabajo, pero que son de aplicación a los empleados públicos laborales de las Administraciones. Se trata del deber de fidelidad y respeto a los valores democráticos del Estado desde el desempeño de su puesto de empleado público, que deriva de los principios constitucionales que informan la actuación de la Administración.

El profesor Sánchez Morón lo distingue del deber de respeto a la ley (sin perjuicio de que también se recoja en otros deberes de los empleados públicos). Esta obligación supone la obligación del empleado público de abstenerse de cualquier actuación que ponga o pueda poner en peligro los valores democráticos sobre los que se sustenta la Constitución, así como adecuar su actuación a tales principios¹⁴³.

Otro deber que no se contempla en la regulación laboral es el deber de imparcialidad y objetividad en el desempeño del puesto, como consecuencia del principio de objetividad de la Administración (art. 103.1 y 3 CE). Son varios los apartados de los artículos 53 y 54 del EBEP, que establecen principios y limita conductas en este sentido.¹⁴⁴

¹⁴³ CASTILLO BLANCO, F. Op cit. Pág. 371.

¹⁴⁴ **Art. 53 EBEP: 2.** *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 común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio. 5. Se abstendrán 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 público. 6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público. 7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas. 9. No influirán 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. 11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público*

La imparcialidad, en definitiva no solo hace referencia a la neutralidad política, sino también la neutralidad y no trato de preferencia por vínculos personales (de ahí que entre los deberes concretos se incluya la abstención del empleado en asuntos en que tenga interés personal, art.53.5 EBEP).

Disciplinariamente se atiende especialmente a estos supuestos, calificando como faltas muy graves “*el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de la función pública*”, art. 95.2 a) EBEP, “*la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales*” (art. 95.2, b EBEP).

También como muy graves se consideran las infracciones relativas a incumplimiento del deber de imparcialidad (art. 95.2 b) en referencia a actuaciones que supongan discriminación por parte del empleado y el apartado h) del mismo precepto que sanciona las actuaciones parciales de contenido político, que se realicen con intención de influir en los procesos electorales de cualquier naturaleza, -vestigio del antiguo art. 31 de la LMRFP-).

A modo de conclusión, quisiera destacar que la fórmula que utiliza el legislador en relación a los preceptos que marcan los deberes de los empleados, conlleva en sí misma la pérdida de fuerza respecto al importante objetivo que persigue. La inconcreción de los términos, las repeticiones y su ordenación algo farragosa, hace que los que tendrían que ser mandatos claros y preciso, -evitando los conceptos jurídicos indeterminados-, se pierdan en una redacción llena de obviedades y vaguedades, que sólo se salvan por contar con la tipificación como infracciones de algunos de estos deberes.

absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

Artículo 54 Principios de conducta6. Se rechazará 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.

Por otro lado, nada se establece en el EBEP en relación a las obligaciones, principios de actuación, o valores de la propia Administración empleadora, a modo de código de conducta completo, o expresión de su responsabilidad social corporativa, (que o bien, se presume como el valor al soldado, o bien se considera que no es exigible o se teme que pueda comprometer en demasía...), no habría sobrado un precepto en este sentido.

6. La incompatibilidad de los empleados públicos laborales.

Una de las particularidades y principios fundamental que presenta el régimen jurídico de los empleados públicos es el de la incompatibilidad en su puesto con otras actividades, dentro y fuera del desempeño de sus funciones, sin perjuicio de ciertas excepciones que se regulan legalmente.

El EBEP, (desatendiendo las recomendaciones en este sentido del Informe de la Comisión de Expertos, que valoraban la necesidad de regular en su contenido, y reforzar el régimen de incompatibilidades en relación a la realización de actividades privadas¹⁴⁵), no actualizó, ni tan siquiera incluyó el deber de no concurrencia de los empleados públicos, -es decir, el régimen de incompatibilidades-. Sobre este tema el EBEP sólo interviene sancionado como falta disciplinaria muy grave el *“incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad”*, (art. 95.2 n EBEP).¹⁴⁶ Por su parte, el artículo 78.2, c). 7 del CUAGE, también lo reconoce como una falta muy grave.

Así pues, actualmente perdura la regulación de esta figura conforme con la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, a excepción de la modificación que el EBEP

¹⁴⁵ CASTILLO BLANCO. F.A. *“Los deberes de los funcionarios públicos”* Op cit. Pág. 369. Señala este miembro de la Comisión de Expertos, la necesidad reforzar el régimen de incompatibilidades con actividades privadas, sobre todo en los supuestos en que, por razón de la materia (contratación, urbanismo...), se pueden producir conflictos de intereses.

¹⁴⁶ En cambio en el ámbito laboral, el artículo 5.d) del ET, sí regula el deber de “no concurrir con la empresa”, que equivale en esencia a la incompatibilidad de la regulación de la función administrativa, pero que en cambio no tiene el régimen jurídico que sí caracteriza a los empleados públicos.

introduce en el artículo 16.1 de la Ley 53/1984, y sumó a los supuestos de “*incompatibilidad absoluta*”, que luego comentaremos. Sigue vigente también su reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 598/1985, de 30 de abril. Con esta normativa se cumple con el mandato establecido en los arts. 103.3 y 149.1.18 de la Constitución, siendo su objetivo último la preservación del interés general, y el garantizar la independencia y neutralidad de los servidores públicos, así como el principio de eficacia (STC 73/1997).

La Ley 53/84 es de aplicación tanto al personal funcionario, como al laboral, conforme establece su artículo 2: “*la Ley es de aplicación a todo el personal de la Administración Pública, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo*”. De tal forma que el régimen jurídico en esta materia está unificado, y es el que se aplica a los laborales de la Administración, por encima de la norma laboral. Respecto al personal laboral, la negociación colectiva no suele regular nada particular al respecto, -de hecho el artículo 52 del III CUAGE se limita a remitir a la norma reguladora en materia de incompatibilidades-.

El ámbito de aplicación de esta Ley 53/84 se extiende a los empleados de las Administraciones Públicas territoriales (Administración General del Estado, Administraciones autonómicas, Administraciones locales) y de los organismos públicos de ellas dependientes (Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, otras Entidades de Derecho Público, etc.)

La norma diferencia entre incompatibilidad dentro de actividades en la propia Administración, e incompatibilidad con actividades privadas. En concreto, el artículo 1.10 de la Ley 53/84, establece que se produce incompatibilidad cuando la prestación de servicios en la Administración concurre con:

a) El desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público. No obstante existen supuestos expresamente exceptuados¹⁴⁷ de esta incompatibilidad.

¹⁴⁷ Estas excepciones son las siguientes: *Profesor asociado: Se autoriza un segundo puesto de trabajo, en la esfera docente, como profesor universitario asociado, en régimen de dedicación*

Admitiéndose la posibilidad de que se pueda desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público, en los supuestos de funciones docente o sanitaria (pero limitando las retribuciones que puedan percibirse en conjunto), y en aquellos otros puestos que por razón de interés público se determinan por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto o por el Órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma. En todo caso en estos supuestos será siendo siempre exigible el reconocimiento de la expresa autorización de compatibilidad, que no puede suponer modificación de la jornada de trabajo y horario de ninguno de los dos puestos de trabajo.

b) El desempeño de cualquier cargo, profesión o actividad pública o privada¹⁴⁸, “*que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia*”.

Prohibiéndose, en todo caso, y salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel ni ejercer opción por percepciones correspondiente a puestos incompatibles.

Así, la norma distingue entre actividades con incompatibilidad absoluta, que no aceptan excepción, y por tanto no caben ser autorizadas, por colisionar con la actividad que desarrolla en el ámbito de la Administración, y actividades

no superior a la de tiempo parcial y con duración determinada.- Catedráticos y profesores titulares de universidad o escuelas universitarias: Esta autorización afecta sólo al sector sanitario o a investigación en centros públicos, siempre que estén dentro del área de conocimiento del departamento universitario y siempre que en los dos preste servicios con dedicación parcial.- Miembros de asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas: La compatibilidad podrá otorgarse siempre, salvo que perciban retribuciones periódicas o que por la regulación de las propias cámaras se establezca la incompatibilidad.- Miembros de las corporaciones locales: Siempre que no desempeñen en las mismos cargos retribuidos o de dedicación exclusiva. En los dos últimos casos sólo puede percibirse retribución por una de las dos actividades, sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones que correspondan por la otra. - Actividades de investigación o asesoramiento: Se trata de una excepción para supuestos no permanentes y siempre que no correspondan a las funciones del personal adscrito a las respectivas Administraciones Públicas.

¹⁴⁸ Dado lo indeterminado del término el RD 598/1985 concreta estos conceptos con *una lista de situaciones o áreas de coincidencia (art. 9 y 11 RD 598/1985).*

con “*incompatibilidad relativa*”, ante las que el empleado público podrá solicitar la autorización para compatibilizar su actividad con otra de naturaleza privada con ciertas condiciones legalmente establecidas.¹⁴⁹

Como avanzamos al principio de este epígrafe, la única regulación que en torno a este tema hace el EBEP viene recogida en su Disposición Final tercera, que modificó el artículo 16.1 de la Ley 53/1984, y sumó a los supuestos de “*incompatibilidad absoluta*”, la de los empleados con retribuciones complementarias del artículo 24, b) previstas en el EBEP¹⁵⁰ que retribuyen o

¹⁴⁹ *No obstante se podrá solicitar la compatibilidad con actividad privada en los siguientes casos: *Se trata fundamentalmente del ejercicio de actividades profesionales, laborales o mercantiles fuera de la Administración Pública.*Al funcionario al que se le reconozca esta compatibilidad no podrá invocar o hacer uso de su condición pública para el ejercicio de la actividad, mercantil, industrial o profesional.*No se podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado.* Se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados.*No podrá reconocerse compatibilidad alguna para actividades privadas a quienes se les hubiera autorizado la compatibilidad para un segundo puesto o actividad públicos, siempre que la suma de jornadas de ambos sea igual o superior a la máxima en las Administraciones Públicas.*

Si bien, se declaran como actividades con incompatibilidad absoluta, en todo caso: Las relacionadas directamente con las funciones que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado.

- Las actividades privadas en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los 2 últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. Especialmente incompatibles las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

- Pertenencia a Consejos de Admón. u órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismos o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

- Desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos en Empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con la participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

- Participación superior al 10% en capital de Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior.

- Actividades privadas que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la 1/2 de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las AA.PP, salvo que la actividad pública sea de prestación a tiempo parcial.

¹⁵⁰ El contenido de esta Disposición Adicional 5ª entrará en vigor cuando se desarrollen los Capítulos II y III del Título III del EBEP, en las correspondientes normas de la Función Pública en

compensan la incompatibilidad, siendo de aplicación al personal funcionario, laboral y eventual, además de negar radicalmente la posibilidad de autorizar la compatibilidad al personal retribuido por arancel y el personal directivo a su servicio vinculado mediante relación laboral especial de alta dirección.

En este apartado se echa de menos especialmente la regulación que reclamaba el Informe de la Comisión de Experto (recomendación núm. 100), más aún por lo defectuoso de su regulación.

En concreto con el nuevo literal del apartado 1 del artículo 16, se produce una contradicción con el apartado 4 del artículo 14 de la Ley 53/84, que establece como excepción a la anterior regla que *“podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad”*.

Así pues, la nueva redacción del apartado primero del art. 16, pone en duda la posibilidad de aplicación de esta excepción, (que sigue vigente), al menos referida a los empleados públicos que cobren el complemento específico por incompatibilidad, porque no tiene sentido pagar con tal fin, y seguir cobrándolo compatibilizando por razón de no superar el 30% de la retribución básica.

En todo caso, no es difícil concluir, que como resultado de esta regulación, en aquellas Administraciones en las que se negocien complementos específicos vinculados a la incompatibilidad, usarán como referencia ese 30%, es decir, que no se acordarán complementos “baratos” que condicionen la posibilidad de compatibilidad.

Por último, hay que tener presente que quedan excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la Ley 53/84 de incompatibilidades (artículo 19), una serie de supuestos que suponen actividades puntuales, independientes o no

las distintas Administraciones. Por esta razón en algunas Comunidades Autónomas ya está en vigor.

incompatibles con las funciones que desempeña el empleado.¹⁵¹ Lo que supone que en estos casos no es preciso contar con la autorización o reconocimiento de compatibilidad, por no ser exigible.

¹⁵¹ Actividades que se excluyen del régimen de incompatibilidades (art. 19 Ley 53/84): *Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar. La dirección de seminarios o dictado de cursos o conferencias en centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de 75 horas al año, así como la preparación para el acceso a la Función Pública en los casos y forma que reglamentariamente se determine (máximo 75 horas anuales). La participación en tribunales calificadores de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas. La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente les corresponda, en la forma reglamentariamente establecida. El ejercicio del cargo de Presidente, Vocal o miembros de Juntas Rectoras de Mutualidades o Patronatos de Funcionarios, siempre que no sea retribuido. La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios. La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social. La colaboración y la asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.*

CAPÍTULO V. EI RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. PARTICULAR REFERENCIA AL RÉGIMEN DEL PERSONAL LABORAL.

1. Introducción.

El artículo 28.1 de la Constitución de 1978, igual que el artículo 1.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, reconocen el derecho de libertad sindical tanto a los trabajadores comunes, como a los funcionarios públicos.¹⁵² Si bien, en coherencia con las normas internacionales, -en concreto los Convenios núm. 87 y núm. 98 de la O.I.T.-, se establece la posibilidad de introducir particularidades en la regulación de este derecho en el caso de los funcionarios, respetando en todo caso el contenido esencial de este derecho fundamental, cabiendo incluso la exclusión de algunos funcionarios por razón de su posición, como sucede con los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados, magistrados, jueces y fiscales en activo.

En la extensión del contenido del derecho es donde sí surgieron en su día problemas de interpretación, con posiciones encontradas en cuanto a su extensión. Sobre este particular el Tribunal Constitucional aclaró en diversas sentencias¹⁵³ que “*limitar*”, no es “*excepcionar*” el derecho de libertad sindical que en todo caso debe mantener su esencia.¹⁵⁴

Con la aprobación del EBEP, esta polémica pierde sentido, al normalizarse legislativamente y reconocerse en su artículo 15, lo que ya había sido ordenado a nivel jurisprudencial y en la legislación de libertad sindical, es decir el expreso reconocimiento a todos los “*empleados públicos*” en general, de derechos individuales ejercidos colectivamente, (esto es: el derecho de libertad sindical, negociación colectiva y de participación en la determinación en las condiciones de trabajo, ejercicio de la huelga (con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad), planteamiento de

¹⁵² Sentencia del TC 98/1985, de 29 de julio.

¹⁵³ Sentencia del TC 273/1994, de 17 de octubre, F.jco. 4º.

¹⁵⁴ Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A., “*El derecho de libertad sindical*”. Guías de negociación. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2007.

conflictos colectivos y el derecho de reunión (artículo 4 del E.T. y 15 del EBEP)).

En todo caso, debe matizarse que el tratamiento que el legislador otorga a los derechos colectivos de funcionarios y laborales nunca ha sido equivalente, y pese a que ambos, de hecho, tienen limitaciones por razón de la prevalencia del interés público, sobre sus intereses colectivos, formalmente los laborales no se veían, a priori, afectados por las limitaciones que en esta metería sí afectan a los funcionarios, a tenor del literal del artículo 28.1 CE, y 1 y 2 de la LOLS.

De hecho, este aspecto queda también reflejado en el artículo 32 del EBEP que en relación a *“negociación colectiva, representación y participación del personal laboral”*, remite principalmente para su regulación a la legislación laboral común, *“sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación”*.

En los siguientes epígrafes se tratarán las principales particularidades y problemas de aplicación que afecta a los derechos colectivos de los laborales de las Administraciones sometidos al EBEP, si bien se ha de hacer constar que no en todos los aspectos existen particularidades (de hecho como he ha indicado normativamente no se reconoce que existan dichas particularidades, aunque luego existan). Por esta razón, algunos aspectos del complejo derecho de libertad sindical no se van a tratar, por ser exactamente iguales que el de los trabajadores comunes, como sucede por ejemplo en relación a la dimensión individual del derecho de libertad sindical (art. 2 LOLS), que incluye el derecho positivo y negativo a afiliarse a un sindicato, el derecho a creación de sindicatos, a elegir libremente sus representantes dentro de ellos, y a la actividad sindical.

Plantean más problemas, algunos aspectos de la dimensión colectiva del derecho de libertad sindical, que como es sabido incluye el derecho de acción sindical en la empresa mediante las secciones sindicales, y delegados sindicales, el ejercicio del derecho de reunión e información (arts. 8 y 10 LOSL), el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, y en particular el ejercicio del derecho a la huelga, que se tratará de forma particular.

Antes de comenzar a tratar estos puntos especialmente conflictivos, ha de advertirse que para el personal laboral en las Administraciones la regulación referida en la norma laboral tiene naturaleza de norma mínima mejorable, como de hecho queda reflejado en la negociación colectiva. Actualmente el capítulo XV (arts. 84 a 92) del tercer Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado (CUAGE), introduce mejoras y matizaciones sobre la regulación básica laboral en materia de derechos colectivos de los empleados públicos con contrato laboral.

2. La representación sindical y unitaria del personal laboral en las Administraciones Públicas.

2.1. Particularidades y problemas en relación al régimen jurídico de las Secciones Sindicales, Delegados Sindicales, Delegados de Personal, Comités de Empresa y Juntas de Personal.

Las particularidades y problemas que se presentan en materia de representación de los trabajadores en las Administraciones, radica en la complejidad que supone la dualidad de vínculos, funcionarial y laboral, y a la vez el sistema dual de representación, -sindical y unitario-, propio de nuestro ordenamiento. Por esta razón en el presente apartado comenzaremos por distinguir el distinto tratamiento que el legislador otorga, dependiendo de si nos encontramos ante funcionarios o laborales de la Administración, para posteriormente centrarnos en las particularidades en esta materia que afecta al personal laboral.

El personal laboral al servicio de las Administraciones tiene reconocido, al igual que los laborales comunes, el derecho de representación de sus intereses en la empresa mediante el doble canal, de representación sindical regulada en los artículos 10 y siguientes de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), y la representación unitaria de los trabajadores conforme a lo establecido en el artículo 62 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores. Esto es así porque el EBEP no matiza nada al respecto, y como vimos, remite a la normativa laboral común la regulación de esta materia (art. 32 EBEP), y los

derechos, competencias y garantías que éstos tienen reconocidos, son también idénticas a las que se reconocen a los laborales comunes, es decir: competencias de información, negociación, consulta, control (artículo 64 ET), y garantías de permanencia, crédito horario, etc, regulados en el artículo 68 y 81 ET, así como el procedimiento electoral para la designación de los representantes unitarios (artículos 69 a 76 ET).

La representación del personal funcionario responde también a este doble modelo de representación, si bien, el EBEP en cuanto a la representación unitaria sí regula en su artículo 39, de forma diferenciada los “*órganos específicos*” que se podrán constituir a tal fin, y que denomina Delegados de Personal y Juntas de Personal, y sus competencias y garantías recogidas en los artículos 40 y 41 EBEP.¹⁵⁵ De forma evidente el legislador toma como referencia al modelo laboral, en ese proceso de mutua aproximación entre el régimen jurídico de funcionarios y laborales que ya se ha comentado en otro momento de este trabajo.

La regulación de la representación unitaria en el EBEP (arts. 39 a 44) acerca aún más posiciones, igualándose tanto en número de miembros de los órganos de representación en función de las plantillas (art. 39 EBEP y 66 ET), como en el crédito horario del que disponen para realizar sus funciones representativas (art. 41 EBEP y 68 ET). El único punto que no se homogeniza en materia de competencias, es en relación a la capacidad negociadora, que en el caso de los funcionarios no se reconoce a sus órganos de representación, quedando reservadas a la Mesa de negociación, que en este ámbito está reservada a los sindicatos más representativos.¹⁵⁶

La representación sindical de los funcionarios, en cambio, sí es común a la de los laborales puesto que se rige también por la LOLS, que en su artículo 1.2, que expresamente considera “*trabajadores, tanto a aquellos que sean*

¹⁵⁵ Las funciones y garantías que recogen los artículos 40 y 41 EBEP son las mismas que se establecían en la LORAP, solo se ha visto suprimido el derecho a participación en la gestión de obras sociales de las Administraciones que recogía el art. 9.8 LORAP.

¹⁵⁶ DEL REY GUANTER, S. (dirección), AA.VV. “*Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*”. La Ley, 2009.

sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas”, (sin perjuicio, claro está, de miembros de las Fuerzas e Institutos Armados y Magistrados, jueces y fiscales que son excluidos de su ámbito de aplicación por la propia norma).

Esta variedad y diferenciación entre los canales de representación, nos lleva a encontrar, en el seno de las Administraciones, la coexistencia de todos ellos como canales de representación superpuestos. Esto supone una dificultad añadida en procesos de negociación, o incluso en cuanto a las estrategias de acción sindical, -sin perjuicio de la posible intervención sindical para coordinar posiciones, que es lo que se hace en la práctica, intentando aunar posiciones y realizando reuniones conjuntas de forma habitual-.¹⁵⁷

Como se ha indicado la regulación en materia de representación sindical es común para funcionarios y laborales, al amparo de la LOLS. Esto supone que la constitución de las secciones sindicales en las Administraciones dependan de la voluntad del propio sindicato que las constituye, y más en concreto de la voluntad expresada en sus Estatutos de constitución conforme preceptúa el artículo 8 LOLS, que determinarán, en ejercicio de la libertad de auto-organización que les atribuye la ley, si optan por aunar funcionarios y laborales en una misma sección, o si constituyen secciones diferenciadas para ambos tipos de empleados públicos.¹⁵⁸

No obstante el problema en esta materia surgió en relación a la designación de los Delegados Sindicales, puesto que conforme con el artículo 10.3 LOLS, goza de unos derechos y garantías que son exigibles al empresario, y que trascienden de la mera voluntad del sindicato.

¹⁵⁷ OJEDA AVILES, A. “Régimen jurídico de los funcionarios públicos”, Instituto Andaluz de Administraciones Públicas, 2001, Sevilla. LOPEZ GÓMEZ, J.M. *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas, Navarra, 2009.

¹⁵⁸ En este sentido: Cruz Villalón, J., “Reconocimiento legal de la representación y acción sindical en la empresa”. Comentarios a la LOLS.

Conforme con el contenido del artículo 10 LOLS,¹⁵⁹ en los centros de trabajo de la Administración que ocupen a 250 trabajadores, -la ley textualmente dice empresas o centros de trabajo, si bien en el caso de las Administraciones, por su complejidad, hablamos de centros de trabajo-, que tengan presencia en el comité de empresa, estarán representadas por Delegados Sindicales, que serán elegidos por y entre sus afiliados en dicho centro de trabajo.¹⁶⁰

La elección por centro de trabajo depende en principio del ámbito de actuación de la sección sindical, pero existe jurisprudencia que lo condiciona al ámbito de actuación del comité de empresa, (STS de 5 de septiembre de 2006, Rec. 1643/2005).¹⁶¹ Aquí reside el origen del problema, puesto que antes de la aprobación del EBEP, la Ley 8/1987, de 13 de mayo, de Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP), separaba radicalmente los órganos de representación funcionarial y laboral, e impedía, a su vez, una representación sindical unitaria para los empleados públicos en los centros de trabajo,¹⁶² (a pesar de que la LOLS no realizaba esta separación, y al contrario, deja total libertad a las organizaciones sindicales sobre la constitución de sus secciones en las empresas).

¹⁵⁹ Art. 10. 1. LOLS: *“En las empresas, o en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de contrato, las secciones sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, estarán representadas, a todos los efectos, por Delegados Sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o centro de trabajo”.*

¹⁶⁰ Sin perjuicio de lo expuesto, la normativa convencional podrá establecer mejoras en esta regulación, si el centro de trabajo no cuenta con 250 trabajadores.

¹⁶¹ FABREGAT MONFORT, G. Introducción al derecho laboral en el empleo público. Bormazo, Albacete, 2014.

¹⁶² Sobre la determinación del concepto de *“centro de trabajo”* en el ámbito de la Administración General del Estado, el III Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado (CUAGE) en su artículo 84.2, establece que en las elecciones a representantes del personal laboral constituirá *“un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes de un mismo departamento u organismo que radique en la misma provincia, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987, de 12 de junio”* (LORAP). Por su parte el apartado tercero del mismo artículo, como no podía ser de otra forma, establece que los órganos de representación sindical se constituirán *“de acuerdo con la LOLS y los Estatutos de las Organizaciones Sindicales”.*

De esta forma la propia jurisprudencia confirmaba la imposibilidad de computar a personal funcionario y laboral de forma conjunta de cara a sumar los 250 trabajadores exigidos para tener derecho a Delegado Sindical (por todas, STS de 13 de marzo de 1991, RJ 1991, 8638).

El EBEP termina con esta limitación, al superarse la estructura de Unidades Electorales que establece el artículo 7 de la LORAP.¹⁶³ En concreto, el artículo 39.4 del EBEP prevé que *“las unidades electorales se regularán por el Estado y por cada Comunidad Autónoma dentro del ámbito de sus competencias legislativas”*. Además, establece la posibilidad de que, *“previo acuerdo con las Organizaciones Sindicales más representativas”*, los órganos de gobierno de las Administraciones puedan modificar o estableces unidades electorales en razón del número y peculiaridades de sus colectivos, *“adecuando las configuración de las mismas a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan”*. En definitiva, la flexibilización de la estructura de la negociación contrasta poderosamente con la regulación anterior.

Pues bien, al menos en el ámbito de la Administración General del Estado contamos ya con un artículo, que en desarrollo del art. 39.4 del EBEP se introduce en el artículo 6 de la Ley 25/2015, como modificación del art. 12 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, para regular *“...las unidades electorales en la Administración General del Estado y en la Administración de Justicia”*, acotando qué constituirá un único “centro de trabajo” para las elecciones a representantes unitarios del personal funcionario y laboral.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Art. 12 RD Ley 20/2012, redacción modificada Ley 25/2015. **1.** En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 39.4 EBEP, en el ámbito de la Administración General del Estado se elegirá una Junta de Personal en cada una de las siguientes Unidades Electorales: **a)** Una por cada uno de los Departamentos ministeriales, incluidos en ellos sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y todos los servicios provinciales de Madrid. **b)** Una por cada Agencia, ente público u organismo no incluido en la letra anterior, para todos los servicios que tenga en la provincia de Madrid. **c)** Una en cada provincia, excluida la de Madrid, y en las ciudades de Ceuta y de

Esta nueva ordenación armonizada de las unidades electorales en la Administración General del Estado para laborales y funcionarios, con la delimitación reglada del concepto “*centro de trabajo*”, de cara a las elecciones de representantes, suponen la superación del artículo 7 de la LORAP, y el paso definitivo para la unificación del personal a efectos de las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo. Su entrada en vigor se produjo el 1 de marzo

Melilla, en la Delegación o Subdelegación de Gobierno, en la que se incluirán los Organismos Autónomos, Agencias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, las Entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y las unidades administrativas y servicios provinciales de todos los Departamentos Ministeriales en una misma provincia, incluidos los funcionarios civiles que presten servicios en la Administración militar. **d)** Una para cada ente u organismo público, no incluido en la letra anterior, para todos los servicios que tenga en una misma provincia o en las ciudades de Ceuta y de Melilla. **e)** Una para los funcionarios destinados en las misiones diplomáticas en cada país, representaciones permanentes, oficinas consulares e instituciones y servicios de la Administración del Estado en el extranjero. **f)** Una en cada provincia y en las ciudades de Ceuta y de Melilla, para el personal estatutario de los servicios públicos de salud. **g)** Una para el personal docente de los centros públicos no universitarios, en cada una de las ciudades de Ceuta y Melilla.

2. En aquellas Unidades Electorales a que se refiere el apartado anterior, con excepción de las referidas en la letra d), que no alcanzasen el mínimo de 50 funcionarios, éstos ejercerán su representación en la Junta de Personal del Departamento al que estuviera adscrito el Organismo o Unidad administrativa de que se trate. En las Unidades Electorales provinciales previstas en la letra d) que no alcanzasen el mínimo de 50 funcionarios, éstos ejercerán su representación en la Junta de Personal de Madrid del Organismo o Ente público que corresponda....

4. En las elecciones a representantes del personal laboral en el ámbito de la Administración General del Estado y de la Administración de Justicia, no transferida, constituirá un único centro de trabajo: **a)** La totalidad de las unidades o establecimientos de cada Departamento Ministerial, incluidos en ellos los correspondientes a sus Organismos Autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y todos sus servicios provinciales, en Madrid. **b)** La totalidad de las unidades o establecimientos en la provincia de Madrid de cada una de las Agencias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/2006, organismos o entes públicos no incluidos en la letra anterior y las dependientes de la Administración de Justicia. **c)** La totalidad de las unidades o establecimientos al servicio de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras, servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y Agencias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/2006 que radiquen en una misma provincia, excluida la de Madrid, o en las ciudades de Ceuta y de Melilla. Se incluirán en este apartado las unidades y establecimientos dependientes de la Administración de Justicia. **d)** Constituirá, igualmente un único centro de trabajo la totalidad de los establecimientos de cada ente u organismo público no incluido en las letras anteriores, radicados en una misma provincia o en las ciudades de Ceuta y de Melilla. **5.** Lo dispuesto en este artículo producirá efectos al producirse el vencimiento de los mandatos electorales actualmente en vigor. **6.** En todo caso las nuevas unidades electorales entrarán en vigor el 1 de marzo de 2015, fecha en que todos los mandatos en vigor o prorrogados se habrán extinguido como consecuencia de la elección de los nuevos órganos de representación, elección que deberá producirse en el plazo de 10 meses desde la fecha indicada.»

de 2015, otorgándose un plazo de 10 meses para que se proceda “a la elección de los nuevos órganos de representación”.

Este es, por tanto, un proceso en marcha, que a buen seguro será un elemento de mejora en la eficacia y equidad en las relaciones colectivas de este sector. La mayoría de la doctrina¹⁶⁵ coincide en que es básica esta reforma que avance hacia la consolidación de órganos de representación unitaria o conjunta para funcionarios y laborales, acorde con la constitución de secciones sindicales conjuntas, -que funcionan ya en la práctica-.

En todo caso las normas de desarrollo deberán apuntar en esta dirección, puesto que es este el espíritu del EBEP que, si bien, como se ha visto, no llegó a dar el paso de regularlo expresamente, sí expresó desde el principio su aceptación al concepto de órganos unitarios de representación. Buena prueba de ello lo constituye su previsión de creación de una Mesa de Negociación de las Administraciones Públicas para funcionarios y laborales (art. 36 EBEP), con una “*representación unitaria*”, distribuyéndose las organizaciones sindicales según “*los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa, en el conjunto de las Administraciones Públicas*” (art. 36.1, apartado segundo EBEP).

2.2. Diferencias en las funciones de representación de los funcionarios y los trabajadores de las Administraciones.

Las funciones que legalmente se reconoce a los representantes legales de los laborales en las Administraciones, contrasta con la que se reconoce a los representantes legales de los funcionarios en el artículo 40 del EBEP, pese

¹⁶⁵ Olarte Encabo, S (“*El Estatuto Básico del empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2008*”). Monereo Pérez, JL (dir). Comares, Granada, 2008); Sala Franco T. (SÁNCHEZ MORÓN, M., (coord.) “*Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*”, Lex Nova, 2009; Ojeda Avilés, A.; LOPEZ GÓMEZ, J.M. *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas, 2009.

a la relativa aproximación que se produjo en esta materia con la superación de la LORAP.

El artículo 64 del ET regula dichas funciones de forma extensa pero no cerrada, para los laborales, además de reconocerse otras funciones en artículos concretos del ET, como en materia de despidos colectivos (art. 51 ET), o modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET). A diferencia de esto, los representantes unitarios de los funcionarios no tienen reconocidas competencias en materia de negociación colectiva, ni capacidad de negociación en conflictos concretos, reservándose legalmente para los sindicatos más representativos el protagonismo en este ámbito.

A esto se suma el hecho de que el artículo 40 EBEP se configure como derecho no disponible, y por tanto constituya una lista cerrada, no ampliable o mejorable, en contraste con la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, siendo además más extenso el contenido de los derechos de información y consulta de los laborales, que el de los funcionarios.¹⁶⁶ Todo ello redundará, lógicamente, en un peso mayor de los Comités de Empresa en el ámbito de las relaciones colectivas de las Administraciones, que el que ejercen las Juntas de Personal, siempre más coartados por el papel de los representantes sindicales.

3. Los conflictos colectivos en las Administraciones Públicas después de EBEP.

El artículo 37.2 de la Constitución española reconoce el “*derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo*”. Dentro de las acciones sindicales de contestación o reivindicación, que denominamos genéricamente “conflictos colectivos”, se encuentran el derecho a la huelga, la declaración de conflictos colectivos, y de facto, otras muchas medidas de presión que se pueden ejercer en el ámbito laboral, y que serán

¹⁶⁶ Sin perjuicio de otras competencias residuales previstas en el artículo 46 EBEP, sobre el derecho de convocar reunión en asamblea, y la elección de Delegados de Prevención y composición del Comité de Seguridad y Salud, conforme con lo previsto en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

legales o no dependiendo de otras normas del ordenamiento jurídico (y su interpretación...).

Todas estas medidas de conflicto colectivo, además de estar reconocido como derecho constitucionalmente de forma independiente, forman parte del derecho de libertad sindical, como componentes de la dimensión colectiva de este derecho fundamental.

3.1. Sistemas de solución judicial y extrajudicial de solución de conflictos colectivos.

Se incluyen entre las medidas de conflicto colectivo, el planteamiento de pretensiones colectivas en el ámbito judicial y extrajudicial de composición de conflictos. En la vía judicial, como es sabido, contamos con el denominado “proceso de conflictos colectivos”, regulado en los artículos 153 a 162 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), con el objeto de resolver conflictos colectivos de interpretación de normas colectivas, o sobre impugnación de decisiones empresariales con efectos colectivos. Se incluye en su ámbito de aplicación (dado que no se excluyen) los procesos que puedan afectar a los conflictos de aplicación o interpretación de los Convenios Colectivos en los que intervengan las Administraciones, (art. 155 LRJS), y se reconoce expresamente legitimación activa a las Administraciones Públicas empleadoras en el ámbito del conflicto, y a “*los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores*”, (art. 154 d) LRJS).

Los denominados sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos pueden ser de dos tipos:

a) La solución de conflictos colectivos, con intervención de la Autoridad Laboral, regulado en los artículo 17 a 25 RDLRT, (conforme con la STC 11/1981). Como se sabe, es un procedimiento administrativo, actualmente residual en cuanto a su uso real, pero que subsiste, y no cierra la posibilidad posterior de planteamiento de conflicto colectivo en la vía jurisdiccional, (como ninguno de estos sistemas alternativos de composición de conflictos, dado que

en caso contrario constituirían una vulneración al derecho fundamental de tutela judicial efectiva).

b) Los medios alternativos de solución extrajudicial de conflictos (mediación, arbitraje y conciliación), configurados en torno a los Acuerdos firmados a nivel nacional y autonómico, entre patronales, organizaciones sindicales más representativas y Administración, en virtud de lo establecido en el artículo 83.3 ET, que son de aplicación general y directa a las relaciones laborales afectos por su ámbito de aplicación.

Estos sistemas se han consolidado tanto a nivel estatal como autonómico, y constituyen hoy por hoy, una vía alternativa a la judicial (pero no excluyente), de mucho éxito en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado. Sin embargo, su utilidad a nivel de los conflictos que afecten a las Administraciones no está clara.

En el nivel estatal actualmente se configuran conforme al V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC), -aprobado el 7 de febrero de 2012, BOE de 23 de febrero de 2012-, que gestiona el Servicio Interconfederal de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SIMA), creado a tal efecto. El artículo 1.2.2 del ASAC excluye de su ámbito de aplicación a los conflictos en los que sean parte las Administraciones, en concreto se excluyen todos los conflictos en materia de Seguridad Social, y aquellos en los que sean parte la Administración General del Estado, las Autonómicas, Locales y todas las que afecten a entidades del sector público.¹⁶⁷

No obstante, hay que señalar que conforme regula el art. 86 de la nueva Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común en las Administraciones Públicas,¹⁶⁸ las Administraciones pueden firmar acuerdos, conforme a los

¹⁶⁷ Dadas las dificultades y dudas en relación a los qué entidades de derecho público se debían entender dentro de esta exclusión, se realizó una consulta desde el SIMA a la Abogacía General del Estado, que realizó un informe donde se indicaban todos los organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias, consorcios y organismos reguladores, a los que no se aplicaría el ASAC.

¹⁶⁸ *Artículo 86 Terminación convencional. 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no*

límites que marca la Ley, -pero no se prevé la posibilidad de sometimiento a un arbitraje-, y en todo caso siempre tendrán serias limitaciones en cuanto a las posibilidades de llegar a acuerdos, y ningún margen en todas aquellas materias en las que exista reserva de Ley.

Sin embargo, parece que las posibilidades de los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos para las Administraciones se desarrollarán a nivel Autonómico. En los Acuerdos firmados en algunas autonomías para aprobar sus propios sistemas de solución extrajudicial de conflictos, se admite la posibilidad de plantear conflictos colectivos que afecten al personal laboral y la Administración, con distinto tratamiento según las comunidades pero, al fin, abriendo el sistema a los conflictos con el personal laboral, en los que sean parte las Administraciones.¹⁶⁹

A esto se añade el hecho de que el artículo 45 EBEP (*“solución extrajudicial de conflictos colectivos”*), sea un paso al frente en relación a la utilización en la Administraciones de este tipo de instrumentos, sentando las bases de un futuro sistema de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del empleo público¹⁷⁰. En concreto, -y sin perjuicio del papel atribuido a las

susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. 2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. 3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano. 4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativos al funcionamiento de los servicios públicos.

¹⁶⁹ En relación a este particular el Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos en Andalucía (ASEC), renovado por última vez mediante Resolución de 30 de enero de 2015, establece en su cláusula segunda, que el acuerdo será de aplicación a los conflictos que afecten a trabajadores y empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, “sin perjuicio de las especialidades previstas para el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía”. Igual sucede en los Acuerdos firmados en otras Comunidades como la de Cantabria, Canarias, etc...

¹⁷⁰ El artículo 38 de la LORAP (derogado), establecía la posibilidad de que las Administraciones y sindicatos nombrasen de mutuo acuerdo un mediador cuando no se pudiera llegar a

comisiones paritarias en el art. 38. 5 EBEP-, prevé *“la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos”, “derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37 EBEP, excepto aquellas en las que exista reserva de Ley”,* que podrán estar integrados por *“procedimientos de mediación y arbitraje”*.

Quizá el punto más confuso del artículo 45 EBEP es el de la determinación del ámbito subjetivo de este sistema autónomo de solución de conflictos, porque si bien no se dice nada expresamente, se refiere únicamente a *“Pactos y Acuerdos”*, llevando a concluir que se dirigen exclusivamente al personal funcionario, dejando al personal laboral a merced de lo que se disponga en la regulación sobre la materia en el ámbito laboral. Una vez más, no se da un tratamiento unitario para laborales y funcionarios en materia de derechos laborales colectivos. No obstante, considero que mediante la negociación colectiva se podría extender este mecanismo de solución de conflictos al ámbito de los empleados públicos laborales, y evitar así el vacío en cuanto a la articulación de estos mecanismos para estos trabajadores.

Por último, se ha de hacer constar que este es un precepto básico a desarrollar por las Administraciones, y su condición de norma mínima abre también la posibilidad de desarrollo por medio de la negociación colectiva.¹⁷¹ Actualmente no se ha desarrollado este artículo que queda condicionado a la aprobación de *“los procedimientos que reglamentariamente se determinen previo acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas”*.

Así las cosas, en relación a los conflictos colectivos que afectan a los laborales de las Administraciones, las vías de composición suelen pasar prioritariamente por las comisiones paritarias de los Convenios (cuando los conflictos son de interpretación y aplicación de aspectos en ellos regulados). El III Convenio Único de la Administración General del Estado, regula en su artículo 92 la vía de *“solución de conflictos colectivos”*, remitiendo a las partes a

acuerdos en la negociación, o surgieran conflictos de cumplimiento o interpretación de los Acuerdos o Pactos.

¹⁷¹ Olarte Encabo, S (*“El Estatuto Básico del empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2008”*. Monereo Pérez, JL (dir). Comares, Granada, 2008).

la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación, (CIVEA), que se configura como una instancia previa obligada para poder acudir a la vía judicial (apartado 1), o a la mediación (art. 92.2). En todo caso las partes de *“comprometen a negociar...un sistema de solución extrajudicial de los conflictos que surjan en el ámbito de este Convenio”*.

3.2. El cierre patronal.

Como es sabido el cierre patronal es también una medida de conflicto de naturaleza colectiva, pero desde la parte patronal, regulada en el artículo 12 del Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo (RDLRT), -en su interpretación y corrección conforme con la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, que hace de su posible uso algo excepcional-. Al igual que para las relaciones laborales privadas, se describe como el cierre temporal del centro de trabajo por el empresario, (con la consiguiente suspensión de la relación laboral, y alta especial en Seguridad Social de los trabajadores), que estará legitimado a adoptar dicha medida sólo y exclusivamente cuando medida de defensa (cierre defensivo), ante situaciones excepcionales. La norma menciona en concreto: *“peligro de violencia; ocupación ilegal del centro de trabajo o perturbación grave del proceso productivo”*, que puedan ser llevadas a cabo por los trabajadores en huelga o conflicto.

En el ámbito de las Administraciones Públicas nada indica que no pudiera hacerse uso de este mecanismo de conflicto colectivo, si bien con las condiciones de fondo y forma que regula la norma mencionada.

4. Especialidades del derecho de huelga del personal laboral de las Administraciones.

La huelga es la medida de conflicto colectivo clásica en el sistema de relaciones laborales. En nuestro país el artículo 28.2 de la Constitución lo eleva

a derecho fundamental, que pertenece a “*los trabajadores*”, sin matices, “*para la defensa de sus intereses*”.

De esta forma, los empleados públicos laborales de la Administraciones gozan de este derecho, que expresamente reconoce el EBEP, en su artículo 15, apartado c), en los siguientes términos: es uno de los “*derechos individuales ejercidos colectivamente*”, si bien su ejercicio se llevará a efecto “*con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

Efectivamente, la única restricción que sí afecta a todos los trabajadores en el ejercicio del derecho, hace referencia al necesario “*mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*” (art. 28.1 CE).

Al no haberse aprobado aún la correspondiente Ley Orgánica, su regulación para todos los trabajadores (incluidos funcionarios), viene recogida en el ya mencionado RDLRL, norma preconstitucional que mantiene su vigencia, conforme y gracias, a su corrección por la jurisprudencia constitucional y más en concreto por la trascendental Sentencia 11/1981, de 8 de abril, que declaró inconstitucional muchos de sus preceptos, y aclaró la interpretación acorde con los principios constitucionales de otros tantos.

El régimen jurídico del derecho de huelga para los empleados públicos no difiere del resto, si bien en el ámbito de las Administraciones Públicas existen dos cuestiones especialmente significativas en relación a este tema:

Por un lado la cuestión de los servicios mínimos, puesto que muchas de las actividades realizadas en el ámbito público son consideradas como tales, y por tanto suponen el choque del derecho de los ciudadanos al mantenimiento de los mismos en niveles suficiente, y el derecho de huelga. No obstante hay que advertir que no existe una equiparación entre servicios esenciales y servicios prestados por las administraciones, pudiendo existir servicios esenciales prestados por empresas privadas y viceversa. El problema sobre esta cuestión lo constituye el que se trate de un concepto jurídico indeterminado, que el Tribunal Constitucional ha tenido que matizar, en el sentido de declarar que “*un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la*

*actividad como por el resultado que se pretende.... Por ello, para que un servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos, esto es, los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos”.*¹⁷²

Efectivamente, el artículo 10.2 RDLRT garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad durante la huelga. A tal fin la “*autoridad gubernativa*¹⁷³ *acordará las medidas necesarias*”... La *autoridad del gobierno (nacional o autonómico)*, determinará qué actividades deben declararse como “esenciales”. Los servicios mínimos esenciales se decretan como tales mediante una norma general, que indicará los que se deben respetar ante cada convocatoria de huelga. Por su parte un órgano administrativo habilitado a tal fin será el que concrete el porcentaje de esos servicios mínimos a aplicar,¹⁷⁴ -previo intento de acuerdo con los representantes de los trabajadores convocantes y empresarios afectados por la huelga-, y finalmente el empresario (el responsable de la Administración en este caso), será el que determine los trabajadores en concreto que deben prestar dichos servicios, previa audiencia al comité de empresa.

La principal dificultad en esta materia es, lógicamente respetar el derecho fundamental de huelga y mantener los servicios esenciales, debiendo a tal efecto hacerse una valoración de distintos factores, derechos e intereses concurrentes¹⁷⁵, al amparo de lo que se ha denominado por la jurisprudencia constitucional como la “*regla de la proporcionalidad de sacrificios*”¹⁷⁶, y siempre será preciso motivar adecuadamente su establecimiento.

¹⁷² Por todas: STC 51/1986, de 24 de abril, STC 26/1981 de 17 de julio y STC 27/1989, de 3 de febrero.

¹⁷³ Según la Jurisprudencia del TC, se considerará como Autoridad en estos casos a los que ejerzan funciones de gobierno simplemente administrativas, es decir Gobierno de la nación y autonómico, (STC 11/1981, 36/2007).

¹⁷⁴ DESDENTADO DAROCA, E. *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Bormazo, Albacete, 2015.

¹⁷⁵ LOPEZ GÓMEZ, J.M. *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas, Navarra, 2009.

¹⁷⁶ STC de 27 de febrero de 1989, de 3 de febrero. STC 19 de noviembre de 2007; STC de 21 de diciembre de 2007.

En todo caso, al igual que en el ámbito de las relaciones laborales privadas, las decisiones sobre servicios mínimos son impugnables si no se consideran motivadas, o proporcionadas. Será el orden Contencioso-Administrativo el competente para revisar las decisiones gubernativas y administrativas sobre servicios mínimos, pero los actos de designación concreta de los trabajadores a cubrirlos serán revisadas en el orden social, al tratarse de una decisión empresarial (art. 3.d) LRJS).

Por su parte, el EBEP tipifica como falta disciplinaria el incumplimiento de los servicios mínimos por los empleados públicos designados para ello, (art. 95.3, m) EBEP).

También es importante señalar otra excepción al ejercicio del derecho de huelga, que viene recogido en el artículo 10.1 RDLRT, donde se prevé que el Gobierno podrá establecer *“un arbitraje obligatorio”, en los casos en que “la duración o las consecuencias de las huelgas, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional” lo exijan.*

La segunda cuestión relevante en relación al derecho de huelga en las Administraciones surge en relación al impago de haberes de los empleados públicos como consecuencia de del ejercicio del derecho. Efectivamente, dado que la huelga consiste en la cesación de la actividad laboral como medida de presión, que conlleva la suspensión del contrato de trabajo, la suspensión de los derechos retributivos del trabajador huelguista durante la duración de la misma constituye parte de su esencia, y así se recoge en el artículo 30.2 EBEP.

El problema es que en el ámbito de las Administraciones Públicas esta deducción presenta una complejidad que no afecta al ámbito privado. Aunque la regulación está pensada originariamente para los funcionarios, considero que el EBEP al no hacer distinción en su art. 30, homogeniza esta materia para laborales y funcionarios. Respecto al procedimiento, la jurisprudencia interpretó en su día que para proceder a la deducción de haberes la Administración necesitaba contar con la cobertura legal correspondiente, de tal forma que se admitiese dicha posibilidad en una norma con rango de ley. Al no existir aún Ley Orgánica reguladora, se procedió a la modificación puntual de la Ley

30/1984, que en su artículo 62 establece la necesidad de notificar, previo a proceder a la deducción, la notificación mediante Resolución administrativa de que se va a proceder a dicho descuento, y si se prescinde del procedimiento que está legalmente establecido, se produce indefensión que daría lugar a la nulidad de las deducciones practicadas en la nómina.

Las Administraciones podrán proceder a preguntar a sus empleados sobre si secundaron la huelga o no, para adoptar las medidas que correspondan, sin que esta medida pueda considerarse ilegal. En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1992: *“La Administración podrá preguntar a los funcionarios si han participado o no en la huelga y si desean alegar algo al respecto, sin que ello constituya una intromisión en la libertad ideológica, siendo tan sólo el medio de constatar la participación en la huelga para aplicar el efecto legalmente previsto en el régimen retributivo”*.

5. El derecho de reunión en asamblea del personal laboral.

El artículo 46 del EBEP regula el derecho de reunión en asamblea en los centros de trabajo, para el personal funcionario y laboral de forma conjunta. Este derecho también se regulaba en la antecesora LORAP (arts. 41 a 43), al igual que se regula expresamente en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 77 a 80).

En este caso el personal laboral de las Administraciones aplicará lo establecido en el artículo 46, como norma especial de aplicación directa, sin perjuicio de que se complemente con lo establecido en el art. 77 del ET, en los términos de la regla general del art. 7 EBEP, es decir, en lo que no se oponga a lo previsto en el EBEP (como los requisitos para convocarse, o las reglas y mayorías requeridas para adoptar acuerdos), si bien esto será así siempre que la reunión convocada sea exclusivamente dirigida al personal laboral de la Administración de que se trate.

Efectivamente, si se tratase de una reunión conjunta de personal laboral y funcionario, no cabría la aplicación complementaria de la norma laboral en la reunión conjunta, dado que al personal funcionario no es de aplicación dicha

regulación. No obstante, sí cabe la posibilidad de que se introdujesen requisitos no previstos en el EBEP mediante la regulación de desarrollo, estatal y/o autonómica, o vía negociación colectiva¹⁷⁷.

La regulación del derecho de reunión que recoge el artículo 46 EBEP es bastante más escueto y abierto que el previsto en la norma antecesora, (que limitaba a treinta y seis horas anuales el derecho de reunión, repartidas entre representación unitaria y sindical, art. 42 LORAP), y lo previsto en la norma laboral (arts. 77 a 81 ET), -que recordemos sí establece condiciones y límites en cuanto a la convocatoria, lugar de reunión al regular las condiciones del ejercicio del derecho de reunión y votaciones-. El apartado primero del art. 46, indica quiénes serán los legitimados para convocar la reunión, incluyendo a las *“organizaciones sindicales, delegados de personal, comités de empresa, juntas de personal y los empleados públicos de las Administraciones en número no inferior al 40% del colectivo convocado”*.

El segundo apartado del art. 46 se limita a indicar las condiciones en cuanto al ejercicio del derecho, en términos similares a la norma laboral común (*“se autorizará fuera de las horas de trabajo”*, salvo acuerdo, y *“no perjudicará la prestación de los servicios, siendo los convocantes los responsables de su normal desarrollo”*, art. 46.2 EBEP).

¹⁷⁷ La profesora Olarte Encabo, S., señala que la desregulación en esta materia no es casual, sino en atención a las recomendaciones de la Comisión de Expertos que en su Informe aconsejaban la *“eliminación de requisitos para hacer este derecho más dinámico y próximo al a espontaneidad y escasa formalidad que caracteriza al fenómeno asambleario”*. Personalmente dudo que esto sea así en toda su extensión, puesto que si bien es cierto que la regulación laboral es demasiado formalista en relación al ejercicio de este derecho, también es verdad que la existencia de una regulación mínima para desarrollar actividades y acciones colectivas pueden facilitar el desarrollo de las aquéllas, evitando conflictos que al final dificulten la propia convocatoria, e incluso distraigan de las cuestiones a tratar.

6. La negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas.

6.1. Evolución del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública española, a la vista de la normativa internacional y la regulación ordinaria.

El derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública española es una cuestión especialmente compleja y debatida desde que se introdujo su regulación en nuestro ordenamiento. Originariamente en el modelo de función pública clásico el fenómeno de la negociación colectiva simplemente no existía, y era parte del sistema público el hecho de que las condiciones de trabajo de los empleados públicos las imponía de forma unilateral la Administración, -para los funcionario, pero también para el personal laboral a su servicio-.

A finales del siglo XIX en la Administración Pública española los funcionarios públicos carecían aún del derecho de libertad de asociación, -y por supuesto de libertad sindical-, sumidos en la concepción de la función pública fuertemente sometida al principio de jerarquía, y la doctrina del servicio público, que hacían incompatibles con la propia concepción de función pública el concepto de interés profesional de los funcionarios públicos. De hecho, inicialmente no se les reconoce ni tan siquiera el derecho asociación para la representación de sus intereses, ni por supuesto ninguno de los derechos colectivos propios del Derecho del Trabajo que comenzaban a configurarse.

El personal laboral al servicio de las Administraciones en aquél momento existía pero no contaba con una regulación *ex profeso*, y eran residuales en cuanto a funciones y número. Su vinculación se materializaba mediante contratos individuales en los que la Administración imponía las condiciones unilateralmente, sin que los derechos laborales se ejercitasen tampoco para estos empleados, pese a que no existía ninguna referencia a su exclusión de las incipientes normas laborales de aquella época.

A principios del siglo XX, se inicia en varios países de Europa el reconocimiento del derecho de asociación de los funcionarios (Inglaterra 1919, Francia, Bélgica...). En España ésta evolución se produce de forma más lenta

que en resto de países vecinos. En 1918, la Ley de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado reconoce por primera vez el derecho de asociación de los funcionarios pero con grandes limitaciones, y en ningún caso en paralelo al movimiento sindical obrero.

Posteriormente en la Constitución de la II República, (1931), se diferencia claramente a efectos asociativos entre el derecho de libertad sindical de los trabajadores del ámbito privado de prestación de servicios, y el derecho de asociación de los funcionarios, y si bien se regula el derecho de crear asociaciones a los funcionarios (artículo 41 de la Constitución de 1931), al regular el derecho de libertad sindical, y en concreto la regulación de los sindicatos, los funcionarios públicos son excluidos, y consiguientemente no existe el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva para éstos.

En el régimen del franquismo no solo no se regula el derecho de negociación colectiva para los funcionarios, sino que se niega incluso la libertad de asociación de éstos, teniendo que esperar hasta el Real Decreto 1522/1977, de 17 de junio, para ver por primera vez reconocido a los funcionarios un derecho de asociación de corte sindical, pero sin que se incluya aún el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, -aunque sí ciertas formas de consulta y participación que en la práctica no tuvieron mucha trascendencia-.

Todo esto evidencia la dificultad histórica de integrar la figura de la negociación colectiva en el ámbito de las prestaciones de servicio público, si bien esta circunstancia tiene su lógica, puesto que los intereses contrapuestos en este caso son los intereses colectivos de los funcionarios y los de la Administración, -que en definitiva son los intereses públicos-.

Por otra parte se ha de recordar que no fue sino hasta la aprobación de la Ley de Funcionarios del Estado de 1964, (Decreto 315/1964 de 7 de febrero), que en la Administración Pública española se regula expresamente el régimen jurídicos de la contratación del personal sometido al Derecho privado, es decir el personal laboral al servicio de la Administración, que como ya se analizó, es remitido, -al menos formalmente-, sin ambages a la regulación laboral común, sin matizar, ni excluir entre derechos laborales individuales y colectivos. Si bien, como es sabido esta previsión legal no se ajustaba a la realidad del

régimen jurídico de las relaciones laborales en las Administraciones, que es mucho más complejo.

En todo caso, esta novedad constituyó el principio del progresivo proceso de acercamiento entre los regímenes jurídicos de funcionarios y laborales al servicio de la Administración, que culmina con la aprobación del EBEP, que definitivamente reconoce y regula la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Por esta razón, y a fin de dar una visión verdaderamente completa de la regulación introducida por el EBEP en materia de negociación colectiva y sus dificultades, al tratar esta materia aportaré un análisis en paralelo de la regulación de este derecho colectivo para las relaciones laborales de las Administraciones y para funcionarios.

6.2. Sobre la configuración jurídica del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos: configuración legal vs configuración constitucional.

La Constitución del 1.978 estableció el inicio de un nuevo sistema legal de relaciones colectivas nuevo en nuestro país, si bien el derecho de negociación colectiva para los empleados públicos no se reconoció en la Carta Magna de forma directa, habiendo sido, en su momento objeto de debate doctrinal y jurisprudencial, el alcance y reconocimiento de éste derecho de negociación en el ámbito de las Administraciones Públicas.

La normativa internacional que condiciona nuestra regulación constitucional en materia de negociación colectiva se centra básicamente en los Convenios número 87 y 98 de la O.I.T., (ratificados por España en el año 1.977), y respecto al derecho de negociación colectiva de los funcionarios se puede decir que no fueron determinantes, puesto que si bien el Convenio número 87 reconoce el derecho de “libertad sindical” en su sentido más amplio para todos los trabajadores, aceptando limitaciones para “fuerzas armadas y policía” (art. 9), por otro lado el Convenio número 98 de la O.I.T., sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, excluía a los funcionarios de su ámbito de aplicación, sin perjuicio de sus propios “*derechos o su estatuto*”, (art 6). Es decir, que realmente no condicionó al legislador español de cara a un

reconocimiento directo del derecho de negociación en el sector público, tal y como sucedió.

La ratificación por España, -posterior al año de aprobación de la actual Constitución española-, de los Convenios de la O.I.T. número 151, (Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública), (ratificado en 1984), y Convenio número 154 (sobre el fomento de de la negociación colectiva), (ratificado en 1985), sí fueron determinantes para el desarrollo normativo en nuestro ordenamiento del derecho de negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública.

También la Carta Social Europea, en su texto original del año 1961, reconoce en su artículo 6 el derecho de “*todos los trabajadores*” a la negociación colectiva, debiendo entenderse incluidos los funcionarios públicos, dado que en su artículo 5 excluye expresamente a las Fuerzas Armadas del derecho a la Libertad Sindical, y sin perjuicio de las limitaciones que por Ley se establezcan, y que se justifiquen por ser necesarias a fin de “*garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros, proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres*” (artículo 31). Es decir, que en dicho texto internacional se reconoce expresamente el derecho de negociación colectiva para los empleados públicos, pero también cabe el modelo de “*negociación colectiva modalizada*” que precisamente articula nuestra Constitución de 1978 en relación a esta materia.

De hecho, la corriente doctrinal que defendía el reconocimiento pleno del derecho de negociación colectiva para los funcionarios, argumentaba la existencia de dicho derecho con base al artículo 28.1 de la Constitución que, según su criterio, reconoce a los trabajadores con carácter general el derecho de Libertad Sindical, -si bien aceptando particularidades, y algunas exclusiones-, entendiendo como parte de su amplio contenido, y en su dimensión colectiva, el derecho a la negociación colectiva. Esta doctrina es la que antepone el derecho de Libertad Sindical, (sin perjuicio de sus limitaciones), al concepto de derechos coartados, por razón del interés público que representa la Administración, y si bien es cierto que esta parece ser una opción jurídico-política más acorde con la doctrina que marca la O.I.T. (art. 7

del Convenio núm. 151), esta no parece ser la opción por la que opta nuestro ordenamiento.

Efectivamente, el derecho a la negociación colectiva regulado en el artículo 37.1 de la Constitución del 1.978, realmente no tiene reconocimiento expreso constitucional para los funcionarios públicos, y la jurisprudencia consolidada del Tribunal del Tribunal Constitucional, entiende que el derecho de negociación colectiva para los funcionarios es un derecho de “*configuración legal*”, que una vez reconocido por la ley forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical de los funcionarios que tienen reconocido dicho derecho, permitiendo su tutela por la vía del Recurso de Amparo constitucional, (STC 80/2000, de 27 de marzo).

Si bien es cierto, que la consideración del derecho de negociación colectiva como un derecho de configuración legal supone un reconocimiento restrictivo, - en tanto en cuanto su contenido y configuración solo puede hacerse dentro de los estrictos términos de la ley que lo regula-, ésta interpretación es ajustada a la propia configuración de los derechos subjetivos del personal que presta servicios por cuenta ajena para los poderes públicos, cuyo objetivo no es el de explotación de negocio a modo del trabajo en el sector privado, sino el desarrollo de la función administrativa como mecanismo de consecución del interés general.

La denominada “*teoría de la sujeción especial*”,¹⁷⁸ -aporte de los tratadistas alemanes de Derecho Público¹⁷⁹-, parece ser la corriente de pensamiento de

¹⁷⁸ Las relaciones de especial sujeción, de forma simplificada, se pueden definir como “aquellas relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”, (López Benítez, M. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Civitas, Madrid, 1994, pág. 161).

¹⁷⁹ Entre las teorías más destacadas de la doctrina alemana: Paul Laband y Otto Mayer. Sobre el mismo particular, García de Enterría distinguen dos tipos de posiciones del ciudadano respecto a la Administración, conforme se distinguen en la doctrina alemana. Por un lado, la relación llamada “relación general de poder” y desde la perspectiva del administrado, “relación general de sujeción”; y de otro lado, la llamada relación especial de poder o de supremacía o sujeción especial. En el primer caso, la Administración se presenta armada con sus potestades generales, las que la Ley le atribuye por su condición genérica de tal (reglamentaria, expropiatoria, policial, sancionatoria...). En el segundo caso, en cambio, el

fondo en que se apoya la doctrina constitucional sobre la negociación colectiva en la función pública. Esta teoría, que se basa en la necesaria restricción de derechos y libertades de los directamente vinculados con la Administración en pro de su funcionamiento eficaz, sigue siendo válida en la actualidad, en cuanto la Administración requiere cierto margen de actuación, y prevalencia de su poder de organización en pro de los intereses generales, y el mejor servicio posible a la sociedad. No obstante esta posición privilegiada del Estado frente al derecho de negociación colectiva, no quita la absolutamente necesaria justificación de las limitaciones (exigencias de la necesidad y proporcionalidad de la limitación), más aún cuando en el conflicto de intereses contrapuestos esté en juego algún derecho fundamental.

Actualmente la lectura de esta teoría ha superado su interpretación más radical, a favor del respeto a la legalidad y la necesaria evitación de la utilización abusiva de la misma, (la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre de los años noventa ya se habla de necesario “equilibrio” entre derechos fundamentales e interés público, e incluso de prevalencia de los derechos fundamentales frente a los intereses públicos. STS, Sala 3ª, de 1 de junio de 1989).

Partiendo de la justificada existencia de cierto sometimiento de los derechos de los funcionarios, la modulación en el ejercicio de derechos laborales en la función pública, -como sucede con el derecho de negociación colectiva-, amparada en la prevalencia del interés general que prima en la organización administrativa, tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento.

El reconocimiento del derecho de negociación colectiva como derecho de configuración legal y su desarrollo con particularidades para los empleados públicos, supone un ejemplo del necesario sometimiento a la realidad del

administrado está inserto en una organización administrativa, respecto de la cual está en una situación de dependencia mayor de la que existe en las relaciones de sujeción general. García de Enterría E. y Ramón Fernández, T. Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1992, tomo II.

ámbito de lo público, y al propio concepto de servicio público. De hecho, la primera dificultad con la que se encuentra este derecho reside en la dificultad de llegar a acuerdos sobre materias *extra commercium* (como retribuciones, o la ordenación de la función pública), que son competencia del Legislativo, quedan restringida la capacidad de los ejecutivos, que no pueden pactar sobre ellas como si de un empresario se tratase.¹⁸⁰

Así las cosas, parece que la falta de reconocimiento expreso del derecho de negociación colectiva del artículo 37.1 CE para los funcionarios públicos no es casual, (aunque que tal vez, otro habría sido el texto constitucional en el supuesto de haber estado ratificados en el año 1978 los Convenios núm. 151, y núm. 154 de la O.I.T.). Lo cierto es que el legislador constitucional omite dicha posibilidad, que posteriormente es reconocida al amparo del artículo 28.2 CE, y de su desarrollo normativo, pero siempre como un derecho con particularidades, tanto para el personal funcionario, como para el personal laboral al servicio de las Administraciones.

Por su parte, de forma similar sucede con el personal laboral, que pese a su remisión en las sucesivas normas a la regulación laboral común, su derecho a la negociación colectiva también ha sido siempre un derecho modalizado, y por tanto con ciertas limitaciones que, consecuentemente, lo diferencian del derecho de negociación colectiva propio de los trabajadores por cuenta ajena del sector privado. Prueba de ello es, la remisión normativa que en materia de negociación colectiva hace el artículo 32 del EBEP, condicionando la regulación laboral a aquellos aspectos que se regulen por el propio EBEP, a lo que se suma la limitación en cuanto al contenido económico de los Convenios Colectivos del personal laboral de la Administración, o la posibilidad de suspensión de los acuerdos por razones de excepcionales y para la salvaguarda del interés público, (nuevo apartado 2 del artículo 32, introducida por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, que luego comentaremos), Todo ello supone prueba fehaciente de la primacía de los intereses públicos frente a los intereses de clase de los empleados públicos con contrato laboral.

¹⁸⁰ PARADA VAZQUEZ, R. Derecho del Empleo Público. Marcial Pons, 2007, Madrid.

En definitiva cuando hablamos de negociación colectiva en las Administraciones Públicas estamos ante un derecho colectivo de origen laboral que se incorpora a un ámbito que históricamente le es ajeno, y que se encuentra con límites predeterminados, inexistentes en la realidad laboral del sector privado. Esto lleva a que se desarrolle como un derecho modalizado tanto para funcionarios, como para laborales, frente al modelo del ordenamiento laboral del que emana, pero sin olvidar que pese a las particularidades necesarias del derecho negociación en las Administraciones, la ley que lo regula y desarrolla no puede establecer límites indiscriminados, ni abusivos. De hecho cada particularidad en la regulación de este derecho debe ser ajustada a la debida proporcionalidad y equilibrio entre intereses y excepcionales son las limitaciones del mismo, puesto que en caso contrario sería inconstitucional por vulnerar el artículo 28.2 CE.

En todo caso el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el ámbito público pasó a ser una realidad en nuestro ordenamiento, -como no podía ser de otra forma-, al amparo de los Convenios 151 y 154 de la O.I.T. y la Carta Social Europea-, con la aprobación de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que trata de forma unitaria la libertad sindical de laborales y funcionarios públicos, y posteriormente la Ley 9 /1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación y Participación en la determinación de las condiciones de trabajo en la Administración Pública, (LORAP), que abrió definitivamente los cauces a los derechos de participación de los funcionarios en el sector público, y que se consolida con su posterior reforma por Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de condiciones de trabajo de los empleados públicos, y la Ley 18/1994, que progresivamente hicieron aún más sólido el reconocimiento de dicho derecho.

No obstante, hemos de recordar que conforme regula el artículo 28.1 de la Constitución y la propia Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical en su artículo 1.3, existen ciertos funcionarios que quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Derecho de Libertad Sindical. Estos son los miembros de las Fuerzas e Institutos armados y demás cuerpos sometidos a disciplina militar (Guardia Civil), y los jueces, magistrados y fiscales, siendo

excluido también del derecho de negociación colectiva para éstos funcionarios públicos.

En definitiva, tal y como concluían las primeras interpretaciones Jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre la materia (STC 57/1982, de 27 de julio, STC 73/1984, STC 98/1985), en España el reconocimiento del derecho de negociación colectiva en el ámbito del empleo público tiene distinto fundamento constitucional y legal dependiendo de si nos referimos al personal laboral (que sí encuentran el fundamento de este derecho colectivo en el artículo 37.1 CE y el Título III del Estatuto de los Trabajadores), o al funcional, que no se produce por remisión expresa de los artículos 37.1 y 28.1 de la Constitución de 1978, sino por su “configuración legal” (STC 57/1982, de 27 de julio).

Este debate doctrinal sobre la configuración legal del derecho de negociación colectiva sigue abierto, y de hecho la propia doctrina Jurisprudencial ha evolucionado en cierta medida, llegando a admitir el derecho a la negociación colectiva como contenido adicional de la Libertad Sindical (STC núm. 80/2000, de 27 de marzo). Se considera, por tanto, el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios como contenido adicional del derecho al Libertad Sindical, mediante la configuración dada por su propia normativa reguladora.

En éste contexto, la primera regulación directa de éste derecho para los funcionarios públicos la encontramos, como ya vimos, en la LORAP, y actualmente en el EBEP, lo que supone un importante esfuerzo de consolidación, y en cierta medida la ampliación, de éste derecho colectivo para los empleados públicos, con claras repercusiones en la aún mayor aproximación de las condiciones de trabajo de laborales y funcionarios. Si bien, al configurarse con un derecho legal, se limita en su esencia y contenido a la negociación regulada por la ley, que se ejercerá con condiciones. Por esta razón, entre otros aspectos, se excluye la posibilidad de la existencia de la

negociación colectiva extraestatutaria, tal y como se reconocen en el ámbito privado (STC 80/2000, de 27 de marzo y STC 85/2001, de 26 de marzo)-.¹⁸¹

6.3. El ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva regulado en el EBEP.

El EBEP regula en su Capítulo IV, Título III, de forma conjunta el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, es decir de los funcionarios y laborales, aunque no todos los artículos son referidos indistintamente a unos y otros, existiendo algunos referidos conjuntamente a ambos tipos de empleados públicos, y otros que específicamente regula aspectos particulares del ejercicio de éste derecho para funcionarios, y otros para los laborales.

Son muy pocos los preceptos que regulan aspectos específicos solo para los laborales, puesto que su principal referencia normativa en relación a la negociación colectiva, como luego comentaremos, es la laboral, - Título III del Estatuto de los Trabajadores-, sin perjuicio de los aspectos que regule expresamente sobre la materia el EBEP que serán de aplicación directa, conforme establece el artículo 32 EBEP.

Para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la regulación que hace el EBEP de la negociación colectiva es necesario, una vez más, hacer mención al ámbito concreto de aplicación del nuevo Estatuto a las distintas Administraciones Públicas, conforme regulan sus artículos 2, 3 y 4, -ya tratado en anteriores epígrafes, y que ahora retomamos a estos efectos-.

El artículo 2 EBEP establece su ámbito de aplicación en las Administraciones Públicas, -y por tanto la de la normativa reguladora de la negociación colectiva,- en los siguientes términos: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho

¹⁸¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F., PALOMAR OLMEDA, A. SALA FRANCO, T. *“Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”*, Lex Nova, 2009.

Público con personalidad jurídica, vinculadas o dependientes de cualquier Administración Pública, y las Universidades Públicas.

La regulación de la negociación colectiva referida a los funcionarios públicos de las Administraciones Públicas indicadas en el artículo 2 EBEP, incluye a los funcionarios de carrera, y funcionarios interinos (artículos 9 y 10 del EBEP), y también el personal estatutario, (artículo 2.4 EBEP).

Respecto al personal eventual o de confianza, (artículo 12, en relación con el artículo 44 EBEP), existen discrepancias doctrinales. Según la profesora Roqueta Buj,¹⁸² este personal se debe considerar indirectamente excluido puesto que no forma parte de los procedimientos de elección de representantes unitarios en las Administraciones Públicas, por tanto sin no cuentan con participación en los canales de representación de sus intereses no puede ser entendida su inclusión a efectos de negociación de condiciones de trabajo. Otra parte de la doctrina considera que no siendo directamente excluidos como sí sucede como seguidamente veremos, con el personal directivo, y dado que en el artículo 15.b) EBEP, se reconoce el derecho a la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo a “los empleados públicos”, y siendo los mismo uno de los integrantes del nuevo concepto de “empleado público” que introduce el EBEP, debe entenderse que el legislador acepta su inclusión a efectos de este derecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2008. Rec. Núm. 3004/2005).

Efectivamente, tal y como está configurada la norma, considero que resulta más acertada la posición de la profesora Roqueta Buj al entender que, de forma indirecta, el legislador los excluye de la posibilidad de inclusión en el ejercicio del derecho de negociación colectiva, (lo que no está tan claro es que el legislador haya sido consciente al configurarlo así, visto el contenido del artículo 15.b) EBEP). Ciertamente para reconocer dicho derecho de negociación colectiva funcional a los eventuales, debería corregirse la norma, y que éstos fuesen reconocidos como electores, pero no elegibles. Se justifica dicha restricción en la naturaleza pseudo-política y temporal del puesto,

¹⁸² ROQUETA BUJ, R. *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid. Actualidad- La Ley. 2007.

tal y como el artículo 16 de la LORAP¹⁸³ establece, para los funcionarios públicos que “*desempeñen puestos expresamente calificados de confianza o asesoramiento especial*”, (es decir para los funcionarios que se encuentren en puestos de libre designación).

Si se procediese a tal modificación no existirían dudas sobre la inclusión de estos empleados públicos en el ámbito personal del derecho de negociación colectiva de las Administraciones, y además de ser más ajustado al propio derecho subjetivo de negociación colectiva que, lógicamente solo debe ser excluido para excepcionales puestos de la Administración, tal y como hemos visto, también favorecería la tan necesaria transparencia y control de estos puestos tan dados a abusos en las Administraciones Públicas.

Sin perjuicio de esta cuestión doctrinal, lo cierto es que en la práctica negocial la inmensa mayoría de los Convenios Colectivos firmados en las Administraciones Públicas excluyen a los eventuales de su ámbito subjetivo de aplicación.

Los que sí son directamente excluidos del ejercicio de éste derecho por la norma es el denominado “*personal directivo profesional*”, (artículos 13, en relación con el artículo 37.2, c) EBEP). Estos trabajadores, en cuanto sean contratados laboralmente son sometidos por remisión expresa del artículo 13 EBEP a la regulación particular de la relación laboral especial de alta dirección (Real Decreto 1382/85, de 1 de agosto). La figura del personal directivo tal como se define en el artículo 13 EBEP, está pendiente de desarrollo, y el legislador ha sido explícitamente ambiguo a la hora de regularlo para no imponer límites a las Administraciones que regulen su desarrollo. La cuestión en relación al derecho en materia de negociación colectiva surge precisamente de ésta indefinición.

Efectivamente, los directivos que queden sometidos a la regulación de la relación laboral especial de alta dirección se les excluirá sin duda del derecho de negociación colectiva, puesto que también lo están de los órganos de representación unitaria de los trabajadores, por ser considerados como un tipo de trabajador con una condición híbrida más próxima a la figura del empresario

¹⁸³ El artículo 16 LORAP se encuentra aún en vigor, si bien transitoriamente, conforme con la Disposición Transitoria Quinta del EBEP.

que a la del trabajador por cuenta ajena. No obstante, en el ámbito laboral existen también los directivos con contrato laboral común (que se excluyen del ámbito de aplicación de la relación laboral especial de alta dirección por no responder a su ámbito de aplicación), que cuenta con el derecho de Libertad Sindical en toda su dimensión, y por tanto no se excluye del ámbito de aplicación del derecho de negociación colectiva.

Siendo esto así, si el directivo en cuestión por la regulación que determinen las Administraciones, y las funciones que tenga atribuidas no encaja en la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del Real Decreto 1382/85 (se considera personal de alta dirección a *“aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitada por los órganos de gobierno y administración de la entidad”*...), nos encontraremos potencialmente con que un trabajador con funciones directivas, pero con relación laboral común al servicio de la Administración Pública, al no existir restricciones legal al respecto podrá reivindicar sus derechos de representación y de negociación colectiva. También es cierto que dada la inconcreción del artículo 13 EBEP, se podría entender que la inclusión en la regulación de la relación laboral especial de alta dirección podría incluir a todo tipo de puestos directivos que se aprueben por las Administraciones, ampliando de esta forma el propio ámbito de aplicación del Real Decreto del 85, pero en cualquier caso dada la inconcreción de la norma, este tema es potencialmente una cuestión conflictiva.

El personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud también se incluye en la regulación de la negociación colectiva del EBEP, dado que el artículo 2.4 EBEP, establece que *“cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”*. Esto supone, por tanto, su inclusión a efectos de ámbito regulador de la negociación colectiva por lo que la regulación prevista en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre que regula el Estatuto Marco para el personal estatutario deberá respetar, y en su caso adaptarse a lo

establecido en el EBEP sobre esta materia, puesto que en caso contrario prevalecerá ésta última regulación.

Respecto a los funcionarios pertenecientes al ámbito público con legislación particular que regula el artículo 4 del EBEP, para los que el Estatuto sólo será de aplicación subsidiaria, solo se aplicará lo establecido en el EBEP si su propia legislación específica se remite a la regulación prevista en el EBEP en cualquier materia, por tanto también en negociación colectiva. De igual forma sucede respecto a los laborales de este ámbito de la Administración, siendo lo más habitual que la norma particular remita a la aplicación la norma laboral ordinaria, (a salvo de las remisiones que pueda hacerse a la norma EBEP en cualquier materia).

El artículo 5 del EBEP, hace una última referencia al personal funcionario de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en el EBEP. Este personal funcionario es a extinguir, de tal forma que en el futuro de la Sociedad Estatal de Correos finalmente será exclusivamente laboral, dicho personal laboral se rige por la normativa laboral *“y de más normas convencionalmente aplicables”*. Lo que quiere decir que estos laborales no entran dentro del concepto de Empleado Público laboral del artículo 7 EBEP, sometido al juego de la prioridad del EBEP en lo que disponga, y aplicación de la legislación laboral en el resto. El personal laboral de correos se rige exclusivamente por las normas laborales como si de trabajadores del sector privado se tratase, de tal forma que en materia de negociación colectiva, -igual que en cualquier otro aspecto-, su regulación no se ve afectada por lo establecido en el EBEP.

6.4. Régimen jurídico del derecho a la negociación colectiva para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en el EBEP.

Como ya adelantamos el EBEP establece en su artículo 32 la remisión a la normativa contenida en el Título III del Estatuto de los Trabajadores en materia de negociación colectiva, *“sin perjuicio de los preceptos de este capítulo IV del EBEP que expresamente le son de aplicación”*. De esta forma el personal

laboral de las Administraciones se regirán por la normativa laboral reguladora de la negociación colectiva los trabajadores por cuenta ajena, (artículos 82 a 92 del Estatuto de los Trabajadores), que funciona en este caso como norma base, a salvo de los aspectos concretos que en el ejercicio de éste derecho determine el EBEP, y que así modaliza el ejercicio del derecho a la negociación colectiva a las exigencias particulares del ámbito público en el que se desarrollan estos vínculos laborales.

Efectivamente, al igual que sucede en la negociación funcional, existen elementos que hacen especial el derecho de negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones. Pese a no haber sido incluidos en el artículo 33 EBEP,¹⁸⁴ que marca los principios que rigen la negociación de los funcionarios, lo cierto es que estos mismos principios rigen para los laborales, (a excepción de la sindicalización de la negociación), por ser también de aplicación en el ámbito laboral, por la aplicación de limitaciones que les impone el propio EBEP, o por existir otras normas indirectas. Así sucede con el sometimiento al principio de legalidad, (que si bien es cierto que también afecta a la negociación laboral, tiene un peso especial en este ámbito donde como veremos existen incluso materias no negociables), o el principio de cobertura presupuestaria, como condicionante de cara a la determinación del salarios para el personal laboral, -al igual que sucede con los funcionarios-, que afectan tanto a los incrementos retributivos, como a las reducciones, que se han efectuado en los últimos años con normas como RD 8/2010, y los Autos del Tribunal Constitucional 85/2011, y 101/2011.

En el presente estudio no nos detendremos en el contenido de la regulación del derecho de negociación colectiva previsto en el Estatuto de los Trabajadores que es de aplicación a los trabajadores con contrato laboral de las Administraciones, sino en aquellos aspectos concretos que regula el EBEP y que son de aplicación a éstos por su remisión, y que realmente constituyen el contenido que hace especial el ejercicio de este derecho respecto a los trabajadores con contrato laboral común, o del ámbito privado.

¹⁸⁴ Art 33 EBEP. Negociación Colectiva. 1. “La negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia”...

Los aspectos que regula el EBEP y que modalizan el régimen jurídico de este derecho para el personal laboral de las Administraciones son los siguientes:

6.4.1. Materias objeto de negociación colectiva para el personal laboral de las Administraciones Públicas: los límites al contenido normativo de los Convenios Colectivos después del EBEP.

Las limitaciones en relación a las materias que pueden ser o no, objeto de negociación constituyen una de las características especiales propias de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración. En este sentido, antes del EBEP los artículos 32 y 37 en la Ley 9/87, (LORAP) delimitaban el contenido de la negociación colectiva para los funcionarios públicos, si bien lo hacía de forma imprecisa y confusa, lo que requirió la constante intervención judicial, con doctrina contradictoria y restrictiva.

En relación al personal laboral, antes de la entrada en vigor del EBEP, se aceptaba que en cuanto al contenido normativo de los convenios colectivos de estos trabajadores, era de aplicación el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, si bien con las singularidades derivadas del carácter público del empleador. Estas limitaciones legales y reglamentarias al contenido de los convenios afectaron principalmente a los límites relativos a los incrementos salariales de las Leyes Presupuestarias en el marco de las políticas de rentas, los límites al establecimiento de sistemas de Previsión Social complementaria con fondos públicos, y diversas limitaciones derivadas de normas concretas como la Ley 53/1984, de Incompatibilidades, o la LRPF que hacía referencia expresa a los laborales en materia de racionalización de plantillas (art. 28), oferta de empleo público (art.12), sistema de valoración de puestos (art. 15), y selección de personal (art. 19.1). Así pues, las limitaciones en cuanto al contenido de los convenios colectivos en el sector público ha afectado siempre al derecho de negociación colectiva de funcionarios, y laborales, -aunque en diferente medida y con distinta regulación-.

En relación a este particular, el EBEP hace expresa referencia en su Exposición de Motivos, a las materias que puedan ser objeto de negociación en

el ámbito de las Administraciones, destacando que en la nueva norma se *“definen, con mayor precisión que la legislación hasta ahora vigente, las materias que han de ser objeto de negociación y las que quedan excluidas...”*. Efectivamente el artículo 37 del EBEP, bajo el título de *“materias objeto de negociación”*, enumera las que *“serán objeto de negociación”* y las que quedan fuera del ámbito negocial, intentando acotar el contenido posible en el ámbito de la negociación colectiva de las Administraciones Públicas, pero a la vez utilizando una fórmula amplia y no siempre precisa, con los consiguientes problemas de interpretación, que seguidamente trataremos.

6.4.1.a) Las materias de obligada inclusión en la negociación colectiva conforme con el artículo 37.1 EBEP.

El primer problema interpretativo que surge en relación al artículo 37 del EBEP afecta a las dudas sobre la aplicabilidad o no, del precepto al personal laboral, porque el legislador en este caso no concreta si el contenido del artículo va dirigido a todos los empleados públicos, o solo al personal funcionario.

Pues bien, la doctrina mayoritaria se inclina por la aplicación de estos límites también al personal laboral, dado que siguiendo la regla de juego que marca el propio legislador del EBEP, referente a la concreción en cada caso del personal al que se refiere la regulación que contiene, en este artículo al no hacer referencia de a quién va dirigido, debe interpretarse como común para funcionarios y laborales (empleados público). En segundo lugar porque el objetivo que marca el EBEP es, como ya señalamos, la delimitación de un ámbito de negociación colectiva general en la medida de lo posible, reconociendo de hecho la eficacia de la negociación conjunta de los empleados públicos.

Una vez aceptada la aplicación del artículo al personal laboral, hay que decir que, no obstante, el contenido abierto en materia de negociación que marca el artículo 85.1 ET, es en realidad equivalente, y en ningún caso contrapuesto, a la lista que marca el art. 37.1 EBEP, que realmente abarca casi todas los aspectos relativos a las condiciones de trabajo, aunque con los matices que pasamos a tratar.

En concreto, el apartado primero del artículo 37 señala las materias objeto de negociación en las Administraciones, si bien con carácter previo a analizar dicho contenido hemos de detenernos en una importante referencia que el legislador hace a lo que constituirá el primer elemento delimitador –y limitador– del contenido de la negociación en este ámbito. Así, dice: “*serán objeto de negociación dentro de su ámbito respectivo, y en relación con las competencias de cada Administración Pública*”, y con esta puntualización inicial ya se condiciona lo que se podrá negociar en cada mesa dependiendo de las competencias que tengan atribuidas cada Administración conforme con la legislación sustantiva de la función pública, que determina en cada caso las materias que son competencia de cada Administración, y a su vez al reparto de competencias entre las diferentes mesas en cada Administración (Mesa General de las Administraciones, Mesa General Común, Mesas Generales y Mesas Sectoriales).

Esto se traduce en una restricción clara del contenido de la negociación colectiva del personal de las autonomías, y la Administración Local, puesto que muchos aspectos de sus condiciones de trabajo se deciden por unas Mesas de negociación en las que no están representados.

Las materias concretas previstas en el precepto pueden ser resumidas, *grosso modo*, en aquellas que afecten a las condiciones de trabajo, protección social y al ámbito de las relaciones de los empleados públicos, y sus organizaciones sindicales con la Administración.

En todo caso, hay que incidir en dos aspectos clave de este apartado primero del art. 37 EBEP:

Primero, que el legislador con este precepto determina la obligatoriedad en cuanto a las materias y condiciones de trabajo que se sacan del ámbito de la decisión unilateral de las Administraciones, y se trasladan preceptivamente al ámbito de la negociación entre sindicatos y Administración empleadora, de tal forma que serán nulos los actos administrativos que se dicten desatendiendo el proceso negocial en relación a estas materias, (STS (Sala 3ª) de 2 de julio de 2008). Esta fórmula es equivalente a la que se utilizaba en el artículo 32 de la LORAP, y en este sentido nos sirve como referencia la jurisprudencia que matizó en relación a esa fórmula imperativa, que hacía referencia a la exigencia

de negociación, considerando que con ella el legislador impone lo que es materia de negociación, pero lógicamente no se traduce en el obligatorio acuerdo al respecto (STS de 10 de noviembre de 1994).

Segundo, que pese a su apariencia, no se trata de una lista cerrada y exclusiva en cuanto a la determinación del contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos, puesto que en otros artículos del propio EBEP se señalan materias que podrán ser objeto de negociación colectiva, (así sucede con el artículo 61 a los sistemas selectivos y el art. 83 EBEP relativo a la movilidad del personal laboral, -ambos con indicación de ciertos aspectos negociables-, o el Plan de Igualdad referido en la Disposición Adicional octava).

En realidad el problema en cuanto a la amplitud del contenido de la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones no reside tanto en la aplicación de las materias que se señalan como objeto de negociación, sino en las limitaciones que afectan al restringido derecho a la autonomía colectiva de los empleados públicos, que deriva de los principios constitucionales como el de reserva de Ley, distribución de competencias, cobertura presupuestaria, -entre otros-, que actuarán siempre como límites característicos del ejercicio de éste derecho en tan particular ámbito, (de ahí la expresión que se utiliza al principio del artículo: *“serán objeto de negociación....., con el alcance que legalmente proceda en cada caso”*).

De hecho, como señala el profesor Sala al clasificar las materias objeto de negociación del personal laboral, realmente las materias que contarán con eficacia jurídica normativa directa y sin limitaciones a la hora de negociar son solo: la determinación del calendario laboral, jornada, vacaciones, permisos, movilidad funcional, y geográfica, los planes de previsión social complementaria, y las cuestiones negociables relativas a Prevención de Riesgos Laborales.

El resto de materias negociables tienen restricciones en mayor o menor medida. En concreto, algunas carecerán de eficacia jurídico-normativa directa por existir reserva de ley material, quedando mermada la autonomía

negociadora de las partes, de tal forma que lo que se negocie será sólo a modo de propuesta política del contenido del Proyecto de Ley, (esto es, la denominada negociación prelegislativa o concertación). Así sucede con materias tan trascendentales como el incremento de retribuciones del personal incluido en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, o los que afecten a condiciones de trabajo y retribuciones cuya regulación exija norma legal.

En cuanto a esta materia antes del EBEP eran las Leyes de Presupuestos las que establecían anualmente las limitaciones al contenido de los convenios colectivos laborales firmados en el seno de las Administraciones. Se exigía también por las Leyes de Presupuestos la obligación de someter estos convenios colectivos a un informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, para obtener validez jurídica, -pensado principalmente para el control los incrementos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a las Leyes de Presupuestos-.

Pues bien, esta exigencia no figura en el texto del EBEP, -tal vez por entender que el sometimiento del contenido de estos convenios a lo establecido en el artículo 37 EBEP conllevaría el mismo efecto jurídico de nulidad de lo negociado, sin respetar los límites marcados por las normas presupuestarias-. No obstante hay que hacer constar que el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP, recomendaba la inclusión de la fiscalización administrativa previa de los convenios colectivos para garantizar el cumplimiento de los límites presupuestarios, y en este caso dicha recomendación se ha desoído por el legislador.

Otras materias objeto de negociación tendrán eficacia jurídica directa, pero a nivel de propuesta (derechos sindicales y de participación); y por último, encontramos el importante grupo de materias cuya negociación goza de eficacia normativa directa, pero solo en lo referente a los "*criterios generales*" a los que deberán adecuarse aquellas iniciativas, y no en relación a la determinación concreta de los aspectos relacionados. Así sucede con la oferta de empleo público, el acceso al empleo público, sistema de clasificación de puestos de trabajo, carrera profesional, evaluación del desempeño, planes y fondos para la formación y la promoción interna, la acción social y la

planificación estratégica de los recursos humanos en los aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

El problema en relación a este grupo reside en determinar el alcance que puedan tener la negociación de los “*criterios generales*”, sin que choquen con las facultades de la potestad administrativa de organización y los principios que rigen en el ámbito de la Administración.

En el caso del art. 37.1, c) y d), que prevé la negociación de “*las normas que fijan los criterios generales*” sobre acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos, planificación de recursos humanos, y evaluación del desempeño, solo puede entenderse como negociación prelegislativa, en el caso de las normas con rango de ley, o bien a la negociación de normas reglamentarias que marquen esos criterios generales.

En todo caso, parece claro que no podrá realizarse negociación sobre actos de aplicación de dichas normas. Así, por ejemplo, serán objeto de negociación los reglamentos de acceso, carrera y promoción, pero no podrán negociarse las convocatorias concretas y las bases de los procesos de selección, promoción y provisión que deben determinarse en base a criterios objetivos y en el marco de la legalidad, y dado que, en caso contrario, colisionaría con el artículo 37.2 e) EBEP, que excluye de la negociación la regulación de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

Para completar el contenido positivo de la negociación en el ámbito de la Administración, -más allá del artículo 37 que como ya dijimos no es exclusivo ni excluyente-, hay que hacer mención al artículo 38. 4 y 5 EBEP que regula el contenido mínimo obligatorio de los Acuerdos o Pactos colectivos que se firmen en el sector de los funcionarios públicos, tomando como referencia el contenido mínimo de los Convenios Colectivos laborales.

En relación al contenido mínimo de los Convenios Colectivos de los laborales no se regula nada especial, de tal forma que será de aplicación directa el artículo 85.3 del Estatuto de los Trabajadores. Así pues, serán contenido mínimo de cualquier acuerdo resultado de la negociación colectiva

en las Administraciones: La determinación de las partes que lo conciertan, el ámbito personal, funcional, territorial y temporal, procedimientos para la resolver conflictos ante la no aplicación de las condiciones de trabajo en base al artículo 82.3 ET, la forma y plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos. También será contenido mínimo la determinación de una Comisión Paritaria de seguimiento, debiendo establecerse su composición y funciones, debiendo señalar que en cuanto a la potestad de interpretación esta no será general, puesto que no se podrán someter a la Comisión cuestiones relativas a los contenidos negociados sobre los que exista reserva de Ley.

6.4.1. b) Materias excluidas de la obligatoriedad de negociación según el artículo 37.2 EBEP.

La segunda parte del artículo 37 EBEP marca las materias que “*quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación*”. Ciertamente, como han señalado algunos autores, al utilizar esta fórmula se plantea la duda de si se trata de una prohibición total en cuanto a las materias objeto de negociación, o si solo se trata de un grupo de materias que no tienen por qué ser objeto de debate en las mesas negociadoras. En el caso de las materias que por razón de orden público tienen reserva de Ley y no pueden ser objeto de negociación, la duda se resuelve sola, pero en este apartado del artículo sucede como en el anterior; existen materias que a pesar de tener un núcleo básico innegociable admiten negociación en ciertos aspectos accesorios, y otras en las que podría admitirse la negociación de mutuo acuerdo.

De los cinco grupos de materias que se señalan como excluidas, y que afectan directamente a la negociación colectiva laboral, la primera hace referencia a las decisiones de las Administraciones “*que afecten a sus potestades de organización*”, así como “*los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica*” (apartado d), conforme con el principio de jerarquía y las facultades de autorganización de la Administración (art. 103.1 y 2 CE).

Las “*potestades de organización*” hay que entenderlas en su triple acepción, tal y como señalaba el informe de la Comisión de Expertos: “*poderes*

de estructuración de competencias, y órganos administrativos poder de elección de modalidades de gestión y poderes de dotación o asignación de medios y recursos” (en este sentido STS Sala 3ª 9 de abril de 2014). No obstante, el propio legislador matiza el alcance de esta exclusión cuando establece que en aquellos supuestos en los que las decisiones de las Administraciones “tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales”.

De esta forma el legislador obliga a realizar una interpretación restrictiva de la exclusión para evitar neutralizar la efectividad de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo. La Comisión de Expertos recomendaba que en estos supuestos los sindicatos debieran tener “*derecho a ser consultados*”, pero no hablaba de negociación. En todo caso, la negociación se deberá referir a las pautas o líneas generales de actuación, y no a someter a negociación decisiones organizativas que no deberían de dejar de ser propias de la Administración negociadora.

En el caso de la negociación del personal laboral que no ve reconocido el derecho a la negociación en estos supuestos, considero que sí existiría en todo caso el deber de consulta. De hecho en ocasiones viene expresamente previsto en los Convenios de aplicación, y que en todo caso se podría reclamar en virtud del artículo 64 E.T., (STS Sala 3ª de 6 de mayo de 2013). No obstante, los Convenios Colectivos podrán acordar también el deber de negociación que el EBEP no reconoce a los laborales, (como, por ejemplo, hace el artículo 8 del III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado).

Evidentemente numerosas decisiones organizativas (cualquier modificación en la Relación de Puestos de Trabajo, u otros instrumentos similares), tendrán repercusión directa sobre condiciones de trabajo como carrera, horario, movilidad... Pues bien, el problema de este deber de negociar reside en la dificultad de determinar qué puntos concretos serán negociables y cuáles no, si bien, según el literal de la norma, parece que se podrá negociar

en relación a los aspectos laborales que se vean afectados, pero no en relación a la modificación de la opción organizativa por la que opte la Administración. En cualquier caso, como ya se indicó, considero que si no se lograra acuerdo en la negociación una vez llevada a efecto, la potestad de decisión final de la Administración no se vería afectada (sobre este particular STS Sala 3ª, de 6 de mayo de 2013).¹⁸⁵

En definitiva, para que esta excepción a la exclusión no suponga eliminar los principios constitucionales, los protagonistas de la negociación colectiva deberán ser cuidadosos con el difícil equilibrio entre el respeto de la autonomía colectiva e intereses generales, y los principios de legalidad y transparencia que en definitiva afecta a todos los ciudadanos a los que deben representar las Administraciones.

El segundo bloque excluido se refiere a la *“regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos,...y el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas”*. Esta es una exclusión sin matices, que encuentra su fundamento en el hecho de las negociaciones *“no pueden afectar a derechos e intereses de terceros ni al régimen general común de producción de las decisiones de las Administraciones Públicas por ser ésta una cuestión pública reservada a ley”* (Informe Comisión de Expertos).

Sin embargo, hace tiempo que el papel como interlocutor socio-político que ejercen los sindicatos más representativos se traduce en el hecho de que, el que determinadas materias sean decididas unilateralmente por las Administraciones y se regulen por normas heterónomas no equivale a que queden fuera del ámbito de influencia de la autonomía colectiva, -de ahí la necesaria responsabilidad de los protagonistas de las relaciones laborales en las Administraciones a la que ya hice referencia-.

¹⁸⁵ GARCÍA PÉREZ, M. *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral*. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. 2011.

El apartado c) del art. 37.2 EBEP excluye las “*determinación de condiciones de trabajo del personal directivo*”. Esta exclusión es lógica y acorde con lo que sucede en el ámbito laboral que también excluye de la negociación colectiva a este especial tipo de trabajadores, por su proximidad a la propia figura del empleador.

El último grupo de materias que se excluyen afecta a “*la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional*”, (pero como exclusión no absoluta, puesto que, como ya señalamos, el artículo 37.1 c) del EBEP sí prevé la negociación de los “*criterios generales*” en materia de acceso y carrera profesional).

Una vez más, el motivo de fondo reside en la repercusión de estas materias en derechos de los ciudadanos como es el de acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad del artículo 103.3 CE, que podrían verse vulnerados ante prioridades o intereses sindicales, (como por ejemplo en los procesos de estabilización del personal).

En cuanto a la carrera profesional, con esta reserva a la heteronomía se intenta evitar posibles discriminaciones entre los propios empleados públicos. El derecho a la promoción profesional se reconoce expresamente al personal laboral en el art. 19.2 EBEP, remitiéndose además para su regulación al Estatuto de los Trabajadores y los Convenios Colectivos, si bien dada la previsión del art. 37.2, el papel de la negociación en este materia como en otras tantas, se limitará a los consabidos “*criterios generales*”, siempre dentro de los límites de la normativa básica de empleo público.

Esto mismo sucede con otras materias en las que el legislador remite su regulación a los Convenios Colectivos laborales, y que en algunos casos se encuentra con las consiguientes limitaciones propias del ámbito público, (esta remisión a la negociación colectiva laboral se produce con las retribuciones –

art. 27-, la provisión de puestos y movilidad, -art. 83-, situaciones del personal laboral –art. 92-, y la tipificación de faltas y sanciones –art. 94.1, a-).

6.4.1. c) Referencia al ámbito objetivo de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones (art. 36.3 EBEP).

Con la aprobación del EBEP se introduce como importante novedad el reconocimiento formal de la posibilidad de desarrollar una negociación colectiva conjunta de los funcionarios y laborales al servicio de las Administraciones. El artículo 36.3 EBEP acepta la constitución de la Mesa General de Negociación en la Administración General del Estado, en cada Comunidad Autónoma, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales.

La previsión de Mesas de Negociación conjuntas existía ya en la LORAP,- introducido por Ley 21/2006-, y lo que realmente hace el EBEP es legalizar lo que ya existía en la práctica, y que la jurisprudencia no terminaba de aceptar. El problema es que la regulación que hace el EBEP tiene enormes vacíos que generan problemas en su desarrollo. Así sucede precisamente con el contenido de la negociación conjunta que el EBEP no desarrolla. Esta circunstancia tiene como consecuencia la tendencia a aplicar la normativa reguladora de la negociación de los funcionarios públicos en detrimento de la laboral.

Sobre el ámbito objetivo el artículo 36.3 EBEP establece que la Mesa General común es competente para negociar *“todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral”* de las Administraciones. Esas materias comunes son entendidas por la mayoría de la doctrina, no como una opción para las partes negociadoras de cara a su propia determinación, sino aquellas materias que sean reguladas de forma unitaria para los empleados públicos por las propias normas administrativas de cualquier ámbito, (ya sean leyes o reglamentos), o en las laborales (como sucede en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

En este sentido, la profesora Roqueta Buj señala como materias reconocidas legalmente como *“comunes”*: los criterios generales en materia de

planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño, incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración, formación continua, salud laboral, planes de Previsión Social Complementaria.

Efectivamente, estas materias están reguladas en el EBEP por normas comunes o paralelas para el personal funcionario y laboral, y por tanto no presentan problemas en cuanto a su negociación conjunta, y a su consideración como materias objeto de negociación para laborales y funcionarios, siendo de hecho estos aspectos comunes el ámbito objetivo natural de negociación de estas particulares Mesas de negociación¹⁸⁶.

No obstante parte de la doctrina sostiene que la interpretación del precepto no debe ser tan restrictiva, y que deben ser los propios negociadores los que determinen cuáles son las materias comunes a negociar, de forma que se ayude a propiciar la homogenización de las condiciones de trabajo de los empleados públicos¹⁸⁷. Si las partes están de acuerdo pueden negociar de forma conjunta prácticamente todas las cuestiones que afectan a las condiciones de trabajo de los empleados públicos (retribuciones complementarias, tiempo de trabajo, et...)¹⁸⁸.

Esta opción en cuanto a la determinación del contenido de la negociación sería ajustada a derecho, pero siempre dentro de lo previsto en el artículo 37.2 EBEP respecto de las materias excluidas de negociación, y siempre partiendo cada una de las partes (funcionarios y laborales), desde los mínimos que marque su regulación legal.¹⁸⁹ Realmente esta posición más abierta casa más, en mi opinión, con la intención unificadora de las condiciones

¹⁸⁶ *"Dicho núcleo esencial comprendería el incremento de las retribuciones en el ámbito respectivo, las seguridad y salud laboral, aspectos relativos a formación continua y cuestiones generales más vinculadas a la gestión de recursos humanos: planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación, evaluación del desempeño y ofertas de empleo público, y acceso al mismo"*. Alfonso Mellado, C. "La Negociación Colectiva en el Empleo Público" Pág. 84. Derecho del Empleo Público. AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹⁸⁷ En este sentido: López Gandía, J., Castillo Blanco, F., Alfonso Mellado, C. López Gómez, J.M.

¹⁸⁸ Alfonso Mellado, C. "La Negociación Colectiva en el Empleo Público" Pág. 84. Derecho del Empleo Público. AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

laborales de funcionarios y laborales que el EBEP refleja en su Exposición de Motivos, y en todo caso hay que tener presente que esta posibilidad no significa obligación de negociar conjuntamente todas las materias relativas a condiciones de trabajo de funcionarios y laborales, sino que las partes podrán articular hasta dónde quieren negociar de forma conjunta, y qué otros aspectos prefieren dejar para Mesas de negociación independientes.

6.4.2. Estructura de la negociación colectiva para el personal laboral en las Administraciones Públicas.

En el ámbito laboral la determinación de las unidades de negociación funcionan de forma mucho más flexible que en la negociación colectiva de los funcionarios, rigiendo el principio de libertad de elección de las partes para determinar el ámbito de negociación conforme regula el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, frente a la regulación propia de los funcionarios que recogen los artículos 34 y 35 del EBEP, caracterizada por establecer un sistema cerrado y estructurado, donde la ley es la que condiciona las unidades de negociación, de tal forma que las partes negociadoras se encuentran obligadas a crear las Mesas de negociación que marca el EBEP, con un mínimo margen de disponibilidad¹⁹⁰.

Pues bien, la negociación colectiva laboral, a pesar de contar legalmente con libertad en cuanto a la determinación de los negociadores en cuanto a la estructura, sin embargo se ven afectados e influidos por el sistema de ordenación de la negociación funcional, al estar interesada en aproximar los procesos de negociación de laborales y funcionarios, y buscar la uniformidad en las condiciones de trabajo. Por este motivo, lo normal es que los

¹⁹⁰ El art. 34 del EBEP marca las Mesas de negociación, que estructura en una Mesa General de Negociación a nivel de la Administración General del Estado, y otras en cada Comunidad Autónoma, Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y Entidades Locales. Por otro lado se prevé la posibilidad de crear Mesas Sectoriales, “dependiendo de la Mesas Generales de Negociación” y por acuerdo de las mismas”, dependiendo de las organizaciones administrativas de que se trate, o según las peculiaridades del sector de funcionarios o de su número (art. 34.4 EBEP). Así pues, el único margen que tienen los negociadores es la determinación de las Mesas sectoriales, y la posibilidad de establecer la estructura de la negociación colectiva, que prevé el art. 38.9 EBEP.

negociadores de las mesas para el personal laboral creen unidades de contratación coincidentes con las preestablecidas en el EBEP para los funcionarios.¹⁹¹

Además, a pesar de esta flexibilidad en el ámbito de la negociación laboral en las Administraciones, existirán condicionantes indirectos como la propia exigencia de legitimidad negocial de las partes negociadoras, o la prohibición de concurrencia de convenios, que también deben ser tenidos en cuenta en relación a esta materia puesto que condicionan la negociación.

De esta forma encontramos Convenios Colectivos en Administraciones Públicas con personalidad jurídica propia conforme con el artículo 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De hecho en el ámbito de las Administraciones Públicas la negociación sectorial no es la que rige, a diferencia del ámbito privado, siendo lo habitual encontrarse con Convenios Colectivos de Empresa, que son los firmados con Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, o por centros de trabajo de las Administraciones, (Consejerías de la Administración autonómica...)¹⁹²

Donde sí surgen problemas por razón de la legitimidad de la parte empresarial es en la negociación colectiva a nivel supraempresarial, puesto que el Estatuto de los Trabajadores, que exige la presencia de “*una o varias asociaciones empresariales*”, y en este sentido la jurisprudencia entiende que en dicho concepto no tiene cabida la Administración Pública (STS de 7 de octubre de 2004). Tampoco parece posible aplicar convenios sectoriales en las Administraciones, (pese a que realmente esto no está vetado legalmente), dado que aquéllos son negociados por asociaciones de empresarios que no

¹⁹¹ Merino Segovia, A. Las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Bomarzo, Albacete, 2014.

¹⁹²QUINTANILLA NAVARRO, R. “*La flexibilidad interna en el empleo público laboral*”. Aranzadi, Navarra, 2014. (pág. 132) “*En el ámbito de las relaciones laborales del personal laboral al servicio de las Administraciones no suelen concurrir convenios colectivos sectoriales. El ámbito de aplicación de los convenios para el personal laboral suele extenderse a un Ayuntamiento, Consejería de Comunidad Autónoma, o a todo el personal de una Comunidad Autónoma, o de un organismo autónomo. Por tanto, carece de virtualidad invocar en el ámbito del empleo público laboral la preferencia por el convenio colectivo de empresa sobre le sectorial*”....

representan en ningún caso a las Administraciones.¹⁹³ Esta imposibilidad también se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que descartan que las asociaciones empresariales puedan asumir la representación de las Administraciones, dada *“la unidad de dirección y el carácter público de las entidades empleadoras”*.¹⁹⁴

Entiendo, sin embargo, que si una Administración, entidad, organismo, empresa pública o similar, decidiese aplicar en su ámbito un convenio colectivo del ámbito privado podría hacerlo aún indirectamente. Por ejemplo, firmando su propio convenio a imagen y semejanza del sectorial o de empresa privada, o bien solicitando la extensión de un convenio ya existente. En ambos casos, pese a no estar negociado por una Administración, es ésta y junto con la representación de los trabajadores, la que acepta expresamente las condiciones de trabajo establecidas en otro convenio.

En la práctica ante estas dificultades, se usa otra opción: negociar Convenios Colectivos de grupo de empresa, en vez de sectoriales (por ejemplo Convenio Colectivo firmado entre el personal laboral de empresas públicas dependientes de una Comunidad Autónoma, y ésta), que como luego comentaremos, con las últimas reformas superan las dificultades de legitimación, que realmente ya venía solucionando la jurisprudencia,¹⁹⁵ entendiendo legitimados a una dirección unitaria y coordinada en representación del grupo empresarial, en el lado de la empresa, y la representación sindical propia de la negociación colectiva supraempresarial en el lado de los laborales de las Administraciones, conforme con el art 87.2 ET, en relación con el art. 8.2 LOLS.¹⁹⁶ En definitiva, en este ámbito negocian los

¹⁹³ Merino Segovia, A. Las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Bomarzo, Albacete, 2014.

¹⁹⁴ STS 15 de febrero de 1993; STS de 21 de junio de 1996.

¹⁹⁵ Por todas, STS de 21 de diciembre de 1999.

¹⁹⁶ La jurisprudencia, -STS 21 de junio de 1996, STS 14 de junio de 1999, STS 21 de diciembre de 1999, STS de 24 de abril de 2001, STS de 20 de junio de 2001-, ante el vacío legal, opta por una postura mixta para resolver la legitimación de la negociación de grupo de empresa en las Administraciones, a nivel de AGE, o de CCAA, incluidas las entidades de ellas dependientes. Así, se que concede la aplicación de las reglas de legitimación para negociar convenios sectoriales del art. 87.2 ET para los representantes sindicales (es decir, sindicatos más representativos en su ámbito, y los que tengan un mínimo del 10% de los miembros de los representantes unitarios en el ámbito geográfico y funcional del convenio); y se aplica la regla del art. 87.1 ET

sindicatos más representativos y los representantes que designen la Administración de que se trate.

Una de las ventajas de estos convenios de grupo (dos o más Administraciones), es que no se vería afectado por la preferencia a los convenios de empresa que introduce la Ley 3/2012, que solo actúa en relación a los convenios sectoriales. Así, ante el choque entre convenio de empresa y grupo en la Administración, prevalecería el primero en el tiempo, quedando fuera de juego el art. 84.2 ET, de la reforma laboral.¹⁹⁷

Sobre esta materia, recientemente ha entrado en vigor una norma, que ya fue comentada al analizar los órganos de representación de los trabajadores, pero que reproduzco en este punto porque afecta a la estructura de la negociación, -al menos la laboral, a nivel de Administración General del Estado-. En concreto se trata del artículo 6 de la Ley 25/2015, -como modificación del art. 12 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad-, por el que se regulan “...*las unidades electorales en la Administración General del Estado (AGE) y en la Administración de Justicia*” acotando el concepto “*centro de trabajo*” para las elecciones a representantes unitarios del personal funcionario y laboral.¹⁹⁸

para la representación empresarial (las reglas para la negociación de convenio de empresa). LOPEZ GÓMEZ, J.M. *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas, Navarra, 2009.

¹⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, J. “El descuelgue de los convenios en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales* núm. 17, 2012.

¹⁹⁸ Art. 12 RD Ley 20/2012, redacción modificada Ley 25/2015. **1.** En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 39.4 EBEP, en el ámbito de la Administración General del Estado se elegirá una Junta de Personal en cada una de las siguientes Unidades Electorales: **a)** Una por cada uno de los Departamentos ministeriales, incluidos en ellos sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y todos los servicios provinciales de Madrid. **b)** Una por cada Agencia, ente público u organismo no incluido en la letra anterior, para todos los servicios que tenga en la provincia de Madrid. **c)** Una en cada provincia, excluida la de Madrid, y en las ciudades de Ceuta y de Melilla, en la Delegación o Subdelegación de Gobierno, en la que se incluirán los Organismos Autónomos, Agencias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, las Entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y las unidades administrativas y servicios provinciales de todos los Departamentos Ministeriales en una misma provincia, incluidos los funcionarios civiles que presten servicios en la Administración militar. **d)** Una para cada ente u organismo público, no incluido en la letra anterior, para todos los servicios que tenga en una misma provincia o en las ciudades de Ceuta y de Melilla. **e)** Una para los funcionarios destinados

Con este precepto se desarrolla el artículo 39.4 del EBEP, que en el ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios prevé que “*las unidades electorales se regularán por el Estado y por cada Comunidad Autónoma dentro del ámbito de sus competencias legislativas*”.

Pues bien, para el personal laboral este precepto supone la delimitación legal de los centros de trabajo donde se elegirán los Comités de Empresa o los Delegados de Personal en centros con menos de 50 trabajadores, que conforme con lo establecido en el artículo 87 ET, estarán legitimados para negociar Convenios Colectivos de empresa, (que como hemos dicho son los que prevalecen en la práctica, en el ámbito de las Administraciones). Además

en las misiones diplomáticas en cada país, representaciones permanentes, oficinas consulares e instituciones y servicios de la Administración del Estado en el extranjero. **f)** Una en cada provincia y en las ciudades de Ceuta y de Melilla, para el personal estatutario de los servicios públicos de salud. **g)** Una para el personal docente de los centros públicos no universitarios, en cada una de las ciudades de Ceuta y Melilla.

2. En aquellas Unidades Electorales a que se refiere el apartado anterior, con excepción de las referidas en la letra d), que no alcanzasen el mínimo de 50 funcionarios, éstos ejercerán su representación en la Junta de Personal del Departamento al que estuviera adscrito el Organismo o Unidad administrativa de que se trate. En las Unidades Electorales provinciales previstas en la letra d) que no alcanzasen el mínimo de 50 funcionarios, éstos ejercerán su representación en la Junta de Personal de Madrid del Organismo o Ente público que corresponda.....

4. En las elecciones a representantes del personal laboral en el ámbito de la Administración General del Estado y de la Administración de Justicia, no transferida, constituirá un único centro de trabajo: **a)** La totalidad de las unidades o establecimientos de cada Departamento Ministerial, incluidos en ellos los correspondientes a sus Organismos Autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y todos sus servicios provinciales, en Madrid. **b)** La totalidad de las unidades o establecimientos en la provincia de Madrid de cada una de las Agencias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/2006, organismos o entes públicos no incluidos en la letra anterior y las dependientes de la Administración de Justicia. **c)** La totalidad de las unidades o establecimientos al servicio de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras, servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y Agencias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/2006 que radiquen en una misma provincia, excluida la de Madrid, o en las ciudades de Ceuta y de Melilla. Se incluirán en este apartado las unidades y establecimientos dependientes de la Administración de Justicia. **d)** Constituirá, igualmente un único centro de trabajo la totalidad de los establecimientos de cada ente u organismo público no incluido en las letras anteriores, radicados en una misma provincia o en las ciudades de Ceuta y de Melilla.

5. Lo dispuesto en este artículo producirá efectos al producirse el vencimiento de los mandatos electorales actualmente en vigor. **6.** En todo caso las nuevas unidades electorales entrarán en vigor el 1 de marzo de 2015, fecha en que todos los mandatos en vigor o prorrogados se habrán extinguido como consecuencia de la elección de los nuevos órganos de representación, elección que deberá producirse en el plazo de 10 meses desde la fecha indicada.»

esta regulación supondrá también la armonización de la estructura negocial de laborales y funcionarios de la AGE en este ámbito.

6.4.3.- Partes legitimadas en el ámbito de la negociación colectiva laboral en las Administraciones Públicas.

El EBEP no regula nada en particular en relación a las partes negociadoras de los convenios colectivos para el personal laboral. No es de aplicación, por tanto, la obligada sindicación de la representación de los trabajadores que rige por mandato del EBEP, para la negociación colectiva de los funcionarios públicos (art. 33 y 35 EBEP).

Para la negociación del personal laboral de las Administraciones rigen los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, que regulan la legitimidad negocial de los representantes de los trabajadores y de las empresas, -que en este caso será la Administración que correspondan-.

En este sentido tenemos que tener presente las reformas introducidas en el contenido de dichos artículos por RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. Dicha norma supuso, entre otras cosas, la relativa sindicalización respecto a la legitimación de los representantes de los trabajadores en las negociaciones de ámbito de empresa o inferior, al reconocer legitimidad negocial, no solo a los Delegados de Personal y Comités de Empresa, sino también a las *“Secciones sindicales de empresa que sumen la mayoría de los miembros del Comité”*.

Esta novedad supone establecer un principio de preferencia negociadora a favor de estas representaciones, y resuelve el vacío legal anterior, si bien en el ámbito de las Administraciones Públicas las muy sindicalizadas representaciones unitarias hacían que este problema no tuviese tanto alcance como en el sector privado.

Como ya comentamos en el apartado anterior, la principal problemática en relación a la legitimidad surge al tratar la representación de la parte empresarial puesto que el artículo 87.3 ET solo otorga legitimación a las Asociaciones

empresariales, y la Jurisprudencia mayoritaria¹⁹⁹ ha interpretado que las Administraciones Públicas no pueden afiliarse a éstas, tanto por razón de las potenciales limitaciones o injerencias que supondrían respecto al derecho de libertad de organización de las organizaciones patronales, -porque dada su dimensión serían claramente dominantes y con un estatus jurídico privilegiado-, tanto como por el hecho de que las Administraciones no pueden verse vinculadas por negociaciones llevadas a efecto por sujetos exclusivamente privados, y por tanto ajenos al interés público común.²⁰⁰

La opción por tanto, ha sido la asociación entre Administraciones en calidad de empleadoras de cara a la negociación colectiva. Esto es así, porque en el ámbito de los Convenios Colectivos de grupo o pluralidad de empresas con vinculaciones por razones organizativas o productivas, se aplicará lo establecido en el artículo 87 ET (en redacción dada por la reforma introducida con el RD Ley 7/2011, de 10 de junio), es decir: para los representantes de los trabajadores los sindicatos con representatividad en el ámbito de que se trate conforme con los artículos 6 y 7 LOLS, y por la de los empresarios la “*representación de dichas empresas*”. La solución viene del artículo 87.1.3, y 3 b) ET, porque se sientan a negociar directamente los sindicatos más representativos y los representantes designados por las Administraciones que forman el grupo de que se trate en cada caso.

Por último, hacer constar que en materia de legitimación existe una excepción a la no exigencia de sindicación en cuanto la negociación colectiva que afecta al personal laboral. Esta ruptura con la regla se produce en concreto, en las Mesas Generales de Negociación conjunta de las Administraciones, entre funcionarios y laborales, tal como se regula en el artículo 36 EBEP. Se trata de una especie de contaminación de la regulación en esta materia de los funcionarios públicos. Efectivamente, el personal laboral que participe como parte negociadora en este ámbito deberá estar representando por las organizaciones sindicales legitimadas conforme con los artículos 6 y 7 de la LOLS. Es decir que a efectos de negociar convenios

¹⁹⁹ STS de 7 de octubre de 2004; STS de 21 de diciembre de 1999.

²⁰⁰ LOPEZ GÓMEZ, J.M. *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas, Navarra, 2009.

conjuntos, sí se les aplica el principio de sindicación de las partes negociadoras propio del derecho de negociación colectiva de los funcionarios.

6.4.4. La limitada eficacia jurídica de los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas.

En materia de eficacia, los Convenios Colectivos firmados entre Administración y personal laboral se rigen por los mismos principios y exigencias, legalmente previstos para la negociación colectiva ordinaria. Estos Convenios Colectivos, presentados ante a la autoridad laboral, y publicados en el correspondiente Boletín Oficial, conforme establece la ley, obtienen el rango de norma jurídica exigible y de preceptiva aplicación. La publicación del Convenio determina la presunción de legalidad y validez del mismo, sin perjuicio de que pueda ser impugnado y apreciada judicialmente la presunta nulidad o ilegalidad del mismo.

Sin embargo es cierto que existe una importante particularidad en cuanto a la potencial validez, y por tanto la limitación de la eficacia jurídica de los Convenios Colectivos y acuerdos firmados por las Administraciones (y por el sector público también), que deriva de la exigencia de respeto al principio de cobertura presupuestaria,

La necesidad de condicionar el contenido económico de los Convenios a los límites presupuestarios, se traduce a su vez en una particular exigencia formal que afecta a los Convenios Colectivos en el ámbito público, que es el mecanismo de control previo o de firma que ejerce la propia Administración. En el caso de los Convenios Colectivos del personal laboral, es cierto que este requisito no se exige expresamente en el articulado del EBEP, (a diferencia de los Acuerdos de los funcionarios que serán fiscalizados por la Administración para su definitiva aprobación o ratificación).

Sin embargo podemos afirmar que esta exigencia también existe para la negociación de los laborales, introducida por la vía de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que exige expresamente previo "*informe favorable del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Administraciones*

Públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario...”, para garantizar el control de la legalidad del Convenio (pero también de “acuerdos o instrumentos similares, o retribuciones fijadas mediante contrato individual”), que deberá ser conforme con el gasto público previsto, siendo “nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en estas materias con omisión de informe o en contra de un informe desfavorable” (artículo 33 LGPE de 2016).

Incluso para los Convenios Colectivos firmados en el ámbito del sector público empresarial, (incluyendo a sociedades mercantiles estatales, fundaciones, mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, consorcios y entidades públicas empresariales), se aplicará dicho control mediante *“informe preceptivo de la Comisión de Seguimiento de la Negociación Colectiva de las Empresas Públicas”* (art. 33.6 LGPE 2016).

Sin perjuicio de lo anterior, el EBEP no exige ningún tipo de requisito formal en cuanto a su definitiva aprobación, de tal forma que lo pactado una vez cumplidos los requisitos formales vistos tiene efectos jurídicos y fuerza vinculante para las partes. Así pues, los Convenios formalizados y publicados, que entren en vigor, tendrán, en cuanto a sus cláusulas normativas eficacia personal y generalizada dentro de su ámbito de aplicación, y en cuanto a sus cláusulas obligaciones de fuerza vinculante para las partes firmantes.

6.4.5. La relativización de la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas.

6.4.5. a) La excepción indirecta a la fuerza vinculante de los Convenios: la pérdida de derechos retributivos por la vía de la norma excepcional o de urgencia.

Antes de comentar el efecto que conlleva en el ámbito de la negociación colectiva de los empleados públicos laborales, la aprobación del apartado segundo del artículo 32 del EBEP, es necesario recordar las medidas excepcionales en torno a los derechos retributivos, como respuestas a las

situaciones de crisis, son un clásico que se remonta al año 1994,²⁰¹ y que son prueba de que la excepción a la fuerza vinculante de los Convenios no era una realidad ajena a los empleados públicos en general.

Efectivamente, antes de la introducción formal en 2012 de la excepción a la fuerza vinculante de los Convenios de los empleados públicos laborales, estos ya habían sufrido la restricción, o eliminación de derechos en sus condiciones de trabajo (principalmente las retributivas), pero no como fruto de la regulación formal de dichos mecanismos excepcionales, sino aplicada mediante la utilización de la regulación de urgencia que suele aflorar en periodos de crisis económica, (que, a priori, es una técnica más discrecional y unilateral que cualquier cláusula de descuelgue legalmente establecida, más aún dándose la circunstancia de que la revisión de dicha regulación la realiza el Tribunal Constitucional que, como se sabe, hoy por hoy tiene una naturaleza a medio camino entre lo jurídico y lo político).

El más reciente ejemplo de esto lo constituye el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para el control del déficit público, que aprobó, por primera vez, la reducción progresiva sobre el conjunto de retribuciones del sector público (de todos los empleados públicos), del 5% en términos anuales, y del 15% para los miembros del gobierno.

Los sindicatos plantearon judicialmente diversos conflictos colectivos para hacer frente a esta medida reductora de salarios. En este contexto se planteó ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conflicto colectivo, con la pretensión de que se declarase que conforme con lo prevenido en el XI Convenio Colectivo de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, debía mantenerse las retribuciones que venían percibiendo los trabajadores de dicho organismo (con vinculación laboral). En este, y otros muchos procedimientos equivalentes, se planteaba como cuestión de fondo la existencia de vulneración del derecho de negociación colectiva, consecuentemente, del derecho libertad sindical, (del que es parte esencial la negociación colectiva), considerando

²⁰¹ La primera vez que se produjo una congelación salarial fue en año 1994, si bien se hizo mediante un Acuerdo firmado con las centrales sindicales; posteriormente en 1997, se procede a otra congelación salarial, incumpléndose el acuerdo firmado en la anterior legislatura, siendo avalada dicha decisión por Sentencia del Tribunal Constitucional.

vulnerado el art. 37.1 CE, en referencia a la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos.

En definitiva, la Audiencia Nacional entendió que la suspensión, modificación o supresión de un Convenio Colectivo Estatutario afectaba a la fuerza vinculante de los mismos, como elemento esencial del derecho de negociación colectiva previsto en el artículo 37.1 en relación con el 28.1 CE, y es por tal motivo elevó cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional en octubre de 2010.

Realmente esta cuestión evidenciaba el hecho de que existía una incongruencia en la regulación del derecho de negociación colectiva del personal laboral que contiene el EBEP,²⁰² que era la omisión de la aplicación de la cláusula *rebús sic stantibus*, que en cambio sí se regulaba en el art. 38.10 EBEP para la negociación colectiva funcionarial. Esta diferencia suponía una disonancia en el sistema, y la solución a esta cuestión lleva a entender a la Audiencia Nacional que existía una vulneración del derecho a la negociación colectiva laboral, que en este punto era distinta a la negociación funcionarial.

Sin embargo el Tribunal Constitucional dictó Auto 85/2011, de 7 de junio, por el que se inadmitía la cuestión de inconstitucionalidad argumenta, de forma muy inconsistente,²⁰³ la validez de las medidas restrictivas de derechos

²⁰² Esta circunstancia ya había sido puesta de manifiesto por el profesor Sala Franco, T., miembro de la Comisión de Expertos que realizó el informe previo a la aprobación del EBEP.

²⁰³ Auto TC 85/2011, de 7 de junio de 2011. *Abstracción hecha de que la intangibilidad o inalterabilidad no puede identificarse, ni, en consecuencia, confundirse, como se hace en el Auto de planteamiento de la cuestión, con la fuerza vinculante del convenio colectivo, lo cierto es que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevinida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (ibidem; en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5). Así pues, los preceptos legales cuestionados no suponen una «afectación» en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-ley impone el art. 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE.*

retributivo, también para los laborales, en el hecho de que la posición de los Convenios Colectivos, en el sistema de fuentes es de subordinación jerárquica ante la ley, y en el ámbito del sector público, a las limitaciones presupuestarias de la negociación. Por tanto, considera ajustada a derecho la modificación de lo establecido en Convenio mediante una norma de rango superior, -incluso aunque esta sea de sobrevenida-, como sucede en este caso.

6.4.5. b) La nueva regulación de la excepción a la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos de los empleados públicos laborales.

Sobre el nuevo apartado segundo del artículo 32 del EBEP.²⁰⁴

La reforma más importante de las llevadas a cabo en los últimos años de crisis en cuanto a la relación laboral especial de empleo público, es sin duda la inclusión y sometimiento de los Convenios Colectivos de este personal a la facultad extraordinaria de modificación de lo pactado por los Gobiernos, ante situación de grave perjuicio para el interés público (apartado 2 del art. 32 del EBEP).

Es cierto, que la inclusión de esta excepción a la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos planteada en términos homogenización para funcionarios y laborales, fue una de las recomendaciones del Informe de la Comisión de Expertos, -ignorada por el legislador del EBEP-. Efectivamente, la presión sindical y las razonables dudas sobre la constitucionalidad de esta excepción, llevaron al legislador a optar por no afectar a los Convenios Colectivos de los laborales, pero sí se regulaba dicha posibilidad para los Acuerdos y Pactos de condiciones de trabajo para los funcionarios en el artículo 38.10 EBEP.²⁰⁵

En este mismo sentido: STS (Sala 3ª), de 5 de marzo de 2012, (Rec. 564/2011).

²⁰⁴ El contenido de este apartado se complementa con el contenido del Capítulo X, apartado 6, del presente trabajo, a cuya lectura me remito, donde se profundiza en este tema, al tratar sobre las retribuciones de los empleados públicos laborales.

²⁰⁵ Art. 38.10 EBEP. *“Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de la circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o*

Esta diferencia que distinguía a la regulación de la negociación colectiva de laborales y funcionarios, se modificó de forma sorpresiva y unilateral, con ocasión de las numerosas medidas excepción aprobadas durante la crisis económica. Efectivamente este cambio de criterio se produce en un contexto de recortes en derechos laborales, (congelación de salarios, supresión de la paga extraordinaria de diciembre para funcionarios y laborales de las Administraciones...), aprobada por Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de Fomento de la Competitividad. Al aprobar esta batería de medidas restrictivas de derechos reconocidos legal y convencionalmente, el Gobierno como legislador de urgencia, aprovecha para “corregir” la disparidad existente en el régimen jurídico de la negociación colectiva de funcionarios y laborales, y añadir un apartado segundo al contenido del artículo 32 del EBEP, en los siguientes términos:

“Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación”, (art. 6 del RD Ley 20/2012).

A su vez la Disposición Adicional Segunda de la misma norma establece sobre este particular una matización: A los efectos de lo previsto en el artículo 32 (en su nuevo contenido modificado al efecto), y el artículo 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público, *“se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o*

modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”.

de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”.

Efectivamente, la aprobación de la excepción a la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones, homogeniza la regulación, en este punto, de la negociación de funcionarios y laborales. Con él se introduce la posibilidad de inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en Convenio para el sector público administrativo, mediante la unilateral decisión, que hay que matizar, corresponderá exclusivamente a los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas incluidas dentro del ámbito de aplicación del EBEP.²⁰⁶

Lógicamente la constitucionalidad de la nueva previsión legal es puesta en duda por los sindicatos y por parte de la doctrina, -aunque considero que esta disputa no sólo no es nueva, sino que lleva resuelta desde el año 1994, cuando se introdujo en el Estatuto de los Trabajadores, las cláusulas de descuelgue salarial de los Convenios, y más recientemente, y frente a un nivel de excepción a la fuerza vinculante de los Convenios hasta ahora desconocida, con la validación por el Tribunal Constitucional de la reforma laboral de 2012 en sentencias núm. 119/2014 y STC 8/2015, (a estos efectos remito al Capítulo X, apartado 6, donde se profundiza en este tema, y sirve de complemento al presente epígrafe)-.

Lógicamente, con la nueva previsión del artículo 32.2 del EBEP, desaparece el debate sobre la aplicación o no, del descuelgue previsto en la norma laboral (art. 82.3 ET), al personal laboral de las Administraciones, (y realmente considero que, en ese sentido, ganan los empleados públicos laborales, a la vista del contenido en materia de negociación colectiva introducida por la Ley 3/2012).

En mi opinión, el problema en torno al nuevo apartado segundo del artículo 32 del EBEP reside en la imprecisión en que incurre la forma en que ha

²⁰⁶ *“No cabe proceder a tal suspensión o modificación de las normas convencionales por cualquier órgano administrativo, ni el poder político con legitimidad para dictar normas con rango de ley, igual que no afecta dicho precepto a las empresas públicas que no tienen consideración de entidades de Derecho Público.”* CRUZ VILLALÓN, J. *“El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”*. Temas Laborales, núm. 17, 2012.

sido regulada, y consecuentemente a la excesiva disponibilidad que se da en esta materia a la Administración. En primer lugar, pienso que tendría que haberse limitado a algunos aspectos del contenido de los Convenios, (no a su integridad, como prevé la norma) y con carácter temporal, en segundo lugar, tendrían que haber previsto de forma más cerrada y detallada las circunstancias en las que se considerará justificada la adopción de dichas medida, (que en todo caso serán circunstancias excepcionales, tal y como sí establece la norma). Por último, tendría que regularse un procedimiento para proceder a dicha inaplicación, con la necesaria consulta con los sindicatos o representantes de los trabajadores negociadores del mismo (no sólo la información a los sindicatos, como establece el art. 32.2. EBEP), y con la exigencia de un acuerdo (o intento de acuerdo) previo a la adopción de este tipo de medidas, dado que no olvidemos que sin duda es una excepción a la fuerza vinculante de los Convenios (art. 37 CE), pero también al contenido del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE).

En definitiva, ciertamente el personal laboral de las Administración ha visto seriamente debilitada la fuerza vinculante de su derecho de negociación colectivo, en este caso a favor de los intereses públicos, (pero realmente igual que sucede con el resto de trabajadores ordinarios e incluso funcionarios). Evidentemente, esta regulación tiene su lógica en un contexto político a nivel nacional y de Unión Europea, que prima la flexibilidad de las relaciones laborales ante todo, como se demuestra con la reforma de la negociación colectiva que introdujo la Ley 3/2012. Sin embargo, siempre se podrán impugnar estas decisiones, y cuestionar si realmente existen razones de peso que las justifiquen o si vulneran los principios básicos de la contratación, (el *pacta sunt servanda* o la cláusula *rebus sic stantibus*). En todo caso, este instrumento no tendría por qué ser negativo, siempre que su utilización se ajuste a verdaderas situaciones de excepción y utilizado como último recurso, sin perjuicio de lo expuesto en torno a su deficitaria regulación. El problema es que este mecanismo de inaplicación de la norma convencional pueda convertirse en la vía fácil, y de uso abusivo, que se utilice para cumplir con el

excesivo celo en el control del déficit público que exige la Unión Europea, y al que en su día nos plegamos con la modificación del artículo 135 CE.²⁰⁷

6.4.6. La vigencia de los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones.

Los Convenios Colectivos firmados en el seno de las Administraciones tienen necesariamente la limitación temporal que conlleva la vinculación del contenido retributivo a las normas presupuestarias. Por esta razón no pueden pactarse salarios de cara a periodos superiores al año, sin perjuicio de que el resto de las cláusulas normativas del Convenio puedan tener otra vigencia.

Por otro lado señalar que es de aplicación a estos Convenios Colectivos, -salvo la excepción expresada-, lo regulado en materia de vigencia en el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, la reforma introducida en esta materia por Ley 3/2012, de 6 de julio, que reguló la reforma laboral, afecta en profundidad también a la negociación colectiva de las Administraciones con sus laborales.

De esta forma se mantiene que las partes acordarán la duración del Convenio, y que salvo pacto en contrario, y si no existe denuncia se entenderá que se prorroga anualmente. Pero trascendentales son dos novedades: en primer lugar la posibilidad de revisión *ante tempus* del Convenio Colectivo vigente, -si alguna de las partes legitimadas para negociar conforme con lo establecido en los artículos 87 y 88 del ET lo solicita-; y por otra parte la limitación de la ultractividad del Convenio a un año desde que se produce la denuncia, "*salvo pacto en contrario*", previéndose la aplicación en estos casos del Convenio Colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación, (si lo hubiere), o en caso contrario la desaparición de la norma convencional.

El gran problema que se plantea con esta nueva regulación, afecta a los supuestos en que habiendo expirado la vigencia, no exista Convenio Colectivo

²⁰⁷ "Lo que en otro contexto se torna excepcional y coyuntural, y precisamente por ello faculta a la Administración a acudir a la técnica dispositiva del art. 32 del EBEP, en la actualidad adquiere visos de normalidad en virtud de la reforma del art. 135 CE, que determina que toda acción contra el déficit público haya pasado a ser una actuación cotidiana y permanente en las Administraciones Públicas, al verse obligadas, por imperativo constitucional, a actuar en todo momento bajo el principio de estabilidad presupuestaria". Merino Segovia, A. Las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Editorial Bomarzo, Albacete, 2014.

de ámbito superior que sea de aplicación. Esto sucede porque en la nueva redacción del precepto no se aclara por el legislador si para estos se mantendrían las condiciones de trabajo disfrutadas hasta entonces por los trabajadores (tesis continuista), o si se produce un vacío en cuanto a la norma convencional, y pasamos a aplicar exclusivamente la norma legal de carácter general, que en el caso de los empleados laborales de las Administraciones sería el EBEP, y en lo que proceda los contenidos mínimos del Estatuto de los Trabajadores (tesis derogatoria o rupturista).

Pues bien, la jurisprudencia del Supremo ha avalado recientemente la denominada “*tesis continuista*” (defendida entre otros por Casas Baamonde M.E.), que considera ajustado a derecho que una vez expirado en convenio colectivo, en los supuestos en que no exista convenio de ámbito superior, (que en el ámbito de las Administraciones es lo normal por no existir convenios sectoriales), procede el mantenimiento de las condiciones de trabajo disfrutadas por los trabajadores hasta ese momento conforme al convenio desaparecido, mediante la incorporación de las mismas a los contratos de trabajo individuales como condiciones contractuales de manera automática.

Estas novedades introducidas por la reforma laboral, que han afectado a la propia esencia de la negociación colectiva, se extienden también al ámbito de la negociación en el sector público, una vez más, con todas sus consecuencias debilitadoras de la fuerza vinculante de los Convenios, y por tanto de la propia negociación colectiva.

6.4.7. Sobre la negociación colectiva conjunta de funcionarios y laborales de las Administraciones Públicas: la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas para todos los empleados públicos (art. 36 EBEP).

6.4.7. a) La regulación de una realidad preexistente.

Antes de ser reconocido legalmente el derecho de negociación colectiva a los funcionarios públicos, la posibilidad de negociar y regular de forma unitaria de condiciones de trabajo para funcionarios y laborales había sido rechazada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (STC

57/1982). La Jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo rechazaba esta posibilidad alegando la inexistencia del derecho de negociación para los funcionarios en la Ley 9/1987, y por tanto la imposibilidad legal de equiparar el sistema de negociación del personal laboral de las Administraciones y el de los funcionarios.

Una vez que se introdujo en nuestro sistema el derecho de negociación para los funcionarios se replanteó jurisprudencialmente la posibilidad de una negociación conjunta de condiciones para los dos tipos de trabajadores públicos, y si bien se llega a aceptar la existencia de un proceso de negociación conjunto, no se aceptaban los “acuerdos mixtos” válidos indistintamente para funcionarios y laborales, de tal forma que los acuerdos obtenidos en estas mesas de negociación particulares debían tramitarse y materializarse en los respectivos instrumentos normativos propios según el tipo de personal.

Así pues, en la práctica se firmaban y formalizaban de forma separada Convenios Colectivos para los laborales, y Acuerdos o Pactos para los funcionarios, sin perjuicio de que los contenidos fuesen paralelos, e incluso que se estableciesen cláusulas de vinculación de la validez de ambos, todo ello a fin de evitar su anulación en vía judicial.

Se consideraba inviable un pacto conjunto por la existencia de una total diferenciación en los regímenes jurídicos de ambos, (STS de 22 de octubre de 1993, STS de 16 de julio de 1988). Esta doctrina llevó a que sobre todo en el ámbito local existiesen numerosos procesos de negociación conjunta formalizada en documentos diferentes (acuerdos o pactos, y convenios colectivos), que ayudaba a armonizar los regímenes jurídicos de los empleados públicos, y evitar situaciones de conflicto por el establecimiento de condiciones distintas para trabajos esencialmente equivalentes.

La aprobación del EBEP supuso en esta materia el reconocimiento formal de la posibilidad de desarrollar una negociación colectiva conjunta de los funcionarios y laborales. Por una parte se reconoce en el artículo 36.3 EBEP una Mesa General de Negociación en la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales,

“para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración”.

La previsión de Mesas de Negociación conjuntas existía ya en la LORAP,- introducido por Ley 21/2006-, y lo que realmente hace el EBEP es legalizar definitivamente lo que ya se realizaba en la práctica, si bien como luego comentaremos se desaprovecha la oportunidad de realizar una regulación pormenorizada y por tanto más eficaz, de esta interesante negociación conjunta que, no obstante ya es una realidad en nuestras Administraciones.

En la nueva regulación sí existen algunos cambios respecto a la situación anterior que marcaba la LORAP: el artículo 38.8 del EBEP establece que los Pactos o Acuerdos que *“contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral”*, de tal forma que no será preciso la formalización de dos documentos distintos, sino que el Pacto o Acuerdo (*“acuerdos mixtos”*, denominación que le atribuye parte de la doctrina), al que se llegue para todos será de aplicación directa a los laborales, sin que sea preciso incorporar su contenido a los Convenios Colectivos, y según el propio artículo refiere, estos Acuerdos o Pactos en el ámbito laboral tendrán la misma consideración de los Convenios Marco laborales, o Acuerdos sobre materias concretas.

En relación a esta referencia al artículo 83.2 ET, (en vez del art. 82 ET relativo a Convenios Colectivos Estatutarios), la doctrina mayoritaria considera que el acuerdo mixto en todo caso tendría consideración de Convenio Colectivo de aplicación inmediata, sin precisar proceso de incorporación a otro producto formal distinto, y de hecho así se está realizando en la mayoría de las Mesas Generales de negociación conjunta, (salvo supuestos en los que el propio Acuerdo remita a posterior formalización).

En todo caso no debemos perder de vista que, pese a que la norma nada dice de forma directa, la naturaleza jurídica del acuerdo mixto será doble, como sus destinatarios: naturaleza de convenio colectivo para los laborales, y de acuerdos o pactos para los funcionarios.

6.4.7.b) Sujetos legitimados para negociar.

Como al principio comentábamos, la regulación que se hace de esta negociación conjunta en el EBEP se caracteriza por sus enormes vacíos, que genera problemas y realmente constituyen un lastre para esta interesante negociación colectiva conjunta, que conlleva muchas más ventajas que inconvenientes.

Así sucede por en ejemplo en relación a aspectos tan importantes como los sujetos legitimados para negociar, o la forma y el contenido de la propia negociación, que el EBEP no ha desarrollado suficientemente. Esta circunstancia tiene como consecuencia la tendencia a aplicar la normativa reguladora de la negociación de los funcionarios públicos en detrimento de la laboral, puesto que particularidades como la sindicalización de la representación de la parte social, la imposición de la unidad de negociación predeterminada por la ley, o la necesidad de aprobación expresa por la Administración competente del acuerdo o pacto se imponen en estos casos.

Efectivamente, en relación a la legitimación para negociar en representación de los empleados públicos en las Mesas de Negociación conjuntas, el EBEP en su artículo 36.3, párrafo segundo, hace referencia a los sindicatos más representativos a nivel estatal, a nivel de Comunidad Autónoma, y simplemente representativos en el ámbito de constitución de la Mesa, entendiendo dicho cómputo de forma global, es decir la mayor representatividad en cuanto a los órganos de representación unitaria funcional y laboral computados conjuntamente, (*...”tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de aplicación”*).

Existen dudas en cuanto al supuesto de alcanzar el 10% de audiencia electoral exclusivamente en el ámbito de uno de los dos colectivos (laboral o funcional). Parte de la doctrina considera que el cómputo del 10% de representantes unitarios debe entenderse logrado en cada uno los dos colectivos (laborales y funcionarios), pero en este sentido coincido parece más acertada la interpretación más abierta que considera que sería suficiente con

alcanzar el 10% en el conjunto de la representación unitaria de funcionarios y laborales²⁰⁸.

Son también legitimados los sindicatos suficientemente representativos en el ámbito de estas Mesas Conjuntas los sindicatos simplemente representativos en el ámbito de la Mesa General de las Administraciones Públicas, cuando en ámbitos inferiores obtenga el 10% de la representación unitaria de uno de los sectores (funcionarial o laboral), (*“...siempre que hubiera obtenido el 10% de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate”*, art. 36. 3, párrafo tercero EBEP).

Por último, como ya avanzábamos, se aplica a este ámbito de negociación el principio de proporcionalidad sindical establecido en el art. 35 EBEP. Dicha proporcionalidad se medirá de forma conjunta computando los representantes de uno y otro sector (funcionarial y laboral), según se desprende del artículo 36.3 EBEP. Quedan por tanto sindicalizada la negociación colectiva conjunta al igual que la funcionarial, quedando excluidos de la legitimidad en este ámbito los representantes unitarios de los laborales.

6.4.7. c) Materias objeto de negociación de la Mesa General de Negociación de las Administraciones.

Otro aspecto especialmente significativo, y que ya se trató en otro apartado de este trabajo, es el relativo a las materias que se podrán negociar en las Mesas de Negociación conjuntas. Brevemente recordaremos que el artículo 36.3 EBEP hace referencia a *“todas aquella materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral”* de las Administraciones. Esas materias comunes son entendidas por la mayoría de la doctrina, no como una opción para las partes negociadoras de cara a determinar lo que se va a negociar, sino aquellas materias que sean reguladas de forma unitaria para los empleados públicos por las propias normas administrativas de cualquier ámbito, (ya sean leyes o reglamentos), o en las laborales (como sucede en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

²⁰⁸ En este sentido Vivero Serrano, y Alfonso Mellado, C.

En este sentido son materias reconocidas legalmente como “comunes”: los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño, incremento de retribuciones, formación continua, salud laboral, planes de previsión social complementaria²⁰⁹. También se pueden considerar “comunes” las materias reguladas de forma paralela, es decir, por instrumentos normativos distintos, pero con contenidos iguales en lo sustancial.

Por último, parte de la doctrina, plantea si se podrían considerar materias comunes las condiciones laborales que pese a estar regulada en normas diferentes, puedan ser objeto de convergencia mediante la propia negociación colectiva conjunta, (argumento que entiendo perfectamente posible, y ajustado a derecho conforme con el contenido del EBEP, si bien es cierto que esta posibilidad parece alejada de la intención del legislador estatutario).

Para concluir, se ha de recordar que en la negociación colectiva funcionarial no rige la libertad de elección de las materias a negociar, que sí funciona en el ámbito laboral. Las materias a negociar deberán en todo caso estar dentro de las incluidas en el artículo 37 del EBEP, y ser competencia de la Administración que negocie en cada caso, es decir que una vez más se imponen las limitaciones de la negociación colectiva funcionarial.

6.4.7. d) Competencia jurisdiccional del Orden Contencioso-Administrativo para la revisión del resultado de la negociación conjunta.

Una última cuestión problemática derivada de la doble naturaleza jurídica de estos acuerdos residía en las posibles controversias procesales, puesto que en los supuestos en que surjan conflictos relativos a la aplicación o interpretación del Acuerdo mixto, potencialmente serán competentes la Jurisdicción Social o la Contencioso-Administrativa, según en qué ámbito surja el problema. Esta circunstancia era importante porque podía llevar a la

²⁰⁹ ROQUETA BUJ, R. *“El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público”*. Actualidad- La Ley. Madrid, 2007.

existencia de disparidad de interpretaciones y soluciones judiciales distintas ante idénticos conflictos. En relación a esta cuestión surgían dudas sobre la posible competencia unitaria de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Actualmente este conflicto ya no existe, debido a la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Social 36/2011, de 10 de octubre, que en su artículo 3, e), atribuye expresamente la competencia judicial sobre todos los conflictos relativos a la negociación conjunta (incluidos desacuerdos en la composición de las Mesas de negociación), al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

En concreto, en dicho precepto se establece que el Orden Jurisdiccional Social *“no conocerá de los Pactos o Acuerdos concertados por las Administraciones Públicas con arreglo a lo previsto en la Ley 7/2007, que aprueba el EBEP, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral”*.

CAPÍTULO VI. LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.- El régimen jurídico de la contratación laboral en el EBEP.

1.1. Los tipos de personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas según la duración del contrato de trabajo. Especial referencia al origen y evolución de la figura del “*indefinido no fijo*”.

Uno de los aspectos novedoso en su planteamiento, que recoge el EBEP es la clasificación de empleados públicos laborales en tres grupos diferenciados: los trabajadores fijos, indefinidos no fijos y, trabajadores con contratos temporales.

El artículo 11.1 EBEP recoge esta clasificación del personal laboral conforme a la duración de su contrato, pero con la especial particularidad de no reflejar el esquema propio del sector privado que diferencia entre trabajadores indefinidos y temporales, añadiendo, -y de esta forma bendiciendo, a nivel legislativo-, la figura de origen jurisprudencial denominada personal “*indefinido no fijo*”, (*Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 21 de enero de 1998*). Evidentemente desde el punto de vista del ordenamiento jurídico laboral, el personal indefinido y fijo constituye una misma cosa, si bien el EBEP diferencia estos dos tipos de trabajadores con vínculo laboral, consolidando la categoría de empleados públicos laborales “indefinidos”, (a pesar de que estos son reflejo y consecuencia de la utilización fraudulenta de la contratación temporal en las Administraciones Públicas).

Se consideran como tales a los trabajadores que, habiendo sido contratados mediante una relación laboral temporal de forma fraudulenta, -o cuyo contrato deviene fraudulento, al permanecer en el puesto una vez concluida la causa de temporalidad por la que fue contratado-, para prestar servicios en la Administración, ven reconocido judicialmente el derecho a quedar vinculados a la plaza que ocupan, pero sin consolidar su fijeza (es decir

su estabilidad definitiva en el puesto), que sólo podrán obtener superando el correspondiente proceso selectivo. De esta forma se acepta que la relación laboral en cuestión permanezca vigente, pero siendo de duración incierta, extinguiéndose dicho contrato cuando se produzca la provisión regular del puesto, de tal forma que no puede considerarse como una causa de despido procedente, sino una causa de extinción de contrato, a modo de una nueva causa de extinción del art. 49 del ET, pero sin concreción legal en cuanto a los efectos de su extinción.

Esta figura es consecuencia del conflicto directo entre los principios rectores del Derecho Administrativo, y el derecho a la estabilidad en el empleo proclamado por la normativa laboral. Así pues, a todo contrato laboral firmado por la Administración le es de aplicación la normativa laboral, -si bien dicha aplicación como antes se indicó no es en ningún caso pura-, pero esta máxima choca en este caso con los principios reconocidos constitucionalmente de “*igualdad, mérito, capacidad y publicidad*” en el acceso al empleo público (artículo 23.2 y 103.3 CE).

El resultado de dicho conflicto se ve reflejado en la proliferación de una numerosa y cambiante jurisprudencia que inicialmente reconoce el contrato temporal fraudulento como indefinido, declarando la improcedencia del despido, con la opción para la Administración entre readmisión o indemnización (STS 28 de noviembre de 1989). Posteriormente, y por virtud de los principios constitucionales que rigen en relación al acceso al empleo público, se rechazó la posibilidad de estabilizar en su puesto a los trabajadores laborales víctimas del fraude de ley, cuando ocupen puestos funcionariales, (STS de 19 de enero de 1993).

Finalmente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo puso orden en relación a esta cuestión, en el sentido de reconocer esa extraña figura del “*indefinido no fijo*” del contratado laboral víctima de una relación laboral fraudulenta, (por todas: SSTS de 7 de octubre de 1996; STS de 20 de enero de 1998; STS de 23 de abril de 1999, STS de 9 de julio de 2001). Pero fue con la Sentencia de 27 de mayo de 2002 (RJ 9893), cuando se resolvió sobre los

efectos de la extinción, manifestando que la ocupación reglamentariamente de una plaza en la que permaneciese un “*indefinido no fijo*”, conlleva el cumplimiento de una “*condición resolutoria que extingue el contrato de aquél sin derecho alguno a indemnización*”, en aplicación del artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores.

Esta doctrina inicial, a su vez ha evolucionado y con ella las consecuencias que conlleva la extinción de estos contratos por amortización de plaza. En concreto esta figura pasa a ser considerada como un contrato “*sometido a término*”, con derechos indemnizatorios, en un primer momento reconociendo el derecho a la indemnización por finalización de contrato conforme con el artículo 49 ET, considerándolo equivalente a la finalización de un contrato de obra o servicios determinados, (Tribunal Supremo en sentencia de 2013), y posteriormente, (STS de 24 de junio de 2014, y 14 de julio de 2014), con más contundencia, reconociendo el derecho a la indemnización correspondiente por despido objetivo (jurisprudencia que será analizada en el Capítulo X del presente trabajo, al tratar la extinción, pág. 464 y ss.). La doctrina jurisprudencia no ha dejado de evolucionar en torno a este problema, pero lo que no parece tener vuelta a atrás es la propia figura del “*indefinido no fijo*”, con su legalización consolidada mediante la aprobación del EBEP (art. 11).

Desde el punto de vista legal, en 2007 con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público se da el paso definitivo en torno a esta atípica figura y atípico proceso de creación, que fue la legalización por el EBEP, del vínculo laboral “*indefinido no fijo*”. Lo cierto es que no debiera considerarse como una vía de legalización de la actuación ilegal de la administración (aunque cuesta no verlo en dichos términos...), ni como una medida de solución frente al problema del abuso de la temporalidad en el personal laboral al servicio de la Administración Pública, es simplemente una respuesta a una situación de fraude de ley en la contratación, pero con la limitación impuesta del principio constitucional de igualdad de trato en el acceso al empleo público (art. 103 CE). Ante esa realidad el legislador no puede más que adoptar como

propia esa auténtica maniobra legal de la jurisprudencia que, como se ve, es de difícil solución.

Otra vuelta a la tuerca desde el punto de vista de la legalización de lo irregular, es decir, en torno a los “indefinidos no fijos”, se introduce con la reforma laboral de 2012, y la Disposición Adicional 15ª .1 del ET, relativa a la aplicación de los límites de duración del contrato de obra y servicio determinado, y el encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas. En dicha Disposición Adicional se declara de aplicación el límite de tres años a los contratos de trabajo por obra o servicio, firmandos por las Administraciones, matizando que “no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos a través de los procedimientos ordinarios”, pero reconociendo expresamente que “el trabajador continuará desempeñando el puesto”... hasta que se proceda a su cobertura. De esta forma, legalizan la conversión automática en “*indefinidos no fijos*” de los trabajadores afectados por el incumplimiento en los límites temporales, o el encadenamiento de contratos en las Administraciones, sin necesidad legalmente aparente de precisar declaración judicial de su condición como tal a resultas de la irregularidad. En mi opinión dicha previsión legal es muy criticable, y de dudosa legalidad.

2. El problema de la excesiva temporalidad en la contratación laboral de las Administraciones Públicas y su tratamiento en el Estatuto Básico del Empleado Público.

El problema de la precariedad en el empleo es una realidad que afecta a las relaciones laborales contemporáneas en general, y a las de nuestro país con particular fuerza. La aceptación de la existencia del personal laboral al servicio de las Administraciones, y la posibilidad de que éstos vínculos laborales sean tanto estables, como temporales, llevan a que el problema de la precariedad y del uso fraudulento de la contratación temporal, sea también una

cuestión que afecte de lleno a las contrataciones que se realizan en las Administraciones Públicas.

En relación a esta materia el EBEP ha sido poco resolutivo, a pesar de que en la Exposición de Motivos se menciona el problema de la excesiva temporalidad y el propósito de solucionar dicho problema. Es cierto que la nueva norma introduce para combatir este problema, conceptos de la gestión de empresarial de personal como son la planificación y gestión de recursos humanos, -reflejadas normativamente entre otros aspectos en políticas de control de la oferta de empleo público, o de movilidad del personal-, pero también es un hecho que hasta el momento estos instrumentos no han sido desarrollados.

En relación al problema de la temporalidad la única previsión real que contiene el EBEP está en su Disposición Transitoria Cuarta, que con el título de "*Consolidación de empleo temporal*", acepta la posibilidad de una vía de estabilización para el personal interino y temporal que ocupen puestos de trabajo dotados presupuestariamente, con anterioridad al uno de enero del año 2005. La norma prevé la posibilidad de que las Administraciones aprueben "*convocatorias de consolidación de empleo*", pero recordando la necesidad de que "*los procesos selectivos garanticen el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad*", conforme exige la Constitución.

No obstante, y paradójicamente, dicha D.T. 4ª en su apartado tercero introduce una auténtica puerta abierta para los trabajadores temporales a los que se trata de estabilizar manifestando que "*las pruebas guardarán relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos*" y podrán valorarse como méritos "*el tiempo de servicio prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria*". Es decir, que se abre la vía a las denominadas oposiciones "con mochila", que ya fueron utilizadas en otro momento de nuestra reciente historia.

Efectivamente, este tipo de fórmulas no es la primera vez que se usan por la Administración, como sucedió a raíz de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 30/84, que estableció libertad a las Administraciones para determinar los puestos a ocupar por funcionarios y laborales, (Disposición Transitoria decimoquinta de la ley 23/88, que reconoció como méritos el tiempo de trabajo prestado en régimen laboral, -mochila-, en puestos reservados posteriormente a funcionarios). Este tipo de excepciones no son realmente una solución a la precariedad en el empleo público, sino más bien una puerta falsa para el acceso al empleo público funcional.

Así pues, no parece que el EBEP haya aportado, por ahora, grandes soluciones a los excesos en la contratación laboral temporal, siendo una norma programática en esta materia. Tal vez con demasiada rapidez se renunció por parte del legislador a adoptar otra tipo de medidas quizás más arriesgadas, pero también más contundentes, como la propuesta del Informe de la Comisión de Expertos en relación al “*control previo de la contratación*” por la autoridad política o funcionario responsable. La Comisión proponía la necesaria existencia de un informe positivo sobre la posibilidad prorrogar contratos laborales temporales, asumiendo el responsable de la emisión del mismo (fuese funcionario o autoridad política), la responsabilidad a nivel “*disciplinario, patrimonial e incluso penal*” sobre la legalidad e idoneidad de dichas contrataciones. Sin duda, ésta sí habría sido una medida novedosa y eficaz frente a la contratación temporal fraudulenta en nuestras Administraciones.

La realidad es que, recientemente, la única medida efectiva para luchar contra el abuso de la temporalidad en la contratación no la encontramos en el EBEP, sino en el apartado quinto del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. Como es sabido esta norma limita el encadenamiento de contratos laborales temporales que superen los 24 meses en un periodo de 30 meses, transformándose en caso contrario en contrato indefinido, siendo de aplicación dicho precepto tanto para empresas privadas, como para la Administración y sus organismos autónomos, -eso sí, en los términos definidos por la Jurisprudencia de “indefinido no fijo”, en cuanto no se cubra la plaza

atendiendo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (STS de 7 de noviembre de 1996)-.

En este punto hay que hacer mención al Acuerdo para la Función Pública en el marco del diálogo Social 2010/2012, firmado en el 7 de septiembre de 2009, entre Gobierno y Sindicatos mayoritarios. En dicho Acuerdo se recoge como una de las actuaciones prioritarias a desarrollar: el dar impulso a *“las medidas previstas en el EBEP, entre ellas la Disposición Transitoria Cuarta sobre consolidación de empleo, dirigidas a fomentar la estabilidad en el empleo público, y la reducción de las tareas de temporalidad hasta un máximo del 8%”*. El propósito era bueno, pero la crisis económica llevo a dejar sin efecto dicho Acuerdo, y redujo la temporalidad pero no por procesos de estabilización, ni por realizar una contratación ajustada a la legalidad, sino por la no renovación al finalizar los contratos vigentes, y por la proliferación de despidos y amortización de plazas ocupadas por laborales en las Administraciones por razones económicas y/u organizativas.

Por otra parte, actualmente es precisamente la temporalidad en la contratación laboral, y por tanto la precariedad, una de las características de la tímida creación de empleo, que como es sabido se limita a contrataciones por necesidades excepcionales, al mantener vigente la Ley General de Presupuestos de 2015, la prohibición de contratación en las Administraciones. Según los datos de la Encuesta de Población Activa a enero de 2016, el 21,4% de los contratos firmados en las Administraciones es temporal.

Para concluir, hay que hacer remisión a las trascendentales y recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de fecha 14 de septiembre de 2016, sobre los asuntos acumulados C 184/15 y C 197/15, y C 16/15, que resuelven sobre la precariedad laboral de los empleados de la Administración Pública española, (en concreto de los eventuales de los servicios sanitarios). El TJUE declara que la regulación española no es ajustado al derecho comunitario, (en concreto, el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud), por favorecer los abusos derivados de la utilización de

sucesivos nombramientos de carácter eventual. De esta forma se declara que la norma española contraviene la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco sobre trabajo temporal vinculada a la anterior, al permitir nombramientos temporales para atender necesidades permanentes y estables de servicio, a pesar de existir un déficit estructural de puestos de personal fijo.²¹⁰

A raíz de dichas sentencias, sin duda en los próximos tiempos será preciso estabilizar al personal temporal (interinos o eventuales estructurales) de la sanidad pública, pero también, y lo que es más importante, cambiar en términos generales la regulación de la contratación temporal en nuestro país, tanto en relación a sistemas de acceso y las contrataciones temporales en el ámbito público, como en la contratación temporal laboral.

Evidentemente, en el ámbito público, sería necesario abrir un proceso de negociación con los sindicatos más representativos, (que de hecho ya han reclamado la urgente convocatoria de la Mesa General de la Función Pública para tratar el tema), a fin de regularizar a los interinos en situación irregular, y

²¹⁰ Sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C16/2015, Pérez López/Servicio Madrileño de Salud): *“Por consiguiente, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera, cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones (véanse, en particular, las sentencias de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 74; de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, EU:C:2012:39...).... la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades...*

en mi opinión, también sería una oportunidad perfecta para terminar, o al menos minimizar en lo posible el problema de los indefinidos no fijos de las Administraciones.

3. El acceso al empleo público laboral en las Administraciones Públicas.

Si el problema del exceso de temporalidad en las Administraciones es un clásico, también lo es el del fraude en la contratación laboral en las Administraciones, que como vimos, incluso han dado lugar a la aparición de un tipo de empleado público que es el indefinido no fijo (art. 11 EBEP).

La regulación del acceso a los empleos públicos para el personal laboral está en el origen y, posible solución, de este problema. Por tal motivo el análisis de este tema se realizará desde la revisión de su actual régimen jurídico, detectando cuáles son los fallos de dicha regulación y qué medidas se podrían tomar para evitar los problemas de temporalidad y fraude en la contratación laboral.

3.1. Sobre la aplicación de los principios rectores del acceso al empleo público para el personal laboral de las Administraciones Públicas.

La selección del personal laboral de las Administraciones es una de las características que hacen diferente a esta “relación laboral especial”, de las relaciones laborales comunes, que, como es sabido, se basa en la libertad de contratación para el empresario, (que es parte de su libertad de empresa, art. 38 CE), y solo encuentra la limitación del principio de no discriminación del artículo 14 CE y art. 17 ET, y en las limitaciones formales relativas a la capacidad de contratar de las personas (edad y nacionalidad), y los requisitos formales vinculados a la profesionalidad (como sucede con la exigencia de titulación para el desempeño de ciertos puestos).

Sin perjuicio de que, en lo referente al papel como empleador de las Administraciones, también rijan las limitaciones formales y de respeto al

principio de no discriminación que afectan al empresario privado, éstas tienen condicionantes añadidos que responden a la exigencia de respeto a una serie de principios constitucionales que rigen en términos generales para el acceso al empleo público. Así pues, el primer problema que la doctrina científica y los tribunales se plantearon sobre este tema fue el determinar si los artículos 23.2 (derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las “*funciones y cargos públicos*”), y 103.3 de nuestra Constitución, que proclaman los principios de “*igualdad, mérito, capacidad y publicidad*” que informan el acceso a la función pública, eran de aplicación y por tanto también exigibles a los procesos de selección, -y por tanto al acceso en general-, del personal laboral, (ya fuese para puestos con contrato fijo o temporal), e incluso para el acceso del personal a las sociedades mercantiles con titularidad pública y las fundaciones públicas, que en este sentido es aclarado con la aprobación del EBEP, que en su Disposición Adicional Primera dispone la extensión de las normas reguladoras del acceso al empleo público laboral (arts. 55 y 56 del EBEP), “*a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, no incluidas en el artículo 2 del EBEP*”.²¹¹

La respuesta a esta cuestión dependía en gran medida de la opción entre el concepto restringido o amplio de “*función pública*”, y la consideración que se tenga sobre la naturaleza del servicio público regido por la normativa Constitución que usa el término de función pública sin determinar su contenido. El concepto más cerrado de función pública lleva a afirmar que la Administración debe contar con funcionarios públicos que desarrollen “*la potestas*” del Estado, teniendo dichos trabajadores una consideración y tratamiento particular y propia de su condición de funcionarios que los diferenciaría siempre de cualquier otro tipo de personal que preste servicio para la Administración.

La realidad en el desarrollo del empleo público, y en particular el gran aumento de las contrataciones laborales, lleva a la circunstancia de que en la

²¹¹ “*Su infracción determinará la invalidez del contrato de trabajo del personal seleccionado, a reclamar ante la Jurisdicción Laboral (y no ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativo)*”. SALA FRANCO, T. “El acceso al empleo público laboral”. Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis. AA.VV. Aranzadi, Pamplona, 2015.

Administración existan innumerables funcionarios que no ejercen autoridad pública ninguna, y que prestan servicios, codo con codo, con personal laboral realizando iguales o similares funciones. Esta realidad de acercamiento entre el trabajador funcionario y el laboral es una de las razones que llevó al legislador a plantear la necesidad de acercar el régimen jurídico de ambas figuras en materia de derechos, sin embargo no se produce de igual forma en materia de acceso, aunque sí se establece la equivalencia en relación a la aplicación de los principios rectores en materia de acceso que impone la Constitución.

Actualmente la doctrina mayoritaria apuesta por un concepto amplio de “*función pública*”, -de hecho el EBEP usa ya el término “*empleo público*” para referirse a las distintas relaciones jurídicas que pueden vincular a un trabajador con la Administración,- y el personal laboral queda plenamente sometido, igual que los funcionarios públicos, a los principios Constitucionales informadores del acceso al empleo público. En este mismo sentido se manifiesta la doctrina jurisprudencial²¹², existiendo por tanto requisitos especiales que rigen a la hora de contratar al personal de carácter laboral, como ya quedaba reflejado en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de las Administraciones del Estado, (RGIPP), aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (Título II). De hecho, realmente la regulación en el EBEP del acceso al empleo público no puede calificarse como novedosa.

No obstante, incluso si considerásemos que el artículo 23.2 CE y 103. 3 CE no fuesen de aplicación al personal laboral, por referirse exclusivamente a los funcionarios públicos, la exigencia de respeto al principio de igualdad de trato sería similar por aplicación del artículo 14 CE, que obliga a las Administraciones a garantizar la igualdad en materia de selección de personal. En este sentido lo declaran las SSTs 281 de 1993, y 86 de 2004.²¹³

²¹² STS de 31 de octubre de 2000.

²¹³ STC 281 de 1993, declaro la nulidad del baremo de una convocatoria, por entender no justificados los criterios de selección aplicados por diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que habían adquirido la experiencia. Desdentado Aroca, E. Las relaciones laborales en las Administraciones Publicas. Bomarzo, Albacete, 2014.

En definitiva, podemos afirmar que resulta de aplicación directa al personal laboral el contenido del Título IV, (capítulo I), del EBEP, relativo al *“acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”*, sin perjuicio de que la regulación que realiza el EBEP no sea especialmente rigurosa a la hora de garantizar el respeto al principio de igualdad en el acceso al empleo público,²¹⁴ principalmente porque no se ha optado por realizar una regulación común en materia de acceso para todos los empleados públicos, ni se concretan las garantías necesarias para ello. La existencia de ciertas particularidades en la regulación del acceso a la condición de funcionario y contratado laboral (e incluso diferencias entre el acceso de los laborales fijos y los temporales), en la práctica se traduce en un mayor incumplimiento de los principios rectores del acceso al empleo público. Si bien, siempre existen la posibilidad de los aspirantes de reclamar judicialmente, y de ahí la enorme litigiosidad que plantea este tema.

3.2. Análisis de los principios rectores del acceso al empleo público.

Concisamente haremos referencia a estos principios rectores del artículo 55 del EBEP, aplicables a los contratos laborales de la Administración:

a) Principio de capacidad y mérito. Su vulneración conlleva el incumplimiento del principio de igualdad (art. 23.2 CE), y por tanto abre la puerta al recurso de amparo constitucional y mediante el procedimiento

²¹⁴ Sobre este particular el profesor Sala Franco denuncia la omisión del legislador ante las recomendaciones realizadas en materia de acceso al empleo público por el Informe de la Comisión de Expertos, quedando en una regulación poco novedosa que “mantiene la criticable diferencia entre el acceso a la condición de funcionario y laboral, no concreta las necesarias garantías, y establece procedimientos de acceso de “funcionarización y de consolidación del empleo precario”. SALA FRANCO, T. “El acceso al empleo público laboral”. Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis. AA.VV. Aranzadi, Pamplona, 2015.

especial preferente y sumario del art. 53.2 CE, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.²¹⁵

b) Principio de publicidad de la convocatoria y sus bases, según se prevea legalmente, a fin de que pueda ser conocido por los interesados.

c) El principio de transparencia en el proceso de selección, que conlleva la claridad en los criterios de selección, diáfana la designación de los miembros del órgano de selección y motivadas las decisiones del mismo (art. 54.2 LRJPAC).

d) Principio de imparcialidad de los miembros del órgano de selección, siendo por tanto de aplicación las reglas de la abstención y recusación del procedimiento administrativo (arts. 28 y 29 LRJPAC).

En relación a este principio el EBEP introduce una novedad en su artículo 60 del EBEP, en relación a los órganos de selección tanto del personal funcionario, como laboral. Este precepto exige como garantía de la imparcialidad y profesionalidad, que el personal de elección o designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no formen parte de los órganos de selección. No se excluye, en cambio, al personal laboral temporal. Esta omisión es evidentemente un error del legislador, porque lógicamente también pondrían en tela de juicio la imparcialidad.

Por último el apartado 3 del artículo 60 excluye la posibilidad de ser miembro del órgano de selección en representación o por cuenta de nadie, es decir que los representantes sindicales o legales de los trabajadores, miembros de los colegios profesionales o asociaciones profesionales, solo podrán ser parte de un órgano de selección “a título individual” exclusivamente. No es lo

²¹⁵ Señala Sala Franco, que resulta competente la Jurisdicción Contenciosa en virtud de la “doctrina de los actos separables”, según la cual *“la utilización del Derecho Privado por las Administraciones no impide la aplicación del Derecho Administrativo en el proceso de formación de su voluntad contractual, con la consiguiente competencia de la jurisdicción contenciosa en el eventual control de la legalidad administrativa de la citada formación de la voluntad contractual”*.

que recomendó la Comisión de Expertos, pero al menos es un elemento que introduce ciertas garantías.

No obstante el Estatuto sí acepta la participación indirecta de los sindicatos, pero exclusivamente realizando una colaboración o control externo del proceso de selección. Así se establece en el artículo 61.7 EBEP, que prevé *“las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijan la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”*.

e) El principio de profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, -de tal forma que podría procederse a la nulidad del proceso selectivo si no se diera ésta condición-.

f) El principio de independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, pero dentro del respeto a las bases de la convocatoria.

g) Principio de adecuación entre el contenido del proceso de selección y las funciones a desarrollar, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas, (art. 61.2 EBEP). El precepto parece querer replantear los tipos de pruebas clásicas de oposición basados en los conocimientos memorizados, a favor de la medición de capacidades de los aspirantes.

h) Principio de agilidad en el procedimiento de selección.

i) Principio de paridad de sexo en la composición de los órganos de selección, en conformidad con el art. 53 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, (en la medida que sea posible²¹⁶, pero considero que sí debe motivarse la composición si resulta imposible dicha paridad. No obstante, en algunos casos la paridad absoluta no

²¹⁶ En este sentido algunos autores como Sánchez Morón matiza que se trata de una directriz o principio tendencial, sin que suponga la nulidad del proceso selectivo el hecho de que la composición no sea del todo equilibrada. Otros como Goñi Sein J.L, al contrario, señalan que la motivación resulta obligada y no cabe descartar la nulidad del proceso selectivo, si no se ha respetado el indicado criterio marcado por la LO 3/2007, que ordena “promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración”, y no se dan razones fundadas para desatender este principio.

es viable, dado que las comisiones de selección, en la regulación anterior al EBEP, eran impares).

En mi opinión, la descripción de los principios sí es acertada, lo que falla es la indeterminación en la norma de las condiciones para hacerlos efectivos, lo que lógicamente les resta eficacia a priori.

3.3. Requisitos generales para el acceso al empleo público.

El artículo 56 EBEP regula los requisitos que se exigen a los aspirantes a participar en los procesos selectivos para ocupar un empleo público. Formalmente se plantean como comunes para funcionarios y laborales, pero lo cierto es que podemos distinguir algunos matices en los requisitos dependiendo de si el puesto a cubrir es laboral o funcional.

El primer requisito es la nacionalidad española “*sin perjuicio de lo expuesto*” en el artículo 57 del EBEP. Efectivamente, en el supuesto del empleo público laboral se produce una relativización del requisito de nacionalidad, al aceptarse la posibilidad de acceso a todos los puestos de naturaleza laboral a los miembros de la Unión Europea, y los extranjeros con residencia legal en España (art. 56.5 EBEP).²¹⁷ Para el acceso al empleo público funcional la exigencia de nacionalidad es aún más estricta, sin perjuicio de que en el EBEP se produce cierta flexibilización acorde con las normas de la Unión Europea y la Jurisprudencia existente sobre este particular.²¹⁸

²¹⁷ Frente a esto, se podrán restringir algunos puestos de carácter funcional a los ciudadanos españoles, coincidiendo estos con los reservados a funcionarios conforme con el artículo 9.2 EBEP, es decir “aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones”.

²¹⁸ El artículo 57 EBEP extiende la posibilidad de acceder a puestos de funcionarios a los nacionales comunitarios, salvo a los que “directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas”, extendiendo también la posibilidad “al cónyuge de los españoles y de los

El segundo requisito es el de “poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas”. Este requisito se compatibiliza con el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, que en el art. 59 EBEP tienen un tratamiento específico en el que se exige la reserva de un cupo no inferior al 7%²¹⁹ de las vacantes para ser cubiertas por personas con un grado de minusvalía superior al 33%, sin perjuicio de que deban superar las pruebas selectivas, que a su vez deberán ser adaptadas a las personas con discapacidad.

El tercer requisito es la edad. El apartado c) del art. 56 EBEP adapta a la edad laboral, es decir los 16 años (art. 6 ET), el requisito de la edad, puesto que en la regulación anterior la edad exigida para el acceso al empleo público era de 18 años. Sí se produce una diferencia entre funcionarios y laborales en relación a la edad máxima, que para funcionarios será la edad de jubilación forzosa, y en cambio para el acceso al empleo laboral no tiene límite. Esto es debido a que laboralmente la jubilación es voluntaria, por haber sido declarada inconstitucional la jubilación obligatoria, por entenderla contraria al derecho al trabajo previsto en el art. 35 CE.²²⁰ Sin ni tan siquiera por Convenio Colectivo pueda establecerse una edad obligada de jubilación (Disposición Adicional 10ª ET, según redacción dada por Ley 3/2012 de reforma del mercado laboral).

El último requisito es el de no haber sido separado del servicio, o despedido por causas disciplinarias e inhabilitado legalmente. Realmente el precepto no hace referencia expresa a los supuestos de trabajadores que hayan sido objeto de despido disciplinario procedente del personal laboral, pero el art. 96.1 b EBEP prevé que el despido disciplinario “*comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones*

nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes” (art. 57.2) e igualmente se extiende la posibilidad de acceder a puestos de funcionario, con las mismas excepciones antes dichas, “a 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 (art. 57.3 EBEP).

²¹⁹ Según nueva redacción dada a este apartado por Ley 26/2011, dado que originariamente el EBEP establecía un 5%.

²²⁰ STC 22/1981 de 2 de julio. STC 99/1987, de 11 de junio.

similares a las que desempeñaban”. La literalidad de los artículos lleva a pensar que la separación del servicio impide el acceso como funcionarios, y el despido el acceso a otro puesto como laboral, si bien esta interpretación no es coherente con el espíritu de la norma.²²¹

3.4. Requisitos formales para el acceso al empleo público laboral.

El primer requisito formal que la ley para poder proveer cualquier plaza de empleo público a través de un procedimiento de selección o ingreso, es la existencia económica de dicha plaza o puesto de trabajo, (es decir, que exista la previa dotación de la misma en el presupuesto de la Administración de que se trate).

Sobre este particular, el artículo 14 de la Ley 30/84²²² (LMRFP), exige respecto a la Administración General del Estado, (con réplicas similares en la normativa de las Administraciones autonómicas y las entidades locales, - conforme a la LRBRL-), que el coste de todos los puestos de trabajo conste en los programas de gasto de los Presupuestos Generales del Estado, de tal forma que las plantillas dependerán de los créditos aprobados en las Leyes de Presupuestos.

3.4.1.- Las relaciones de puestos de trabajo (R.P.T.).

Toda plaza o puesto dotado presupuestariamente entrará en la Relación de Puestos de Trabajo (RPT). Los puestos de trabajo son un instrumento imprescindible de la organización del empleo público, puesto que posibilitan el

²²¹ López Gómez, J.M. La relación laboral especial de empleo público. Civitas, Madrid, 2009.

²²² *Artículo 14 (LMRFP), Dotaciones presupuestarias de personal. 1. Las dotaciones presupuestarias de personal se distribuirán entre los programas de gasto de los distintos Centros gestores, de forma que se garantice el necesario equilibrio entre los medios materiales y humanos asignados a cada uno de ellos. A estos efectos serán previamente informados por Comisiones de análisis de los programas alternativos de gasto, constituidas por representantes del Ministerio de Economía y Hacienda, del Ministerio de la Presidencia y de los demás Departamentos ministeriales. 2. Los programas de gasto de los Presupuestos Generales del Estado deberán incluir el coste de todos los puestos de trabajo asignados a cada uno de ellos y por cada uno de los Centros gestores. 3. Las plantillas de los diferentes Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado, así como las del personal laboral, serán las que resulten de los créditos establecidos en la Ley de Presupuestos.*

tener un conocimiento exacto de las necesidades en materia de personal de cada unidad administrativa y con ello una eficaz gestión de recursos humanos en las Administraciones.

Las denominadas Relaciones de Puestos de Trabajo (R.P.T.)²²³, son el instrumento que debe proporcionar información sobre la formación, experiencia y competencias que exige cada puesto, para que pueda ser cubierto por el personal más adecuado. Además condicionan la organización del personal de las Administraciones, en tanto que la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las RPT, exigiéndose que la formalización de los nuevos contratos de personal laboral fijo figuren detallados en las mismas (art. 15.1.d y f L 30/84).

Un tema que ha sido objeto de estudio es la naturaleza jurídica de la RPT. La jurisprudencia atribuía inicialmente a las RPT naturaleza de *acto administrativo plural*. Posteriormente se declaró el carácter de disposición general de los acuerdos que aprueban las RPT, de tal forma que ya existe doctrina consolidada que reconoce tal carácter normativo a las RPT aprobadas por las Administraciones en ejercicio de sus potestades de organización.

Otra cuestión que ha sido discutida y resuelta es la de la obligatoriedad de la existencia de las RPT, (pese a que en la práctica es más que habitual encontrar Administraciones donde no existen, o existe una RPT desfasada e inútil durante años), constituyendo, en mi opinión, su no elaboración en el incumplimiento de una obligación jurídica (en este sentido STSJ de Andalucía de 26/1/2007), no solo contraria a la más elemental exigencia de buena fe, sino también un innegable perjuicio a derechos e intereses legítimos. Por otro lado, la existencia de una Oferta de Empleo Público no subsana el incumplimiento de la obligación de realizar la RPT, ya que, al menos teóricamente “*sin RPT no es posible aprobar la oferta de empleo*”.²²⁴ Sin embargo las circunstancias son las

²²³ El art. 15.1 LMRFP, define las RPT como “el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación de personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo”.

²²⁴ STS 25 de 6 de 2008. Declaró que la elaboración de la RPT es presupuesto previo de la oferta de empleo público, aunque no existe obligación de ofertar todos los puestos vacantes recogidos en la RPT.

que hemos comentado: la existencia de una mayoría de Administraciones Públicas donde las RPT no existen de hecho, o no constituyen un instrumento real de organización del personal.

El Estatuto Básico del Empleado Público en su artículo 74, establece que mediante los 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. Dichos instrumentos serán públicos”*.

Evidentemente, de la redacción de éste artículo se deduce que el legislador quiere dejar un amplio margen a la flexibilidad de las Administraciones a favor de su auto-organización. Lo hacen estableciendo un contenido mínimo que sí deberán respetar éstos instrumentos de organización, en busca de la armonización entre Administraciones, y a la vez dejando abierta la fórmula incluso a instrumentos más novedosos (*“estructurarán su organización a través de RPT u otros instrumentos organizativos similares”*...).

En tanto no se desarrollen y aprueben las correspondientes Leyes de la Función Pública, se mantiene vigente la regulación sobre esta materia conforme regula la LMRFP del 84 (artículos 15 y 16). En esta norma se exige que en las relaciones o catálogos de los puestos de trabajo existentes en cada unidad administrativa figure, en el caso de los funcionarios, la denominación del puesto con la unidad en la que se encuadra, el grupo de clasificación profesional a que corresponde, los cuerpo o escalas al que estén adscritos, el nivel a efectos retributivos, retribuciones complementarias que le corresponden, sistema de provisión, y requisitos especiales para su desempeño. Para los laborales, se exige particularmente que conste la categoría profesional y el régimen jurídico de aplicación (art. 15.1 b) LMRFP).²²⁵ Curiosamente el

²²⁵ En mi opinión, este es un primer elemento de descontrol en el acceso a los puestos laborales temporales, puesto que esta exigencia obligaría a realizar una planificación real del personal, y aunque es cierto que habría contrataciones sobrevenidas ante circunstancias puntuales, esta obligación permitiría conocer y prever las necesidades al menos aproximadas de contratación temporal que precisará la Administración de que se trate, y las posibles vías

requisito de incorporación en las RPT se hace solo para los puestos funcionariales y los laborales fijos, pero no se exige para “*tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones*” (art. 15.1 final, LMRFP).

La RPT comprenderá, conjunta o de forma separada, los puestos de trabajo de funcionarios, laborales y eventuales de cada centro gestor (art. 15.1 a) LMRFP). No obstante, las Administraciones de cara a la determinación de esta ordenación de sus empleados, tendrán que tener presentes las normas relativas a los puestos que legalmente puedan ser desempeñados por laborales, y los reservados a funcionarios, y la primacía del vínculo funcional que rige en nuestro sistema, al menos formalmente, después de la STC 99/1987, que ya estudiamos en apartados anteriores.

Por Ley 26/2003, se excluyó la necesidad de hacer constar en las RPT las características esenciales de los puestos, a fin de evitar rigidez en la posible asignación de funciones distintas a las descritas en los puesto descritos. En este sentido actúa también el artículo 73.2 del EBEP estableciendo que las Administraciones Públicas “*podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen, sin merma de sus retribuciones*”. Este precepto previsiblemente facilitará la tan difícil movilidad funcional en el personal de las Administraciones.

Las RPT de la Administración General del Estado son aprobadas por el Ministro/a que corresponda o al Director/a del organismo de que se trate, previa autorización del Ministerio de Administraciones Públicas y de Hacienda. En las Comunidades Autónomas es competencia del Consejo de Gobierno, sin perjuicio de que en ocasiones se delega en órganos inferiores, y en las Corporaciones Locales por el Pleno, si son municipios de gran población por la Junta de Gobierno Local. (LBRL).

alternativas para evitar contrataciones usando personal propio o incluso de otras Administraciones.

Las RPT son públicas y, como disposiciones administrativas de carácter general que son, podrán ser impugnadas ante los tribunales competentes al efecto. Aunque el EBEP no concreta la forma de publicidad, actualmente se publican en los diarios oficiales.

Una vez incluidas las plazas dotadas presupuestariamente en la correspondiente RPT, procede activar el proceso de gestión de la provisión del puesto de trabajo, mediante su oferta pública, que seguidamente analizaremos, y la celebración del correspondiente proceso de selección.

3.4.2. La Oferta de Empleo Público.

El objetivo de la Oferta de Empleo Público (OEP) es hacer de conocimiento general los puestos de trabajo que se necesitan cubrir en la Administración, o plazas vacantes con asignación presupuestaria, que deben proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso (artículo 70.1 EBEP). El Estatuto vuelve a usar la fórmula abierta a nuevas fórmulas que comentamos con las Relaciones de Puestos de Trabajo, de tal forma que el instrumento al efecto podrá ser la Oferta de Empleo Público, u *“otro instrumento similar de gestión de las necesidades de personal”*.

La OEP debe aprobarse anualmente por el respectivo órgano de gobierno y publicarse en el diario oficial que corresponda (art. 70.2 EBEP). Las Administraciones deberán analizar anualmente sus necesidades de personal, y si con la promoción interna, redistribución o reasignación de efectivos no cubre sus necesidades, ofertará los puestos o plazas vacantes para cubrir con personal de nuevo acceso, con la condición de que exista crédito presupuestario para ello.

La OEP tiene un doble valor jurídico, por un lado es requisito imprescindible del procedimiento de selección de personal, y otro es un acto administrativo general y favorable, que no crea derechos, pero sí genera

legítimas expectativas que no pueden dejar de satisfacerse²²⁶. Así pues, vincula a la Administración que la aprueba. En éstos términos lo preceptúa el EBEP: “*comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por ciento adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos*”. No obstante, el legislador añade un elemento de flexibilidad estableciendo que la ejecución de la OEP pueda desarrollarse “*en el plazo improrrogable de tres años*”.

El problema que surge en la práctica es el de la ausencia de Ofertas de Empleo Público, y la cobertura de plazas mediante laborales, interinos cuya duración se alarga más de lo debido, o mediante las internalizaciones de servicios. La cuestión de los abusos en relación a los puestos cubiertos por interinos se intenta solventar con el artículo 10.4 EBEP, obligando a incluir las vacantes cubiertas con interinos en la OEP correspondiente al ejercicio en que se nombran, o si no fuera posible en la siguiente, salvo que se opte por amortizar la plaza. Este precepto posibilita la impugnación de las OEP que no respeten este mandato legal, lo que significa la posibilidad de control por parte de los particulares, o sindicatos de la aplicación de la norma por parte de las Administraciones.

Los responsables de convocar las OEP difieren según en la Administración en la que nos fijemos: En la Administración General del Estado será aprobada por el Gobierno, a propuesta del Ministro/a de Administraciones Públicas, y con informe favorable del Ministerio de Hacienda (artículo 8.1 RGIPP).

En las Comunidades Autónomas será el Consejo de Gobierno, a propuesta de las Consejerías competentes, previo informe del órgano consultivo.

En las Entidades Locales serán el Alcalde/sa y el Presidente/a de la Diputación (LBRL), o a la Junta de Gobierno Local si se trata de municipio de gran población (artículo 127.1 h LBRL).

²²⁶ En este sentido SÁNCHEZ MORÓN, M. Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Públicos, Lex Nova. Madrid, 2009.

El siguiente paso después de la OEP, es la convocatoria del proceso selectivo para los puestos ofertados, que deberá respetar los principios generales, y las reglas de procedimiento marcadas por las normas legales y convencionales, como seguidamente comentaremos.

Referencia a los efectos de las políticas de austeridad sobre las OEP, y la creación de empleo público laboral en España.

En un entorno de crisis económica, y de políticas de austeridad impuestas desde el seno de la Unión Europea, se aprobó el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Esta norma fue lo que podemos calificar como la primera batería de medidas de choque para la corrección y el control del déficit público, constituyendo una auténtica bomba en términos creación de empleo en el ámbito de lo público, y una merma clara en materia de condiciones de trabajo de los empleados públicos en general.

Efectivamente, el RDL 20/11, trajo consigo la casi total congelación de la oferta de empleo público,²²⁷ que además se prolongó hasta 2016, Este precepto tenía carácter básico y por tanto afectó a todas las Administraciones Públicas, pero sin alcanzar a los procedimientos selectivos convocados, e incluso para los no convocados aún pero previstos, siempre que correspondiesen a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores.

De hecho la misma norma establece la amortización de plazas al producirse jubilaciones, *“salvo en los sectores, funciones y categorías que se consideren prioritarios o afecten a servicios públicos esenciales”*. En este caso la medida está dirigida específicamente al ámbito de la Administración General del Estado, si bien muchas Comunidades Autónomas han seguido este mismo mecanismo para aligerar plantillas en su ámbito. La norma extiende la medida a los siguientes ámbitos: *“...serán objeto de amortización en Departamentos, Organismos autónomos, Agencias estatales, entidades públicas empresariales y resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, un*

²²⁷ “A lo largo del ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores.” Artículo 3.1, LPGE de 2012.

número equivalente de plazas de las jubilaciones que se produzcan...” (Art. 3. Cuarto del RDL 20/2011).

Esta congelación de la Oferta de Empleo Público y la amortización de plazas se ha prolongado durante los últimos años, reactivándose moderadamente para el año 2016, en el que mediante la Ley 48/2015, de 29 de octubre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado, se aprueba la tasa de reposición al 100% en los sectores prioritarios (justicia, educación, lucha contra el fraude fiscal y laboral, cuerpos de seguridad del Estado, asistencia a servicios sociales..), y el 50% a los no prioritarios. Sin embargo esta tímida recuperación solo supone la cobertura del 85% de las plazas de funcionarios jubilados en 2015, que sumando a la destrucción de empleo público de los años precedentes sigue traduciéndose en un deterioro de la calidad de los servicios públicos.

Otra medida incluida en la misma norma que afectó a la creación de nuevo empleo público, al igual que la congelación de las oposiciones (por otro lado coherente con la restricción a la creación de empleo funcional), es la congelación de la posibilidad de realizar contrataciones de personal laboral, y al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos en las Administraciones Públicas, (art. 3. Dos RDL 20/2011). Si bien, sí se permite la realización de contrataciones en *“casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes”* en sectores, funciones y categorías que sean consideradas *“prioritarias o que afecten a servicios públicos esenciales”*. Al final esto se traduce al hecho de que sí existe un mínimo margen de contratación en las Administraciones, si bien siendo esa exigencia de *“necesidad urgente”* un concepto jurídico indeterminado, se deberá estar caso por caso a lo que la Administración que quiera realizar un contrato pueda justificar como tal, sin perjuicio de un posible control judicial de la interpretación dada por la Administración contratante²²⁸. Esta medida restrictiva de la creación de empleo

²²⁸ El profesor Sánchez Morón, sobre la aplicación en el ámbito de las Entidades locales del artículo 3 del Real Decreto Ley 20/2011, manifiesta que el concepto de *“necesidades urgentes e inaplazables”* debe entenderse, en el contexto de que aquí tratamos, como equivalente a las necesidades mínimas de personal que cada Administración tiene para el ejercicio de sus funciones o el desempeño de sus competencias en términos razonables de eficacia... Ahora

público laboral, se ha prorrogado también año a año y en concreto para el año 2016, conforme queda reflejado en la Ley de los Presupuestos Generales del Estado (Ley 48/2015, artículo 20).

El balance en números, de estas políticas de reducción del empleo público en general, y del empleo laboral en particular, se traduce en la pérdida de 179.348 efectivos (un 4% menos) desde enero de 2010 hasta enero de 2016, (en los primeros años de crisis sí se creó empleo público, incorporándose 186.590 empleados públicos entre 2007 a 2010, como política intervencionista anti-crisis). De esta disminución el descenso mayor se produce en empleo público laboral, con la desaparición de 119.389 trabajadores (un 17% menos) con vínculo laboral en las Administraciones, (y curiosamente sí se produce un incremento de la partida “otros empleados”, en concreto crecen en 11.892 efectivos, es decir un 3% más, que en su mayoría son interinos y personal eventual). Esta información consta en el Anexo I, Tabla I, de la presente obra, a cuya lectura me remito.

Por otra parte, según los datos que constan actualmente en el Registro del Ministerio de Administraciones Públicas, el 60% del total de los empleados públicos tiene más de 50 años. En definitiva, contamos con una plantilla diezmada y envejecida, pero en mi opinión, para hacer el análisis realmente completo del panorama actual tendríamos que saber cuántos servicios se encuentran externalizados por las más diversas vías y cuántos trabajadores realmente prestan servicios de forma indirecta para las Administraciones.

3.5. La selección en el empleo público laboral de los trabajadores con contrato laboral fijo y con contrato temporal.

Como ya avanzamos, tanto los principios rectores de la selección de personal, (artículo 55 EBEP, igualdad, mérito, capacidad y principios de publicidad, transparencia e imparcialidad y profesionalidad, independencia y

bien, dicho esto, hay que reconocer a cada Administración ese margen de apreciación que implica la determinación concreta de lo que son "necesidades urgentes e inaplazables". En este mismo sentido se expresa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece, dada la indeterminación del concepto, la “urgencia” que justifica la cobertura de plazas limitadas legalmente, podrá ser controlada por los tribunales su correcta utilización (STS 8/2/2007).

discrecionalidad técnica, adecuación del proceso selectivo, agilidad, objetividad), como los requisitos generales para el acceso (artículo 56 EBEP), y las normas relativas a los órganos de selección (artículo 60 EBEP), son de aplicación a los procesos selectivos del personal laboral fijo, si bien con ciertas especificidades.

Por su parte, y dado que el EBEP no distingue en este punto entre personal laboral fijo o temporal, se entiende que también le son de aplicación los mismos principios básicos del artículo 55. 1 y 2 EBEP, siendo nula cualquier contratación irregular,²²⁹ no obstante los vacíos en relación a estos últimos constituyen un problema como luego analizaremos.

No obstante, el régimen jurídico para la contratación del personal fijo y el temporal son distintos en algunos aspectos, debido a las especiales exigencias que caracterizan a una contratación laboral que supone un vínculo definitivo para la Administración.

3.5.1. Los sistemas de selección para el personal fijo.

El EBEP prevé que los métodos de selección para el acceso a la función pública, que pueden ser: la oposición, (celebración de una o más pruebas de capacidad, -siendo este el sistema predominante en el acceso a la función pública-), concurso de méritos, (comprobación y evaluación de los méritos de los aspirantes en relación al puesto a ocupar, -utilizado más a efectos de promoción interna-), y concurso-oposición (suma de los dos tipos de pruebas anteriores, -utilizado más en los procesos especiales dirigidos a consolidar puestos, que luego comentaremos específicamente-).

Por su parte para el personal laboral fijo el legislador señala los sistemas de oposición, concurso-oposición, o el concurso de valoración de méritos, (art. 61.7 EBEP). Evidentemente, la inclusión del concurso de méritos hace, potencialmente, menos rigurosa con los principios de acceso la selección

²²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la función pública*. Tecnos, Madrid, 2009.

del personal laboral fijo que la del funcionariado, siendo esta una oportunidad perdida para homogenizar los regímenes e imprimir más rigor en esta materia. Sobre la elección de un sistema u otro no se indica nada en la norma, pero como ya señalamos el EBEP establece que las Administraciones podrán negociar en el marco de la negociación colectiva, las formas de colaboración y actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos. Con estos se podrá acordar el sistema que se considere más adecuado de acceso para cada puesto de trabajo.

El procedimiento de selección del personal laboral fijo viene determinado por los principios generales de acceso del art. 55 EBEP, antes analizados, y otros criterios generales marcados por art. 61 EBEP, y en cuanto a su contenido viene regulado en el Real Decreto 364/195, que regula el Reglamento General de Ingreso (arts. 28 a 35).

El procedimiento se inicia con la convocatoria pública del mismo, -que tiene fuerza de Ley-²³⁰, en la que se harán constar las bases del proceso (que, lógicamente, podrán impugnarse si no se ajustan a los principios antes vistos). Posteriormente se constituirá el órgano colegiado de selección, que será responsable de dirigir el proceso selectivo, formular las solicitudes por los aspirantes que cumplan los requisitos de acceso establecidos legalmente y una vez anunciadas las pruebas y señaladas las fechas, proceder a la celebración de las mismas. Finalmente el tribunal elevará al órgano competente la propuesta de los candidatos, que tendrá carácter vinculante para los órganos de contratación (STS de 23 de abril de 2002 y 7 de febrero de 2007), de cara a la formalización de la contratación de los candidatos seleccionados, y la supervisión del periodo de prueba del contrato, siempre que se haya establecido así en la convocatoria.²³¹

²³⁰ STS de 25 de enero de 1994 (As 1994, 413). Procederá la obligación de indemnizar a los afectados en el caso de no contratar a los que seleccionados, incumpliendo dicha convocatoria, en virtud de los artículos 1101 y ss del Código Civil.

²³¹ Señala en este sentido López Gómez, J.M.: STS de 7 de febrero de 2007 y 28 de diciembre de 2007.

3.5.2. Sistemas de selección para el personal laboral con contrato temporal: el problema de la desregulación.

El Estatuto Básico del Empleado Público incurre en el grave error de omite la regulación en torno a los sistemas de acceso para el personal laboral con contrato temporal. El artículo 35 del RD 364/1995, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal de las Administraciones, solo establece que los contratos temporales “*se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad, y ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral, y de acuerdo con los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas*”, (aunque la forma de hacerse normalmente es por acuerdos sobre la materia o negociándose en los Convenios Colectivos).

En la práctica predomina la utilización de las bolsas de trabajo para la selección del personal laboral temporal, (siendo las más ajustada a derecho las que cuentan con los candidatos que no han llegado a superar las pruebas selectivas para puestos fijos, en este sentido STC 56/1980). La negociación colectiva prevé distintos procesos de selección, pero también es práctica común el acudir a los servicios públicos de empleo para solicitar candidatos a elección de una comisión, o se hacen ofertas genéricas contraladas por la comisión de selección con listado de sustituciones.

En todo caso sería necesaria la existencia de una previsión legal concreta en esta materia, siendo en mi opinión el sistema de bolsas de trabajo, que el que el legislador tendría que haber reconocido y regulado como prioritario en el ámbito de la contratación temporal.²³² El problema que plantea la actual desregulación se ve reflejada en prácticas irregulares que afectan principalmente al proceso de selección, que propicia la vulneración de los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad, también la problemática contratación temporal en cadena de los trabajadores de las

²³² En este sentido también DÍAZ AZNARTE, M.T. “El acceso al empleo público en el ordenamiento jurídico español”, en la obra Reestructuración de las Administraciones Públicas. AA.VV. Comares, Granada, 2015.

bolsas de trabajo, que en muchos casos termina siendo una contratación en fraude de ley con la consiguiente transformación en indefinido no fijo del trabajador afectado, o la indemnización por despido improcedente al afectado, que para el trabajador supone la pérdida de la antigüedad en el puesto, de cara a una nueva entrada en bolsa de trabajo, (STS (Sala 4ª), de 23 de marzo de 2011, Rec. 2690/2010)²³³.

A pesar de la situación de desregulación, conviene recordar que al personal laboral temporal del EBEP también le son de aplicación los principios rectores del acceso al empleo público, lo que nos permite afirmar que si no se cumple un procedimiento de selección para cubrir el puesto, publicitado, transparente y con un órgano de selección imparcial y profesional, dicha selección no será acorde con el artículo 55 del EBEP, y por tanto no será conforme a derecho.²³⁴ En este sentido también el artículo 35 RGIPP, lacónicamente recuerda el necesario respeto a los principios de mérito y capacidad en los procesos de selección de estos trabajadores, pero de hecho se delega en normas de inferior rango la determinación de los criterios de selección (*los contratos se celebrarán..., de acuerdo con los criterios de selección que se determinen por el Ministerio de Administraciones Públicas*).

Lo que sí se prevé, -al menos en la Administración central-, es la necesaria existencia de un *“informe favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía”* antes de proceder a contratar personal laboral temporal, así como un control posterior consistente en *que cada Departamento contará con un Registro de Personal laboral no permanente,*

²³³ En esta Sentencia del TS de 23 de marzo de 2011, se resuelve los problemas existentes en la bolsa de trabajo de la entidad Correos y Telégrafos. La cuestión afectaba al derecho de volver a ser incluidos en bolsa de trabajo de unos trabajadores temporales a los habiendo demandado por despido, se les reconoció que el cese en su puesto constituía un despido improcedente, con el correspondiente abono de la indemnización por despido improcedente según opción de la Administración. Estos trabajadores posteriormente solicitaron su inclusión en bolsa de trabajo, siendo rechazada ésta por la entidad. Ante esta cuestión el TS declara que la indemnización por despido cubre efectivamente la pérdida del empleo, como establece el art. 56.1,b) ET, pero no está en función del tiempo en que se vaya a mantener esa pérdida, no estableciendo la norma en ningún momento que el nuevo empleo determine la pérdida de dicha indemnización.... En cambio, sí se pierde la antigüedad del primer contrato, cuya pérdida ha sido indemnizada, y se entra de nuevo en la empresa con un contrato independiente al primero.

²³⁴ SALA FRANCO, T. *“El acceso al empleo público laboral”*. (cit) Pág. 28.

(“sus inscripciones y anotaciones deberán comunicarse, en todo caso, al Registro Central de Personal”).

La realidad es que, dependiendo del ámbito de la Administración en la que nos encontremos existirá un control, unos procesos, un buen o mal uso de las modalidades contractuales laborales de carácter temporal, -que es especialmente flexible en el caso de la Administración Local-, e incluso unas limitaciones en relación a los puestos que podrán ser ocupados usando estos vínculos jurídico-temporales.

En relación a la Administración central, el III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la AGE (III CUAGE), establece en su artículo 36 denominado “personal temporal”, los posibles “sistemas selectivos” según la duración del contrato. Siguiendo esta premisa prevé la posibilidad de acudir “a los Servicios Públicos de Empleo” para cubrir las contrataciones estacionales. El Servicio Público realizará una preselección de candidatos de entre los demandantes de empleo registrados en la provincia, o ámbito superior, e incorporarán a tres candidatos por plaza. *“El órgano de selección realizará la selección final que culminará con la propuesta de contratación al órgano convocante”. También se podrán usar los procesos selectivos previstos para el personal laboral fijo, con ciertas simplificaciones a fin de agilizar el proceso pero sin omitir los 10 días establecidos para posibles reclamaciones por parte de los aspirantes. Además, el principio de “publicidad” se garantizará con la difusión del proceso de selección abierto en el ámbito territorial más conveniente dependiendo de la ubicación de la plaza a cubrir.*

También se prevé por el artículo 36.6 del III CUAGE, la sustitución de los trabajadores temporales seleccionados que causen baja, pudiendo realizarse a partir de los candidatos resultantes en el proceso selectivo usado originariamente.

Se propone la posibilidad de constituir un único órgano estable de selección para los casos en que la dispersión de plazas o la frecuencia de las contrataciones temporales lo aconsejen. En todo caso los méritos a valorar y su

grado de ponderación, vendrán determinados en las bases de cada convocatoria (art. 36.9 III CUAGE). En algunos Convenios Colectivos que afectan a la Administración Autonómica, existen preceptos similares al referido artículo 36 del III CUAGE.

Respecto a las empresas públicas con forma de sociedad la Disposición Adicional primera del EBEP, impone expresamente la aplicación de los principios del artículo 55 EBEP y las reglas sobre acceso a discapacitados al empleo público del artículo 59 EBEP, pero nada dice del resto de las normas relativas al acceso, por tanto los condicionantes son mínimos, (sólo a nivel de principios inspiradores), siendo por tanto los procesos de contratación laboral prácticamente iguales a los de cualquier empresa privada.

Por último hay que recordar que los trabajadores laborales fijos o temporales, seleccionados por cualquiera de los procesos que indique la norma son en todo caso “contratados” (y no “nombrados”, como sucede con los funcionarios), pero en todo caso los conflictos que puedan surgir en el proceso selectivo entre candidatos y Administración, quedan sometidos al ordenamiento jurídico Administrativo y la jurisdicción Contencioso-Administrativa. En cambio, una vez que se inicia la relación laboral fija o temporal, y que por tanto se formaliza el contrato laboral los conflictos que surjan en relación a éste se regirá por el Derecho del Trabajo y la Jurisdicción Social.

Más complejo es el problema de las consecuencias que tienen para los contratos de trabajo, cuando a posteriori se declara la nulidad del un procedimiento selectivo del que resultó la contratación, como seguidamente veremos.

3.5.3. Sobre las consecuencias de la anulación en vía judicial del procedimiento selectivo al empleo público laboral.

El EBEP no establece ninguna previsión que concrete las consecuencias jurídicas para los supuestos en que se impugne y declare la anulación de un procedimiento selectivo, por incumplirse cualquiera de las reglas que marca la

norma (falta de publicidad, convocatoria defectuosa, irregularidades en las pruebas selectivas...).

Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de acudir a los artículos de la Ley de Contratos del Sector Público (RD/Lg. 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido), que regulan los efectos de la nulidad de los contratos de las Administraciones Públicas (art. 35).²³⁵ Según esta norma, al ser el procedimiento selectivo un procedimiento administrativo, las pruebas pueden ser anuladas por la jurisdicción Contencioso-Administrativo. En estos casos las actuaciones se retrotraerán al momento en que surge la irregularidad, y se impedirá la continuación de los contratos de trabajo celebrados en estas condiciones.

Los efectos jurídicos de la anulación de estos procedimientos ha sido objeto de diversas teorías, que evolucionan desde la tesis que defendía “*la nulidad de los contratos*” realizados en el contexto de un procedimiento selectivo nulo,²³⁶ (con efectos “*ex tunc*”, de tal forma que se considera que el contrato nunca existió); hasta la tesis de la “*extinción del contrato*”,²³⁷ que es la seguida actualmente por el Tribunal Supremo, y que entiende que debe reconocerse la existencia del contrato de trabajo, pero que este se extingue por existir causa justificativa conforme con el art. 49 ET, en concreto por “*fuerza mayor impropia*”, consistente en la declaración de nulidad por Sentencia del proceso selectivo.²³⁸ Según esta teoría, al existir contrato y extinguirse, la Administración deberá aplicar el artículo 51 ET, o el 52 c) ET (según el número de trabajadores afectados, si el colectivo o individual), con la correspondiente indemnización de 20 días de salario por año trabajado con el tope de 12 mensualidades.

²³⁵ SALA FRANCO, T. “El acceso al empleo público laboral”. Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis. AA. VV. Aranzadi, Madrid, 2015.

²³⁶ La tesis de la nulidad contractual es la seguida inicialmente por el Tribunal Supremo (por todas, STS de 29 de marzo de 1994. Rec. 1673/93).

²³⁷ Tesis que surge en los años noventa, STS de 10 de marzo de 1999 (Rec. 2138/98).

²³⁸ Sala Franco T., considera criticable que la extinción se base en la existencia de “*fuerza mayor*”, por considerar que no se dan los requisitos de imprevisibilidad o inevitabilidad que exige el concepto.

En los casos en que el trabajador afectado por la irregularidad en el procedimiento (normalmente errores o irregularidades en la valoración de los méritos) que no haya sido contratado por esta razón, lo que se reclamará ante la jurisdicción Contencioso-Administrativo será la revisión del acto, y su contratación laboral, además de una indemnización por daños y perjuicios.

3.5.4. Los sistemas de oposición especiales: procesos de funcionarización y consolidación del personal laboral.

Para concluir, debemos hacer mención a unos polémicos y especiales procedimientos de acceso que regula el EBEP, y que constituyen una vía para facilitar la funcionarización del personal laboral. Son por un lado, los denominados procesos de funcionarización, previsto en la Disposición Transitoria Segunda, dirigido al personal laboral fijo que desempeña funciones o puesto clasificados como propios de personal funcionario, para los que se autoriza la participación en *“procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia”*, valorándose a estos efectos *“como mérito los servicios prestados como personal laboral fijo y las pruebas superadas para acceder a esta condición”*.

Por otro lado se prevén también procesos de consolidación de personal laboral, en la Disposición Transitoria Cuarta, conforme a la cual se podrán convocar pruebas de acceso para *“la consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005”*. También en estos procesos se podrán valorar *“entre otros méritos”*, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, sin perjuicio del debido

respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que debe regir en todo proceso selectivo.

Sobre estos procesos selectivos el artículo 61.3 EBEP es el único precepto de la norma que pone cierto límite a la denominada “mochila”, al establecer que la valoración de estos méritos de los aspirantes deberá realizarse de forma “*proporcionada*”, de tal forma que su existencia nunca podrá determinar de forma exclusiva el resultado del proceso selectivo.

En todo caso estos mecanismos son un remedio indeseable y no novedoso, para un problema que tendría que resolverse en su raíz. Efectivamente, su presencia en el EBEP surge como consecuencia de la tolerancia que ha mostrado la doctrina jurisprudencial surgida en supuestos precedentes ante convocatorias de acceso que se articulaban en las Administraciones con este fin estabilizador.

Así, las denominadas pruebas restringidas u oposiciones cerradas, (es decir las que restringían la participación a los que no hubiesen prestado servicios con anterioridad en el organismo público convocante), se declararon nulas por no respetar los principios básicos del acceso al empleo público, pero en cambio fueron aceptadas excepcionalmente, en casos en que se trata de ayudar a conservar el puesto a trabajadores que debían cesar por desaparecer el vínculo a través del que prestaban servicios. Así sucedió, por ejemplo, con los contratados laborales que ocupaban puestos que pasaban a quedar reservados a funcionarios públicos por la aprobación de la Ley 23/1988, (STC 38/2004).

También las oposiciones en las que se valoraban los servicios previos como mérito, (es decir las oposiciones “con mochila”), fueron revisadas judicialmente, y también con cierto margen de tolerancia. Se excluyó el doble cómputo de la experiencia como mérito y la experiencia específica en la Administración concreta, pero sí se admite la posibilidad de valoración de la experiencia profesional como laboral en la Administración como mérito (STC 107/2013).

En definitiva, aunque choquen con los principios rectores del acceso al empleo público, el margen dejado en supuestos anteriores por la una más que tolerante Jurisprudencia, animó, sin duda, al legislador del EBEP a introducir estos mecanismos de estabilización de empleados públicos, que ya tendrían que haberse superado a estas alturas.

4. Las modalidades contractuales en el ámbito del personal laboral de las Administraciones.

La relación laboral de empleo público tiene su origen en la celebración de un contrato de trabajo, -y no en un acto administrativo, como sí sucede con el nombramiento de los funcionarios-. Esta contratación en el ámbito Administrativo tiene, una vez más, ciertas particularidades frente a la regulación contenida en la legislación laboral, aunque *a priori*, en la norma no se reconozca dichas especialidades.

Efectivamente, ni en la anterior regulación (o desregulación), ni ahora con el EBEP, se definen particularidades en relación a las modalidades laborales de contrato de trabajo para el personal laboral, (aparte de lo ya dicho en relación a la figura del indefinido no fijos).

El EBEP remite indirectamente en su artículo 11.1, a la regulación sobre esta materia existente en la legislación laboral, -y consecuentemente al Estatuto de los Trabajadores, y la negociación colectiva-, de tal forma que se acepta la contratación laboral indefinida y temporal en todas sus modalidades, (prevé expresamente la contratación laboral bajo *“cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral”*), e incluso la relación laboral especial de alta dirección (artículo 13.4 EBEP).

Realmente la única especialidad que oficialmente afecta a la forma del contrato de trabajo de empleo público, frente a lo establecido en la norma laboral común es la exigencia de *“forma escrita”* en todo caso, anulando la

posibilidad de contratación verbal que prevé la norma laboral en su art. 8 del ET.

Sin embargo, otra importante particularidad que es preciso señalar afecta al contenido de los contratos laborales en general de las Administraciones, en los que la voluntad de las partes en la determinación de condiciones de trabajo a título particular se ve seriamente limitada, ya que deben respetar los principios constitucionales de igualdad, objetividad e interdicción de la arbitrariedad, que les son de aplicación.

En referencia específica a los contratos temporales, al igual que sucede en el ordenamiento jurídico laboral la contratación temporal es una excepción al principio general del contrato de carácter indefinido, de tal forma que las partes no están legitimadas para elegir la modalidad contractual que deseen sino que existen una serie de casos concretos previstos legalmente en los que se podrán concertar este tipo de relación laboral temporal (STS de 5 de mayo de 2004).

Respecto a los contratos temporales, el artículo 35 del RGIPP establece que se podrá acudir a este tipo de contratación para la realización de *“trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo”*, es decir, que el planteamiento, al menos teórico, es que la utilización de la contratación laboral será excepcional, aunque como es sabido en las Administraciones se suele abusar en la utilización de la contratación temporal.

El artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores desarrollado por Real Decreto 2720/1998, es la regulación de referencia a la hora de determinar los posibles tipos de contratos temporales estructurales que, conforme a nuestro ordenamiento laboral constituyen una lista cerrada. Actualmente las clases de contratos temporales son: el contrato para la realización de obra o servicio determinado, el contrato eventual por acumulación de tareas o circunstancias de la producción, el contrato de interinidad por sustitución, y el eventual por vacante.

De igual forma, al no existir limitación alguna en el EBEP, ni en la normativa laboral, se consideran tácitamente admitidos la utilización por parte de la Administración de otras modalidades contractuales temporales no estructurales como los contratos formativos, artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores y RD 488/1998, de 27 de marzo, (contrato para la formación y contrato de trabajo en prácticas), los contratos de jubilación parcial y relevo (art. 22 ET), así como los contratos temporales que constituyen medidas de inserción laboral como el contrato temporal para el fomento del empleo de trabajadores con discapacidad, (Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 57/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento del empleo). En general, respecto a los contratos coyunturales (de política de empleo), como el último mencionado, se estará a la regulación particular de estos, y la posibilidad o no de utilización por las Administraciones.

En definitiva, la ausencia de regulación explícita sobre esta materia nos lleva a afirmar que en el ámbito de la contratación laboral de la Administración Pública se tienen que aceptar en términos generales todas las modalidades de contratación recogidas en el ordenamiento jurídico laboral, -incluidas las de carácter indefinido y a tiempo parcial-. Sin embargo, como veremos en un posterior epígrafe, existen matizaciones a la aplicación automática de dichas modalidades derivadas de la especial naturaleza que condicionan a las relaciones laborales de las Administraciones.

4.1. Particularidades que afectan a las modalidades de contrato de trabajo en el ámbito del empleo público laboral.

Dada la especial naturaleza de la relación laboral de empleo público, y pese a que el EBEP no regula nada al respecto, remitiendo a la supuesta aplicación automática del régimen jurídico de las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores, estos contratos sí tienen algunas modulaciones en aspectos concretos que los diferencian de los contratos realizados en la empresa privada, especialidades, que lógicamente, derivan de la especial naturaleza del empleador y del propio vínculo contractual, (que como venimos defendiendo no es equivalente al contrato laboral ordinario).

Así, aspectos como la determinación del contenido del contrato, -como ya indicamos-, y las exigencias legales en el proceso de acceso al empleo público, entre otros muchos aspectos, harán siempre diferente esta relación laboral especial impropia, sea cual sea la modalidad contractual que se utilice.

Las particularidades concretas en relación a cada una de las modalidades de contratación, son:

*En los contratos de obra o servicio determinado: se exige igual que en el ámbito laboral que la obra o servicio que constituye su objeto presente “*autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa*” (art. 15.1 a) ET), y el trabajador contratado bajo esta modalidad deberá realizar las tareas que son objeto de dicha obra o servicio y no otras.

Este contrato no puede ser utilizado para atender necesidades permanentes del organismo público que contrata,²³⁹ porque constituiría una contratación en fraude de ley. Sí se admite por la Jurisprudencia que se realicen contratos temporales de obra y servicio determinado para atender “*programas públicos de actuación específica*”²⁴⁰ de carácter anual, dada la especial naturaleza y forma de actuación del empleador público. Si bien, la actividad del trabajador se tendrá que centrar en las actividades previstas para llevar a cabo estos planes y programas concretos.

En todo caso, la Administración contratante tendrá que tener presente el límite temporal tres años (ampliable a 12 meses más por Convenio Colectivo), que impone para estos contratos el artículo 15.1 del ET, dado que en caso contrario el trabajador adquirirá, en este caso, la condición de trabajador “*indefinido no fijo*”, puesto que las exigencias en relación al acceso al empleo público impiden que puedan ser considerados como personal fijo.

En este sentido, la Disposición Adicional 15ª , apartado 1 del ET, sobre la “*aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicios y al*

²³⁹ Por todas, STS de 5 de junio de 1999.

²⁴⁰ STS de 28 de julio de 1995.

encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas”, donde declara de aplicación dicha cláusula a las *“Administraciones, sus organismos públicos vinculados o dependientes”*, y se recuerda que pese a que afecte el límite máximo de duración del contrato de obra establecido en el art. 15.5 ET, también será obligación de la Administración el *“proceder a la cobertura del puesto de trabajo a través de los procedimientos ordinarios, conforme con la normativa aplicable”*. Pero en todo caso, *“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 trabajador acceda a empleo público superando el correspondiente proceso selectivo.”*

En mi opinión este apartado 1 de la Disposición Adicional 15ª tal y como está redactado no es acorde con los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público (103 CE). Con esta redacción se abre legalmente la vía a la incorporación como trabajadores *“indefinidos no fijos”* por medio de hechos consumados, prescindiendo de la declaración judicial que hasta este momento es el origen y condición en el reconocimiento de los empleados públicos indefinidos, (sin embargo, es cierto que, en la práctica, hay miles de trabajadores, que sin ser reconocidos judicialmente como *“indefinidos no fijos”* permanecen en el puesto, tal y como describe la norma, antes y después de esta Disposición Adicional 15ª...).

Otra particularidad, que constituye excepción en cuanto a la aplicación del plazo máximo señalado para los contratos temporales de obra o servicio determinado, que reconoce la D.A. 15ª del ET, afecta a los contratos realizados por las *“Administraciones y sus organismos públicos vinculados o dependientes”*, y *“las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LO 6/2001, de Universidades o en cualquier otras normas con rango de ley, cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años”*. Realmente, a mi entender, esta previsión se convierte en un trato favorable en esta materia para las Administraciones, respecto a su aplicación en el ámbito privado.

*Respecto al contrato temporal “*eventual por circunstancias de la producción*” (art. 15.1 b) ET), frente a la utilidad que tiene en el ámbito privado para atender incrementos de actividad vinculada al proceso empresarial, en el ámbito de la Administración es utilizado realmente para suplir las necesidades de personal derivadas de la falta de efectivos, como consecuencia de las limitaciones presupuestarias para dotar nuevas plazas con cargo al capítulo de personal, que se intentan compensar autorizando presupuesto al capítulo de inversiones para la cobertura de actuaciones concretas y urgentes.

La duración máxima de este contrato será de 6 meses en un plazo máximo de 12, si bien podría ampliarse en convenio colectivo hasta un máximo de 12 meses, dentro de un periodo de referencia de 18 meses.²⁴¹

*El contrato de interinidad por sustitución, no tiene particularidades respecto al ámbito laboral, siendo utilizado para cubrir la ausencia de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo.

*El contrato de interinidad por vacante previsto en el artículo 4 del RD 2720/1998²⁴², sí presenta especiales particularidades en el ámbito de lo público. En el sector privado se trata de un contrato que se debe realizar para cubrir un puesto que no está ocupado por ningún trabajador, y que está siendo objeto de un proceso selectivo para su cobertura, durando dicho contrato el tiempo que dure el proceso selectivo, con un máximo de duración de 3 meses.

Pues bien, esto es así hasta el año 2016, pero previsiblemente la regulación de las condiciones de utilización y las condiciones laborales de los contratos temporales cambiarán en un futuro próximo, como consecuencia de la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala décima), Asunto C-16/15, de 14 de septiembre de 2016, en la que se declaró que la norma española no respeta la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, al no fijar límites a la temporalidad, y permitir la utilización de esta modalidad contractual en un régimen diferenciado y

²⁴¹ El artículo 36.1 del III CUAGE, limita la duración de hasta 6 meses en un plazo de 12, conforme con el máximos que marca la ley.

²⁴² Anteriormente en el RD 2546/1994, art. 4.2.

discriminatorio en materia de indemnización por extinción del contrato, frente a los contratados indefinidos y otras modalidades contractuales temporales.

Efectivamente, la jurisprudencia anterior a septiembre de 2016, en el ámbito de la contratación laboral de las Administraciones, no exigía el respeto a la duración máxima legal de tres meses. De esta forma por la vía judicial se introduce el contrato de interinidad por vacante “*impropio*” en las Administraciones Públicas, que puede extenderse en el tiempo hasta que se cubra el puesto por el correspondiente proceso selectivo, -incluyéndose también la duración del proceso de provisión y cobertura de la vacante-²⁴³, sin un límite temporal concreto.

La legislación funcional tradicionalmente consideraba como única fórmula para cubrir los puestos vacantes durante su proceso de cobertura, la figura del funcionario interino, conforme con el art. 104 LFCE²⁴⁴. Hoy, la prestación temporal de servicios con esta finalidad también se realiza desde la contratación laboral temporal, si bien con esta adaptación en relación a la duración establecida en la regulación reglamentaria.

El fundamento jurídico (en mi opinión más que forzado) de esta modalidad de interinidad por vacante “*impropia*”, reside en el artículo 49.2 ET, que permite el establecimiento en el contrato de “*causas válidas de extinción*”, siempre que no constituyan abuso de derecho²⁴⁵. Parte de la doctrina consideraba que este argumento no era válido²⁴⁶, por entender que el art. 49.1 b) ET contempla un contrato sometido a condición resolutoria, que no cabe pactar porque se hace depender el contrato de un acontecimiento futuro e incierto, que depende del empresario exclusivamente, consecuentemente no se considera que la figura contractual esté justificada legalmente. Frente a esta posición se contra-argumenta que el art. 49.1 b) ET no hace referencia exclusiva a condiciones resolutorias, sino a causas de extinción “*que no*

²⁴³ STS de 17 de diciembre de 1997. STS de 27 de marzo de 2000. STS de 14 de mayo de 2008.

²⁴⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J.L. La relación laboral especial de empleo público. Civitas, Madrid, 2009.

²⁴⁵ En este sentido CRUZ VILLALÓN, J. “Estatuto de los Trabajadores comentado” Sevilla 2003.

²⁴⁶ OJEDA AVILES, A. “Los acuerdos de estabilización del personal laboral en las Administraciones Públicas” Comares, Granada, 1998.

constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario". Esto quiere decir que la referencia del art. 49.1 b) ET *"puede ser un término resolutorio, con certeza, o puede ser una condición resolutoria"*,²⁴⁷ siendo el caso del contrato de interinidad en la Administraciones un contrato sometido a término, siendo en este caso el término, la finalización del proceso de selección, que constituye una exigencia legal *"aunque no se sepa exactamente cuándo" se va a celebrar*²⁴⁸.

En definitiva, de la postura que se adopte en relación a la fundamentación jurídica de este contrato dependen también sus consecuencias en los supuestos de extinción. El cese del contrato de interinidad por vacante se produce cuando ésta se cubre definitivamente, pero también por la amortización de la plaza vacante, (en los últimos años ha sido habitual, consecuencia de la crisis económica). Sobre las consecuencias de la extinción por la amortización, ya adelantamos que se ha producido un cambio en la doctrina jurisprudencial, que inicialmente consideraba que el contrato de interinidad por vacante, al constituir una obligación sujeta a una condición resolutoria, al amortizarse la plaza se entendiéndose extinguido el contrato (sin más consecuencias), igual que sucede en los supuestos de cobertura de la vacante (STS 27 de febrero de 2013. Rec. 736/2012).

La última jurisprudencia cambia el criterio y matiza, que la amortización de la plaza tanto en estos contratos de interinidad, (como en los casos de los contratos indefinidos no fijos), no conlleva la extinción de la relación, sino que habrán de tramitarse conforme con lo establecido en materia de despidos objetivos (arts. 51 y 52 ET), por no tratarse de una obligación sujeta a condición resolutoria²⁴⁹, sino de contratos *"sometidos al cumplimiento del términos pactado: la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada interinamente"*. (STS (Sala 4ª), de 4 de junio de 2014, Rec. 217/13).

²⁴⁷ ALONSO OLEA, M. CASAS BAAMONDE, M.E., Derecho del Trabajo. Civitas, Madrid, 2010.

²⁴⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J.M. La relación laboral especial de empleo público. Civitas, 2009.

²⁴⁹ *"Obligaciones condicionales, reguladas en los arts. 1113 y ss CC, son aquellas cuya eficacia depende de la realización o no de un hecho futuro e incierto...en las obligaciones a plazo, reguladas en los artículos 1125 y ss CC, siempre se que el plazo necesariamente llegará"* (aunque no se sepa la fecha cierta), *"máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 EBEP)"*, (STS 4 de junio de 2014).

Así pues, en los casos de amortización de la plaza vacante la Administración deberá proceder al despido por causas objetivas del interino por vacante, *“incluso cuando se haya aprobado una nueva RPT, supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas o de producción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos”* en los art. 51 y 52 del ET, (STS de 4 de junio de 2014).

Sobre este tema insisto en la importancia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala décima), Asunto C-16/15, de 14 de septiembre de 2016, que declara contraria a la norma comunitaria la regulación española en esta materia, al establecer diferencias, claramente discriminatorias para las modalidades contractuales temporales, y en particular la de interinidad por sustitución que carece de derecho a indemnización, frente a la indemnización de 12 días por año por finalización de otros contratos temporales (art. 49.1 c) ET), y frente a los 20 días por año establecidos para los despidos de los indefinidos cuando concurren causas objetivas (art. 53.1 b) ET).

4.3. Efecto de la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre las relaciones laborales de las Administraciones Públicas.

Recientemente la doctrina jurisprudencial del TJUE, ha ocasionado un terremoto jurídico, cuyas consecuencias veremos en poco tiempo. Esto nos ha recordado, que es importante tener presente el efecto, y límites que la Directiva 1999/70/CE sobre relaciones de trabajo de duración determinada, y al Acuerdo Marco (AM) de la CES, UNICE y el CEEP,²⁵⁰ sobre trabajo de duración determinada.

²⁵⁰ *“Se trata de una Directiva de mínimos que incorpora y da relevancia jurídica al contenido del acuerdo adoptado a través del diálogo social europeo, con el que se superó el bloqueo de la actuación normativa comunitaria. Los interlocutores sociales pretenden, a través de este Acuerdo, establecer los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo; mejorar la calidad del trabajo temporal garantizando la aplicación del principio de no discriminación y establecer un*

Esta normativa y jurisprudencia de la Unión, han sido expresamente declaradas de aplicación a los empleados públicos laborales (incluidos los “indefinidos no fijos”,²⁵¹ y pendiente de confirmar los eventuales, que previsiblemente conforme a su forma de argumentar, también serán incluidos en su ámbito de aplicación).²⁵² La importancia de la aclaración en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del AM, es clave, dada la importante litigiosidad que existe en esta materia y en este tipo de relaciones de trabajo, y la cantidad de cuestiones prejudiciales planteadas en los últimos años por jueces españoles, que afectan a materias tan diversas como de acceso al empleo, remuneración, indemnizaciones por despido, tiempo de trabajo, o la carrera profesional de los empleados públicos... Esto ha tenido su reflejo en los importantes efectos que viene teniendo la jurisprudencia del TJUE en las relaciones de trabajo de los empleados públicos,²⁵³ que con la última de estas sentencias de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14), que, como antes avanzaba, probablemente obligarán a modificar su régimen jurídico para diseñarlo de forma acorde a la Directiva y el AM.

Sobre este tema, particularmente importante es la interpretación que el TJUE realiza de la cláusula 4, apartados 1 o 4 del Acuerdo Marco, titulado “*principio de no discriminación*”, que establece respecto a las condiciones de trabajo, que “*no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración*

marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada”. MORENO VIDA, M.N. “*La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal en las Administraciones Públicas*”. Trabajo y Derecho, núm. 21, septiembre de 2016.

²⁵¹ Auto de 11 de diciembre de 2014, C-86/14, Marta León Medialdea y Ayuntamiento de Huétor Vega de Granada. Se declara incluidos los “indefinidos no fijos” en el concepto de contrato de duración determinada, porque la conversión dicha conversión del contrato es consecuencia de la utilización abusiva de los contratos de duración determinada, y no modifica la naturaleza de estos contratos, siendo exigible la aplicación a estos el derecho indemnizatorio que proceda legalmente.

²⁵² En la Sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, el Tribunal interpreta que conforme con la cláusula 2, apartado primero, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, el ámbito de aplicación personal debe interpretarse de forma abierta, dado que el precepto hace referencia a “*trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los Convenios Colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro*”, por tanto no afecta a su inclusión la condición de público o privado del empleador.

²⁵³ MORENO VIDA, M.N. “*La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal en las Administraciones Públicas*”. Trabajo y Derecho, núm. 21, septiembre de 2016.

determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

Pues bien, la jurisprudencia en interpretación de dicho precepto establece como máxima la igualdad de trato de fijos y temporales, salvo que la desigualdad en la regulación o aplicación de la ley se base o justifique en la existencia de probadas “razones objetivas”, y aclara dicho concepto jurídico indeterminado, manifestando que sólo se considerará que concurren estas cuando “*la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, que verifiquen si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto*” (STUE de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05; STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10). En definitiva, la Directiva configura el principio de no discriminación de forma “débil”²⁵⁴, no cerrada, al dejar margen a la existencia de tratos diferenciados en las condiciones de trabajo, que justifican por esas “razones objetivas”, distintas de las características del vínculo contractual.

En segundo término, surge la duda sobre lo que pueda considerarse “*situaciones comparables*”, es decir, cuáles son los elementos que pueden conllevar un trato diferenciado, y cuando estamos comparando entre iguales o equivalentes trabajadores. Los criterios a tener en cuenta al respecto según el TJUE son, por ejemplo, “*la especial naturaleza de las tareas realizadas*” por unos y otros trabajadores (funciones atribuidas, obligaciones...), las características de éstas, y por tanto la exigencia de diferente cualificación del trabajador (exigencia de una cualificación académica o formación específica o

²⁵⁴ MORENO VIDA, M.N. “*La aplicación...*” (cit). Pág. 22.

experiencia cualificada), o la “*persecución de un objetivo legítimo de política social*”.²⁵⁵

Por último, (y lo que es más importante dado el impacto que ha tenido en nuestro ordenamiento), el Tribunal considera que no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores temporales y fijos “*el hecho de que dicha diferencia esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo*” (Sentencia de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, apartado 46).

A la vista de todo lo anterior mi conclusión en relación a esta nueva jurisprudencia es que la contratación temporal necesariamente va a quedar relegada sólo a los contratos formativos (en prácticas y para la formación), o supuestos especiales y muy diferenciados de los ordinarios de contratación temporal (contratos para personal con discapacidad o similares). Conforme con el TJUE, las posibles diferencias de condiciones de trabajo, (es decir la regulación especial que diferencia a temporales e indefinidos), solo puede venir justificada por razones de fondo, (objetivas) que lo justifiquen, -incluida la indemnización por extinción del contrato-, no existe *de facto* diferencias entre fijos y temporales (más que las que puede haber entre los propios fijos, derivadas por ejemplo de la antigüedad o la especial cualificación). En este sentido es interesante la observación del profesor Cruz Villalón que hablaba de la llegada del “*contrato único por la vía judicial*”. Sin embargo, como he dicho, sí podrían mantenerse las modalidades contractuales formativas, (que tienen la condición de temporales), por tener como objeto la cualificación de trabajadores inexpertos, que no tienen los contratos temporales estructurales.

Por último surge la duda sobre la aplicación o no, de esta doctrina a los temporales contratados mediante ETT, dado que la Directiva 1999/70/CE los excluye de su ámbito de aplicación, sin embargo considero que realmente más que esta exclusión es una remisión a su particular regulación, y si analizamos

²⁵⁵ Así pues, no se considera criterio suficiente para diferenciar a los trabajadores el que ostenten la condición de funcionario interino o de carrera, con las consiguientes repercusiones en materia de reconocimiento de derechos para los interinos en materia de antigüedad, retribución (trienios)... STJUE de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres.

la Directiva 2008/104/CE, sobre ETT, en su artículo 2 y 5 establece el “*principio de igualdad de trato*” en las condiciones de trabajo de los temporales puestos a disposición mediante ETT, serán las mismas que las de los trabajadores de plantilla de la empresa en la que prestan servicios, (lo que quiere decir que se le aplicará los mismos derechos legal y convencionalmente establecidos).

En definitiva, el principio de no discriminación que marca la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea ha comenzado a matizar la configuración de las condiciones de trabajo de los empleados públicos laborales con contrato de duración determinada por la vía judicial. Sin embargo la cuestión está ahora en la reforma legal que se va a tener que acometer para proceder la adaptación de muchos aspectos del régimen jurídico a la norma comunitaria por el legislador nacional diversos aspectos, para adecuar la norma nacional a la Europea, sin perjuicio de que constituyan un cambio de concepto (necesario) del modelo de contratación temporal de nuestro país.

4.3. Matices para la aplicación de las reglas sobre encadenamiento de contratos temporales en las Administraciones Públicas (análisis de la Disposición Adicional 15ª del ET).

Conforme con el apartado 3 de la Disposición Adicional 15ª del ET, introducida en el contexto de la reforma laboral, los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, están sometidos a las nuevas reglas sobre encadenamiento de contratos regulada en el art. 15.5 del ET (*“los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sean directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal , con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”*).

Pese a su exclusiva referencia en el artículo a la adquisición de la condición de trabajador fijo, se entiende que el efecto de su incumplimiento en

las Administraciones será el mismo que hemos comentado en relación a la duración máxima del contrato de obra: la conversión en “*indefinido no fijo*” del trabajador afectado por la i

Sobre este punto, la Disposición Adicional 15ª. 3 del ET, matiza que los efectos de la medida de estabilización de los temporales, a los contratos realizados en el ámbito de las Administraciones, excluyendo expresamente “*sin que forme parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las mismas*”. Esto no es ilógico, entendiendo que cada uno de estos ámbitos de la Administración tiene personalidad jurídica propia, de tal forma que sería similar a lo que suceden entre empresas de un mismo grupo empresarial cuando contratan legalmente (no como grupo fraudulento, obviamente), y de forma diferenciada a los mismos trabajadores.

Se excluye de este instrumento de limitación a la temporalidad a los contratos de trabajo previstos “*en la LO 6/2001, de Universidades, o en cualquiera otras normas con rango de ley*” (a la de la jurisprudencia del TJUE en materia de condiciones de trabajo de los temporales ya analizada, pienso que esta última exclusión en términos tan generales no sería ajustada a derecho, salvo que la propia naturaleza especial del contrato lo justificase).

El apartado 9 del art. 15 ET, establece, en los supuestos en que se sobrepasen los límites temporales de duración de los contratos, la obligación para empresario de facilitar por escrito, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos legalmente fijados, documentos justificativo de su nueva condición de trabajador fijo en la empresa. Sin embargo, entiendo que este apartado no puede considerarse de aplicación a los laborales de las Administraciones, dado que constituiría la conversión del contrato en indefinido sin pasar por un proceso de selección sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad (una vez más, los principios constitucionales que afectan a la Administración condiciona la aplicación automática de la norma laboral). Sin embargo, si se sobrepasaran los límites temporales de duración, el trabajador

podría reclamar judicialmente el reconocimiento de su condición de “*indefinido no fijo*”, y una vez reconocida dicha condición incluir el puesto en la RPT de la Administración afectada.

En definitiva, en esta materia el apartado 9 del Art. 15 del ET no sería de aplicación a las relaciones laborales de la Administraciones, primando lo establecido en materia de acceso por el EBEP y el Convenio Colectivo que corresponda (todo ello conforme con el art. 7 del EBEP).

4.4 Especial referencia al cómputo de la antigüedad de los trabajadores temporales de las Administraciones con contratos sucesivos.

Un tema conflictivo que es consecuencia directa del abuso en la utilización de la contratación temporal en las Administraciones, es el relativo al cómputo de la antigüedad de dichos trabajadores, cuando estos ven renovarse el vínculo en sucesivas ocasiones.

Ejemplo de esta cuestión lo constituye la última jurisprudencia dictada sobre un supuesto en el que se planteaba la existencia o no, de discriminación entre funcionarios (en concreto, interinos) y laborales, ante la distinta forma de cómputo de la antigüedad cuando ha habido distintos vínculos, o interrupciones entre el vínculo original y el definitivo del trabajador con la empresa, habiéndose impugnado en conflicto colectivo, la forma de computar dicha antigüedad en relación al complemento de antigüedad previsto en el artículo 37.7 del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Comunidad de Madrid, cuya nulidad requerían las centrales sindicales por considerarlo discriminatorio.

Previamente, en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de junio de 2015, se calificó de discriminatorio el apartado 7 del artículo 37 del mencionado Convenio, que reconoce dicho complemento salarial a los trabajadores, cuando matizaba que a los trabajadores con contrato eventual

que pasasen a formar parte de la plantilla de personal laboral fijo, se les debía computar los servicios prestados para la Comunidad de Madrid, a efectos de antigüedad, salvo que la prestación de sus servicios hubiera tenido en algún momento solución de continuidad por más de tres meses consecutivos, en cuyo caso sólo se computarán los servicios posteriores a la última interrupción superior a tres meses.

El Tribunal Supremo (Sala 4ª), en Sentencia de 20 de octubre de 2016, (dictada por unanimidad), resolvió dicho conflicto estimando el recurso planteado por la Comunidad de Madrid, y declarando que no podía ser calificado como discriminatorio para los trabajadores temporales en general, el mencionado apartado del artículo del Convenio Colectivo en cuanto al reconocimiento de los derechos de antigüedad. El Tribunal Supremo manifiesta que *“...nada impide que el convenio colectivo señale que no se tendrán en cuenta las rupturas del vínculo contractual superiores a tres meses, siempre y cuando tal régimen se aplique de modo igual a todos los trabajadores que hayan estado vinculados a la empresa mediante diversos contratos de trabajo, con independencia de la naturaleza temporal de los mismos”, “...la cláusula controvertida no resulta contraria al principio de igualdad de trato ni contiene discriminación alguna en la medida en que fija esa interrupción de tres meses como parámetro de diferenciación para el cómputo del periodo de servicios. Lo que podría resultar contrario a ese principio básico de igualdad sería que a los temporales no se les computaran los servicios en la misma medida que a los eventuales que pasen a fijos o que a éstos se les aplicaran medidas distintas de las que se apliquen en su caso a los primeros.”*

Esta doctrina se aplica tanto a contratados temporales que haya visto interrumpida entre la finalización de un contrato y la celebración de otro, y aquellos otros que iniciasen el vínculo mediante contratación temporal, pero pasen a suscribir un contrato por tiempo indefinido. *“En ambos supuestos, el respeto al principio de igualdad de trato exigirá que el tratamiento que se haga de las situaciones de discontinuidad en la prestación de servicios resulte homogéneo...”*

No obstante hay que advertir que la anterior sentencia hace referencia a unas condiciones establecidas convencionalmente, pero esto no obsta a que en los casos en que los contratos temporales sean en fraude de ley, (es decir, que pueda acreditarse la existencia de un solo vínculo laboral aunque existan interrupciones entre contrato y contrato), no reconocido por la empleadora, la antigüedad que debe ser reconocida se remonta al primer contrato de trabajo en fraude de ley. En este sentido se posicionan las últimas sentencias dictadas por el TJUE, en materia de contratación temporal comentadas en anteriores epígrafes, (Sentencias TJUE de 14 de septiembre de 2016).

Por otro lado, también hay que diferenciarlo del supuesto que afecte a los contratos de los fijos discontinuos, cuya antigüedad deber ser *"...computado, a efectos de la promoción económica (trienios) y profesional vinculada a la antigüedad, todo el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral fija discontinua con inclusión de los periodos en que no ha habido prestación efectiva de servicios."*

Este criterio fue plasmado en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002 (Rec. Núm. 1886/2002), Sentencia TS de 11 de junio de 2014 (Rec. Núm. 1174/2013), en esta se reconoce que el cómputo debe hacerse desde el inicio de la relación, pues *"no estamos ante trabajadores temporales, cuyo vínculo se hubiera roto y su prestación de servicios estuviera interrumpida por la extinción del contrato. Aquí se trata de trabajadores indefinidos de carácter discontinuo, cuyo nexo contractual con la parte empleadora está vigente desde su inicio, con independencia de la distribución de los tiempos de prestación de servicios..."*.

4.5. Los contratados temporales de las Administraciones frente a la figura de los funcionarios interinos.

Los contratados temporales de la Administración contrastan con la regulación de los funcionarios interinos del artículo 10 EBEP, que acceden a un puesto funcional temporal para cubrir una vacante hasta que la plaza sea provista por el procedimiento legal, o por una sustitución, acumulación de tarea o la realización de un programa de actuación de no más de 3 años (es decir,

que en una sola figura aúna todas las modalidades de contrato temporal que existen). Realmente la diferencia de estos funcionarios temporales y los contratados temporales debe residir en la naturaleza de la actividad que realizan, que en el caso de los funcionarios conllevará el ejercicio de potestades públicas, o de salva guarda del interés general, conforme con lo previsto en el art. 9.2 EBEP.

Este tema enlaza con el problema, ya tratado, que se plantean en algunos casos en relación a la determinación (o mejor dicho, la indeterminación que provoca la actual regulación), de cuál debe ser la naturaleza jurídica de la relación, en los casos en que las funciones no están reservadas a funcionarios, ni el puesto de trabajo está previsto en la RPT. En relación a este particular, coincido con la opinión que defiende que la discrecionalidad de la Administración en este punto debe limitarse al respeto del art. 9.2 EBEP, y al margen que otorga el legislador con la elaboración de las RPT, debiendo en los casos en que no exista previsión en la RPT, acudir a la analogía entre puestos de trabajo para resolver la cuestión.²⁵⁶

4.6. Referencia al periodo de prueba en los contratos laborales de las Administraciones.

La existencia de un periodo de prueba se admite en las modalidades contractuales que legalmente lo permiten, pero condicionado a que se haya establecido su existencia de las bases reguladoras del proceso selectivo para el puesto, o/y si está expresamente previsto en el Convenio Colectivo de aplicación o en el contrato de trabajo.

De hecho el contrato de trabajo no podrá establecer un periodo de prueba, si éste no venía previsto en las bases,²⁵⁷ porque el contrato debe adaptarse a las bases publicadas en relación al puesto de que se trate, y no al

²⁵⁶ En este sentido López Gómez, J.M. La relación laboral especial de empleo público. Civitas, Madrid, 2009.

²⁵⁷ ROSAT ACED, I. El libro del Concejal de Personal y Recursos Humanos. Lefebvre/El Derecho, 2015.

contrario (TSJ Madrid, de 10 de marzo de 2003; TSJ de Madrid de 7 de febrero de 2007).

En el EBEP no se prevé nada al respecto, así que se estará a lo previsto en el art. 14 del ET, y el Convenio Colectivo que proceda. Por tanto, salvo lo antes dicho, no existe ninguna particularidad frente a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, y en este periodo de tiempo tanto la Administración como el trabajador podrán poner fin a la relación laboral, sin que sea preciso justificar la causa, ni exista derecho a indemnización alguna.

El artículo 35 del III CUAGE regula su existencia para “*el personal de nuevo ingreso*”, con una duración de tres meses para los grupos profesionales 1 y 2, y un mes para el resto de trabajadores, salvo los “no cualificados” para los que el periodo de prueba será de quince días. Sin embargo añade una previsión de utilización fraudulenta, al establecer que se declararan nulos los pactos que establezcan periodo de prueba para trabajadores que hayan desempeñado las mismas funciones anteriormente, bajo cualquier modalidad contractual, para la Administración que lo contrata.

5. Los mecanismos de externalización de servicios en las Administraciones Públicas: Empresas de Trabajo Temporal y otras formas de contratación de obras y servicios.

La externalización de servicios, -también denominada outsourcing, o descentralización productiva-, es una técnica de organización y producción empresarial por la que las empresas encomiendan algún aspecto o parte de su producción a una empresa externa, a veces para potencial y poder centrarse en el núcleo duro de su actividad empresarial, o simplemente para abaratar costes.

Estos procesos consolidados en el ámbito de la empresa privada, también es un fenómeno que se ha ido extendiendo en el ámbito del sector público. La externalización de servicios públicos, y la privatización de algunos de ellos, son parte de la política liberalizadora impulsada desde la Unión

Europea. La idea de que este mecanismo redundaba en una mayor eficacia y eficiencia de la gestión de los servicios públicos prolifera en nuestras Administraciones, igual que en otros países de la Unión, a lo largo de los años ochenta-noventa, y aún hoy perdura. Actualmente, existen ciertos atisbos de remunicipalización de servicios vinculados en algunos casos a las dificultades presupuestarias de las Administraciones y a los cambios de signo político de algunos ámbitos territoriales.²⁵⁸

Las vías de externalización son diversas, si bien especialmente relevantes son la contratación y subcontratación de obras y servicios, y recientemente la apertura a la posibilidad de contratación de mano de obra mediante Empresas de Trabajo Temporal (aún despuntando).

Tanto la externalización, como la reversión de la gestión de los servicios públicos, tienen directas consecuencias en la forma de regular y ordenar una vía de contratación indirecta de personal formalmente ajeno a las Administraciones, que no obstante puede llegar a derivar en responsabilidades y consecuencias en el ámbito de su empleo público. En los siguientes epígrafes analizaremos dicha regulación y los principales problemas en relación a esta materia, y valoraremos las ventajas e inconvenientes que presentan estos instrumentos.

²⁵⁸ “ Las justificaciones se basan, en lo esencial, en paradigmas como la reducción del gasto público y buscar una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos, sin olvidar, como se ha apuntado, también el predominio de una ideología neoliberal que buscaba en la célebre expresión hacer “retroceder las fronteras del Estado” y, consiguientemente, reducir el tamaño del sector público. Sin embargo, en la actualidad, y precisamente en el marco de procesos de reestructuración del sector público en los países de sur de Europa en los que un eje esencial ha sido la privatización y externalización de actividades y servicios, en sentido inverso se está iniciando una cierta tendencia a revertir a la gestión pública directa algunos servicios anteriormente externalizados cuyos resultados han sido, en más de un supuesto, ciertamente discutibles”. CASTILLO BLANCO, F. “La remunicipalización de servicios y situación del personal de los servicios rescatados”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 59-59. (Iustel, febr-mar 2016).

5.1. La utilización de las Empresas de Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas.

5.1.1. Antecedentes.

La aceptación de la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal en nuestro país, supuso la legalización de un mecanismo de cesión de mano de obra temporal que constituía un potente mecanismo de flexibilización del mercado laboral de forma ordenada y regulada. Así la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguló esta realidad, actualmente consolidada en nuestro mercado laboral, pese a las críticas que siguen suscitando, y a la mala imagen de este tipo de empresas que, realmente suponen la aceptación de un cierto nivel permanente de precariedad en el mercado laboral.

La utilización de este instrumento de gestión de mano de obra temporal por parte de la Administración como empresa usuaria es una posibilidad que se planteó desde su aparición, siendo defendido por algunos sectores de la propia Administración como un instrumento en apoyo del principio constitucional de eficacia que debe informar su actuación, -eso sí, omitiendo el alto coste de dicha mano de obra temporal, y la potencial vulneración de los principios informadores del acceso al empleo público-.

La cuestión principal, por tanto, surgió en relación a la existencia o no de límites en la utilización de las ETT, puesto que, si bien es cierto que no existía referencia alguna en la propia Ley 14/94 a la utilización de estos servicios por parte de las Administraciones Públicas, lo cierto es que al personal laboral de empleo público formalmente le era de aplicación el ordenamiento jurídico laboral en su integridad, del que forma parte esta norma, (sin perjuicio, de que fuese necesario realizar adaptaciones por el necesario respeto de los principios de acceso al empleo público de los artículos 23 y 103 de la Constitución).

La primera respuesta a esta cuestión, a nivel normativo, surge con la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modificó el artículo 97 de la Ley de Contratos

de las Administraciones Públicas del año 1995, estableciendo esta posibilidad de contratación pero con muchas reservas,²⁵⁹ (posteriormente se vuelve a recoger esta previsión en el Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública).

En esta primera regulación del uso de las EETT el legislador limitaba su utilización a supuestos concretos y restringidos exclusivamente al uso de la modalidad contractual temporal eventual. Este modelo restrictivo es el que también fue adoptado, -realmente reproducido-, en la regulación sobre contratación pública aprobada por Ley 30/2007, de 30 de octubre, (LCSP), que en su Disposición Adicional 5ª perfila la forma de contratación con ETT, declarando el carácter excepcional y restrictivo de la utilización de las mismas por la Administración, que se limitará a la formalización de “*contratos eventuales*”, para aquellos casos en que “*se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos*”. Se concreta, y por tanto se limitan, tanto la modalidad contractual que pueda realizarse, como las causas de estos contratos.

Además, en el apartado segundo de la mencionada Disposición Adicional 5ª se advierte que, en ningún caso, el trabajador adquirirá la condición de fijo en los supuestos de sobrepasar el límite temporal de seis meses que es la duración máxima que se marca para este contrato. En concreto se dice que ante contratos formalizados con ETTs, en los que se haya superado el plazo de duración máximo sin haber extinguido la relación laboral, “*no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismos o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas,*

²⁵⁹ Frente a la regulación dirigida a la Administración Pública, el art. 6 LETT establece que se puede recurrir a los servicios de una ETT en los mismos casos en los que cabe utilizar la contratación temporal directa (los previstos en el art. 15 ET) y siempre que no estemos en alguno de los supuestos “prohibidos” previstos en el art. 8 LETT (sustituir trabajadores en huelga, cobertura de puestos de trabajo peligrosos en determinadas circunstancias, empresas que han amortizado puestos de trabajo en los últimos doce meses o para cederlos a otra ETT). Además, el trabajador cedido por una ETT que al finalizar el contrato de puesta a disposición continúa prestando servicios en la empresa usuaria adquiere la condición de fijo en dicha empresa (art. 7.2 LETT).

realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/94, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La duración de estos contratos en ningún caso podrán superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga”.

De esta forma se excluyen a los trabajadores temporales al servicio de la Administración Pública como usuaria de ETT, el derecho a la estabilidad en el empleo previsto por la legislación laboral para los trabajadores cedidos mediante ETT, motivado, claro está, por el necesario respeto a los principios administrativos que rigen en el acceso al empleo público.

5.5.2. Regulación actual acorde con la Directiva 2008/104/CE.

La incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 (DOUE 15 de diciembre de 2008), sobre Empresas de Trabajo Temporal (ETT), ha supuesto un gran cambio en el ámbito de la utilización de la cesión legal de trabajadores en las Administraciones públicas. La Directiva, cuando delimitaba su ámbito de aplicación en relación a las empresas se refiere tanto a las que son de trabajo temporal, como a las usuarias, sean unas u otras públicas o privadas.²⁶⁰

Tanto la norma europea, como la nacional consideran a las ETT como un importante instrumento dinamizador del mercado de trabajo y de intermediación eficaz entre oferta y demanda, acorde con las exigencias de flexibilidad en la organización de las empresas,²⁶¹ y la seguridad de los trabajadores en el mercado de trabajo (en mi opinión, no es más que la aceptación por parte de la U.E. de la precarización de las relaciones laborales como una de las características que marca el mercado). Esta nueva regulación de las ETT se enmarca en la estrategia de “*flexiseguridad*” de la Unión Europea

²⁶⁰ No obstante se acepta, -con la correspondiente consulta a los interlocutores sociales-, que los Estados de la Unión dispongan “*que la Directiva no se aplique a los contratos de trabajo o relaciones laborales concluidos en el marco de un programa -público específico o apoyado por los poderes públicos- de formación, inserción y reconversión profesionales*”.

²⁶¹ Considerando 11 de la Directiva 2008/104/CE.

(Directrices integradas para el crecimiento y el empleo 2005/2008 y “*principios comunes sobre flexiseguridad*” aprobados por el Consejo de Europeo de 2007),²⁶² y el auge de la cesión temporal de trabajadores en el espacio europeo, que lleva a la Unión a adoptar una visión muy favorable a esta forma de intermediación laboral.

El principal objetivo de la Directiva 2008/104/CE es el de proporcionar un marco normativa a esta realidad que asegure un mercado de trabajo temporal de calidad, que satisfaga a la vez las ventajas de un instrumento de flexibilidad en la gestión de mano de obra y la aceptación social del mismo vinculada a esos parámetros de calidad, que desde la normativa de la Unión se traduce en el intento de “*proporcionar un marco jurídico e institucional apropiado de utilización de la cesión legal de trabajadores*”, garantizando la protección de los mismos, a cambio de la “*revisión de las restricciones y prohibiciones de que podría ser objeto el recurso a la cesión de trabajadores*”.²⁶³

En nuestro país la cuestión de desajuste con la Directiva surge cuando se analizan las restricciones que de la Disposición Adicional 5ª de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre contratación mediante ETTs en la Administración Pública, en contraste con el artículo 4 LCEur 2008\1962, sobre “*revisión de las prohibiciones*”. Este precepto establecía que, con carácter general, «*las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos*». Quiere esto decir que, de conformidad con la legislación nacional, los Convenios Colectivos y las prácticas nacionales, los Estados debían revisar (como ha sucedido), “*las restricciones o prohibiciones*

²⁶² Moreno Vida, Mª N. “*El debate sobre la flexiseguridad en Europa*”, en AAVV: Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa. XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTIN, Madrid, 2010.

²⁶³ Considerando 18 y Art. 2 y 4 de la Directiva 2008/104/CE.

establecidas al recurso a la cesión temporal de trabajadores a fin de comprobar si siguen estando justificadas por las razones expuestas”.

Pues bien, en la regulación española de las ETT, el RDL 10/2010 de 16 de junio,²⁶⁴ primero y principalmente la Ley 35/2010, transpusieron las reformas en la línea liberalizadora que marca la Directiva de 2008, incluyendo la eliminación de las restricciones a su actividad en el ámbito de las Administraciones Públicas y la reducción de los trabajos u ocupaciones prohibidas que en la legislación anterior era bastante más amplia y proteccionista.

Así, la Disposición Adicional 4ª añadida por la Ley 35/2010, a la Ley 14/1994, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal (LETT), estableció que a partir del 1 de abril de 2011, se suprimirían todas las prohibiciones o limitaciones a la contratación mediante ETT, incluida la prohibición prevista en la Disposición Adicional quinta²⁶⁵ de la Ley 30/2007, reguladora de los contratados del sector público, que prohibía, -pero con cierto margen de tolerancia-, la celebración en el ámbito de las Administraciones de *“contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, tomas de datos y servicios análogos”*.

El proceso se completa con la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su art. 17.7, derogando expresamente la Disposición Adicional 5ª de la Ley 30/2007 (aunque ya había sido derogada tácitamente por el RDL 10/2010), y se encomendaba al Gobierno la labor de

²⁶⁴ La exposición de motivos del RDL 10/2010, de 16 de junio, señala como uno de sus objetivos el proceder a transponer la Directiva 2008/104, y en atención a la misma, se eliminaron las restricciones de la regulación anterior, abriéndose los supuestos en que cabe utilizar los servicios de una ETT en las Administraciones, al aprobarse la nueva redacción de la Disposición Adicional 4ª de la LETT, que declara suprimidas a partir del 1 de abril de 2011, *“las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición mediante ETT, con la única excepción ...de limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas... cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos, o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado laboral, y de evitar posibles abusos”*.

²⁶⁵ Derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 35/2010, a partir del 1 de abril de 2011.

establecer, (previa negociación en la Mesa General), los criterios de aplicación de esas previsiones en el ámbito de las Administraciones, e introduciendo una limitación expresa, declarando que no “*se podrán realizar contratos de puesta a disposición para la realización de tareas, que por una norma con rango de Ley, estén reservadas a funcionarios*”.²⁶⁶

De esta forma, a partir del 1 de abril de 2011 se abre la posibilidad de contratar mediante ETT en el ámbito de las Administraciones. De hecho la única restricción directa que existe para la utilización de las ETT en el ámbito de las Administraciones es la misma que rige para la posibilidad de realizar contratos de naturaleza laboral, es decir que quedan fuera de la posibilidad de contratar mediante ETT las tareas o actividades reservadas a los funcionarios públicos a través de una norma legal.²⁶⁷ A esto se añade las limitaciones genéricas, en consonancia con lo previsto en la Directiva de 2008, que hacen referencia a la posible existencia de razones de “*interés general, relativas a la protección de los trabajadores cedidos por ETT, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos*”.

El problema es que, dada la incompleta regulación que actualmente tenemos en España en materia de determinación de puestos reservados a la función pública, esta previsión legal es equivalente a dejar abierta a innumerables posibilidades la contratación mediante ETT en la Administraciones. Si bien, la propia Disposición que elimina las limitaciones de contratación en el ámbito de lo público, reconoce un papel importante en esta materia a la negociación colectiva (“*previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas*”), que ya debía haber jugado un papel modulador y delimitador de pautas y parámetros homogéneos a seguir

²⁶⁶ Lo que a contrario implica la posibilidad de concertarlos para puestos no reservados, aunque estén ocupados por funcionarios (en este sentido Mauri Majos, J. y Nores Torres, L.E.).

²⁶⁷ Limitación que se discute si también se extiende al personal Estatutario o no. Parece que la posición más sólida en esta materia es la que niega la posibilidad de contratación mediante ETT de este tipo de personal, dada la naturaleza funcional del vínculo, reconocido en el artículo 1 de la Ley 55/2003, que regula el Estatuto Marco (que lo denomina relación funcional especial), en relación con el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, que aprobó el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público que los equipara a “*personal funcionario de carrera*”. En este sentido Moreno Vida, M^e N. “*El recurso a las Empresas de Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas*”. Reestructuración de las Administraciones Públicas. AAVV. Editorial Comares, 2015.

para evitar conflictos a la hora de proceder al uso de este fórmula de contratación por las Administraciones Públicas. De hecho el papel de la negociación se establecía como elemento previo al mandato que recibe el ejecutivo de concretar los posibles límites, (*“establecerá los criterios funcionales de aplicación de los posibles límites”*) a este instrumento de cesión de mano de obra, (Disposición adicional 4º Ley 14/94), si bien las políticas anticrisis, una vez más, han jugado un papel paralizador en el ámbito de las Administraciones, en este caso en relación a la definitiva consolidación de la utilización de las ETT en las Administraciones.

Efectivamente, después de ésta regulación liberalizadora en materia de ETT que hemos comentado, la regulación que se ha aprobado refleja el temor a la mala utilización de este y otros mecanismos de contratación de mano de obra en las Administraciones, como la contratación y subcontratación de servicios. En concreto el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, a fin de evitar la conversión de personal laboral vinculado a las Administraciones mediante figuras como la cesión legal de trabajadores o la contratación de servicios en indefinidos no fijos, estableció en su Disposición Adicional primera, un mandato para los entes, organismos y entidades del sector público, que antes de 31 de diciembre de 2012, debían dictar instrucciones concretas para evitar irregularidades que *“pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral,”* debiendo garantizarse la *“correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado”* a fin de evitar este tipo de situaciones.²⁶⁸

Actualmente la utilización, y por tanto la posibilidad de comprobar el efecto en las Administraciones del supuesto papel dinamizador del mercado laboral que atribuye la Directiva a las ETT, es imposible. Las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos años han bloqueado la posibilidad de contratar temporales, y la Ley 48/2015, que aprobó los Presupuestos de 2016, mantiene en su artículo 20.4, cuatro, la restricción

²⁶⁸ En este mismo sentido se dicta la Resolución de 27 de octubre de 2010, de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas (BOE de 18 de enero de 2011).

estableciendo que “los contratos de puesta a disposición con Empresas de Trabajo Temporal sólo podrá formalizarse en las condiciones del apartado dos de este artículo²⁶⁹ y requerirán la previa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.”

No obstante, está por ver el tan ventajoso papel para la flexibilidad del mercado de trabajo preconizaba la Unión Europea de este sistema de intermediación que, a casi diez años vista de cuando se aprobó la Directiva, hoy vemos como un sistema de intermediación que encarece la mano de obra para la empresa usuaria,²⁷⁰ y que, en el contexto actual, pierde agilidad frente a otros instrumentos telemáticos, (a los que la patronal de este sector acusa de competencia ilegal y que realmente es competencia feroz), como son las aplicaciones informáticas de búsqueda de empleo. Realmente la principal razón de ser que tenía estas empresas comercializadoras de la cesión de mano de obra, no era otra que la inmediatez en la puesta a disposición de trabajadores para empresas, que se ahorraban el proceso selectivo de la mano de obra temporal y la gestión de personal, pero a cambio de un mayor precio por esa mano de obra, aspectos que en el ámbito de las Administraciones donde esos sueldos y servicios a la empresa privada se paga con dinero público no tiene sentido, ni justificación, es más contradice los principios constitucionales que rigen el funcionamiento de las Administraciones.

5.1.3. Algunas cuestiones pendientes en torno a la utilización de las Empresas de Trabajo Temporal por las Administraciones Públicas.

Una cuestión que queda sin resolver con la nueva regulación, es la relativa a si a las consecuencias jurídicas de las irregularidades en las obligaciones contractuales se aplica de lleno a las Administraciones. Al no existir previsión alguna en cuanto a exención de responsabilidades en esta materia, se entiende que se aplicaran las previsiones que regula la LETT. En concreto el artículo 16.3 de la LETT reconoce la “*responsabilidad subsidiaria*

²⁶⁹ En concreto se limita a: ... *casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarias o afecten a servicios públicos esenciales (art. 20.dos LGP para 2016).*

²⁷⁰ Más aún en el caso de las Administraciones Públicas que no pueden desgravarse el IVA de estos servicios.

respecto a las obligaciones salariales y de Seguridad Social, contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, y las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato”.

Más problemática resulta la aplicación en el ámbito de las Administraciones de las consecuencias jurídicas de la contratación irregular mediante ETT (art. 16 LETT),²⁷¹ -esto es: supuestos de contratos temporales en fraude de ley, la contratación cuyo objeto sea uno de los motivos excluidos por el art. 8 LETT, la permanencia en el puesto transcurrido la causa del contrato temporal, o los plazos máximos legales de duración de estos contratos-. Como hemos dicho, dado que se derogó en su totalidad la Disposición Adicional 5ª de la Ley 30/07, entiendo que es aplicable también a estos trabajadores temporales cedidos al servicio de las Administraciones el art. 7.2 LETT. No obstante, en respeto a los principios constitucionales de acceso a la función pública, la consecuencia no podrá ser otra que la conversión de estos trabajadores en *“indefinido no fijo de plantilla”*, cuando se declare la existencia de despido improcedente, o la existencia de cesión ilegal de mano de obra, de tal forma que el vínculo de estos trabajadores se extinguirá cuando se produzca la cobertura mediante el correspondiente proceso selectivo.

Otra cuestión a tener presente es que los trabajadores contratados mediante ETT, actualmente son equiparados en cuanto a las condiciones de trabajo, al personal que presta servicios en la empresa a la que se ceden (art. 11.1 LETT, los trabajadores cedidos mediante ETT *“tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que le corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo*

²⁷¹ El art. 16.3 LETT: La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley. Además, la doctrina jurisprudencial reconoció en unificación de doctrina, que la contratación mediante ETT en los supuestos expresamente excluidos por el art. 8 de la LETT constituyen cesiones ilegales de trabajo, siendo de aplicación en dichos casos el régimen previsto en el art. 43.3 ET (STS de 4 de julio de 2006. Ar. 6419, STS de 28 de septiembre de 2006).

puesto). Consecuentemente, podemos afirmar que los trabajadores cedidos mediante ETT en el ámbito de las Administraciones se “convierte” en el equivalente a un empleado público laboral a efecto de condiciones de trabajo, dado que su regulación no es la laboral común, sino la del EBEP, completado con la normativa laboral que proceda (art. 7 EBEP).

En definitiva, los trabajadores tendrán los mismos derechos, pero se olvida un elemento clave que es el acceso a los puestos que se ocupan, que en mi opinión, es lo que podría argumentarse para declarar no ajustada a derecho estas contrataciones, dado que se obvian los principios, y las reglas del sistema de acceso propio de la función pública. En todo caso, no olvidemos que la ETT es el empresario directo para el trabajador cedido, y las Administraciones son empresas usuarias que formalizan un contrato de puesta a disposición, debiendo pagar un sobre coste sobre las retribuciones a las que tenga derecho el trabajador y el Impuesto del Valor Añadido, (no desgravable para las Administraciones),²⁷² es decir que es mano de obra cara para la Administración, e irregular en cuanto al sistema selectivo de acceso.

Por último, hay que comentar que en el ámbito de la negociación colectiva el III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración Central, se hace mención indirecta a este tema en su artículo 36.10, cuando ordena a la Administración que siga “*los criterios contenidos en la Proposición no de Ley de 25 de marzo de 1998, sobre servicios a utilizar por los organismos públicos o dependientes de los mismos para dotarse de recursos humanos temporalmente*”. Dicha Proposición no de Ley propuesta por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, (25 de marzo de 1998), instaba al Gobierno a emitir instrucciones a las Administraciones a fin de que se empleasen prioritariamente los servicios del Instituto Nacional de Empleo (actualmente los servicios públicos de colocación autonómicos), para cubrir las contrataciones laborales temporales de carácter estacional, limitando al máximo la utilización de los servicios de las ETTs en la Administración Pública.²⁷³

²⁷² Nores Torres, L.E.

²⁷³ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M. 2006, Pág. 224.

En cualquier caso la utilización de la contratación mediante ETTs no creo que sea el peor de los problemas en relación a la precarización de la mano de obra en la Administración, siendo en mi opinión, en estos términos mucho más problemática la externalización de la mano de obra temporal mediante contratación y subcontratación de servicios con empresas privadas, que son un verdadero ejemplo de precarización y abuso en materia de condiciones de trabajo de operarios que, sin ser empleados públicos, prestan servicios en nuestras Administraciones, y que, además, en muchos casos ocultan auténticos casos de cesión ilegal de mano de obra, como seguidamente estudiaremos.

5.2. La contratación y subcontratación de obras y servicios en las Administraciones Públicas.

Al igual que hemos visto con las Empresas de Trabajo Temporal, en nuestro ordenamiento no existe una regulación específica y sistemática, desde el punto de vista laboral, del fenómeno de la contratación de servicios en el ámbito de las Administraciones. Son diversas las fórmulas de externalización que existen: arrendamiento de servicios, de ejecución de obra, contrata de servicios, conciertos, contratación de servicios de profesionales autónomos...

Para analizar esta materia debemos tener presente por un lado la regulación Administrativa, que afecta a este tipo de contratos, (y que como veremos tiene ciertas repercusiones en la esfera de responsabilidades de tipo laboral que las diferencian de la aplicación en el sector privado), encabezada por el Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, en adelante LCSP); también las Directiva 2014/24/UE, -que realmente debe ser citada en primer lugar, dado que aún no habiéndose modificado la LCSP con la transposición de ésta norma comunitaria, jurídicamente puede ser invocada de forma directa por haber transcurrido el plazo de dos años previsto para su transposición-. Esta nueva directiva, junto con la Directiva 2014/26/UE sobre contratos de cesión en las Administraciones, van a suponer un importante cambio en esta materia, dado que introduce la

obligación de cambiar los criterios económicos que hasta ahora primaban en la contratación pública europea, por criterios de progreso social y económico, que conlleva, como luego comentaré, garantías en materia de condiciones de trabajo; por último regirá, la norma laboral común, es decir el Estatuto de los Trabajadores.

De hecho el primer debate que encontramos al estudiar los conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones laborales de las contratatas en el sector público, es el de determinar si la regulación prevista en el ordenamiento laboral, en relación a la articulación de posibles responsabilidades derivadas de la utilización de contratatas y subcontratatas se extiende en toda su amplitud a las Administraciones Públicas contratistas, -principalmente el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, y en su caso también, como veremos, el 43 y 44 del ET-.

Inicialmente la doctrina jurisprudencial era reticente a admitir la aplicación de la norma laboral en el ámbito de las Administraciones, cuando concurrían supuestos de contratación de servicios. Actualmente ya es consolidada la Jurisprudencia que admite dicha aplicación a la Administraciones contratantes.²⁷⁴ Pionera, en este sentido, fue la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 15 de julio de 1996, que realiza una interpretación amplia del artículo 42 del ET,²⁷⁵ y de esta forma declara extensivo el juego de responsabilidades de este artículo a supuestos de

²⁷⁴ Sentencia del TS de 27 de septiembre de 1996, de 18 de noviembre de 1996, de 14 de diciembre de 1996, de 23 de diciembre de 1996, de 31 e diciembre de 1996, de 3 de marzo de 1997. STSJ Murcia de 18 de diciembre de 2000, (AS: 2000/4167); STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 1999 (AS 1999/3045), STSJ Andalucía, Málaga, de 24 de diciembre de 1999, (AS 1999/4356), de 9 de marzo de 1998 (AS 1998/1805) y de 9 de febrero de 1998, (AS 1998/1242).

²⁷⁵ Los tres grandes argumentos en los que se basa la aceptación de aplicación de la norma laboral a la Administración fueron: Primero, la consideración amplia del concepto “empresario” al que se refiere el art. 42 del ET, entendiendo que no tiene por qué quedar limitada al empresario privado; en segundo lugar, se considera un supuesto de propia actividad dado que si la actividad no se hubiese encargado a una empresa externa, lo habría tenido que desarrollar el propio Ayuntamiento (en el supuesto de Autos), y tercera, se acepta que una concesión administrativa pueda ser interpretada como una contrata, entendiendo el juzgador que lo que prima es la finalidad perseguida por el precepto, y el concepto de contrata puede ser interpretada desde una perspectiva amplia.

concesiones administrativas, encomiendas de gestión de servicios, contratos de servicios, contratos de obras de las Administración, etc... que se asimilan a “contratas” a efecto de aplicación de la norma laboral en esta materia. Sin embargo, hay que matizar que, como luego se verá, dependiendo del tipo de vínculo, (y más en concreto en el caso de las encomiendas de gestión), derivan repercusiones jurídicas que dificultan la determinación de la existencia de un negocio jurídico válido y una cesión ilegal de trabajadores por la particular vinculación y dependencia de las contratantes,²⁷⁶ que no existen en las contratas ordinarias.

Una vez resuelta la aplicabilidad del artículo 42 ET al ámbito Administrativo, la siguiente cuestión afecta a la interpretación ordinaria del artículo 42 del ET que, como es sabido, reconoce la responsabilidad solidaria entre contratista o subcontratista y empresa principal en materia salarial y, en su caso ante incumplimientos en materia de Seguridad Social.

La primera cuestión en relación al precepto 42 del ET, surge en relación a la extensión de la responsabilidad en cadena de contratista, subcontratista y Administración. Pues bien, en el caso de las contratas en cadena, en el supuesto de las Administraciones, el artículo 227 de la LCSP que de forma tajante establece que la relación entre contratistas y subcontratistas no alcanzará a las posibles responsabilidades de cualquier naturaleza a la Administración contratante²⁷⁷. De esta forma la Administración no hará frente a una posible responsabilidad en cadena por incumplimiento en deberes salariales y de Seguridad Social, limitándose su potencial responsabilidad a los trabajadores de la contratista principal que preste servicio para ella, y durante el periodo en que se ejecute dicha contrata.

²⁷⁶ VILA TIERNO, F. “*Contratas y subcontratas en la Administración Pública*”. En la obra colectiva *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*. Comares, Granada, 2015.

²⁷⁷ Artículo 227.4 LCSP: Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, y en el apartado 8 se dice: “*Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración*” contratante por las obligaciones contraídas con ellos, como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Por su parte el apartado 6 establece como obligación para el contratista el deber de “*informar a los representantes de los trabajadores de la subcontrata, de acuerdo con la legislación laboral*”.

La segunda cuestión surge en relación al ámbito de actuación de este precepto, que el legislador limita exclusivamente a las denominadas contrata de “*propia actividad*”, que deberá determinarse cómo funcionan en el ámbito del sector público. En relación a este conflictivo tema debemos recordar que la última doctrina Jurisprudencial consolidada que interpreta este concepto jurídico indeterminado lo conceptúa como las actividades que estén directamente conectadas al proceso productivo o la actividad empresarial de la empresa contratante, de tal forma que las actividades necesarias pero ajenas al ciclo productivo de la empresa,²⁷⁸ (no se incorporan al resultado final de la misma), no se considerarían actividades de propia actividad del art. 42 del ET.

Pues bien, en el caso de las contrata o subcontratas en el ámbito de las Administraciones, la jurisprudencia acepta que serán de propia actividad aquellas que supongan la contratación, o subcontratación de un servicio público, y considera también que la contrata puede vincularse al concepto de concesión administrativa (STS de 18 de marzo de 1997, RJ 1997/2572). Sea cual sea el servicio público externalizado, el hecho de que constituya servicio para los administrados es suficiente para considerarlo “*servicio de propia actividad para la Administración*”, surgiendo sólo problemas cuando la actividad que se subcontrata tiene como beneficiaria a la propia Administración, -es decir cuando consume un servicio prestado por empresas privadas para su sólo beneficio, como por ejemplo el personal de vigilancia nocturna de un edificio público, o el servicio de limpieza²⁷⁹-, (STS 29 de octubre de 1998).²⁸⁰

Hay que tener en cuenta que, en relación a las condiciones de trabajo de los empleados de las empresas concesionarias de un servicio mediante una contrata, -a diferencia de lo visto en relación a las Empresas de Trabajo

²⁷⁸ STS de 26 de mayo de 2005, (RJ 2005, 9702).

²⁷⁹ En STS de 18 de enero de 1995, se niega que las actividades de vigilancia y seguridad integren la propia actividad de un organismo autonómico; STS de 24 de noviembre de 1998, en la que se afirma que las actividades de comedor en un colegio mayor integran la propia actividad del mismo. NORES TORRES, L.E., “*El empleo público en tiempo de crisis: la descentralización productiva en las Administraciones Públicas*”. INAP (comentarios), Madrid, 2014.

²⁸⁰ DE SANDE PERÉZ BEZMAR, M. 2006. Pág. 219-220.

Temporal-, la ley no regula la exigencia de respetar las mismas condiciones que los trabajadores públicos de puestos equivalentes. Quiere esto decir que los salarios y el resto de condiciones de estos trabajadores vendrán determinados por los Convenios Colectivos que sea de aplicación en cada caso y los contratos individuales de trabajo²⁸¹.

En la práctica esto se traduce en el hecho de que los trabajadores de las contrataciones de las Administraciones sean los más precarizados y con peores condiciones de trabajo de toda la mano de obra que presta servicios en el ámbito público (sin ser empleados públicos), lo que a su vez no se traduce en un servicio más económico, ni de más calidad para la Administración, que paga lo que esté estipulado en el pliego de condiciones sin más. En este sentido el vacío legal sobre las obligaciones en materia de condiciones de trabajo de los empleados de las contrataciones no beneficia a la Administración, y menos a los ciudadanos, sino todo lo contrario. La existencia de trabajadores mal pagados, mal formados, servicios no controlados por las Administraciones (que desatienden sistemáticamente esta obligación que les impone la LCSP), y en definitiva explotados en su seno, redundará en un mal servicio, sin perjuicio del mal ejemplo e incoherencia en materia de la, tan de moda, responsabilidad social de las empresas, que debería empezar por las propias Administraciones.

Pues bien, como antes avanzaba, esto va a cambiar de la mano de la Directiva 2014/24/CE, sobre contratos públicos, que entre otros aspectos exige la incorporación de cláusulas de garantía social, que entre otros aspectos podrían suponer la exigencia del cumplimiento de los Convenios Colectivos del sector a los trabajadores de las adjudicatarias de contrataciones de servicios,²⁸²

²⁸¹ Actualmente la mayoría de las empresas adjudicatarias cuentan con Convenio Colectivo de empresa, y las que no contaban con dicho Convenio se han descolgado de los Convenios Sectoriales acogiéndose a la posibilidad que les otorga el artículo 84.2 del ET, después de la reforma laboral. Esto se traduce en que muchas empresas contratistas de servicios (especialmente limpieza o seguridad privada), han concursado con precios mínimos, y una vez atribuidos los contratos han bajado los salarios de los trabajadores más de un 30%. http://www.elconfidencial.com/espana/2016-04-30/el-gobierno-contrata-vigilantes-a-700-euros-al-mes-para-proteger-el-edificio-del-boe_1192868/

²⁸² Actualmente existen conflictos de interpretación del alcance de estas cláusulas, en concreto sobre si el pliego puede imponer que la empresa contratista abone a los trabajadores adscritos

acuerdos sobre permanencia o sucesión empresarial, o como se ha hecho recientemente en Andalucía, compromisos de abono de salarios (más de dos nóminas impagadas sería causa que resolvería el contrato). Tendremos que estar atentos a cómo se reforme la LCSP, -que actualmente sólo plantea tangencial la posibilidad de emplear cláusulas sociales en las adjudicaciones-, y a cómo se interprete por los Tribunales las imprecisiones de la Directiva, pero de forma evidente esto va a suponer un cambio que puede traducirse en una restricción o una mejora en términos de condiciones de trabajo y calidad de los servicios externalizados de las Administraciones.

Así las cosas, actualmente en España, la única regulación específica en relación a esa materia, en la Disposición Adicional Primera de la norma estrella en materia de recortes: el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. No se trata de una regulación sistemática, pensada para controlar el buen funcionamiento de los servicios externalizados, sino una simple medida previsor, para evitar que posibles irregularidades que determinen el reconocimiento de los trabajadores de las contrata, como empleados de las Administraciones para las que prestan servicios.

En concreto se establece que los entes, organismos y entidades que forman el sector público, conforme con la Ley de Contratos del Sector Público (no se limita, por tanto, a las Administraciones), dicten en sus ámbitos de competencia, las instrucciones pertinentes para que se ejecuten correctamente los servicios externos contratados, de forma que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y los trabajadores de la contrata, (en definitiva, para evitar las consecuencias de una cesión ilegal de trabajadores conforme con el artículo 43 del ET). Ciertamente, sobre este particular la Ley

al contrato el salario marcado en un Convenio Colectivo concreto (se sector normalmente), por ser más favorable, y aunque no sea el que corresponda aplicar. El TJUE, ha oscilado su doctrina en esta materia, y actualmente STJUE Asunto RegioPost, 2014, admite que *“una normativa de una entidad regional de un Estado miembro podría excluir de la licitación a las empresas “que se nieguen... a pagar al personal que ejecutará las prestaciones objeto del contrato público un salario mínimo fijado por dicha normativa”*. DOMINGUEZ OLIVERA, R. *“Contratos públicos que protegen salarios”*. Blog FIDE, octubre de 2016, elconfidencial.com

de Contratados del Sector Público, que regula la ejecución de los contratos, no incide, de tal forma que esto constituye una novedad.

En consecuencia con lo anterior, se establece la obligación, (antes del 31 de diciembre de 2012), de estos los entes, organismos y entidades de dictar las *“instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral”*, -es decir para evitar las consecuencias que concurren cuando nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores, conforme con el art. 43 del ET, que analizaremos en el siguiente apartado-.

En este mismo sentido, se dictó la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas (BOE 18 de enero de 2011), donde se insta a limitar el uso de las contrata de servicios externos por las Administraciones. Además, y lo que parece más interesante, se dice que sea la Mesa General de la Negociación de las Administraciones Públicas, quien determine qué servicios y funciones deben ser externalizados, y se introduzca garantías en los pliegos de prescripciones técnicas de los contratos. A lo que se añaden diversas instrucciones donde se señala que en los pliegos de las cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios, y los que se hagan con ETT, se deben concretarán las prestaciones de servicios a realizar, e instrumentos de control para garantizar que la ejecución de lo contratado no se desvíe de lo pactado, ni se excede de los plazos fijados.²⁸³

En todo caso, como ya dije, habrá que estar a lo que se regule en transposición de la Directiva, que previsiblemente, una vez más será la norma de referencia que obligue a nuestro Estado a llevar a efecto una regulación con contenido social, esta vez la relativa a las repercusiones en las relaciones laborales de los contratos públicos, que previsiblemente garantizarán los derechos laborales de estos trabajadores, así como el cumplimiento adecuado de los servicios o actividades externalizadas.

²⁸³ MORENO VIDA, M.N. *“La aplicación de la Directiva 1999/70/CE...”* (cit). Pág. 21.

En definitiva, la Administración tendrá que valorar las ventajas reales o no de la externalización bien hecha,²⁸⁴ y tal vez las obligaciones formales de control y gestión indirecta del servicio y el potencial encarecimiento de la mano de obra, (que seguro no lo serán a costa de los beneficios de los empresario), sea la puerta a que se asuma que una buena gestión del empleo público puede ser una medida más económica y más adecuada para la prestación de los servicios públicos en términos de eficacia y eficiencia.

5.2.1. Externalización de servicios y cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET).

Para nuestras Administraciones, la problemática más importante sobre el tema de la contratación y subcontratación de servicios se plantea en relación aquellos casos en los que la contratista adjudicataria del servicio es una mera empresa interpuesta, es decir en los supuestos fraudulentos de utilización de las contrata. En estos casos la empresa externa a la que se contrata el servicio carece de organización, medios materiales y entidad en sí, es decir, que se trata de una mera apariencia de empresa, sin actividad u organización propia, que se limita a proporcionar mano de obra en precario, que la Administración, que al acudir a esta vía no asume como propio al personal que presta servicios para ella.

También, en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal, la utilización fraudulenta de la contratación temporal, o la infracción de los supuestos en que está prohibida su utilización, supondrán el reconocimiento de una cesión ilegal de trabajadores, (art. 16.3 LETT, y por todas STS de 4 de julio de 2006, Ar. 6419)

Estos son auténticos casos de “*cesión ilegal de trabajadores*”, cuyas consecuencias y responsabilidades jurídicas en el orden laboral se regula en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. La cuestión a nivel de Administración Pública surgen una vez más, en relación a si es posible o no,

²⁸⁴ En algunos casos, como el Ayuntamiento de Madrid, o Barcelona, esto ya se está produciendo: http://www.elconfidencial.com/espana/madrid/2016-02-29/carmena-quiere-ahorrar-los-26-millones-que-se-gasta-en-seguridad-privada-por-policias_1159951/

que tan particular infractor asuma las consecuencias establecidas por la Ley, y particularmente en el derecho de los trabajadores, mientras dure la cesión, a adquirir la condición de fijos, a su elección en empresa cedente o cesionaria.

El Tribunal Supremo ante los casos de cesión ilegal de trabajadores en la Administración, se ve obligado a introducir restricciones en la aplicación del artículo 43, por razón de los principios propios del Derecho Administrativo. Esta es la razón de que, por la doctrina jurisprudencial, se declare en estos supuestos la imposibilidad legal de reconocer como fijo de plantilla de la Administración a un trabajador cedido, puesto que tal reconocimiento supondría conculcar los artículos 23.2 y 103 CE, en relación a los principios informadores del acceso al empleo público. No obstante, en estos casos, -al igual que estudiamos en relación a las contrataciones temporales en fraude de ley, y en las irregularidades que afectan a las contratación mediante ETT- el trabajador que haya sido víctima de la cesión ilegal de trabajadores será reconocido como “fijo no indefinido” de plantilla, en tanto en cuanto no se cubra reglamentariamente la plaza que de forma irregular se encuentra ocupando, (por todas: STS de 12 de mayo de 2008, (RJ 2008, 4121); STS 27 de mayo de 2002, 17 de septiembre de 2002).

El ejecutivo consciente del problema, como ya vimos, en la Disposición Adicional 1ª del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, encomienda a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público “*la adopción de las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado.*”. Se echa de menos una regulación con más contenido, y rigurosa sobre esta cuestión, porque con esta referencia en una Disposición Adicional, realmente lo único que se hace es trasladar la preocupación sobre el peligro de la prestación irregular del servicio, pero no se concretan medidas o instrucciones concretas a adoptar, con lo cual dependerá de la buena o mala gestión del responsable de la Administración de que se trate.

Otra particularidad que afecta al ámbito de los fenómenos de contratación en las Administraciones, y que matiza la jurisprudencia al respecto, es la de los supuestos de encomiendas de gestión, es decir cuando la actividad que se contrata se realiza entre dos entidades del sector público, mediante empresas auxiliares o instrumentales de la Administración (no privadas). En estos casos existen dificultades añadidas para determinar la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores, esto es debido en primer lugar a que en estos casos normalmente sí existe empresa real que contrata sus servicios con otra²⁸⁵, si bien para considerar que no existe cesión ilegal se deberá demostrar que existe una organización empresarial real, la utilización de unos medios materiales, instrumentales y humanos que son organizados y dirigidos por la empresa contratista, de tal forma que la comitente exclusivamente decepciona el servicio, sin más.²⁸⁶

En segundo lugar, porque las entidades públicas tiene que funcionar de forma coordinada conforme prevé la propia LCSP, de tal manera que esto exige una interpretación más casuística a la hora de determinar la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores, y lógicamente dificulta su detección, dando lugar a una jurisprudencia cambiante que originariamente parecía apreciar cesión ilegal en los casos en que los trabajadores se encontrase *“integrados y en dependencia real de la Administración contratante”*, y finalmente parece decantarse por considerar que existe cesión ilegal cuando se superen los límites de la encomienda o la colaboración entre las entidades como elemento determinante de para valorar dicha cesión o no,²⁸⁷ (STS de 16 de septiembre de 2014, CENDOJ 28079140012014100550).

Lo conclusión que se extrae a la vista de todo lo expuesto, es que incluso en el ámbito de la externalización de servicios en las distintas modalidades que se regulan en el ámbito de las Administraciones

²⁸⁵ Realmente esta misma doctrina jurisprudencial se aplicará a los casos que en que esta circunstancia se dé en el caso de las contrataciones mediante las concesiones administrativas con empresa privada, si bien en estos casos puede suceder que la empresa sea ficticia, con lo cual sería cesión ilegal por este motivo, o que existiendo empresa formalmente, ésta se limite a poner a disposición personal para la Administración.

²⁸⁶ STS de 14 de marzo de 2006 (RJ 2006/5253).

²⁸⁷ VILA TIerno, F. “Las contrataciones y subcontratas..” (cit). Págs. 341 y 342.

(concesiones, encomiendas..), la regulación laboral sufre matizaciones, e interpretaciones a nivel jurisprudencial adaptadas al especial régimen jurídico de las Administraciones. Sin embargo, esto no elimina las potenciales responsabilidades para las Administraciones en relación a las retribuciones y las obligaciones en Seguridad Social de los trabajadores de las contratadas (art. 42 ET), así como en cuanto al propio vínculo con el trabajador cedido, cuando se incurre en cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET). En definitiva, esto supone que las Administraciones que utilicen estos mecanismos externalizadores deberán realizar una labor de control de la legalidad de las circunstancias en las que se prestan los servicios, sin perjuicio del deber de control de la adecuación de la forma y contenido de los servicios que ha decidido no prestar de forma directa, (es decir, que guste o no, el hecho de externalizar sólo supone el trasladar a otra dimensión las obligaciones de gestión y control que tiene que realizar la Administración, aunque esto en la práctica brille por su ausencia, y suponga la mayoría de las veces el desentendimiento de la Administración tanto del servicio, como de las condiciones laborales de los trabajadores de las contratadas, con las consecuentes responsabilidades que luego devienen para sorpresa de la propia Administración desentendida...eso sí sin responsabilidades directas para ningún directivo público).

5.2.2. Externalización de servicios y las obligaciones derivadas de la sucesión de empresa conforme con el artículo 44 del ET en las Administraciones.

Ante de comenzar a analizar este apartado, he de hacer constar la especial importancia que actualmente tiene la regulación de esta instrumento protector de la estabilidad y los derechos de los trabajadores afectados por la modificación en la figura del empresario, en un contexto de desaparición de empresas y entes públicos, y también ante la desaparición de contratadas de servicios, y las potenciales reversiones de servicios a las Administraciones Públicas.

La aplicación de la subrogación empresarial del artículo 44.1 ET en el ámbito de las contrataciones de servicios de la Administración Pública ha sido una cuestión controvertida, tanto por la particular condición de la Administración Pública, y los especiales principios de acceso al empleo público que la condicionan, como por el propio concepto de *“trasmisión o sucesión de empresa”*.

Del estudio de la normativa de sobre este tema se observa la intención tuitiva del legislador empezando por la normativa Comunitaria, que ha evolucionado a lo largo del tiempo, a la luz de la Jurisprudencia, ampliando el concepto y las obligaciones derivadas de la sucesión empresarial, hasta llegar a la vigente Directiva 2001/23CE, que en su artículo 1, determina su aplicación a los supuestos de *“traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad a otro empresario”....*, entendiéndose como *“traspaso”* el que se produzca *“de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica”, siendo aplicable tanto a “empresas privadas como públicas”*.

La ampliación del concepto comunitario de *“entidad económica”* despeja dudas sobre la aplicación de la figura de subrogación empresarial del artículo 44 del ET ante el cambio de titularidad en el caso de las contrataciones de servicios. Este artículo prevé la protección de los trabajadores que se ven envueltos en un cambio de titularidad en la empresa, si bien esta misma protección de la estabilidad en el empleo pueden venir de la mano de la norma Convencional, -como sucede en numerosos Convenios Colectivos sectoriales-, y en algunas normas especiales, (como por ejemplo, la Ley de Cooperativas Andaluzas, (art. 90)), siendo más controvertida la posibilidad de su inclusión en los pliegos de condiciones de las contrataciones (como se tratará en el siguiente epígrafe).

En todo caso, la cuestión es controvertida y la solución o las consecuencias que deriven, dependen de cada caso concreto, siendo por tanto imprescindible el estudio de la doctrina jurisprudencial, dado incluso se viene produciendo diferencias en relación a la valoración que realizan los Tribunales

sobre la existencia, o no de sucesión de empresa, en los casos en que los trabajadores que continúan en sus puestos de trabajo habiéndose producido un cambio de titularidad en la concesión.

En concreto, el Tribunal Supremo era poco favorable a apreciar la existencia de sucesión de empresa en los casos de subrogación de contratos de servicios (basados principalmente en la actividad), por considerar que no existe realmente la transmisión de un mínimo soporte patrimonial (STS 5 de abril de 1993). Esta es la denominada teoría del “*soporte patrimonial mínimo*” que niega que se produzca tal subrogación, -y por tanto aplicación del art. 44 ET-, en los casos en los que no exista transmisión de los medios productivos, la unidad productiva o de la propia empresa a un tercero.

Por su parte la doctrina dictada en el ámbito de la Unión Europea ha sido siempre más favorable a reconocer la existencia de sucesión de empresa, cuando, aún tratándose de una contrata de servicios, los trabajadores de ésta (o la mayoría de la plantilla original), se mantengan en su puesto con la entrada de la nueva entidad explotadora de la actividad. La argumentación descansa en la valoración de que, en ciertos casos de actividades objeto de contrata, lo que realmente prima no es el elemento patrimonial, sino la actividad que prestan los trabajadores de la misma, siendo por tanto aceptable la aplicación de la figura de la sucesión de empresa del artículo 44 ET cuando la nueva empresa se beneficia y utiliza la misma, la mayoría de la mano de obra preexistente, (STCE 24 de enero de 2002: el elemento clave para determinar la existencia de la sucesión de empresa, no es tanto el componente material o patrimonial, “*como la existencia de transmisión del propio servicio*” como valor clave que se trasmite al siguiente contratista o concesionario).

Con esta última Jurisprudencia europea las empresas multiservicios, (que cada vez copan más actividades de la Administración Pública), no quedan fuera automáticamente de las responsabilidades derivadas de la subrogación empresarial que rigen en el derecho laboral conforme con el artículo 44.1 E.T. De hecho, así lo ha reconocido finalmente el Tribunal Supremo, como no podía ser de otra forma, acatando la jurisprudencia del TJCE, (STJCE, 2002 Asunto Temco, Asunto Suzn, 13/1997CE.), que ha supuesto a nivel jurisprudencial, la

flexibilización en relación a la apreciación de los criterios determinantes de la existencia de sucesión de empresa, en aquellos casos en que la contrata realiza un servicio donde lo esencial es la prestación personal de una actividad, y el sistema de organización de la prestación del trabajo.

En definitiva, como ya indicamos, la jurisprudencia establece que deberá de estarse a cada supuesto de hecho y observar en su caso datos relacionados con la continuación de los servicios, (por todas: STS de 27 de octubre de 2004, Rec. 899/02; STS 28 de abril de 2009, Rec. 4614/07; STSJ Castilla y León, Valladolid, de 23 de octubre de 2014; TSJ de Madrid de 13 de octubre de 2014).

Las Jurisprudencia de la Unión Europea, a modo de lista abierta, proporciona algunos de los requisitos indiciarios para considerar la transmisión: *“...han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se haya transmitido o no, elementos materiales como edificio y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, la duración de una eventual suspensión, o no de dichas actividades, y el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores,.”* (STCE de 24 de enero de 2002. Asunto Temco. C-51/00).

Recientemente el Tribunal Supremo ha complicado el panorama sobre este tema con su sentencia de 7 de abril de 2016 (Rec. núm. 2269/2014),²⁸⁸

²⁸⁸ *El supuesto de hecho sobre el que descansa la sentencia del Tribunal Supremo controvertida se define por la existencia de una sucesión de contratas de seguridad en el Servicio Vasco de Empleo, caracterizada por la situación de concurso de la empresa saliente, lo cual implicó una serie de impagos a cargo de la misma y, respecto de los cuales, la empresa cesionaria no quiere asumir la responsabilidad. La cuestión central gira en torno a dirimir si ante una subrogación empresarial impuesta vía Convenio Colectivo son aplicables las garantías del artículo 44 ET, como norma mínima, de tal manera que la contratista saliente asuma, o no, la responsabilidad como única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado hasta el momento de la adjudicación a la nueva contratista. GARCÍA GRANJO, G. “El Tribunal Supremo avala que en una sucesión de contratas el trabajador pierda derechos”. 25/05/2016. Editorial CEF.*

que reconoce la posibilidad de que la subrogación convencional se deslinde de los supuestos de sucesión de plantillas: *“el Convenio Colectivo cuando impone la subrogación obligatoria lo hace en un caso que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir en las previsiones de la Directiva (2001/23) o del artículo 44 E”* *“la Sala entiende que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida y que, por tanto, la nueva empresa adjudicataria del servicio de seguridad que tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa por mandato del artículo 14 del Convenio Colectivo, debe hacerlo con los requisitos y límites que el mismo establece de manera especial, sin responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa.”*

Con todos los respetos al alto Tribunal, considero que dicha doctrina no debería llegar a constituir jurisprudencia consolidada por no ser acorde con lo establecido en la norma comunitaria, en concreto con el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23, -transpuesto en el apartado 3 del art. 44 del ET-, que dispone:

“Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existente en la fecha del traspaso”.

Estas obligaciones proceden, sea o no voluntario el origen de la sucesión de la plantilla, en este sentido se posiciona la propia jurisprudencia del TJUE y el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de julio de 2010, (Recurso 2300/2009): *“el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente por la entrante (ya sea por decisión voluntaria o por imposición del Convenio Colectivo no afecta al alcance de la obligación de*

*subrogación, por lo que la empresa entrante ha de subrogarse en los derechos y obligaciones de la saliente respecto a sus trabajadores”.*²⁸⁹

Efectivamente la previsión de los derechos de subrogación previstos en un Convenio Colectivo generan dicho derecho, en los casos en los que no concurren los elementos para estimar la existencia de sucesión de empresa, y por tanto no procedería la aplicación automática el artículo 44 del ET, pero dicha previsión convencional obliga a las partes incluidas en su ámbito de aplicación a aplicar dicho mecanismo de estabilidad, como una mejora, pero en toda su extensión.

Es decir, no se trata de una figura diferente o independiente a la establecida en el Estatuto de los Trabajadores, sino la extensión de su aplicación vía Convenio. Así pues, simplemente por aplicación del principio de jerarquía normativa, la aplicación de los principios de norma mínima, e irrenunciabilidad de derechos del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, procederá el reconocimiento de conservación de las condiciones que disfrutasen antes de la subrogación, y los derechos solidarios entre la empresa saliente y la nueva concesionaria, porque Convenio Colectivo no puede disponer sobre la asunción a no de derechos reconocidos, en este caso en el artículo 44 del ET, no desvirtuando la aplicación de dicho precepto el hecho de que de la norma convencional decida regular la figura de la subrogación.

Lo expuesto hasta ahora sólo afecta a empresas contratistas y trabajadores vinculados a éstas, pero no afecta en nada a las Administraciones Públicas para las que aquéllos prestan servicios. Distintas implicaciones tiene la doctrina relativa a los supuestos en que una vez terminada la contrata o concesión administrativa, la propia Administración decide asumir directamente la actividad antes externalizada, (es decir, cuando se produce una reversión en la prestación del servicio o el desarrollo de la actividad antes contratada).

En estos casos los Tribunales estiman que la Administración no tendrá obligación de asumir a los trabajadores de la empresa que desempeñaba el servicio hasta la finalización de la contrata, por tratarse de una sucesión en la

²⁸⁹ En este sentido se posicionan dos votos particulares que figuran en la Sentencia de referencia, y el informe del Ministerio Fiscal.

actividad (salvo que legal o convencionalmente esté obligada), declarando que *“la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores de la propia Administración de la actividad antes descentralizada, no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial,”* (por todas, TJUE 10 de diciembre de 1998, Asunto C-127/96; STS de 30 de mayo de 2011; STSJ de Castilla la Mancha, de 20 de octubre de 2014, Rec. 601/2014)²⁹⁰. Así pues, la mera asunción en la actividad no basta, por sí sola para afirmar que se mantiene la identidad de una entidad económica (STS de 27 de junio de 2008). De hecho, desde la primera jurisprudencia sobre este particular el Tribunal Supremo (STS de 5 de abril 1993, rec. 702/92), señala, a propósito de la subrogación establecida por ley, que *“ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”*.

Sin embargo, lógicamente también en estos supuestos afectaría a la Administración, y procedería aplicar *“el principio de la sucesión de plantilla”*, si se dan los requisitos legales necesarios (STS de 27 de octubre de 2004, Rec. núm. 899/02). De tal forma que, en los casos de servicios, donde prima la mano de obra y no los activos materiales, si la Administración que retoma el servicio asume a *“una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de la contrata”*, (STJCE 1997/45, de 11 de marzo. Asunto C-3/1995, STS de 27 de junio de

²⁹⁰ STS (Sala 4ª) de 16 de junio de 2016 (Rec. 2390/14): *.... mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas -tratándose de contrata administrativas- cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues «esta circunstancia como es lógico obsta -por principio y conforme a la jurisprudencia, STS 6/02/97- que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET» que pueda imputarse a la Administración Pública (STS 21/04/15 -rco 91/14-)*. Criterio del todo coincidente con la STJCUE 20/01/2011 [asunto «CLECE, SA»], supuesto en el que *«con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa» [apart. 40], resolviendo el Alto Tribunal comunitario que «la mera asunción ... por el Ayuntamiento ... de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23» [apart. 42].*

2008, EDJ 166859), así como su organización del trabajo, métodos, etc... En estos casos se calificará *ope legis*, la existencia de sucesión de empresa, con todas sus consecuencias.

De igual forma, y más claro aún es el supuesto en el que se produzca la asunción por la Administración de una empresa anterior (pública o privada), con sus medios de explotación, métodos, directivos, organización, etc.. Siendo en estos casos también de aplicación directa la regulación sobre sucesión o transmisión de empresa del artículo 44 del ET, por constituir una sucesión de empresa indubitada, por revertirse la unidad patrimonial con la que se desarrolla la actividad.

En estos dos últimos casos el problema es el choque que se produce entre el Derecho Administrativo (los principios constitucionales de igualdad, capacidad, mérito, publicidad, que condicionan el acceso al empleo público) y el Derecho Laboral protector de la estabilidad en el empleo.

Considero que el verdadero problema de conflicto se produce en los supuestos en que la Administración sucede o asume una actividad o servicio desarrollada anteriormente por una empresa estrictamente privada, dado que en el caso de entidades del sector público (fundaciones, sociedades mercantiles con participación pública..), la Disposición Adicional 1ª del EBEP extiende la aplicación de los principios que rigen el acceso al empleo, y por tanto, -al menos teóricamente-, no se produce la infracción de dichos principios. De hecho, al amparo de las normas sobre racionalización del sector público, en los últimos años se han aportado normativamente soluciones y previsiones para estos procesos de reestructuración del sector público, (si bien esto no ha sido posible en el caso del sector público local una vez que la Ley 27/13 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local no hizo ninguna previsión específica sobre este particular, con la consiguiente judicialización en muchos de estos casos).²⁹¹

²⁹¹ La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, al abordar los procesos de reordenación de distintos organismos públicos en el ámbito estatal, o integra al personal en los nuevos organismos, o

En cambio, ante el conflicto existente en los casos de sucesión de actividad con asunción de plantilla, o sucesión en empresa o negocio que anteriormente gestionaba el servicio (es decir en los supuestos de sucesión empresarial), hay que tener presente que el conflicto enfrenta a la Constitución (los mencionados principios de acceso al empleo público), pero también a la normativa Comunitaria. Así pues, parece claro que debería prevalecer en estos casos lo preceptuado en la Directiva Comunitaria 2001/23/CE, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, centros de actividad, o partes de empresas (art. 1.1), que en definitiva es el origen del literal del artículo 44 del ET.²⁹² Si bien, los trabajadores que de esta forma se incorporen al empleo público lo harían en condición de laborales “*indefinidos no fijos*”, equilibrando y dando cumplimiento relativo, de esta forma a ambas regulaciones.

En todo caso es evidentemente necesario y urgente, que toda esta materia se regule de forma precisa, por razones de seguridad jurídica, y para hacer compatible el principio de estabilidad en el empleo del personal fijo de los servicios que fueran objeto de reversión al campo público, con los principios que, de contrario, presiden el acceso al empleo público.

en aquellos supuestos en que ello no es posible transforman dichos empleos en plazas “a extinguir”, lo que permite que las personas que los ocupan mantengan una relación laboral estable con la propia Administración u otro Ente del Sector Público, mientras no se produzca su baja por cualquier circunstancia (jubilación, despido disciplinario u objetivo, fallecimiento, etc.) supuesto en que dicha plaza se amortiza. Pero, asimismo, la norma prevé legalmente, en forma expresa, la subrogación en las relaciones laborales mantenidas por el personal de fundaciones que se integran en otros organismos públicos. Curiosamente la norma, a propósito de algún supuesto concreto, le niega el carácter de empleado público, haciéndose eco, parece ser, de la jurisprudencia, de nuevo un tanto relativamente incomprensible. CASTILLO BLANCO, F.A., “Remunicipalización de servicios locales y la situación del personal de los servicios rescatados”. EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 58-59, (Iustel, febr-mar 2016).

²⁹² SALA FRANCO, T. “El acceso al empleo público laboral”. (op. cit). Pág. 31.

5.2.2. a) La polémica sobre las cláusulas subrogatorias de en los pliegos de condiciones de las contrataciones de servicios.

Realmente, como antes dije, la mejor solución al problema de la sucesión de empresa en el caso de las contrataciones de las Administraciones, pasaría por una mejor y más sistemática regulación que nos proporcionase seguridad jurídica. Así se produce cuando se establece la obligación de subrogación en el propio pliego de condiciones de concesión de la adjudicación administrativa del servicio, o con la misma previsión en los Convenios Colectivos, o normas especiales que regulen este derecho de estabilidad en el puesto de trabajo, (como, por ejemplo, sucede en la Ley de Cooperativas de Andalucía, art. 90). Todos estos pueden ser, y en muchos casos son, el vehículo donde se concreta este derecho subrogatorio evitando conflictos.

Respecto a la inclusión de cláusulas subrogatorias en los pliegos de condiciones, ha sido objeto de discusión doctrinal si esta posibilidad es ajustada, o no, a derecho. Lógicamente la cuestión principal gira en la vulneración que dicha cláusula puede suponer frente a los principios de capacidad, mérito y publicidad que rigen para el acceso al empleo público.

Sobre este particular es cierto que existen reticencias en parte de la doctrina que es bastante reacia a aceptar la posibilidad de incorporación de este tipo de cláusulas (es decir como una cláusula *ex novo* incorporada en el pliego de cláusulas particulares), porque consideran que *“dicha posibilidad excede del ámbito propio de los pliegos, en la medida en que desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos, que se circunscriben a las relaciones jurídicas entre partes (Administración contratantes y empresario adjudicatario), y supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual”* (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 20 de noviembre de 2014, y alguna sentencia como la del TSJ de Madrid de 1793/2011, de 23 de febrero de 2011, Rec. núm. 741/2009). Si bien, reconocen que no se trata de otorgar al órgano de contratación libertad para decidir si en un determinado contrato se va a producir

o no, sucesión de empresa, pues esta operará *ope legis* si concurren los requisitos previstos en el artículo 44 del ET.²⁹³

Por mi parte considero que la posibilidad de establecer dichas cláusulas en los pliegos de condiciones particulares es ajustada a derecho. En primer lugar porque así se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 115.2 y 3, 118.1 y 120 de la LCSP, donde se observa que el legislador regula, - aunque, ciertamente, de forma indirecta y poco clara-, la posibilidad de existencia de cláusulas de subrogación, sin excluir que estas vengan establecidas en los pliegos de condiciones de las contrataciones de servicios.

La inclusión de la obligación de subrogación sería un supuesto de cláusula administrativa particular que la Administración puede incluir (no es obligado), y que entraría dentro del concepto de condiciones añadidas al pliego por "*consideraciones sociales*", que a su vez genera unas obligaciones de información a los órganos de contratación y a los nuevos licitadores de las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación (art. 120 LCSP). Pese a las dificultades interpretativas, y las posibles opciones, y efectos jurídicos en este sentido que la ambigüedad de la norma provoca.²⁹⁴

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), que reconoce la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas impongan la subrogación de la plantilla del empresario saliente, vinculada a la contrata, con independencia de que sea o no un supuesto de sucesión de empresa conforme con el art. 44 del ET, o no se establezca nada al respecto en el Convenio Colectivo de aplicación (STS de 4 de junio de 2013, Rec. 58/2012; STS de 20 de septiembre de 2010; STS de 23 de septiembre de 2008, EDJ 197287). Asimismo, algunas normas legales contemplan dicha previsión, admitiendo su inclusión en los Pliegos, como sucede en la Ley 16/1987, de Ordenación de

²⁹³ En este sentido CASTILLO BLANCO, F., "Remunicipalización..." (op. cit.).

²⁹⁴ Sobre las posibles interpretaciones es interesante lo expuesto por SALA FRANCO, T. en "*El acceso al empleo público laboral*". (op. cit.) Páginas 37 a 48.

Transportes Terrestres, (art. 73.2)²⁹⁵, y otras, incluyen directamente la subrogación como sucede en la Ley de Cooperativas de Andalucía.

El Tribunal Supremo matiza que dicha obligación establecida en el Pliego es obligada para la empresa que lo ha aceptado, pero no para los trabajadores, en cuanto a su condición de personas físicas, ya que no han participado en el concurso (STS de 26 de noviembre de 2004). También se establece jurisprudencialmente que serán válidas las cláusulas establecidas en el Pliego de condiciones, que reconoce la posibilidad de reingreso en la empresa de origen, si la contrata no continúa (STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2011).

En segundo lugar, porque considero que, actualmente esta posición es la más acorde con el contenido de las nuevas Directivas 2014/24/UE, que invoca y protege las cláusulas de contenido social en las licitaciones públicas de contrataciones de servicios, y la Directiva 2001/23/CE, sobre derechos de los trabajadores afectados por traspaso de empresas, y que exige el cumplimiento de la norma laboral a Administración y licitadores. Es cierto que tendremos que estar a la forma en que se transponga la norma comunitaria e la LCSP, si bien son claros los principios y prioridades en pro del contenido social de la regulación administrativa de los contratos públicos en la nueva regulación, -y desde el 18 de abril de 2016 son de aplicación directa para nuestro país-. En este sentido la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, ha sido pionera, aprobando una Instrucción sobre contratación en el sector público de dicha región, que introduce criterios de componente social, entre los que se encuentra la inclusión de cláusulas de subrogación en las contrataciones que se firmen en su ámbito.²⁹⁶

²⁹⁵ CASTILLO BLANCO, F., "Remunicipalización..." (op.cit).

²⁹⁶ "Castilla-La Mancha se sitúa a la vanguardia de las administraciones públicas al aprobar una instrucción sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional, con importantes novedades como la obligación de la empresa adjudicataria de no tributar en paraísos fiscales, de abonar los salarios recogidos en el convenio colectivo y de cumplir el principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad...En relación con la subrogación, se establece que, con independencia de lo que recojan los convenios colectivos, será obligatoria la inclusión de una cláusula que establezca la subrogación de los trabajadores, con respeto

En todo caso, no considero que sea un caso equivalente a una vía irregular de acceso de personal laboral en la Administración, sino una consecuencia de la utilización de mecanismos externalizadores en las Administraciones, que en este punto se ven “salpicadas” por derechos y obligaciones laborales, en concreto por el cumplimiento del mandato que establece el art. 44 ET, por mandato a su vez de la normativa comunitaria, reflejado en mecanismos de estabilización del personal. Un beneficio social para los trabajadores que deberían ser empleados de las Administraciones, pero que por razón de los mecanismos que permite la legislación no lo son, (la misma filosofía que informa artículos como el 42 o el 43 del ET).

Por último, como es sabido, los Convenios Colectivos pueden estipular cláusulas de subrogación, que suponen la minimización en la práctica del problema de sucesión empresarial en el ámbito de las contrata. No obstante, se ha de advertir que la previsión de las cláusulas de subrogación no elimina del todo posibles conflictos interpretativos y aplicativos.

Actualmente el más significativo es el relativo a la conservación o no, de las condiciones laborales que viniesen disfrutando los trabajadores, con la discutible Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, (comentada en el anterior epígrafe, al que me remito).

También en esta materia existe jurisprudencia que resuelve sobre conflictos relativos al procedimiento, en concreto la doctrina que condiciona la validez de la obligación de subrogación, al efectivo cumplimiento de los deberes instrumentales de comunicación y documentación, establecidos en la propia negociación colectiva a cargo de la empresa saliente, *“de suerte que si no se remite tal documentación no se produce la transferencia de trabajo a la empresa entrante”* (STS (Sala 4ª) de 19 de septiembre de 2011. Rec. 3056/2011; STS de 12 de diciembre de 2013, Rec. 2929/2012).

absoluto a los derechos económicos y laborales que tuvieran reconocidos. 24 de octubre de 2016. Forosocuellamos.com.

6. La utilización de formas de contratación alternativas en el ámbito de las Administraciones.

Otra vía alternativa que usan las Administraciones para evitar asumir personal laboral en su seno, son los denominados contratos de colaboración y contratos administrativos. Se incluyen en el presente capítulo, dado que, sin ser realmente mecanismos descentralizadores, sí que constituyen instrumentos indirectos y económicos para incorporar plantilla en las Administraciones (principalmente en el caso de los contratos de colaboración) y en todo caso, mecanismos alternativos a la contratación de nuevo personal laboral en las Administraciones Públicas, -es decir, vías de escape al actual veto a la contratación en las Administraciones-.

6.1. El contrato de colaboración social.

La figura se remonta a la Ley 51/1980, Básica de Empleo, que establecía la posibilidad de contratación temporal de los beneficiarios de la prestación de desempleo, que durante la percepción de la misma prestaban servicios en beneficio de la sociedad, limitándose el coste para la Administración correspondiente, al porcentaje que completase la base para el cálculo de la prestación, garantizando en todo caso el salario mínimo interprofesional.

Actualmente pervive, regulado en el art. 213.3 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), y el RD 1445/1982, de 15 de junio, de medidas de fomento del empleo (arts. 38 y 39). Esta última norma concreta los requisitos que deberán concurrir para la validez de este tipo de contrato: serán trabajos de utilidad social y que redunden en beneficio de la comunidad; en todo caso serán temporales y duración máxima hasta el período que le falte al trabajador por percibir la prestación o subsidio por desempleo reconocido; adaptados a las aptitudes físicas y formativas del trabajador, y que no suponga cambio de residencia habitual. El art. 213.3 LGSS establece que su desempeño será “exigible” para poder mantener el percibo de la prestación o subsidio de desempleo, y se niega la naturaleza laboral del mismo.

La jurisprudencia era consolidada en cuanto al rechazo de la naturaleza laboral de estos “contratos” (y consecuentemente a la inexistencia de despidos en los casos de cese de los trabajadores).²⁹⁷ En relación a este punto se mantiene igual, si bien reciente doctrina judicial ha modificado los criterios que se venían manejando hasta el momento en relación a la duración y el objeto del contrato. Respecto a la duración, existía la interpretación de la temporalidad, no tanto como con base en el desarrollo de una actividad u obra temporal, sino en el hecho de que la prestación de servicios siempre sería temporal, dado que terminaría en todo caso cuando concluya la percepción de la prestación.²⁹⁸

Pues bien, la Sentencia de del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 27 de diciembre de 2013, Rec. 217/2012, y de 22 de enero de 2014, (Rec. 3090/2012), aclara que la temporalidad del trabajo debe ir vinculada al objeto del mismo, es decir, que no puede ser, -como antes sí se admitía-, un trabajo o actividad que pueda ser considerada ordinaria y permanente en la Administración, sino una obra o servicio concreto de utilidad social. La razón de ser de este endurecimiento se debe sin duda a los numerosos abusos producidos en el seno de las Administraciones en los últimos años, que han cubierto la falta de personal con este tipo de trabajadores.

Sin embargo, la misma jurisprudencia relaja el requisito de “*utilidad social y actividad en beneficio de la comunidad*”, considerando que no es preciso que el trabajo realizado tenga necesariamente naturaleza social, sino que cualquier actividad que ayude a los fines institucionales de la Administración puede ser considerada una actividad en beneficio del interés general, (sin perjuicio de la ilegalidad de los supuestos en que se incurra en desviación de poder).²⁹⁹

Se mantienen por tanto vigente, y en progresión, el uso de esta vía de incorporación de mano de obra económica para las Administraciones (más actualmente ante el veto a las Administraciones a las contrataciones de personal y a la exigua oferta de empleo público introducidas por la Ley de Presupuestos Generales). A nivel local se vienen aprobando subvenciones

²⁹⁷ Por todas, STS de 4 de abril de 2000, Rec. 2864/99. STS de 24 de noviembre de 2011. Rec. 4743/2010.

²⁹⁸ STS de 15 de julio de 1988.

²⁹⁹ Desdentado Daroca, E

para la colaboración con los Ayuntamientos, en programas de recualificación profesional de desempleados participantes en trabajos temporales de colaboración social, de tal forma que se aprueban subvenciones para promover la contratación de desempleados, y a la vez completar su formación. Esta vía puede ser un mecanismo de garantía de la legalidad y efectividad, como mecanismo de reinserción laboral para los trabajadores beneficiarios³⁰⁰.

6.2. Los contratos administrativos de servicios con profesionales.

El problema que introduce la figura de los contratos administrativos en el ámbito del personal de las Administraciones es equivalente al problema de los “*falsos autónomos*”, que aqueja también al ámbito de las relaciones laborales.

El origen de esta vía de contratación de prestación de servicios, no laboral en las Administraciones la encontramos en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (art. 6).³⁰¹

Posteriormente la Ley 30/1984, LMRFP, (D.A. 4^a), prohibió la celebración de contratos administrativos de colaboración temporal en las Administraciones, (a excepción del caso de profesores asociados, visitantes y ayudantes de Universidad que se mantienen inicialmente). Pero se mantiene la posibilidad de formalizar “*contratos administrativos con personas físicas para la realización de trabajos específicos, no habituales*”, (contratos de colaboración con profesionales), se sigue usando con mucha asiduidad por las Administraciones, sin conseguir el efecto de contención que buscaba la norma.

Una tercera etapa la marca la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que agrupa los contratos administrativos, perdurando el contrato para la realización de trabajos específicos en el ámbito

³⁰⁰ De Sande Pérez Bedmar, M. Reformas laborales y Administraciones Públicas. Lex Nova, Valladolid, 2013.

³⁰¹ Según el art. 6 LFC se permite la contratación administrativa de personal para la realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia, y también la colaboración temporal en las respectivas dependencias, cuando por exigencias y circunstancias especiales no puedan ser desempeñadas adecuadamente por funcionarios de carrera.

de lo que se denominan contratos administrativos nominados (T IV, libro II). Finalmente es la Ley 53/1999, la que suprime este tipo de contrato administrativo, que realmente se integra en los denominados “*contratos de consultoría, asistencia y servicios*,” que realmente supuso una relajación en su regulación, al aplicarles ahora el régimen general de contratos de servicios, que era bastante más flexible en cuanto a límites y exigencias para su formalización, lo que supuso una mayor proliferación de los contratados administrativos, que eran auténticas relaciones laborales encubiertas.³⁰²

El RD Leg. 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas, mantiene la figura (arts. 196 y ss), también en términos muy abiertos, conviviendo además con los denominados “contratos de servicios”, que podían formalizarse con personas físicas o jurídicas, para realizar actividades con contenido técnico, económico, industrial, comercial..., no comprendidos en las actividades de consultoría o asistencia. En definitiva, se mantiene una modalidad de prestación de servicios alternativo al laboral, que ofrece ventajas de flexibilidad a la Administración.

Finalmente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, reguladora de los Contratos del Sector Público, (y posteriormente el RDLg. 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de Contratos del Sector Públicos), integra el contrato de consultoría y asistencia en el “*contrato de servicios*”, (art. 10), que tiene como objeto prestaciones de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado diferente al de una obra o un suministro. Se introduce en la nueva regulación un matiz en los requisitos que deberán cumplir las personas naturales o jurídicas que contraten con el sector público, que es la necesidad de “*acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional*”, (art. 54.1 LCSP). Esta exigencia puede ser un mecanismo eficaz para evitar el encubrimiento de prestaciones laborales con contratos administrativos de servicios.

No obstante se mantiene la problemática distinción en muchos casos de prestación de servicios laborales (con las notas características del trabajo por

³⁰² DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M. Reformas laborales y Administraciones Públicas. Lex Nova, Valladolid, 2013.

cuenta ajena, art. 1.1 ET), de los trabajos administrativos. La última jurisprudencia sobre este particular del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, diferencia entre ambos tipos de contratos basándose principalmente en el objeto del contrato permitido por la norma, considerando que aquellos que desarrollen una actividad en sí misma considerada para la Administración deberá ser considerada como una prestación de servicios de naturaleza laboral, siendo contratos administrativos de servicios los que tengan como objeto *“la obtención de un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final”*, (por todas, STS de 20 de octubre de 1998; STS 22 de diciembre de 2011, Rec. 3796/2010, STS de 12 de junio de 2012. Rec. 1831/12). Se supera definitivamente la doctrina anterior que admitía que la calificación formal del contrato en cuestión como administrativo determinase su naturaleza en este caso administrativa. Con la nueva doctrina jurisprudencia, podremos hablar de una relación laboral, en vez de administrativa, cuando el contrato exceda del desarrollo de un trabajo con sustantividad propia, sea cual será la denominación formalmente tenga

CAPÍTULO VII.- LA ORDENACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO DESPUÉS DEL EBEP: OBJETIVOS DE FUTURO Y REALIDAD ACTUAL. PARTICULAR REFERENCIA AL PERSONAL LABORAL.

1. Introducción: Instrumentos de ordenación del empleo público desde el EBEP hasta el Informe CORA.

La ordenación del empleo público es, en mi opinión, uno de los elementos más trascendentales y menos desarrollados, (y por tanto, con más potencial), en relación al régimen jurídico del empleo público. Todos los instrumentos de gestión para la ordenación y optimización previstos en el EBEP, que vamos a analizar, constituyen el engranaje que hará que el empleo público, y por tanto la propia Administración funcione correctamente o no. Además, serán el punto de partida para lograr los objetivos a conseguir, que en realidad entran ya en el ámbito de las decisiones políticas: queremos que los empleados públicos se centren en la calidad de los servicios públicos, o en la economía del sistema, en la permanencia de los que gobiernan en un momento dado, o en eficacia en la actuación administrativa, etc....

El Informe de la Comisión de Expertos para la preparación del EBEP recomendaba la minimización de normas prescriptivas en materia de ordenación del empleo público, para dejar margen a la gestión y solo asegurar un mínimo de coordinación entre las Administraciones.

Si bien es cierto que las Administraciones no tienen el mismo margen de libertad que las empresas privadas para organizar y dirigir el trabajo de sus empleados, también es cierto que el EBEP ha respetado los consejos de la Comisión de Expertos en cuanto a la necesidad de integrar en el ámbito público elementos de la organización y dirección de Recursos Humanos de las empresas privadas, de tal forma que si bien se regulan los instrumentos también es cierto que se hace en términos de principios y mínimos, incluso con margen de elección para cada Administración en cuanto a los instrumentos, de forma que no se había regulado hasta ahora.

En los siguientes epígrafes analizaremos los distintos instrumentos de ordenación y gestión de personal que determinarán lo que sea en el futuro el

empleo público, y consecuentemente la propia Administraciones Públicas de cara a la sociedad. Para ello, tomaremos como referencia la regulación vigente, y el estado actual de los distintos aspectos relativos a la organización del empleo público, pero también las propuestas políticas que existen en este sentido, que hoy por hoy se encuentran centradas en el denominado informe CORA.

El 26 de octubre de 2012 el Consejo de Ministros acordó crear una Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA). Esta Comisión, -de naturaleza política, no de expertos-, se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y está presidida por el subsecretario de la Presidencia, y compuesta por miembros del gobierno.³⁰³ Para abrir la Comisión a cierta participación social se constituyó un Consejo Asesor³⁰⁴ y un buzón de participación ciudadana. Sin embargo, especialmente llamativa es la similitud del contenido del Informe CORA y un informe³⁰⁵ emitido por la consultora PricewaterhouseCoopers, titulado “*¿En qué hay que reformar la Administración Pública española?*” (2012), capitaneado por el ex ministro de Administraciones Públicas Jordi Sevilla Segura, (que recordemos, ejercía como tal cuando se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público). La influencia neoliberal de las multinacionales es evidente en la hoja de ruta del actual gobierno, también en empleo público.

El 26 de junio de 2013, dicha Comisión presentó el informe de la CORA, dando traslado de las propuestas de reforma al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su elevación al Consejo de Ministros.

³⁰³ Formado por un representante de cada uno de los Departamentos Ministeriales con rango mínimo de Director General, un representante de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, un representante de la Oficina Económica de la Presidencia del Gobierno, un representante del Gabinete de la Presidencia y de la Vicepresidencia del Gobierno.

³⁰⁴ Se constituye un Consejo asesor externo formado por el Defensor del Pueblo, organizaciones empresariales y sindicales de empleados públicos (CCOO, UGT, CSIF, FEDEA, CEOE y CEPYME), Asociación de Trabajadores Autónomos, el Consejo de Consumidores y Usuarios, el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, el Instituto de Empresa Familiar y la Asociación Española de Empresas de Consultoría.

³⁰⁵ Según consta en el propio informe, este se desarrolla “*en el marco del programa de Crecimiento Inteligente*” que ha puesto en marcha la firma con el objetivo de apoyar a las empresas y a las Administraciones Públicas en el tránsito hacia un nuevo modelo productivo...El proyecto está coordinado por Jordi Sevilla, sénior advisor de PwC.”

En materia de empleo público se recogen propuestas que hacen referencia a la Administración General del Estado, pero no obstante resultan de interés general por el modelo de referencia que constituye de cara al resto de Administraciones.

Estas propuestas de reforma del empleo público, constituyen realmente medidas para hacer frente a una situación de urgencia económica, disfrazándolas de ideas reformadoras y de modernidad. La realidad es que el trasfondo de las propuestas no es más que la limitación del gasto público en esta materia, y la optimización y aprovechamiento del personal de las Administraciones en términos económicos. Es por tanto muy distinto de lo que proponía el EBEP, que en un momento económico y político de mayor serenidad, sí tenían como objetivo la modernización de la gestión en el empleo público, con el convencimiento de que introducir elementos de gestión de personal propias de la empresa privada mejoraría la prestación de servicios.

No obstante si algunas de las reformas que se proponen se llegasen a aplicar podrían ser un paso adelante en la mejora del empleo público, siempre y cuando al materializarse se tengan en cuenta objetivos de calidad y cantidad en los servicios públicos, y no solo de racionalización económica en materia de personal, que es lo que de la lectura del informe CORA se deduce como filosofía que informa cada medida que proponen.

El informe CORA señala los siguientes objetivos de reforma en materia de empleo público: el establecimiento de pautas sobre la determinación del régimen jurídico del personal que participa en la prestación de los servicios públicos; la redefinición de los elementos de ordenación del empleo público (clasificación y movilidad funcional); redefinición del puestos de trabajos (reasignación de efectivos); mayor vinculación entre la planificación de Recursos Humanos (RRHH), y estrategia y políticas públicas de la Administración General del Estado; diseño de medición de cargas de trabajo que faciliten la asignación eficiente de RRHH; movilidad interna y movilidad interadministrativa (el objetivo es contar con menos efectivos pero más Empleo Público); mejora de los sistemas de información (nuevos modelos de bases de datos para una gestión de personal que no se limite a aspectos jurídicos, sino

también información de capacidades y competencias como títulos, idiomas,...); aplicación de la evaluación del desempeño (introducción de la dirección por objetivos); formación como factor para el cambio (planes de formación vinculando los proyectos de mejora a la planificación estratégica, para avanzar en sistemas de gestión por competencias).

En definitiva, instrumentos de gestión clave. Partiendo de estos objetivos políticos de reforma de la gestión y organización desde la perspectiva del empleo público laboral, analizaremos los puntos más importantes, aportando una visión de cómo los configura el Informe y cómo se configuran en el EBEP, a fin de saber con qué contamos y qué retos nos quedan por delante para lograr los objetivos de reforma y flexibilización en la gestión del empleo público de nuestro país.

2. Organización del empleo público funcional y laboral de las Administraciones.

2.1. Breve referencia a la evolución histórica de la forma de organización del empleo público español hasta la actualidad.

Como ya se vio al principio de esta obra, el sistema de empleo público español tiene su origen en el modelo francés, caracterizado por ser un sistema cerrado, de inspiración militar, donde prima la idea de servicio público frente a la rentabilidad, en función de su organización sobre Cuerpos de funcionarios. La posterior influencia de la Administración anglosajona supuso la reforma de nuestro modelo vinculada a la aparición del concepto “puestos de trabajo”, propio de un modelo abierto, o de empleo, de estilo privado-empresarial.

En nuestro país, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, introdujo importantes cambios en materia de empleo público, e intentó racionalizar el personal de las Administraciones en función de las necesidades concretas de la organización. Así, en materia de empleo público, potenció los Cuerpos Generales de funcionarios, -sin que desaparecieran los Cuerpos Especiales-, y se suprimieron las categorías personales para evitar la patrimonialización de ciertos Cuerpos, lo que supuso la asignación de

funciones por puestos de trabajo, que pueden ser ocupados por funcionarios de distintas procedencias. La presión de los grandes Cuerpos impidió que el éxito de ésta reforma fuese total.³⁰⁶

En este mismo sentido la LMRFP de 1984, desvinculó los órganos de los puestos de trabajo, de tal forma que estos se convirtieron en el mecanismo de organización de las funciones de los empleados públicos. Esta Ley de principio de los años ochenta creó también las Relaciones de Puesto de Trabajo como instrumento de organización que aún perdura. El EBEP recoge este concepto y considera el puesto de trabajo como el elemento básico de gestión de personal en las Administraciones Públicas, se sigue, por tanto, avanzado en el sistema abierto de función pública.

Conforme a ese proceso evolutivo el EBEP, -una vez más- deja la ordenación del empleo público a la autonomía de cada Administración, que deberán desarrollar en sus Leyes de la Función Pública, y por decisión de sus órganos de gobierno, pero dentro de la estructuración en cuerpos, escalas o categorías, y de la clasificación de puestos de trabajo marcados en el EBEP. Los cuerpos y escalas se crean y suprimen por Ley, según establece el artículo 75 EBEP.³⁰⁷ Si bien, estas formas de ordenación afectan en exclusiva a los funcionarios públicos, por ser éstos los que cumplen las funciones esenciales de las Administraciones, siendo inamovibles en sus puestos, -el personal laboral en esta materia queda fuera del ámbito de aplicación del precepto estatutario, como luego comentaremos-.

Las Leyes que determinen los cuerpos, escalas y especialidades delimitarán a su vez *“las competencias, capacidades y conocimientos comunes”* de los funcionarios que se incluyan en ellos, que serán acreditados mediante un proceso selectivo, (artículo 75 EBEP). El Estatuto no impone una forma concreta de agrupación pero sí fuerza a ésta, marcando los mínimos de dicha organización al establecer su ordenación y selección mediante la

³⁰⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. *“Derecho de la función pública”*. Tecnos, Madrid, 2009.

³⁰⁷ Artículo 75.2 EBEP: *“Los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, modifican y suprimen por Ley de las Cortes Generales, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas...”*.

demostración del dominio de esas “*competencias, capacidades y conocimientos*”.

El artículo 76 EBEP clasifica los Cuerpos y Escalas en Grupos de clasificación profesional, según sea la titulación exigida para el acceso a los mismos. Esta clasificación afecta tanto a las funciones como a la carrera profesional del funcionario, puesto que en cada Grupo encajan Cuerpos y Escalas según el nivel de formación y responsabilidades que conlleven las funciones a realizar, y de las pruebas de acceso.

2.2. La clasificación profesional y encuadramiento del personal laboral al servicio de las Administraciones en el EBEP.

Como avanzábamos, en materia de ordenación del empleo, el personal laboral de las Administraciones queda fuera del ámbito de aplicación de los artículos 75 y 76 del EBEP, si bien esto no quiere decir que queden exentos de una organización concreta, sino que tienen su normativa, denominación y características propias, independientes del régimen funcional, al que formalmente no quedan condicionados.

De hecho, en el caso de los laborales, el elemento clave es “*la clasificación profesional*” conforme se regula en las normas dictadas al efecto en el ámbito de la legislación laboral, según consta en el artículo 77 EBEP, -es decir, conforme con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, en sus artículos 22 a 24, y los Convenios Colectivos de aplicación en cada Administración-.

Una las novedades introducidas por la Ley 3/2012, que aprobó la denominada reforma laboral, fue la de la flexibilización del concepto de categoría profesional, con la nueva redacción dada al artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores³⁰⁸. El fin último de esta reforma es el facilitar la movilidad

³⁰⁸ Art. 22 ET. Sistema de clasificación profesional. 1. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales.

funcional de los trabajadores, amparada en una nueva “*polivalencia funcional*”, tratando de ser un modelo innovador que sustituye las categorías profesionales, que conllevaba rigidez en la gestión, por el nuevo concepto de “grupo profesional” que se define como los que agrupan “*unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación*”, e incluye “*distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades*”, (art. 22.2 ET), y que en definitiva permite utilizar al mismo personal para distintos trabajos, evitando que existan consecuencias de ningún tipo para la empresa.

En el ámbito del empleo público laboral este nuevo planteamiento del ordenamiento laboral es de aplicación directa al personal laboral, puesto que el artículo 77 EBEP establece que éstos se “*clasificarán de conformidad con la legislación laboral*” (legal o convencional, se entiende).³⁰⁹

Sin embargo, hay que tener presente que el artículo 74 EBEP exige un instrumento de ordenación de personal que no existe en el ámbito privado, que son las Relaciones de Puestos de Trabajo (tratada en el epígrafe 3.2.1, y a cuyo contenido me remito), instrumento mediante el que se estructura la organización del personal, en el que deberá constar los puestos de trabajo, grupos de clasificación profesional, cuerpos o escalas a los que estén adscritos, sistemas de provisión de cada uno y retribuciones complementarias.

2. Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador. 3. La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres. 4. Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.

³⁰⁹ El artículo 14 del III CUAGE, clasifica al personal laboral clasificándolos en cinco grupos profesionales, tres grandes áreas funcionales (gestión y servicios comunes, técnica y profesional, actividades específicas), y categorías o especialidades que se encuadran dentro de las dos primeras. Así, la pertenencia a cierto grupo profesional y el área funcional capacita para todas las actividades incluidas en los mismos.

Existen diferencias entre empleo público laboral y el laboral común, en relación al encuadramiento profesional de los trabajadores, primando en este caso la regulación del EBEP, frente a la norma laboral común, (que señala el encuadramiento como la asignación a un grupo profesional según acuerdo de trabajar y empresario (art. 22.4 ET)).

Frente a esto, el artículo 83 EBEP establece que la provisión de puestos del personal laboral se hará conforme con “*lo que establezcan los convenios colectivos*”³¹⁰, y en su defecto conforme a “*el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera*”, que se rigen por el sistema de concurso de méritos y libre designación en convocatoria pública.

Pues bien, este modelo ha sido adoptado ya, (en cierta medida), en el ámbito de la negociación colectiva del empleo público laboral, que es la que rige en esta materia por remisión del artículo 77 EBEP. Con este se opta por un sistema que facilite la movilidad funcional e interdepartamental, y favorezca la promoción estableciendo mecanismos de carrera dentro del sistema. Así, por ejemplo el artículo 14 del vigente III Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado opta por una clasificación profesional estructurada en grupos profesionales (agrupados por aptitudes, titulaciones y contenido de la prestación: *gestión y servicios comunes, técnica y profesional, y actividades específicas*), áreas funcionales (dentro de los grupos agrupa a las tareas que por su naturaleza se encuadran en una concreta profesión u oficio), categorías y especialidades.

Este modelo flexible de clasificación profesional que hemos visto puede ser útil tanto para la potencial movilidad funcional del trabajador, como para hacer efectiva la carrera profesional de los empleados públicos laborales, -y así es resaltado en el propio Informe CORA, al hablar de la necesaria flexibilización del empleo público de la Administración-.

³¹⁰ El artículo 28 del III Convenio Único para el personal laboral de la AGE, establece como orden de provisión: El reingreso; traslado; promoción profesional; ingreso libre; otras forma de movilidad previstas en este convenio.

3. La provisión de puestos y movilidad del personal laboral de las Administraciones Públicas.

El art. 83 EBEP establece que la *“provisión de puestos y movilidad”* del personal laboral, se *“realizará de conformidad con lo establecido en los Convenios Colectivos de aplicación, y en su defecto por el sistema de provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal de carrera”*.

El primer problema que se plantea en este ámbito es si lo regulado en los artículos 39 ET, (movilidad funcional), y 40 ET (movilidad geográfica), resultan de aplicación o no, en el ámbito de los empleados públicos laborales. A la vista del literal del art. 83 EBEP parece que la regulación del Estatuto de los Trabajadores servirá de norma mínima, -como no puede ser de otra forma-, para los Convenios Colectivos que sean de aplicación, pero si no existiese Convenio Colectivo, o este no regulase el tema de la movilidad, serían de aplicación directa los artículos 78 a 84 EBEP. Es decir, que en relación a esta materia, según el literal de la ley, se rompe la regla que establece de forma ordinaria la supletoriedad del derecho laboral común, siendo de aplicación supletoria a la norma convencional la regulación especial del EBEP en esta materia.³¹¹

3.1 Regulación administrativa de la movilidad funcional y geográfica en el ámbito funcional.

Dado que la regulación funcional potencialmente puede ser de aplicación al personal laboral, haremos referencia a ésta. Se trata de una regulación, que aunque ha sufrido un proceso de flexibilización respecto a regulaciones anteriores, sigue siendo más restrictivo que la movilidad propia del ámbito laboral, basada más en las necesidades de la empresa, ejercido desde el poder de dirección del empresario.

³¹¹ Desdentado Aroca, E., en sentido contrario: “No parece que sea así... En caso de regulaciones incompletas las normas funcionariales y las convencionales no serían normalmente complementarias.... El orden de las normas aplicables sería: las normas laborales estatales y convenios colectivos, que forman el bloque laboral; supletoriamente las normas de la función pública”.

Los artículos 78 a 84 del EBEP, regulan de forma desordenada supuestos de movilidad por distintas razones y con distintas consecuencias que en algunos supuestos pueden suponer una movilidad funcional y geográfica. Se configuran como preceptos que marcan mínimos que deben completarse con la esperada regulación de desarrollo, y que por tanto hoy por hoy suponen la vigencia del RGIPP y la LMRFP. Las Comunidades Autónomas tienen su propia regulación sobre esta materia en normas especiales y, las menos, en sus nuevas Leyes de la Función Pública.³¹²

Como ya vimos, los puestos de trabajo de las Administraciones estarán clasificados en las Relaciones de Puestos de Trabajo, o los instrumentos de ordenación similares que se establezcan al efecto, según posibilita el EBEP, y en este instrumento debe constar el sistema de provisión para cada uno de ellos. Así pues, cuando un puesto quede o esté vacante, la Administración lo cubrirá conforme a algunos de los procedimientos que prevé la ley: el concurso y la libre designación (art. 78.2 EBEP).

El artículo 73.2 EBEP abre la puerta a la movilidad funcional ordinaria (horizontal), permitiendo a las Administraciones, “*siempre que las necesidades del servicio lo justifiquen*” y en ejercicio de su poder de dirección, -dentro del margen que dentro de esta necesaria justificación-, podrán asignar funciones o tareas distintas a las del puesto de trabajo ordinario del empleado, respetando siempre el grupo profesional al que pertenezcan.

Sin embargo, el EBEP da un paso más y también regula supuestos en los que se pueden realizar traslados forzosos por necesidades del servicio o funcionales, (art. 81.2 EBEP). Estos son los supuestos de “*redistribución de efectivos*”, que suponen la movilidad a otras unidades, departamentos y organismos de las Administraciones por necesidades del servicio, -que también deberá ser motivada, y por tanto justificada, además de conllevar el respeto a las retribuciones del empleado objeto del traslado, y sin suponer movilidad geográfica³¹³-.

³¹² SANCHEZ MORÓN, M. Derecho de la función pública. Tecnos, Madrid, 2009.

³¹³ Contrasta esta regulación con legislación laboral, que no contempla el supuesto de cambio de lugar geográfico dentro de la misma localidad, aunque se entiende posible dentro del

El art. 81.2 EBEP, por su parte, sí regula la movilidad geográfica de los empleados públicos, por motivos excepcionales y conforme a los Planes de Ordenación de Personal, siendo esta regulación más flexible que la laboral (art. 40 ET), dado que no existen límites sino la necesidad de justificación de la medida.³¹⁴ En todo caso, se dará prioridad a los traslados voluntarios y reconociendo el derecho a indemnización conforme se establezca reglamentariamente.

El art. 81.3 EBEP regula la movilidad provisional a otro puesto de trabajo (adscripción provisional), en casos de urgente e inaplazable necesidad, debiendo en estos casos “*procederse a su convocatoria pública*”, que al no existir aún norma de desarrollo se realizará conforme con lo establecido en el RD 364/1995 RGIPP, para “*comisión de servicios de carácter forzoso*” (art. 63 y ss).

Otro supuesto de movilidad forzosa, y en este caso definitivo, era la regulada en el art. 60 RGIPP, que regula la reasignación de efectivos para los casos en que un Plan de Empleo suprima puestos de trabajo. El EBEP no regula este supuesto, pero su art. 85.2 a), establece la posibilidad de que la legislación de desarrollo prevea situaciones administrativas especiales para abordar posibles reestructuraciones de plantillas, en casos de necesidad.

Un supuesto especial de movilidad es la denominada “*movilidad por razón de violencia de género*” (art. 82 EBEP), previsto también en el artículo 40.3 bis ET. Se trata de un caso excepcional de movilidad geográfica y/o funcional voluntaria, dentro del respeto al grupo profesional, previsto como medida de protección para la trabajadora, que voluntariamente lo pide, pero tiene el carácter de “*traslado forzoso*” para la Administración, que deberá aprobar el traslado “*a otro puesto de trabajo propia....categoría profesional, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura*”. En todo caso, la Administración deberá comunicar “*las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite*”.

ejercicio del poder de dirección de las empresas. LÓPEZ GÓMEZ, J.M. La relación laboral de empleo público...pág. 319.

³¹⁴ PALOMAR OLMEDA. “Provisión de puesto de trabajo y movilidad”, en Comentarios al EBEP, pág. 498.

El art. 79.3 EBEP regula un caso especial, que realmente se desmarca del concepto “movilidad funcional”, pero de hecho lo es. Se trata de los supuestos de “*remoción de puestos de trabajo*” a los que el empleado accedió por concurso o libre designación, que puede producirse por razones diversas que van desde las de carácter objetivo, (como la alteración del contenido del puesto de trabajo que ocupaban, por no superar o modificación de la RPT, o subjetivas, como la falta de capacidad del empleado, o la no superación de la evaluación del desempeño), y que en el caso de los puestos ocupados por libre designación incluyen la simple pérdida de confianza que se había designado para ese puesto.

La regulación no es igual para ambos casos, como es lógico, existiendo la necesidad de motivar debidamente la medida y dar traslado para alegaciones a los que accedieron por concurso, si bien en el supuesto de los de libre designación se debe tener en cuenta que no podrán vulnerar derechos fundamentales. No obstante para ambos se establece la necesidad de asignarle puesto de trabajo “conforme con el sistema de carrera profesional”.

3.2. Regulación laboral de la movilidad funcional y movilidad geográfica.

Respecto a la regulación laboral sobre esta materia, (que como hemos indicado solo se aplicará a los laborales de las Administraciones desde la regulación que hagan los Convenios Colectivos), se establece una regulación que es en parte similar a la del EBEP, sobre todo en cuanto a los efectos. En cambio sí existe una mayor flexibilidad en el ámbito laboral en cuanto a los requisitos para proceder a la movilidad geográfica (art. 40 ET), o movilidad funcional (art. 39 ET).

Sobre la regulación de la movilidad funcional del art. 39.1 EBEP, hay que hacer mención particular porque dentro de la misma diferenciamos entre la denominada “movilidad interna”, que permite al empresario cambiar las funciones del trabajador dentro del respeto al grupo al que pertenezca, y que es fruto del derecho al “*ius variandi*” del empresario en el desarrollo de la

prestación de trabajo, y que tiene su reflejo como vimos en el art. 73.2 EBEP; y la “movilidad externa” (art. 39. 2 y 3 EBEP), es decir movilidad ascendente o descendente, pero en todo caso fuera de las funciones propias del grupo profesional.

Lógicamente estos últimos supuestos exigen también en el ámbito laboral que existan causas justificadas ya sean técnicas u organizativas, son limitadas en el tiempo y no pueden afectar a los derechos del trabajador, sino para mejorarlos en los supuestos de movilidad ascendente. Si la movilidad funcional no respeta estos límites, nos encontraríamos ante un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, que se regula conforme al procedimiento del art. 41 ET.

En todo caso la regulación es casi paralela en los supuestos de movilidad funcional y geográfica: se exige la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifiquen las modificaciones, la notificación previa por escrito, la posibilidad de impugnar la decisión empresarial, (sin perjuicio de que deba asumirse mientras se resuelve el pleito), y el derecho para el trabajador a resolver el contrato, percibiendo una indemnización de 20 días por año de servicio, con el máximo de 12 meses, en el caso de la movilidad geográfica, y 20 días por año de servicio con el máximo de 9 meses en los casos de movilidad funcional, cuando se excedan los límites del art. 39 ET, igual que sucede una modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41.1.2 EBEP), -siempre y cuando así venga establecido en el convenio colectivo que sea de aplicación, dado que en caso contrario rigen las reglas del sistema de provisión y movilidad de los funcionarios conforme establece el art. 83 EBEP-³¹⁵.

Por su parte la movilidad voluntaria dentro del régimen de provisión de puestos de trabajo también existe amparada por la figura de los traslados,

³¹⁵ Supone un problema jurídico complejo el determinar el régimen aplicable a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41. F) ET, que afecten a las funciones, “cuando exceda de los límites contemplados en el art. 39 ET, pues bien se podría entender que es un supuesto de movilidad y que por ello se regirá por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario, en defecto de lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación, conforme con el art. 83 EBEP”. LÓPEZ GÓMEZ, J.M. La relación laboral especial de empleo público. Civitas, 2009, Madrid.

promovidos por el propio trabajador. De esta forma se puede concurrir al concurso de traslados habilitados para la cobertura de vacantes de necesaria provisión, con la única condición de ser trabajadores con contratos fijos.

En todo caso, y aún siendo la movilidad un derecho de los empleados, el art. 81.1 EBEP deja claro que la Administración gozará de discrecionalidad para planificar sus Recursos Humanos, estableciendo las reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria, *“cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos”*.

3.3. Supuestos de movilidad regulados en el III Convenio Colectivo Único del personal al servicio de la Administración General del Estado.

En materia de provisión y movilidad, el III Convenio Colectivo Único es muy completo, dando respuesta a la remisión que el artículo 83 del EBEP hace al papel de las normas convencionales en esta materia, siendo innecesaria la aplicación supletoria a la que se refiere dicho artículo, respecto del régimen jurídico de la movilidad prevista para el personal funcionario en el EBEP.

De hecho regula los requisitos y consecuencias jurídicas de todas las formas de movilidad del personal laboral, (unas obligatorias, y otras voluntarias para el trabajador): la movilidad funcional dentro del mismo grupo profesional (art. 21), desempeño de puestos de trabajo de distinto grupo profesional (art. 22), movilidad sin cambio de funciones dentro de la misma localidad o municipio (art. 24), Movilidad geográfica forzosa: traslado obligatorio (art. 26), movilidad geográfica temporal (art. 27), movilidad geográfica voluntaria mediante concurso (art. 29), movilidad para la protección de la mujer (art. 32), movilidad entre administraciones (art. 32), permuta (art.32), adscripción temporal a puestos vacantes (art. 32), movilidad funcional por incapacidad laboral permanente total (art. 63), movilidad por disminución de capacidad (art. 64), movilidad por razones objetivas salud, rehabilitación (art. 64), movilidad por protección de la maternidad (art. 65).

Particular mención se debe hacer hemos de tres supuestos especiales de movilidad funcional convencional, fruto de las últimas reformas legislativas,

que como vimos al analizar la negociación colectiva, quiebran la fuerza vinculante de los convenios. Entre estas está el artículo 82.3 ET, en relación con el 41.6 ET, que abre la posibilidad de proceder a la inaplicación de lo establecido en Convenio, respecto a diversas materias entre las que se encuentra el cambio de *“funciones cuando excedan de los límites para la movilidad funcional del art. 39 ET”*, siempre y cuando concurren causas técnicas, económicas, organizativas y de producción. En estos casos se abre un proceso de negociación con los representantes de los trabajadores, que en caso de no llegar a acuerdo y previa intervención de la comisión paritaria, se podrá acudir al arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órganos similares a nivel autonómico. Esta excepción a la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos estatutarios ha sido admitida, como no inconstitucional por la notoria Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio, que otorgó validez a la reforma laboral de 2012.

En definitiva, por esta vía podría modificarse lo establecido en Convenio Colectivo en materia de movilidad funcional de los empleados laborales de las Administraciones. En este sentido las Administraciones cuentan además con otro mecanismo de inaplicación de los Convenios novedoso, que es el apartado 2 del art. 32 EBEP, (que fue objeto de análisis en otro momento de este trabajo, y al que nos remitimos), y que resulta menos concreto, y más flexible aún que el mecanismo de excepción en el ámbito laboral. La diferencia de esta figura frente al antes comentado descuelgue laboral, es que las Administraciones para poder proceder a *“suspender o modificar el contenido del convenio”*, por razones excepcionales, *“y causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”*³¹⁶, de la que deberán informar a los sindicatos (sin obligación a negociar nada).

³¹⁶ Este concepto jurídico indeterminado se aclara en la Disposición Adicional Segunda del R.D. Ley 20/2012, de 13 de julio, para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad: *“A los efectos de lo previsto en los artículos 32 y 38.10 del EBEP, se entenderá entre otras cosas que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”*.

3.4. La movilidad voluntaria interadministrativa.

Otro elemento interesante y aún pendiente de auténtico desarrollo, que regula el EBEP en su artículo 84 es la denominada "*movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas*". Esta figura si bien ya existía en alguna medida en la regulación anterior, tenía la limitación de que dependía de "*lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo*", y muchas Administraciones vienen vetando esta posibilidad al exigir como requisito para el desempeño de puestos el tener la condición de funcionario o contratado por la concreta Administración a la que pertenece el puesto de trabajo ofertado.

El EBEP intenta fomentarla al menos formalmente, y para esto prevé en su artículo 84 que las Administraciones "*establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante acuerdos o convenios de la Conferencia Sectorial, u otros instrumentos de colaboración*".

En definitiva, en nuestro sistema de empleo público existen descritos instrumentos y facilidades de cara a la movilidad funcional del personal a su servicio, si bien no se les está dando el debido uso, siendo prueba de ello que ante la situación de crisis económica, y dada la falta de presupuesto para mantener puestos de trabajo las medidas que se están adoptando en las Administraciones es exclusivamente la de acudir al despido del personal laboral.

4. Carrera profesional y promoción del personal laboral.

Por otro lado, el EBEP introduce en su art. 19 una novedad importante y positiva para la propia ordenación del empleo público, que es el derecho a la carrera profesional y la promoción del personal laboral. Este derecho se configura en el art. 16.2 EBEP, como oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Esto conlleva, lógicamente, la aceptación de la posibilidad de modificación de la clasificación profesional inicial del trabajador por esta vía.

La norma laboral común en materia de promoción no dispone nada, (es materia deslegalizada), remitiendo a estos efectos a los Convenio Colectivos y los acuerdos de empresa, pero haciendo mención a la exclusión en este ámbito de medidas discriminatorias, (menos las positivas), (art. 24 ET). Las normas funcionariales solo serían de aplicación si el propio Convenio remite a ellas.

Sobre este tema surge la duda de si los contratados temporales quedarían o no excluidos de este derecho,-más cuando los funcionarios interinos y los eventuales son excluidos por la norma-. Hay quien interpreta el artículo 19.1 EBEP, en relación con el art. 16 que atribuye el derecho a la progresión en la carrera profesional y la promoción interna de los empleados públicos en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, los temporales laborales quedarían fuera al igual que eventuales e interinos.

Considero que esta es una lectura restrictiva, y discriminatoria, (no acorde con la Directiva 1999/70/CE), por razón de la duración del contrato, de un derecho que el artículo 19 EBEP en realidad reconoce sin trabas, sin perjuicio de que por su propia naturaleza la carrera profesional del un contratado laboral temporal sea (o debiera ser, si el contrato fuese ajustado a derecho), prácticamente imposible por su corta permanencia en el puesto. Esta cuestión se hace más evidente en casos como el de los "*indefinidos no fijos*", que de hecho son una categoría especial de personal laboral temporal, que en tanto no se convoque la plaza que ocupan pueden permanecer durante años en el puesto, sin derecho a la carrera profesional.

Por su parte el III Convenio Colectivo Único (CUAGE) limita el derecho de promoción al personal laboral fijo (artículo 30.2 CUAGE), con un mínimo de vinculación en el puesto de dos años. Esta previsión, seguramente se ampara en Sentencias como la del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2009, que manifiesta que la carrera profesional se sitúa en un contexto de permanencia indefinida en el desempeño de las funciones, justificando por tanto que se excluya a los que tienen una vinculación laboral limitada en el tiempo. Personalmente dudo de esta teoría, al menos en relación al caso de los trabajadores indefinidos no fijos, puesto que no se justifica al amparo del art. 19

del EBEP que no excluye a ningún laboral, ni en la norma laboral común, y que puede constituir una discriminación sin más, y por tanto ser nulo de pleno de derecho.

Por otra parte el personal con contrato temporal cuentan con un elemento de promoción extraordinario que recoge el EBEP en su Disposición Transitoria 4ª, que es la posibilidad de consolidar su empleo como laboral fijo, pensado como instrumento de promoción, de temporales a fijos, para los que se encuentren prestando estos servicios con anterioridad a 1/1/2005, contando entre los méritos a valorar con el tiempo de servicio prestado en las Administraciones Públicas (las conocidas como oposiciones con mochila, que ya hemos comentado con anterioridad).

5. Los Registros de Personal y gestión integrada de Recursos Humanos.

Los denominados Registros de Personal son otro de los instrumentos de gestión que, sin constituir una novedad, se prevé en el EBEP. Su utilidad pretende ser doble: de tipo informativo, sobre el número y condiciones de los empleados públicos de las distintas Administraciones, y de tipo acreditativo de los actos que afecten a la vida profesional de cada empleado público.

Se regulaba ya en la Ley de Medidas de 1984 y el reglamento aprobado por Real Decreto 1045/1986, (reformado por Real Decreto 2073/1999).

Este instrumento se mantiene en el EBEP, si bien para potenciar su utilidad práctica como herramienta de gestión de recursos humanos será imprescindible que la regulación Estatal y Autonómica de desarrollo reconozcan su importancia exigiendo la inclusión en los mismos de todos los empleados públicos, y la coordinación entre Administraciones para poder planificar, organizar y gestionar el personal y sus perfiles de forma óptima, según los objetivos que se marque dicha gestión de personal.

Objetivos como la adecuada movilidad del personal a nivel interadministrativo, la armonización de decisiones a efectos presupuestarios, la

formación, y en general la optimización de la utilización de los Recursos Humanos con los que se disponen, pueden depender para su logro de que éste instrumento se potencie.

Para ello habrá que optimizar el funcionamiento de los Registros, armonizando contenidos mínimos comunes que requiere el EBEP, desarrollando sistemas informáticos integrados (como recomendaba el informe de la Comisión de Expertos), interconectándolos para su efectiva utilidad a nivel de toda las Administraciones Públicas. Esta es la intención que expresa el EBEP cuando se dice que *“las Administraciones impulsarán la gestión integrada de recursos humanos”* (artículo 71.4).

El artículo 71 EBEP regula los Registros de Personal con los siguientes criterios básicos:

- a) Cada Administración Pública tendrá su propio Registro en el que se inscribirán los datos del personal contemplado en los artículos 2 y 5 EBEP, (es decir todo el personal funcionario y personal de las Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación y los funcionarios de Correos y Telégrafos).
- b) Los registros podrán disponer, si así se decide, de información sobre el resto de recursos humanos de su respectivo sector público, (personal de sociedades y fundaciones públicas, órganos constitucionales y estatutarios y demás entidades excluidas del EBEP).
- c) Mediante convenio de la Conferencia Sectorial se establecerán los contenidos mínimos comunes de los Registros de personal y los criterios que permitan el intercambio homogéneo de la información entre Administraciones, con respecto a lo establecido en la legislación de protección de datos de carácter personal.
- d) Cuando los Entes Locales no cuenten con capacidad económica o técnica para constituir su propio registro las

Administraciones del Estado o Autonómicas cooperarán con aquéllas a tales efectos.

6. La Planificación de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas.

La ordenación del empleo público se completa con su proyección dinámica que hace referencia a la planificación de sus efectivos. El EBEP parte de la premisa de que para cumplir con los objetivos de eficacia, mejora y modernización de la función pública es necesaria desarrollar y aplicar una “planificación estratégica” de recursos humanos con los que cuentan las Administraciones.

Aunque el concepto de planificación de recursos humanos existía en nuestra normativa (el artículo 18 LMRFP, introduce la figura de los planes de empleo, y el artículo 2 del Real Decreto 363/1995, RGIPP, define el concepto de planificación de recursos humanos en la Administración del Estado, y algunas normas autonómicas incorporan instrumentos de racionalización de efectivos), lo cierto es que no ha sido muy utilizada, llevándose la mayoría de las veces de forma improvisada, o simplemente no realizándose actividad alguna en este sentido. Esta premisa lleva al legislador a intentar dar un nuevo impulso a este elemento proporcionando una regulación básica relativa a los instrumentos clave para poder hacer realidad dicha planificación.

Estos instrumentos deben que servir para que cada Administración pueda analizar sus necesidades de personal, programar y distribuir de forma que no se incurra en excesos ni en carencias, tanto en número como en competencias. Muchos de los instrumentos de ordenación que hemos visto son la clave de una buena planificación del personal (Registros de Personal, Oferta de Relaciones Públicas, Relaciones de Puestos de Trabajo), y curiosamente existían antes del EBEP, pero no todas las Administraciones Públicas las han desarrollado igual, y de hecho algunas carecen de ellas.

Otros instrumentos de gestión de Recursos Humanos que interactúan con una planificación estratégica de personal, (como la formación, políticas de

selección, la carrera profesional, la movilidad...), son deficientes en muchas Administraciones en cuanto a su planteamiento en muchas ocasiones sin una planificación, o una estrategia de fondo.

En definitiva, la planificación de recursos humanos está muy poco desarrollada y usada en general en las Administraciones Públicas actuales, y sin embargo los instrumentos de gestión están descritos en la norma. El legislador le ha querido dar la importancia que tiene, y por éste motivo el artículo 69 EBEP se refiere a la Planificación marcando como objetivo de la misma *“contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de su efectivos, su mejor distribución, formación promoción profesional y movilidad”*.

Para que la eficiencia y eficacia a la que se refiere el precepto sean realidad, lógicamente cada Administración según sus características y necesidades deberá desarrollar su propia planificación de personal, (igual que sucede en el ámbito de las empresas), siendo por esta razón que los preceptos del EBEP relativos a este tema son poco detallados, centrándose más en aspectos de coordinación, y mínimos abiertos a todo tipo de posible desarrollos por parte de cada Administración. Con esta objetivo de fondo está redactado el artículo 69.2 y 3 del EBEP que dispone de forma abierta y flexible, que las Administraciones *“podrán”* aprobar Planes de ordenación de recursos humanos, que podrán incluir, *“entre otras”* las siguientes medidas:

a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.

b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.

c) Medidas de movilidad, entre las cuales podrán figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.

d) *Medidas de promoción interna y de formación de personal y de movilidad forzosa.*

e) *La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de Empleo Público, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente.*

3. *Cada Administración Pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación”.*

Las especiales características de la Administración se traducen en dificultades añadidas, a la hora de llevar a cabo la planificación de personal. Entendiendo que toda planificación de recursos humanos conlleva una tarea de programación y coordinación del personal disponible y el necesario en cada momento conforme a la actividades, estrategias y objetivos de la organización, en el empleo público existen, entre otros dos problemas básicos: las dificultades de coordinar las políticas presupuestarias con una política de personal eficaz, y las dificultades de aplicar instrumentos clave como la movilidad del personal, -a lo que son ajenas las empresas privadas-, para optimizar plantillas.

Estos objetivos y dificultades deberán ser afrontados por los responsables de desarrollar las normas que hagan realidad la planificación de recursos humanos en las Administraciones.

7.- La cooperación interadministrativa en el empleo público.

La colaboración en materia de política general sobre empleo público entre las distintas Administraciones en un modelo complejo como el nuestro es importante por la obligada interrelación normativa que existe entre ellas.

La tendencia ha sido a intentar lograr esa coordinación creando organismos al efecto, pero la realidad es que la efectividad de éstos ha sido

muy baja. Primero con el Consejo Superior de la Función Pública (LMRFP de 1984), como órgano colegiado de coordinación y consulta en materia de función pública, y participación del personal de las Administraciones Públicas.

Subordinada a la anterior se crea la Comisión de Coordinación de la Función Pública, y más tarde la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas prevista en la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, con el objetivo de intercambiar información y negociar acuerdos entre Administraciones, se configuró como órgano de cooperación en materia de Administración Pública, compuesta por representantes de todas las Administraciones, incluidos los de la Administración Local. Realmente todos estos instrumentos no han sido relevantes a efectos prácticos en materia de coordinación entre Administraciones, siendo la tendencia la gestión independiente y diferenciada de cada una de ellas.

El Título VIII del EBEP establece que las Administraciones Públicas *“actuarán y se relacionarán entre sí en las materias objeto de este Estatuto de acuerdo con los principios de cooperación y colaboración, respetando, en todo caso, el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias”* (artículo 99 EBEP). El estatuto ha simplificado el esquema de organismos para la coordinación reduciéndolos básicamente a la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas, y la Comisión de Coordinación de Empleo Público, que seguidamente trataremos.

La Conferencia Sectorial de Administración Pública, (artículo 100.1 EBEP), se configura como el principal órgano de coordinación en materia de políticas de Administración Pública, -no sólo de empleo público-, y sigue incluyendo a representantes de la Administración General, Autonómicas y Local, (estos últimos nombrados por la Federación Española de Municipios y Provincias). Su funcionamiento y organización atenderá a lo establecido en la vigente legislación sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

La Comisión de Coordinación de Empleo Público (artículo 100.2 EBEP), se constituye como órgano técnico y de trabajo dependiente de la anterior, que tiene como objetivo la coordinación en materia de política de personal entre las Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, y de las ciudades de

Ceuta y Melilla, y de las entidades locales, creando un ámbito de puesta en común de intercambio e información, pero sin perder de vista las competencias particulares de cada Administración en materia de gestión de la función pública.

Corresponde a la Comisión de Coordinación de Empleo Público (artículo 100.2 EBEP):

- a) Impulsar las actuaciones necesarias para garantizar la efectividad de los principios constitucionales en el acceso al empleo público.
- b) Estudiar y analizar los proyectos de legislación básica en materia de empleo público, así como emitir informe sobre cualquier otro proyecto normativo que las Administraciones Públicas le presenten.
- c) Elaborar estudios e informes sobre el empleo público. Dichos estudios e informes se remitirán a las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas.

La Comisión de Coordinación la componen los titulares de los órganos directivos de la política de recursos humanos de las Administraciones de la integran, (normalmente los Directores Generales de Función Pública o Empleo Público), y su funcionamiento como punto de encuentro, e intercambio de ideas y experiencias está funcionando con cierto éxito.

El EBEP regula otro potencial instrumento de coordinación y cooperación entre Administraciones. Se trata de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (artículo 36.1 EBEP), con el objeto de negociar materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, laboral y estatutario de la Administración Pública que reciban tratamiento unitario, regulables a nivel estatal mediante normas básicas, y en particular las retribuciones del personal que corresponda incluir en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La importancia de esta Mesa residen en que potencialmente puede actuar a modo de gran patronal pública³¹⁷, y de esta forma puede ser utilizado como instrumento armonizador de condiciones laborales del régimen de personal, intentando evitar las diferencias interterritoriales en relación a las condiciones de trabajo, y con ello conflictos derivados de los agravios comparativos entre empleados públicos de las distintas Administraciones.

8. La evaluación del desempeño: instrumento clave en la gestión del personal al servicio de las Administraciones.

La evaluación del desempeño se prevé en el art. 20 EBEP, como “*el procedimiento por el que se valorará y medirá la conducta profesional y el rendimiento profesional o el logro de resultados de los empleados público*” (de aplicación por tanto a los laborales en toda su dimensión).

Deberán respetar criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos. El resultado de las evaluaciones podrán tener efectos en la promoción, la formación, las retribuciones complementarias, la provisión de puestos de trabajo, e incluso como hemos visto a la permanencia o no en puestos a los que se accede por concurso (art. 79.3 EBEP).

Las Leyes de la Función Pública deberán concretar los sistemas de evaluación específicos, que deberán ajustarse a las características organizativas y funcionales de los empleados públicos.

El principal problema será precisamente ése: determinar los mecanismos de evaluación con acierto (esto lleva años estudiándose en la empresa privada), los criterios y determinar quiénes deben ser los evaluadores.

El problema en esta materia, es común para funcionarios y laborales y radica una vez más, en el hecho de que la *evaluación del desempeño* previsto en el art. 20.1 EBEP, no se ha desarrollado en los términos que lo configura el EBEP por las Administraciones. Así que carecemos de ese “*procedimiento por*

³¹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. Derecho de la función pública, Tecnos, Madrid, 2009.

el que se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados”, en definitiva una técnica de control del rendimiento que se pueda aplicar tanto para la carrera profesional, la provisión de puestos, la planificación de la formación y las percepción de retribuciones complementarias (art. 20.3 EBEP). Es decir para los puntos clave de hace efectiva cualquier planificación de recursos humanos.

El informe CORA manifiesta sobre este tema lo siguiente:

“La evaluación del desempeño constituye, sin lugar a dudas, uno de los ejes básicos sobre los que debe asentarse la reforma de la Función Pública de la AGE, dado que a través del mismo se articula un «sistema» que une y proporciona coherencia a estos tres elementos nucleares: Formación/Carrera/Retribuciones. Pero más allá de un sistema de gestión de personas, se trata de una herramienta muy vinculada a la dirección de la organización pública por objetivos, y aunque en algunas áreas los sistemas de dirección por objetivos y evaluación de desempeño son práctica habitual, tal como ocurre en la AEAT, SS, Intervención General, Delegaciones de Economía y Hacienda, Abogacía General, entre otros, no ocurre lo mismo en el resto de la AGE.

Dicho proceso deberá ser llevado a cabo por las Inspecciones de los Servicios de los Departamentos Ministeriales y/o de otros organismos de la AGE sobre la base de criterios comunes, tales como los expuestos en la medida n.º 0.00.001 «Implantación del sistema de medición de la productividad/eficiencia» que permitan un mínimo de flexibilidad y autonomía en su aplicación operativa por las unidades.....

El reparto de la productividad quedará condicionado a los resultados de la evaluación del desempeño, sin que, en ningún caso, la implantación de la evaluación pueda suponer incrementos de los créditos globales de productividad asignados a cada departamento u organismo por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Tanto su implantación, como sus efectos, deben abordarse de manera progresiva”.

Dentro de las propuestas sobre esta materia que han hecho distintos autores, las más acertadas entiendo que son las que abogan primero por

implantar y desarrollar un personal directivo profesional (y no solo sometidos a criterios políticos o discrecionales). Estos directivos serían los que deberían encargarse de implementar y aplicar este mecanismo, y serían incluidos en la evaluación ellos mismos (la denominada evaluación 360°). Otra propuesta que se hace es la creación de agencias o comisiones de evaluación externas a la unidad de los empleados evaluados (el problema es el gasto y esfuerzo que requieren).

Los criterios generales deben ser negociados con los representantes de los trabajadores (negociación conjunta básica). Deben ser cuantitativos y cualitativos (participación de ciudadanos), y los sistemas de evaluación deben adaptarse al objeto evaluado, y no solo individuales sino también colectivos (departamentos).

Los efectos no deberían limitarse al elemento retributivo, necesariamente también afectarán a la carrera horizontal y la interna vertical. También está previsto que afecte negativamente o pueda afectar, porque de ello dependerá la continuidad en un puesto obtenido por concurso (20.4 EBEP). El problema es cómo aplicar esto sin que sea un mecanismo disciplinario encubierto (el dolo diferenciaría un mecanismo sancionador de este).

La escasa y mal aplicada evaluación del desempeño que existe en muchos ámbitos de la Administración va vinculada al reconocimiento de las retribuciones variables (productividad, y similares), pero no suelen ser el instrumento de gestión de la eficacia del servicio público que preconiza el EBEP. No se trata solo de que tenga repercusiones retributivas (que también), sino que sirva para cumplir los objetivos de la planificación de recursos humanos y de gestión, valorando no solo objetivos cuantitativos (trabajo hecho/ ahorro en la gestión), sino también calidad del servicio realizado, y que tenga repercusión no solo económica sino también en otros aspectos como la carrera profesional del empleado.

En el informe-memoria del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la Responsabilidad Social en el AGE, (enero 2015), se hace referencia a la existencia de programas piloto de evaluación de desempeño en 30 unidades de 9 Ministerios.

En todo caso, como ya he manifestado, el elemento clave para hacer real este mecanismo es imprescindible el desarrollo de la figura del personal directivo profesional que define el EBEP, porque la aplicación de este tipo de instrumentos necesita unos conocimientos profesionales en gestión de RRHH (existen muchos sistemas de evaluación del desempeño y no todos son buenos, además de que deben adaptarse a las características de la organización a la que se aplica, tamaño, actividad.., de esto dependerá en parte su éxito o fracaso), y deben hacerse desde una perspectiva y distancia del personal que no se tiene en la mayoría de la estructuras de las Administraciones. Por otro lado la implantación de la evaluación 360º, -es decir de todos a todos-, que afectase también al personal directivo es un elemento necesario en este ámbito.

En definitiva, lo que falla no es tanto la ausencia del elemento de flexibilización, o que no puedan aplicarse estos elementos al personal laboral, lo que falla es que seguimos sin una verdadera estrategia y aplicación de los instrumentos de gestión de personal en las Administraciones y sin esto no será posible lograr la tan ansiada eficacia y eficiencia de las Administraciones.

9. El poder de dirección en las Administraciones Públicas y el régimen disciplinario para el personal laboral en el EBEP.

La ordenación del personal laboral de las Administraciones, en gran medida dependerá de cómo se use un elemento tan importante como es el poder de dirección del empleador. En el ámbito de las Administraciones la configuración del poder de dirección de las Administraciones es muy distinto a como funciona en el ámbito empresarial privado.

Entendemos por poder de dirección, -al igual que se hace en el ámbito estrictamente laboral-, aquél, que aúna la capacidad de dirigir, ordenar y controlar la ejecución de la prestación de servicios, así como el poder de modificar, dentro de unos límites, el contenido de la prestación de trabajo y el ejercicio del poder disciplinario, en este caso, de la Administración frente a sus empleados con contrato laboral.

El art. 5.1 c) y 20.1 ET, y el propio concepto de prestación de servicios por cuenta ajena del art. 1.1 ET, reconocen el poder de dirección como facultad del empresario y la obligación del trabajador a respetarla. El EBEP, si bien no regula en estos mismos términos dicha facultad, también proclama como uno de los “*principios de conducta*” que se exige a los empleados públicos, el deber de obedecer “*las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico*” (art. 54.3 EBEP), y prevé elementos de control de la prestación de servicios con instrumentos como la “*evaluación del desempeño*” (art. 20 EBEP), así como los márgenes del “*ius variandi*” en manos de la Administración, a efectos de movilidad funcional y geográfica en los términos estudiados en epígrafes anteriores, (si bien es cierto que en muchos casos no goza del mismo margen de libertad que en el ámbito de la empresa privada, sobre todo en los supuestos en los que la negociación colectiva no regula este aspecto, y es preciso remitirse a las previsiones propias de los funcionarios).³¹⁸

Respecto a los empleados laborales, como en casi todos los aspectos de la relación laboral, se tendrá que tener en cuenta la regulación existente en esta materia en la negociación colectiva, que pese a que el artículo 37.1 EBEP excluye del contenido de los Convenios “*los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica*”, -aunque en ciertos aspectos, como hemos visto que sucede en relación a las movilidad de los empleados, sí pueden marcar mínimos, o reglas que ambas partes deben respetar-.

No obstante, esto no impide la regulación del régimen disciplinario en el ámbito de los Convenios Colectivos, que en el caso de los laborales ha servido como instrumento de aproximación al régimen disciplinario de los funcionarios (las faltas y su graduación, así como sanciones y procedimiento sancionador son prácticamente iguales a las de los funcionarios en la mayoría de los Convenios).

En todo caso es notorio que en el ámbito de las Administraciones el ejercicio del poder de dirección no es igual al ejercicio de esta potestad en el

³¹⁸ Señala con acierto López Gómez, J.M., que “en el régimen funcionarial, ahora importado a la relación laboral de empleo, se establece un complejo sistema de provisión de puestos que recupera el derecho al cargo o al puesto de trabajo”.

ámbito de las empresas, ya no solo porque en exista una mayor reglamentación (regulación de los instrumentos de ordenación, exigencia de justificar las medidas que se adoptan, etc..), que, incluso con los matices flexibilizadores introducidos por el EBEP, contrasta enormemente con las facultades discrecionales que caracterizan al empleador privado, sino porque el ejercicio de esta facultad no tiene las mismas connotaciones.

Quiero decir con ello que, está claro que en el ámbito privado el empresario ejerce su poder de dirección en pro del mejor funcionamiento de la misma, (que a la vez es siempre su beneficio personal), pero en el ámbito de las Administraciones, existe en muchos casos una dejación del ejercicio de esta facultad por los que hacen las veces de gerentes en la Administración. Esto sucede porque el ejercicio del poder de dirección no es cómodo, y evitar su uso es en muchos casos equivalente a evitar conflictos, trabajo y principalmente porque los que ejercen las funciones directivas suelen ser puestos de confianza que conllevan el consabido clientelismo político, que además “tira con pólvora del rey”. Este es uno de los problemas de la gestión de personal en nuestro país, del que realmente era consciente el legislador del EBEP: el hecho de que el poder de dirección, en toda su extensión, no se ejerce bien, o simplemente en muchos casos no se ejerce, -salvo honrosas excepciones de altos funcionarios que realmente creen en el concepto de “servicio público”, por encima de la necesidad de mantener el puesto-.

En este sentido, es básico el desarrollo de la figura del directivo profesional, y una vez más, instrumentos como la evaluación del desempeño, y las retribuciones variables por objetivos, en caso contrario será difícil que cambie la situación.

9.1. El régimen disciplinario para los empleados públicos laborales.

El régimen disciplinario es uno de los elementos que ha sido objeto de reforma en el EBEP respecto a la regulación anterior, que separaba estrictamente la regulación de funcionarios y laborales. Las recomendaciones que en este sentido hacía el Informe de la Comisión de Expertos apuntaban a

la necesidad de regular unos principios generales del régimen disciplinario, aplicables a todos los empleados públicos, basado en una regulación más flexible que la existente hasta ahora, aproximándola más al derecho laboral, pero sin renunciar a los principios y garantías propias del régimen de derecho administrativo, que es parte de la naturaleza estatutaria de los funcionarios públicos y siempre condicionada por los principios del artículo 103 CE.

Esta regulación se configuraría, (como ha sido) a modo de regulación básica, que precisaría y permitiría por tanto la posterior concreción de las leyes y reglamentos de aplicación del EBEP y los Convenios Colectivos, para su adecuada adaptación a las múltiples sectores y colectivos a los que se debe aplicar el EBEP (en este sentido Apartado XVIII, rec. 101 del Informe de la Comisión de Expertos).

Efectivamente, atendiendo en parte a dicha recomendación el EBEP ha introducido algunos cambios en esta materia, siendo uno de los principales el de la unificación del régimen disciplinario de los funcionarios y el personal laboral, que se regula en el Título VII (arts. 93 a 98 EBEP), -no tanto así con la flexibilización de la que hablaba el Informe-.

El artículo 93.4 EBEP establece que *“el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral”*. Esto conlleva a que el régimen jurídico no esté absolutamente unificado, debiendo atender a lo que disponga en el EBEP como mínimos comunes, pero en cuanto a desarrollo diferenciaremos entre funcionarios que verán desarrollar su régimen disciplinario en las Leyes de la Función Pública (art. 93.1 EBEP), y los laborales que al ser supletoria la legislación laboral, encontrarán su base a lo no regulado en el EBEP, en el ET y sobre todo en el desarrollo que de esta materia se haga en la negociación colectiva, (de forma acorde con el art. 149.1. 7 CE).

No obstante, en algunos aspectos la propia regulación del EBEP remite a la normativa autonómica y los reglamentos. Por esta razón hay autores que entienden que, en tanto en cuanto no exista previsión en la regulación laboral, las leyes autonómicas y los reglamentos podrán actuar como normas

supletorias de segundo grado.³¹⁹ En la práctica este supuesto es infrecuente, pero además considero lógicas las dudas sobre la legalidad de esta remisión a la regulación autonómica, dada la competencia exclusiva en materia de legislación laboral que tiene el Estado, conforme con el reparto constitucional de competencias del art. 149.1.7 EBEP.

9.2. Los principios rectores de la potestad disciplinaria de la Administraciones.

El artículo 94.2 EBEP marca como principios que condicionarán el ejercicio de la potestad disciplinaria, tanto para funcionarios como laborales, los siguientes:

a) El 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.

Paradójicamente, el EBEP no es completo a la hora de tipificar las infracciones constitutivas de faltas, limitándose a señalar las “*muy graves*” en su artículo 95.2, y remitiendo para la determinación de las “*faltas graves*” a las dictadas por “*ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma*” o por los Convenios Colectivos en el caso del personal laboral, y a para las “*faltas leves*” a las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP (art. 95.4 EBEP). En este sentido es unánime la interpretación de la doctrina que considera un *lapsus* del legislador la omisión de los Convenios Colectivos como vía para determinar las faltas leves del personal laboral.³²⁰

b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y retroactividad de las favorables al presunto infractor, (acorde con lo previsto en el artículo 9.3 CE).

³¹⁹ Desdentado Aroca, E. Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. Bomarzo, 2014.

³²⁰ En este sentido Sánchez Morón, M., Sala Franco, T., Desdentado Daroca, E., López Gómez, J.M...

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

En atención a estos principios se determina el alcance de las faltas según las circunstancias marcadas en el artículo 95.3 EBEP (grado de vulneración de la legalidad, gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos, o descrédito de la imagen pública de la Administración; para determinar el alcance de la sanción, el art. 96.3 EBEP, se tendrá en cuenta, la intencionalidad, descuido, negligencia en la conducta, el daño causado, la reiteración o reincidencia, y el grado de participación.

d) Principio de culpabilidad en la comisión de la falta (pudiendo ser por dolo, culpa o negligencia), excluyéndose, de esta forma, la responsabilidad objetiva.

e) Principio de presunción de inocencia (conforme con el art. 24.2 CE).

No se reconoce expresamente el principio *“non bis in idem”*, (que, en cambio, sí recomendaba incluir el Informe de la Comisión). Probablemente por entender el legislador que el fundamento de la infracción penal y laboral no es la misma.³²¹

No obstante, este principio se deduce del contenido del apartado 3 del artículo 94 del EBEP, al establecer 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”*, y se declara que *“los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vincularán a la Administración”*.

9.3. Faltas disciplinarias del personal laboral de las Administraciones.

³²¹ STC 180/2004: El fundamento de ambos procesos sancionadores es distinto: en la sanción penal es la protección del orden general, y la de la sanción disciplinaria de la Administración la garantía del correcto funcionamiento del servicio.

El artículo 95.2 EBEP recoge, como ya avanzábamos, las que el legislador tipifica como “*faltas muy graves*”, configurándose como una lista abierta, dado que el apartado p) establece que también serán consideradas como tales las tipificadas así “*en la Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondientes Comunidad Autónoma o por los Convenios Colectivos en el caso del personal laboral*”.

Los dieciséis tipos de “*faltas muy graves*” que se recogen en el art. 95.2 EBEP están elaborados en relación a los deberes y principios de conducta que la misma norma regula en los artículos 52 y 54, que impregnan cada uno de las posibles infracciones sancionables.³²² Son muy diferentes a los motivos de despido propios del ámbito laboral. De hecho, esto no puede ser de otra forma dado que el apartado final del artículo 52 del EBEP prevé que “*los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*”.

322 Artículo 95 Faltas disciplinarias. 1. Las faltas disciplinarias pueden ser muy graves, graves y leves. 2. Son faltas muy graves: **a)** El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública. **b)** Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo. **c)** El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas. **d)** La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. **e)** La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función. **f)** La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido. **g)** El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. **h)** La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito. **i)** La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico. **j)** La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro. **k)** La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. **l)** La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga. **m)** El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga. **n)** El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad. **ñ)** La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. **o)** El acoso laboral. **p)** También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral

Sobre este particular el problema, o la duda, que surge es determinar si para el personal laboral pueden considerarse de aplicación, además de las previstas en el EBEP, los incumplimientos contractuales graves o las causas de despido disciplinario previstas en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. Efectivamente, algunos de los motivos de despido no vienen tipificados como faltas en el EBEP, (así sucede en concreto con las ofensas verbales o físicas, las faltas reiteradas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, embriaguez habitual o toxicomanía si repercute negativamente en el trabajo).

Al respecto, considero que los supuestos en que el Convenio Colectivo de aplicación recoja estas causas o remita a la norma laboral no habrá problema, porque como hemos visto existe remisión en el art. 95.2 p) EBEP a éstos como regulación supletoria. Otra posibilidad sería encuadrar los motivos de despido del ordenamiento laboral en faltas “abiertas” como las del apartado g) “notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo”, o el i) relativo a supuestos de “desobediencia abierta”.

Algunos autores³²³ señalan que al ser el Estatuto de los Trabajadores una norma con rango legal aprobada en Cortes, podría entenderse de aplicación directa en esta materia por la remisión del apartado p del artículo 95.2 EBEP. En todo caso, lo cierto es que la técnica normativa del EBEP no ha sido muy fina en este punto, y por tanto puede ser origen de conflicto interpretativo.

9.4. Las sanciones para el personal laboral al servicio de las Administraciones.

El art. 96.1, b) del EBEP señala el despido disciplinario como sanción que “*podrán imponerse*”³²⁴ para los supuestos de comisión de faltas muy

³²³ En este sentido López Gómez, J.M. La relación laboral especial de empleo público. Civitas. Madrid, 2009.

³²⁴ Siendo, por tanto, una regulación abierta a que se complete mediante normas de desarrollo, como sucede en el caso de los laborales mediante la negociación colectiva, conforme con lo establecido en el art. 94.2 a) EBEP.

graves por el personal laboral. Esta medida, además “*comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaba*”.

Se equipara por tanto a la separación de servicio que rige para los funcionarios, al ser la máxima sanción que procede ante *faltas muy graves*, pero a diferencia de los efectos de la separación de servicio (que impide volver a ser empleado público), el legislador señala una prohibición inconcreta, y a simple vista más benévola que la impuesta a los funcionarios, en el sentido de prohibir volver a ser contratado para las mismas funciones (es decir que podría ser contratado para otro tipo de puesto o funciones, e incluso acceder a la función pública). Esta disonancia entre ambos regímenes no me parece adecuada, y tal vez sería oportuno regularlo de forma homogénea y de forma más coherente con el objetivo de la sanción.

Desde el punto de vista del régimen jurídico de la relación laboral de empleo público, el artículo 96.2 EBEP introduce una novedad importante en esta materia, que es la obligada readmisión del personal laboral fijo afectado por un despido disciplinario, cuando este sea declarado judicialmente como improcedente. De esta forma se iguala a los funcionarios públicos a los que se les anule la sanción,³²⁵ y se distancia del régimen jurídico laboral ordinario. Esta previsión legal, aproxima en cierta medida a los laborales de las Administraciones a la figura de la inamovilidad propia de los funcionarios (pero sin llegar a ser tal, obviamente..).

Otra sanción prevista y que homogeniza a funcionarios y laborales es la “*suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo para el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años*”. El plazo máximo que señala la norma es atípico en el ámbito laboral. Los Convenios suelen marcar los plazos máximos y mínimos. Así, por ejemplo, el art. 70 del III Convenio Colectivo Único (CUAGE), establece suspensión de tres meses y un día a seis meses

³²⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. Derecho de la función pública. Tecnos, Madrid, 2009. “*El Informe de la Comisión de Expertos recomendó que se suprimiese del empleo público el despido improcedente, en atención al principio de legalidad plena que debe regir toda actuación de la Administración*”. El legislador no lo denomina despido nulo, pero sí establece los mismos efectos que éste, es decir la readmisión obligatoria en caso de declaración de improcedencia del despido.

para las muy graves, de tres días a tres meses para las graves y de hasta dos días para las faltas leves.

Por último se podrá sancionar con el “*traslado forzoso, con o sin cambio de localidad*”, “*el demérito*”, que es un tipo de sanción novedoso en el EBEP, y que comporta la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria, -debiendo estarse al desarrollo que de esta sanción se haga, dada la formulación tan genérica que hace el legislador-, y el “*apercibimiento*”, (normalmente para las infracciones leves, pero no reservado exclusivamente a este tipo de faltas). Sin perjuicio de “*cualquier otra que se establezca por ley*”, que en el caso de los laborales, es normalmente vía negociación colectiva.

9.5. El procedimiento disciplinario y las medidas provisionales.

El artículo 98 EBEP establece que para poder sancionar por una falta *muy grave o grave* se exigirá la existencia de previa de un procedimiento legalmente establecido. En cambio para sancionar por una *falta leve* será suficiente la previa audiencia al empleado afectado.

El procedimiento sancionador se basará en los principios de “*eficacia, celeridad, economía procesal, pleno respeto a los derechos y garantías*” de defensa del presunto infractor. Además, se deberá diferenciar entre fase instructora y sancionadora, que corresponderá resolver a órganos diferenciados.

Actualmente no contamos con norma de desarrollo del procedimiento. Los funcionarios mantienen vigente el Real Decreto 33/1996, regulador del régimen disciplinario de los funcionarios, y para el personal laboral se aplica lo previsto en los Convenios Colectivos, que a su vez deben respetar el contenido mínimo del EBEP y del ET en esta materia.

El art. 80 del III CUAGE establece un procedimiento para la imposición de *sanciones graves y muy graves*, y la exigencia de audiencia previa para las *sanciones leves*. El procedimiento que articula el Convenio acata la separación orgánica entre instrucción y resolución que ordena el EBEP, respetando la necesaria comunicación de la sanción al afectado y la participación de los representantes unitarios y sindicales que ordena el Estatuto de los

Trabajadores. El procedimiento del art. 80 CUAGE diferencia entre: incoación (de oficio o mediante denuncia), por escrito en el que constarán los hechos, y la designación de instructor (que podrá ser recusado, o deberá abstenerse si procede), diligencias previas, formulación del pliego de cargos, fase de alegaciones -pliego de descargos- del trabajador, fase de prueba, propuesta de resolución, alegaciones finales y resolución.

El artículo 98.3 EBEP sí establece que podrán adoptar medidas provisionales³²⁶ que aseguren la eficacia de la resolución final del procedimiento sancionador, si bien siempre se realizará mediante “*resolución motivada*” (art. 98.3 EBEP), y por razones justificadas (art. 80 CUAGE). En este sentido cabe la posible suspensión provisional como medida cautelar, que en todo caso no podrá exceder los 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado.

En mi opinión, el legislador del EBEP en su apuesta homogeneizadora de la potestad sancionadora de funcionarios y laborales, tendría que haber aprovechado para aproximar el procedimiento sancionador a la regulación laboral, y no al contrario, como ha sucedido. Esto habría ayudado a hacer menos rígida, y más efectivo el papel de la capacidad sancionadora de las Administraciones que tanto con la regulación anterior, como con la actual es evidentemente inoperante

9.6. Alcance de la responsabilidad ante infracciones de terceros.

Además de la responsabilidad directa por las faltas cometidas, el legislador incluye dos supuestos en los que se extiende la responsabilidad al empleado por su vinculación con las faltas cometidas por terceros. En concreto, los empleados públicos (funcionario o laboral), responderán en los casos en que “*indujeren a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de faltas disciplinarias*”, con la misma responsabilidad en la que incurran los inducidos por el empleado (art. 93.2 EBEP).

³²⁶ Que si bien parece referida a los funcionarios en algún aspecto concreto por la redacción de la norma, lo cierto es que afecta también a los laborales y así se regula también en los convenios colectivos. SANCHEZ MORÓN, M. “Régimen disciplinario.”

Igual sucede en los supuestos de encubrimiento por el empleado público de “*faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos*” (art. 93.3 EBEP). Evidentemente, en este último supuesto el legislador es restrictivo que en el de inducción, tanto por el nivel de gravedad que se exigen en relación a la infracción que se encubre, como con el hecho de que deban concurrir la existencia de daños para terceros, para que pueda considerarse sancionable.

9.7. La prescripción de las faltas.

A diferencia de lo establecido en el art. 60.2 ET, los plazos de prescripción de las faltas que afecta a los empleados públicos son más largos: El art. 97 EBEP, establece la prescripción de las faltas muy graves a los tres años “*desde que se hubiese cometido, y desde el cese de su comisión cuando sean faltas continuadas*”, las graves a los dos años, y las leves a los seis meses.

Al no establecerse el carácter subsidiario de estos plazos marcados por el EBEP, ni hacerse referencia alguna a la norma laboral, se debe entender que los mismos son derecho necesario, y por tanto en este aspecto no hay margen para la negociación colectiva.

Procederá la interrupción de los plazos de prescripción durante la tramitación del expediente de disciplinario, pese a que nada se diga en este sentido en la regulación del EBEP.³²⁷ Así venía establecido en la mayoría de los Convenios y se deduce de la Jurisprudencia anterior al EBEP, que en los supuestos en que se estableciese por Convenio Colectivo un procedimiento sancionador entendía que la tramitación de este interrumpía los plazos de prescripción de las faltas.³²⁸

Las sanciones impuestas, pero no cumplidas por cualquier circunstancia, prescribirán, teniendo como referencia “*la firmeza de la resolución sancionadora*”: las muy graves a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año de haber sido impuestas, (art. 97 EBEP).

³²⁷ LÓPEZ GÓMEZ, J.M. La relación laboral especial de empleo público. Civitas, Madrid, 2009.

³²⁸ STSJ Castilla y León, 4 de octubre de 2003; STSJ de Cataluña, de 7 de diciembre de 2007.

CAPÍTULO VIII. EL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL: JORNADA LABORAL, PERMISOS Y VACACIONES.

1. Introducción.

En materia de “tiempo de trabajo” para el personal laboral, el EBEP parece optar por homogeneizar el régimen jurídico de los empleados públicos, si bien, la fórmula que utilizar en su artículo 51, no parece ser del todo acertada y, como veremos, lleva a conflictos interpretativos y por tanto a problemas en relación a la determinación de la norma aplicable.

En concreto, el mencionado artículo 51 del EBEP remite en materia de ordenación del tiempo de trabajo, a la regulación propia de los funcionarios prevista en los artículos que le anteceden (arts. 47 a 50 EBEP), y “*a la legislación laboral correspondiente*”. Se trata, por tanto, de una remisión simultánea a ambas regulaciones, (lo que se ha denominado doctrinalmente “*técnica acumulativa*”).³²⁹

Esta opción del legislador no genera problemas aplicativos en materia de jornada de trabajo, al no existir contradicción entre ambas regulaciones, pero sí en materia de vacaciones, donde existe cierta mejora en la regulación prevista para los funcionarios. Pero es sobre todo en materia de permisos donde existen diferencias más profundas, tanto en relación a permisos no existentes en la regulación del EBEP, que no tiene equivalente en la regulación laboral, y en la cuantía y condiciones de disfrute de algunos de los permisos previstos para los funcionarios, que es mejor que la que regula la norma laboral.

2. La jornada de trabajo de los empleados públicos laborales: análisis de las repercusiones de las medidas de contención del gasto público.

En materia de jornada del personal laboral de las Administraciones, el artículo 51 del EBEP remite a sus propias previsiones en esta materia, y supletoriamente a la norma laboral.

³²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. AA.VV., Manual de Empleo Público. Comares. Granada, 2009.

Al tratar la jornada de los empleados públicos el legislador del EBEP optó por ser poco intervencionista. El artículo 47 EBEP se limita a delegar en las “*Administraciones Públicas*” la determinación concreta de “*la jornada general y las jornadas especiales,*” y deja abierta la posibilidad de establecer la jornada a tiempo completo, o a tiempo parcial.

Lógicamente, dado lo escueto de la norma, y pese a la atribución de la determinación que el EBEP reconoce a las Administraciones, lo cierto es que para el personal laboral de las Administraciones el papel de los Convenios Colectivos en este ámbito es determinante, -siendo además una de las materias que se plantean como abiertas, en cuanto al contenido de los Convenios Colectivos (art. 37.1, m) EBEP)³³⁰-. También cuentan con la regulación de las modalidades contractuales, que en torno a este aspecto diferencia entre contratos a tiempo completo o a tiempo parcial, que como vimos era de aplicación directa a los empleados públicos laborales.

Sin embargo, el tema de la jornada de los empleados públicos ha sido uno de los aspectos, significativamente afectados por las medidas de contención del gasto público que se han adoptado en los últimos años. En concreto la Ley 2/2012, de 29 de junio, que aprobó la Ley General Presupuestaria para 2012, en su Disposición Adicional 71^a, ordenaba que a partir de 1 de enero de 2012, la jornada ordinaria (es decir la equivalente a tiempo completo), en el ámbito del sector público no podía ser inferior a las 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, y sin que esta modificación conllevase incremento retributivo alguno. A efectos del personal laboral el apartado segundo de la DA 71^a, dejaba sin efecto lo establecido en materia de jornada “*que contradigan lo previsto en este artículo*”. Es decir, que se establecía una jornada ordinaria mínima obligatoria para todos

³³⁰ De hecho, así se reconoce en la Resolución de 28 de diciembre de 2012, ordenadora de la nueva jornada de trabajo en el sector público, en los siguientes términos: Las Administraciones Públicas son competentes para establecer la ordenación del tiempo de trabajo del personal a su servicio, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 7/2007, de 12 de abril que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público. Esta competencia debe ser ejercida respetando, a su vez, lo establecido en el artículo 37.1.m) del mismo texto legal que señala como materias objeto de negociación las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas y permisos.

los empleados del Sector Público, no mejorable mediante negociación colectiva.

La regulación de la limitación de la jornada mínima, fue una de las materias objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por la Generalitat de Cataluña (Rec. núm. 1743/2013),³³¹ que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 99/2016, de 25 de mayo, que declaró la inexistencia de inconstitucionalidad,³³² pese a ser dictada mediante Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE), y a todas luces contraria a la postura abierta y de delegación a favor de las Administraciones territoriales, que hemos visto que adopta el EBEP, como norma básica y que, por tal motivo, dio lugar a un, muy acertado, Voto Particular firmado por el profesor Valdés Dal Ré, y suscrito por dos Magistrados más.

Dicho Voto particular, en concreto en relación al personal laboral, argumenta la inconstitucionalidad de la DA 71^a de la LGPE, en la concurrencia de infracción en los límites de la Ley de Presupuestos Generales, conforme con el art. 134.2 CE. Los magistrados disidentes consideran que se incumplen la propia doctrina constitucional sobre los límites a las Leyes de Presupuestos, al

³³¹En el recurso se cuestionan principalmente tanto los títulos competenciales alegados para dictar esta previsión y calificarla como básica —en concreto, los arts. 149.1.7, 149.1.13 y 149.1.18 CE—, como su adecuación al art. 134.2 CE por haberse introducido mediante ley de presupuestos.

³³² La sentencia del TC, en cuanto al personal laboral del sector público manifiesta que: *“ha de tenerse en cuenta que el art. 149.1.7 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación laboral. El Tribunal tiene establecido que el título competencial “legislación laboral” tiene “un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido solo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral, es decir, para recoger los términos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios” En esta materia se incluye la regulación de un elemento esencial del contrato de trabajo como es el tiempo de prestación de servicios. El precepto regula así con carácter general un aspecto de la relación laboral, específicamente en relación a los trabajadores del sector público, y lo hace mediante la fijación de una jornada mínima, lo que conlleva, por su propia naturaleza, una prohibición de que la jornada laboral en el sector público pueda ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”...*

no haberse modificado los preceptos del EBEP que regulan la jornada laboral, ni el Estatuto de los Trabajadores al que dicha norma remite.

Efectivamente, la LGPE puede modificar cualquier otra norma legal, pero para hacerlo conforme a derecho, debe respetar en primer lugar los efectos directos de la medida con los gastos del Estado y los criterios de política económica, y en segundo lugar no puede, sin modificar previamente la norma legal que pueda verse afectada (en el caso de los laborales, lo establecido en el art. 50 del EBEP y por remisión el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores), desconocerlo y proceder a efectuar una aplicación distinta a la prevista en dicha norma, siendo cualquier actuación en este sentido contraria al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE.³³³

Vista la confirmación del constitucional a la reforma en materia de jornada, respecto a los empleados laborales de las Administraciones, los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones tuvieron que ser reformados, para evitar que quedasen sin efecto los preceptos relativos a jornada. En concreto, respecto a la Administración central (referente para la negociación colectiva del empleo público), los negociadores del III Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado retocaron su artículo 37.1, y se incorporó la nueva duración de la jornada en su apartado primero: *“la jornada general de trabajo en treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientas cuarenta y siete horas anuales”*.

³³³ Frente al argumento mayoritario de la sentencia, el Voto Particular, manifiesta que *“puede afirmarse que la imposición de una jornada mínima que efectúa la disposición impugnada supone de facto una modificación del art. 47 del estatuto básico del empleado público. La cuestión es igualmente clara en cuanto al personal laboral, pues el art. 51 del estatuto básico del empleado público se remite a las reglas del propio capítulo y a las de la legislación laboral correspondiente, y, por tanto, al art. 34.1 del estatuto de los trabajadores, con el cual también resulta incompatible la disposición adicional que nos ocupa”*..... *“lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. La Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE” (FJ 4)”*.

Otros aspectos regulados en la norma laboral se incorporan también al régimen jurídico de los empleados públicos laborales, como los descansos mínimos entre jornadas, el máximo de horas diarias (art. 34 ET), los límites a las horas extraordinarias (art. 35 ET), y la regulación especial del trabajo nocturno y a turnos (art. 36 ET).

No obstante, el Convenio reconoce el papel determinante de la Administración en este tema, y de hecho el apartado cuarto del artículo 37, remite a la Resolución de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan Instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado. Así se hizo después de la reforma en materia de jornada, mediante Resolución de 28 de diciembre de 2012,³³⁴ por la que se dictan las Instrucciones para la aplicación de la nueva jornada de trabajo, vacaciones y permisos en la Administración General del Estado, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, y el sector público institucional dependiente de la AGE, (quedando fuera del ámbito de aplicación de ésta la Administración autonómica y Local que se regirán por sus propias normas en cuanto a organización, y que de hecho han dictado las correspondientes normas en dicho sentido).³³⁵

Posteriormente se aprobaría la Resolución de 23 de diciembre de 2013, que se centra principalmente en la recuperación parcial de los permisos previstos en el texto original del art. 48.2 EBEP, siendo más conflictivo el tema en materia de jornada, como luego se verá.

Conforme a la Resolución de 28 de diciembre de 2012, se establecen las reglas básicas de ordenación de la jornada para la Administración General del Estado, destacando:

Con carácter previo la Resolución incide en el importante papel del calendario laboral como instrumento de ordenación en materia de jornada laboral y los horarios en cada Administración, eso sí, *“de acuerdo con lo*

³³⁴ Que sustituye a la anterior Resolución que era de 20 de diciembre de 2005.

³³⁵ En las distintas Administraciones se dictaron normas similares a la Resolución de la AGE. Sirva de ejemplo la Instrucción 4/2012, de 21 de diciembre de 2012, dictada por la Secretaría General de la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

establecido en esta Resolución”, y previa negociación con los representantes de los trabajadores. En este aspecto se aproxima a la regulación laboral que, como es sabido, exige la negociación del calendario laboral a principio del año (art. 34.6 ET)

a) En relación a la jornada general la nueva duración mínima que hemos comentado, y su distribución se será de lunes a viernes, en horario de mañana, o de mañana y tarde, con derecho a una pausa de 30 minutos computable como trabajo efectivo.

b) Jornada en puestos reconocidos como de especial dedicación. Estos por su propia naturaleza tienen una jornada especial, y más amplia que la general, de 40 horas semanales mínimo, -sin perjuicio del aumento del horario que sea preciso por necesidades del servicio-.

c) Jornada reducida por voluntad del empleado público. Se puede solicitar siempre que sea compatible con el puesto que se ocupa, y para empleados que tengan un nivel de complemento de destino igual o inferior a 28. Si se reconoce será de 9 horas a 14 horas, de lunes a viernes, con una reducción del 25% sobre su retribución.

d) Jornadas y horarios especiales, por la naturaleza del servicio (registro, puntos de información y atención al público), que pueden conllevar la prestación de servicios los sábados.

e) Jornada de verano, del 16 de junio al 15 de septiembre. Con la debida organización por cada órgano, y debiendo recuperar horas si es preciso para cumplir con las horas mínimas anuales establecidas.

f) Adaptación de horario para la conciliación familiar, que incluye también algunos supuestos de ausencia justificada (es decir sin repercusión económica para el empleado).

En definitiva, las reformas adoptadas en tiempo de crisis ha obligado a las Administraciones a revisar el sistema de organización del tiempo de trabajo para sus empleados públicos (funcionarios y laborales), y ha reducido lógicamente la contratación de personal, y si bien se están recuperando

derechos (como ha sucedido con algunos permisos), en materia de jornada no existen perspectivas de retorno a la jornada reducida.

Prueba de ello es el intento de recuperación de la jornada de 35 horas para los empleados públicos que llevó a cabo la Junta de Castilla-La Mancha mediante Ley 7/2015, que ha sido declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de septiembre de 2016, en contra de lo establecido por la Ley 2/2012, que aprobó la Ley General de Presupuestos del Estado. La sentencia considera que la Administración autonómica no tiene competencias para realizar esta modificación, en contra de lo establecido en la norma estatal que en esta materia, como ya vimos, actualmente se configura como una norma de derecho necesario relativo, que establece una jornada mínima de 37 horas y media. Esta doctrina es paralela a la que se dictó en la ya referida sentencia del Tribunal Constitucional (STC núm. 99/2016), de 25 de mayo de 2016. Así pues, la medida de recuperación de condiciones de trabajo ha quedado anulada en la Comunidad castellano-manchega.

Sin perjuicio de esto el gobierno de la Comunidad Andaluza ha aprobado recientemente el Decreto por el que se recupera el derecho a dicha jornada reducida, con efectos para enero del año 2017. Lógicamente esta medida tiene mal pronóstico, al ser previsible que el gobierno de la nación proceda a plantear recurso de inconstitucionalidad frente a la misma.

3. El derecho a vacaciones de los empleados públicos laborales.

Las vacaciones de los empleados públicos también han sido objeto de “recortes”, y de una relativa recuperación posterior. El artículo 50 del EBEP reconoce a los funcionarios el derecho a “*veintidós días hábiles*” de vacaciones retribuidas en cada año natural. Se elimina por tanto la condición de “mínimos”, que tenían reconocidas las vacaciones legalmente previstas en el texto original, que fue objeto de reforma en este punto mediante RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria. Se convierte, de esta forma, en norma de orden público, no disponible, y por tanto no alterable o mejorable vía Convenio Colectivo. Cuando la prestación de servicios no llega al

año se deberán calcular los días de vacaciones en proporción al tiempo de servicio prestado.

Dado que el artículo 50 del EBEP hace referencia exclusiva a los funcionarios, el personal laboral en principio se rige por lo establecido en la regulación laboral. El artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores remite a lo establecido en la negociación colectiva o en el contrato de trabajo (que en este caso no está limitado como sí sucede para los funcionarios), y establece el derecho a un periodo mínimo de vacaciones de 30 días naturales. Así pues, este derecho es realmente equivalente a los 22 días hábiles, -dado que los sábados son inhábiles³³⁶ a tales efectos, “*sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para horarios especiales*”-.

La Resolución de 28 de diciembre de 2012, -antes mencionada-, también regula aspectos importante en relación de la organización de las vacaciones en su artículo 9, como la necesidad de que su disfrute se produzca “*previa autorización y siempre que resulte compatible con las necesidades del servicio, dentro del año natural y hasta el 15 de enero del año siguiente, en periodos mínimos de 5 días hábiles consecutivos*”, o la posibilidad de disfrutar las vacaciones del año anterior hasta 5 días hábiles siguientes por año natural.

En relación a este punto la regulación para los funcionarios es distinta al régimen laboral, en cuya regulación y la interpretación que los tribunales hacen de ésta, se establece que el disfrute de las vacaciones, con carácter general, debe producirse en el año natural al que correspondan, entendiéndose por la jurisprudencia que si no son disfrutadas en dicho periodo caducan, y no pueden compensarse económicamente, (a excepción de supuestos de finalización de contrato, o coincidencia con un periodo de incapacidad temporal STS de 24 de junio de 2009). No obstante, considero que sería perfectamente lícito que las partes acordasen el disfrute de las vacaciones pendientes en un periodo posterior al año natural (de hecho así se hace en el artículo 45 del III CUAGE).

³³⁶ Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas (apartado 9.1).

Por último, -al igual que sucede en el ámbito laboral (art. 38.3 ET)- se regula el necesario respeto de las vacaciones cuando se produzca coincidencia de estas y un proceso de incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia, riesgos durante el embarazo o permisos de maternidad, paternidad o permiso acumulado de lactancia, en consonancia a la jurisprudencia consolidada dictada en el ámbito de la Unión Europea y por nuestro Tribunal Supremo.³³⁷ Esta materia será tratada en profundidad al analizar el derecho a la conciliación, -a cuyo contenido nos remitimos- dado que la jurisprudencia mencionada surge precisamente ante el problema de la coincidencia en el tiempo de la baja de maternidad y las vacaciones.

Otra importante diferencia que existe en la regulación legal entre funcionarios y laborales, afecta a los dos días de vacaciones más, según la antigüedad en el puesto, y hasta sumar cuatro días añadidos de vacaciones, que se reconocía originariamente en el artículo 48.2 del EBEP a los funcionarios que contasen con un mínimo de quince años de antigüedad en el puesto. La forma en que se compensa en la mayoría de los casos esta diferencia, es mediante la negociación colectiva (art. 45 del III CUAGE, en el caso del personal laboral de la Administración central).

Estos días de vacaciones añadidos, -que no se regulan como tal, sino como permisos, pero que en realidad son una mejora sobre las vacaciones mínimas-, desaparecieron en el año 2012, como consecuencia de las medidas adoptadas para el control del déficit presupuestario. En el año 2015 se

³³⁷ *“La remisión prejudicial fue respondida mediante la STJUE de 21 de junio de 2012 (C-78/11) en el sentido de afirmar que, efectivamente, existe tal oposición entre el citado art. 7 de la Directiva y las disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el periodo de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidente con tal periodo de incapacidad.” (Sentencia del Tribunal Supremo de 03/10/12 (rec. 249/2009). Finalmente, llegamos a la estabilización de la interpretación en favor de la conservación del derecho a disfrutar de vacaciones cuando éstas coinciden en todo o en parte con un período de incapacidad temporal, con la sentencia antes mencionada del Tribunal Supremo de 03/10/12, que, siguiendo la interpretación del Tribunal de la Unión Europea, equipara el tratamiento del conflicto vacaciones/incapacidad temporal tanto si ésta surge antes del periodo de vacaciones como si se produce durante éste”.. CONEJO PÉREZ, A.M. Vacaciones e incapacidad temporal en la jurisprudencia. El Derecho.com Laboral, 15 de abril de 2015.*

recuperan para el funcionariado de la Administración General del Estado. En concreto, la Disposición Adicional Tercera del RDL 10/2015, de 11 de septiembre, de medidas para los funcionarios públicos, créditos extraordinarios y otras medidas para el estímulo de la economía.³³⁸ En cambio, en las Administraciones territoriales sólo se producirá la recuperación de estos días de vacaciones añadidos, si así lo disponen los responsables de dichas Administraciones³³⁹, conforme establece el RDL 10/2015 y la Disposición Adicional 14ª del nuevo Texto Refundido del EBEP, que lo configura como potestativo para cada Administración.

Como antes avanzaba, surge la duda sobre si es de aplicación esta mejora sobre los días de vacaciones también para el personal laboral, siendo el III CUAGE, en su artículo 45, al regular las vacaciones el que resuelve este conflicto, al establecer los cuatro días adicionales de vacaciones según antigüedad según antigüedad, en términos iguales a los reconocidos a los funcionarios públicos. Estos cuatro días, eliminados en su momento por RDL 20/2012, artículo 8.3³⁴⁰, son recuperados también para los laborales (hablan de “empleados públicos”), conforme indica la Resolución de 16 de septiembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 16 de septiembre de 2015, (apartado 9.1), por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicios de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

³³⁸ La Disposición Adicional 3ª del RDL 10/2015, se recupera el derecho en los siguiente términos: *“En la Administración General del Estado, organismos y entidades vinculados o dependientes, en el supuesto de haber completado los años de antigüedad en la Administración que se indican, se tendrá derecho al disfrute de los siguientes días de vacaciones anuales: Quince años de servicio: Veintitrés días hábiles. Veinte años de servicio: Veinticuatro días hábiles. Veinticinco años de servicio: Veinticinco días hábiles. Treinta o más años de servicio: Veintiséis días hábiles”*.

³³⁹ El derecho se eliminó en su día para todos los funcionarios por igual, pero no se recupera para todos por igual...Actualmente existen negociaciones en este sentido en algunas Comunidades Autónomas como sucede en Andalucía si bien, de hecho aún no se han recuperado.

³⁴⁰ Art. 8.3. RDL 20/2011.- Desde la entrada en vigor de este Real Decreto ley, quedaron *“suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza”*.

No obstante, repito, que en el ámbito de cada Administración territorial se estará a lo que en su particular regulación se disponga, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38 del ET.

Si algo se hace evidente, una vez analizado el régimen jurídico de vacaciones de laborales y funcionarios, es que el legislador del EBEP debió haber previsto una verdadera armonización en esta materia, evitando y eliminando, de esta forma, conflictos y agravios comparativos entre empleados públicos que no tienen justificación alguna.

4. Regulación del descanso semanal y días festivos para los empleados públicos laborales.

El EBEP no prevé nada particular para los laborales a su servicio en esta materia, siendo por tanto de aplicación el artículo 37, 1 y 2 del ET, (según lo previsto en el art. 7 del EBEP). Lógicamente la negociación colectiva potencialmente, podrá establecer cualquier particularidad en esta materia, si bien no suelen contener previsiones al respecto.

Sin embargo, como es habitual en el régimen jurídico de los laborales de las Administraciones, existen ciertas particularidades que matizan su regulación frente a la laboral ordinaria. En primer lugar, el hecho de que los sábados ya no sean considerados laborables, lo que supone que la semana se extiende exclusivamente de lunes a viernes, (circunstancias que no es de esta forma en el ámbito de la empresa privada), o el hecho de que se recuperen los festivos que coincidan con los días laborales ordinarios (apartado 9.8 de la Resolución de 28 de diciembre de 2012, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos).

En materia de festivos es imprescindible la aprobación de la clásica Resolución de la Dirección General de Empleo que hace pública la relación de fiestas laborales para el año natural siguiente, y los calendarios laborales previstos en cada ámbito territorial, conforme al margen que otorga dicha Resolución (en el ámbito de la AGE conforme con la Resolución antes

mencionada de 2012, apartado 2.4 sobre calendario laboral: *c) El número de fiestas laborales, de carácter retribuido y no recuperable, que no podrán exceder de lo establecido por la normativa en vigor).*

5. Los permisos del personal laboral de las Administraciones: el problema de la determinación de la norma aplicable.

Como hemos avanzado, en materia de permisos regulados en los artículos 48 y 49 EBEP, lo primero que hay que advertir es el problema de la concurrencia, que en muchos casos sucede con los permisos reconocidos en la regulación laboral (art. 37, números 3 a 7 ET), tanto en su alcance, como en su naturaleza jurídica. A esto se añade la concurrencia que también se producía en esta materia entre la regulación del EBEP y lo establecido en algunos convenios colectivos previos al EBEP en materia de permisos, y que realmente es el origen de la jurisprudencia dictada en esta materia.

Efectivamente la Jurisprudencia resolvió estos conflictos de selección de la norma aplicable, descartando la posibilidad de elección de lo más ventajoso en cada momento (es decir la técnica del espiguelo), y optando por entender y aplicar de forma prioritaria la norma más favorable en su conjunto.

En este sentido se ha posicionado el Tribunal Supremo en jurisprudencia consolidada. En concreto, en su Sentencia TS (Sala 4ª) de 26 de noviembre de 2010 (Rec. 41/10), declaraba que el contenido del artículo 51 EBEP no supone la imposición para el personal laboral, como norma mínima de derecho necesario absoluto, el artículo 48.2 del EBEP, (hoy derogado, pero que en su día establecía dos días de permiso al cumplir el sexto trienio, adicionando un día más por cada trienio cumplido a partir del octavo). De esta forma la negociación colectiva puede establecer permisos distintos a los fijados en el EBEP, y el hecho de que no se incluya alguno de los permisos de la norma especial no supone ninguna infracción.

Así pues, ante la situación de conflicto entre ambas normas se aplicará la que en su conjunto resulte más beneficiosa. Sin embargo, paradójicamente el TS sí entiende que la norma convencional debe respetar como derecho

mínimo necesario los permisos previstos en el artículo 37.3 ET (STS de 1 de febrero de 2011, Rec. 2552/2011).

También, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 8 de junio de 2010 (Rec. 67/2008), y STS de 14 de junio de 2010 (Rec. 62/2009), aplicando el principio de condición más beneficiosa, comparaban la regulación global sobre la materia en cuestión, y declaran que debe aplicarse aquella regulación que resulte más favorable en su conjunto, (que en el supuesto de Autos era la regulación establecida en convenio colectivo).

La importancia de esta jurisprudencia no se limita a la resolución del conflicto concreto, sino que trasciende dado que supone la consideración judicial de que la norma especial (el EBEP), no es norma mínima de Derecho necesario absoluto de cara a la regulación legal convencional. En mi opinión, y con todos los respetos, esta doctrina no es acertada. No se explica que la regulación especial Administrativa, por su propia naturaleza, no deba prevalecer sobre la laboral, cuando además, de hecho el artículo 7 EBEP, marca su prevalencia sobre la laboral.³⁴¹

Como ya se indicó, el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria de fomento de la competitividad (B.O.E. 14 julio. En vigor desde el 15 julio 2012), eliminó algunos supuestos de permisos. Actualmente vuelve a redefinir esta materia el Real Decreto Ley 10/2015, de 11 de septiembre, por la que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, quedando la redacción actual de permisos retribuidos de la siguiente forma:

a) Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.

Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso

³⁴¹ En este sentido Desdentado Daroca E., Monereo Pérez, J.L.

será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad.³⁴²

b) Por traslado de domicilio sin cambio de residencia, un día.

c) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal, en los términos que se determine (en esta punto la negociación colectiva juega un papel determinante).

d) Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración.

e) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.³⁴³

f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por 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. Puede ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

³⁴³ Permiso conforme con la Disposición Final cuarta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 julio de 2015).

g) Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.³⁴⁴

h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda. Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

i) Por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.

j) Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal, y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

k) *Por asuntos particulares, seis días al año.*³⁴⁵

Hay que recordar que este permiso no existe en la regulación laboral común, y como hemos visto, es uno de los puntos que origina un conflicto de concurrencia entre la norma laboral y la especial administrativa.

l) *Por matrimonio, quince días.*

En el texto original del EBEP se recogía un apartado segundo del artículo 48 que reconocía el derecho a un permiso adicional de dos días de asuntos propios al cumplir el sexto trienio, incrementado en un día más por trienio, a partir del octavo trienio. Este permiso desaparece con el RDL 20/2012, y se recupera, al menos aparentemente³⁴⁶, en 2015, (año electoral), en el RDL 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado, que en su artículo 2.2, añade una nueva Disposición Adicional decimocuarta al EBEP, con la siguiente redacción: «*Disposición adicional decimocuarta Permiso por asuntos particulares por antigüedad. Las Administraciones Públicas podrán establecer hasta dos días adicionales de permiso por asuntos particulares al cumplir el sexto trienio, incrementándose, como máximo, en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.*»

Por su parte el artículo 49 EBEP regula los “*permisos retribuidos por razón de necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.*” Antes de continuar aclararé que, a riesgos de repetirme en esta materia, considero necesario tratar en un epígrafe específico las medidas

³⁴⁵ Se recupera el permiso por asuntos particulares que se había reducido a 3 días en con el RDL 20/2012, volviendo así a la redacción original que eran 6 días, conforme con el apartado uno del artículo 2 del RDL 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía.

³⁴⁶ Digo que se recupera aparentemente porque si se observa no ser reconoce como “derecho del funcionario” como en el texto original, sino que como permiso potestativo de las Administraciones: ...podrán establecer...

de conciliación para la vida familiar y laboral. Inevitablemente trataré de nuevo esta materia, si bien realizando una labor comparativa entre la regulación del EBEP y del Estatuto de los Trabajadores.

A diferencia de los anteriores, estos denominados permisos (que en realidad son permisos pero también derecho a reducción de jornada), no solo no han sufrido restricciones, sino que incluso se han sumado nuevos supuestos que además, en algunos casos mejoran lo establecido en la regulación laboral común. Así, las “ausencias justificadas” de las mujeres víctimas de violencia de género no existen en la regulación laboral (sí se regula el derecho a la reducción de jornada con disminución proporcional del salario, art. 37.7 ET), también se añaden los permisos retribuidos para progenitores con hijos menores con enfermedad grave, y reducción o adaptación de jornada, (no retribuida), -también previstos en el art. 37.5 ET-, y los permisos no retribuidos para las víctimas del terrorismo y familiares directos (también en el art. 37.7ET).

Los permisos por “*situaciones especiales*”, en el año 2016, son los siguientes:

a) Permiso por parto: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. Que podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen. En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. Este permiso

podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

c) Permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo: tendrá una duración de quince días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor 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. No obstante este permiso, que estaba previsto ampliarse a 4 semanas, según la Disposición transitoria sexta del EBEP, y conforme con su la nueva redacción incorporada el Texto Refundido, establece que “Sin perjuicio de lo indicado en el artículo 49, letra c), la duración del permiso de paternidad para el personal funcionario seguirá siendo de quince días hasta que no se produzca la entrada en vigor del artículo 2 de la Ley 9/2009, de 6 de octubre“. Dado que al LGP de 2016 establecía como fecha de entrada en vigor del permiso por paternidad para el 1 de enero de 2017, esperamos que sea esa la fecha en que se haga efectivo.

En la regulación laboral los denominados permisos por maternidad, paternidad y adopción se configuran como supuestos de “*suspensión del contrato de trabajo*” (arts. 48 y 48 bis ET), y para los laborales funciona de esta forma, pero realmente a efectos prácticos son equivalentes a los antes expuestos.

d) Permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria: las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, total o parcial, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud según proceda. Asimismo, las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los

términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso.

Este permiso coincide en su integridad con lo previsto en el artículo 37.7 del ET.

e) Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave³⁴⁷: el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquélla, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años....

Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

f)³⁴⁸ Para hacer efectivo su derecho a la protección y a la asistencia social integral, los funcionarios que hayan sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, su cónyuge o persona con análoga relación y los hijos de los heridos y fallecidos, siempre que ostenten la condición de funcionarios y de víctimas del terrorismo de acuerdo con la legislación vigente, así como los funcionarios amenazados en los términos...de

³⁴⁷ Letra e) del artículo 49 redactada por la Disposición Final segunda de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

³⁴⁸ Letra f) del artículo 49 introducida por el apartado uno de la disposición final sexta de la L.O. 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia firme, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación que sean aplicables, en los términos que establezca la Administración....

Como se ha visto el legislador hace referencia exclusivamente a “funcionarios”, si bien la redacción de la norma no es muy acertada, en tanto en cuanto, como ya se indicó, estos permisos son en todo caso de aplicación también al personal laboral de las Administraciones por razón del art. 50 EBEP.

Para concluir, y retomando en cierta medida la cuestión sobre la concurrencia de normas, hemos de comentar que el III CUAGE en relación a esta materia optó en su momento desarrollar su artículo 47 relativo a permisos, tomando como referencia de mínimos el artículo 48 del EBEP. La lógica se impone en el ámbito de la realidad práctica, frente a las rigideces de la doctrina jurisprudencial.

CAPÍTULO IX.- EL DEBER DEL EMPLEADOR EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. PARTICULARIDADES EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL.

1. Introducción.

Como es sabido, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), dio respuesta al derecho constitucional a la salud en el trabajo, y los mandatos constitucionales existentes en esta materia, (artículos 40.2 CE, 15 y 43.2 CE), y materializó la transposición en nuestro país de la Directiva Marco 89/391/CE en materia preventiva.

Dichos derechos constitucionales y la LPRL, como norma básica en materia preventiva, son de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones (e incluso al personal funcionario, salvo alguna excepción, como seguidamente veremos).

Este reconocimiento del derecho a la salud laboral de los empleados públicos, se traduce a su vez en la existencia de una serie de obligaciones y responsabilidades en esta materia que afectan directamente a las Administraciones como empleadoras que son. No obstante su especial naturaleza lleva necesariamente a regular particularidades, sobre todo en relación a las posibles responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones preventivas, que será el objeto principal de este análisis.

2. Ámbito de aplicación de la normativa en materia de prevención: exclusiones y particularidades en el ámbito de las Administraciones Públicas.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), establece en su artículo 3.1, que la normativa en materia de prevención será de aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas, incluyendo en su ámbito subjetivo a los distintos tipos de empleados públicos (funcionarios y laborales, en toda su amplitud) que en ella prestan servicios, sin perjuicio de reconocer que dicha aplicación lo será con *“las peculiaridades*

que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo” (art. 3.1 LPRL).

Efectivamente, las peculiaridades que caracterizan a las Administraciones, en diversos aspectos, obligó a aprobar el Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado, para facilitar y aclarar el alcance en la aplicación de la Ley.

Por su parte el art. 3.2 LPRL, excluye de su ámbito de aplicación a algunos funcionarios que desarrollan *“actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de: Policía, seguridad y resguardo aduanero. Servicios operativos de protección civil y peritaje forense, en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública (es decir, que en circunstancias normales se les debe aplicar la norma común), y Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil”*.

Sin embargo se ha de matizar que la inaplicación de la LPRL viene determinada en estos casos en función de la materia, no de la persona,³⁴⁹ de tal forma que no se trata de una inaplicación absoluta, se tendrá que estar a la actividad concreta de que se trate (STJUE de 12 de enero de 2006).³⁵⁰ De hecho, el apartado final del art. 3.2 LPRL, prevé que *“esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades”*.

³⁴⁹ SALCEDO BELTRÁN, C. ROSAT ACEB, I. “Prevención de riesgos en el trabajo de la Administración Pública”. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

³⁵⁰ En este sentido STJCE de 12 de enero de 2006, condena a España por no cumplir con la Directiva Marco: *“esta excepción al ámbito de aplicación de la Directiva 89/391, definido de manera amplia, debe recibir una interpretación que limite su alcance a lo que resulte estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que según dicha Directiva pueden proteger los Estados miembros.... Asimismo, procede recordar que el criterio utilizado por el legislador comunitario para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 no está fundado en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividades contemplados en el artículo 2, apartado 2, párrafo primero, de dicha Directiva, considerados globalmente, como las fuerzas armadas, la policía y el servicio de protección civil, sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores”*...

Por su parte, el apartado 3 del mismo art. 3 LPRL, hace referencia a ciertos empleados públicos que quedan incluidos en su ámbito de aplicación pero que por sus especiales características tendrán particularidades en aspectos concretos de su aplicación. Esto afecta al personal que presta servicios en los centros y establecimientos militares será de aplicación lo dispuesto en la presente Ley, con las particularidades previstas en su normativa específica, y *“en los establecimientos penitenciarios, se adaptarán a la presente Ley aquellas actividades cuyas características justifiquen una regulación especial”*.

En definitiva, las Administraciones y todo su personal (funcionario y laboral), quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa en materia de prevención, -sin perjuicio de las puntuales exclusiones de actividades, que como hemos visto, tiene su propia regulación, si bien inspirada en la norma preventiva común (art. 3.2 LPRL)-.

Por esta razón el tratamiento del presente tema es válido tanto para funcionarios como para laborales, siendo las especialidades que se regulan en materia preventiva básicamente iguales,³⁵¹ sea cual sea la naturaleza del vínculo del empleado público.

3. Regulación en materia preventiva específica para el ámbito de las Administraciones Públicas.

La Disposición Adicional 3ª de la Ley 31/95 PRL, reconoce la naturaleza de norma laboral de la LPRL, *“al amparo del artículo 149.1, 7ª de la Constitución”*. De esta forma advierte que la materia que regula es competencia del Estado, *“sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas.”* La aplicación de su articulado a las Administraciones Públicas se torna un problema, puesto que existen materias compartidas, y otras que sí pueden ser calificadas como exclusivas del Estado, por este motivo en el apartado 2 de la DA 3ª LPRL, identifica lo que constituye legislación básica, artículo por artículo.

³⁵¹ Salvo algún aspecto puntual como podría ser el procedimiento para reclamar posibles responsabilidades de los empleados por incumplir el deber de cooperación en materia preventiva.

De esta forma, en materia de organización y práctica de la Prevención de Riesgos, existe un campo de actuación para las Comunidades Autónomas que no existe en el ámbito de las relaciones contractuales de trabajo, de tal forma que en algunos aspectos la competencia es compartida con las Comunidades Autónomas, que podrán dictar disposiciones que completen lo que en el sistema estatal se disponga, -respetando siempre, como hemos dicho, las materias que en el número 2 de la Disposición Adicional 3ª se señalan como legislación básica, y sin perjuicio de las normas autonómicas que se puedan dictar en ejecución de ésta-.³⁵²

Así pues, aspectos como la organización de la prevención en su ámbito (la elección de la modalidad de recursos preventivos), la determinación del procedimiento de auditoría o evaluación de la actividad preventiva, la aprobación de un Plan de Prevención para la Administración autonómica de que se trate, o la creación de organismo autonómicos con funciones similares a las del INSHT, e incluso establecer el procedimiento sancionador (sin perjuicio de la aplicación supletoria del RD 707/2002, que seguidamente comentaré), entran dentro de sus competencias en esta materia³⁵³.

Las Administraciones locales lo normal es que se sigan la normativa preventiva común (LPRL y RSP, como normativa básica), y por entenderse que es disposición subsidiaria³⁵⁴, -pese a que realmente la norma no lo indica-, el RD 67/2010, y el RD 707/2002, de procedimiento administrativo especial, que sí es subsidiaria.

No obstante, no hay que olvidar que al tratarse de materia laboral ni las Administraciones autonómicas, ni las locales tienen capacidad legislativa, siendo materia exclusiva del Estado (149.1.7 CE), que habrá de ser respetada

³⁵² VIDA SORIA, J. Manual para la formación en Prevención de Riesgos Laborales. Edición 7ª Lex Nova, Valladolid, 2013.

³⁵³ SALCEDO BELTRÁN, C. ROSAT ACEB, I. Prevención de Riesgos en el trabajo de la Administración Pública. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

³⁵⁴ SALCEDO BELTRÁN, C. ROSAT ACEB, I. Prevención de Riesgos en el trabajo de la Administración Pública. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

por los posibles desarrollos de las CC.AA. en el ejercicio de sus propias competencias de ejecución antes señaladas.³⁵⁵

Además de las particulares referencias que se hacen en ciertos espantos a las Administraciones Públicas en la propia LPRL, y en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), la regulación específica en esta materia en el ámbito de las Administraciones la constituye RD 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado (AGE), -modificado de forma significativa por RD 1084/2014, de 19 de diciembre-.

El ámbito de aplicación de esta norma se limita a *“la AGE y los organismo público vinculados o dependientes de ella que tengan personal funcionario o estatutario a su servicio, ya tengan o no personal laboral”* (art. 1 RD 67/10), -siendo aplicable a éstos últimos en el supuesto de que existan-, (sin que se haga referencia alguna a su aplicación subsidiaria para el resto de Administraciones).³⁵⁶

Por otra parte, el RD 707/2002, de 19 de julio aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado, que en este caso sí es de aplicación subsidiaria *“para el personal civil al servicio de las restantes Administraciones Públicas”*, (D.A. 2ª del RD 107/202, modificada por RD 464/2003, de 25 de abril).

Sin perjuicio de estas normas básicas que marcan las particularidades de la prevención en el ámbito público, debemos recordar que existen otras disposiciones reglamentarias que regulan las Prevención de Riesgos para ciertas actividades en el ámbito de la función pública, que por tener carácter

³⁵⁵ AAVV, “La prevención de Riesgos Laborales en el Empleo Público”. Manual de Empleo Público. Comares, Granada, 2013.

³⁵⁶ No obstante hay autores que defienden su aplicación subsidiaria, con base en la incapacidad reguladora de las Administraciones autonómicas y local en esta materia.

especial y público tienen su propia regulación,³⁵⁷ y que como antes comenté, son excluidas del ámbito de aplicación de la LPRL, (estos son, Guardia Civil, Policía Nacional y del personal militar de las Fuerzas Armadas).

4. Aspectos en materia preventiva de las Administraciones Públicas que presentan peculiaridades respecto a la regulación ordinaria.

Las principales particularidades que afectan al régimen jurídico de la Prevención de Riesgos aplicado al ámbito de las Administraciones afectan a los siguientes aspectos:

4.1. Particularidades en relación a la participación y representación de los empleados públicos en materia preventiva.

Al igual que sucede en el ámbito de las relaciones laborales en general, la regulación de los instrumentos de representación y participación de los trabajadores en las Administraciones Públicas a efectos de prevención de riesgos laborales, existen pero modalizadas, sin que esto suponga minoración en sus derechos o los niveles de protección del personal al servicio de la Administración.³⁵⁸

Las principales dificultades que presente el ámbito de las Administraciones Públicas en relación al esquema representativo, deriva principalmente de la complejidad propia de su estructura organizativa, y de la duplicidad de sistema de representación unitaria que deriva de los dos regímenes (funcionario y laboral) que conviven en su seno.

El artículo 4 del RD 67/20120, es el que regula esas particularidades en materia de información, participación y representación.

³⁵⁷ “La pretensión de las empresas de seguridad privada de excluirse del ámbito de aplicación de la LPRL no ha sido acogida porque el art. 3.2 LPRL lo que excluye son determinadas actividades en el ámbito de de las funciones públicas, en clara referencia a las que son ejercidas por la Administración. STSJ de Navarra, de 30 de julio de 2001, Rec. 287/01”. SALCEDO BELTRÁN, C. “Prevención de riesgos en el trabajo dentro de la Administración Pública “en la obra Derecho del Empleo Público, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

³⁵⁸ MORENO VIDA, M.N. “La representación de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Manual para la formación en Prevención de Riesgos Laborales. Lex Nova. Valladolid, 2013.

En cuanto a los órganos de representación en el ámbito de las Administraciones Públicas, señala los siguientes:

Las Juntas de Personal, Comités de Empresa, Delegados de Personal y representantes sindicales, que ejercen las funciones genéricas previstas en el artículo 34.1 LPRL y tienen reconocidas las competencias en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las Administraciones y los órganos y tribunales competentes.

Los Delegados de Prevención, que son los representantes de los empleados públicos en materia preventiva (con competencias, facultades específicas en esta materia y garantías, conforme establecen los artículos 36 y 37 de la LPRL, sin ninguna especialidad), y que se eligen, por y entre los delegados de personal o miembros del Comité de Empresa y los miembros de las Juntas de Personal. El artículo 5 RD 67/10, siguiendo el modelo marcado por los artículos 35 a 37 de la LPRL, regula su elección, número, competencias, facultades, etc....

Dada la especial configuración organizativa de la representación en materia preventiva de las Administraciones, el propio legislador prevé la posibilidad de los Delegados de Prevención *“no puedan ser completados en número... con los miembros que componen los órganos unitarios”* de representación, remitiendo en dichos casos a la elección por las centrales sindicales entre delegados o delegadas sindicales de dicho ámbito, de forma proporcional a su representatividad, (previa negociación en la Mesa Delegada y con comunicación a la Dirección General de la Función Pública), o bien se podrá negociar otra forma de designación, previo acuerdo de la Comisión Técnica de Prevención (art. 5.2 RD 67/10).

También es particular la necesidad de acreditación individual de los Delegados de Prevención por la Administración competente, una vez sean nombrados.

* El Comité de Seguridad y Salud, (CSS), (art. 6.1 RD 67/10), es el órgano paritario y colegiado de participación, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones en materia de prevención en el ámbito del a AGE,

formado por los Delegados de Prevención y los representantes de la Administración, en número equivalente.

En principio se prevé la constitución un CSS en cada centro de trabajo previstos en el Anexo I RD 67/10, siempre que tengan 50 empleados públicos o más. Si bien, la principal particularidad frente a la regulación ordinaria de la LPRL, reside precisamente en los criterios que se siguen para su configuración, permitiéndose la canalización del derecho a la participación de los empleados públicos en materia preventiva en ámbitos diferentes a los de los órganos de representación unitaria, es decir, en ámbitos sectoriales y descentralizados en función del número de efectivos y centros, eso sí, justificado por existir *“razones de la actividad y el tipo y frecuencia de los riesgos así lo aconsejen”*. Se establecen para dicha constitución los siguientes criterios generales (conforme con la nueva redacción introducida por el RD 1084/2014):

a) En los Departamentos ministeriales podrán constituirse CSS propios en aquellos Organismos Autónomos, Entidades Gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, de forma autónoma, cuando la actividad de estos sea diferenciada del Departamento del que dependan y cuenten como mínimo con 2000 empleados públicos en el total de las dependencias de que disponga en la provincia en la que radiquen sus servicios centrales.

b) En cualquier Departamento, Organismo Autónomo, Entidad Gestora o servicio común de la Seguridad Social o Agencia Estatal, se podrá constituir un Comité, único para cada ámbito territorial en que se estructure su organización, para el conjunto de las dependencias comprendidas en dicho ámbito siempre que, en al menos una de las citadas dependencias se realicen actividades o trabajos incluidos en el Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención, que afecten a un mínimo de 50 empleados públicos.

c) En todos aquellos Organismos o centros de trabajo que por sus características específicas en materia preventiva, suficientemente acreditadas, exigiéndose expresa petición y previa consulta a la Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales.

Así pues, la principal particularidad en el ámbito público es que no siempre existirá coincidencia entre órganos unitarios de representación y

Comités de Seguridad y Salud. En estos casos, se tendrá que designar los Delegados que compondrán dichos Comités conforme a la escala que marca el art. 35.2 LPRL, se determinarán conforme se negocie en la Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales (DA 9ª RD 67/2010).

Para concluir, hemos de recordar una formalidad que tampoco existe en el ámbito empresarial: la Disposición Adicional 8ª del RD 67/2010, exige la inscripción en el Registro de Órganos de representación del personal (D.A. 5ª del EBEP) a los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud legalmente constituidos, como órganos especializados que son de representación del personal al servicio de las Administraciones.

En el ámbito cada Departamento ministerial u organismo público en los que exista más de un Comité de Seguridad y Salud, podrá acordarse la constitución de "*Grupos Técnicos de Prevención de Riesgos Laborales*" (art. 4.3 RD 67/2010, en la redacción original se denominaban Comisiones de Prevención de Riesgos), de conformidad con "*los criterios establecidos en el apartado 4 del Acuerdo de 20 de mayo de 2008 de la Mesa General de Negociación de la AGE para la ordenación de la negociación colectiva..*".

La norma reglamentaria indica también cuál será el órgano de participación y representación a efectos de negociación colectiva en materia preventiva. Se trata de la denominada "*Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales*", dependiente de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado (art. 36.3 EBEP). Este es el órgano específico en materia de negociación colectiva y participación de las organizaciones sindicales en materia de prevención, -que es materia objeto de negociación en dicho ámbito conforme reconoce el art. 37.1, j) EBEP- (art. 4.2 RD 67/2010).

Hay que tener presente que la Dirección General de la Función Pública será la coordinadora general, impulsora y promotora en materia de prevención de riesgos laborales en la AGE, y se señala como interlocutor válidos con los sindicatos más representativos en el ámbito de aplicación de esta regulación específica que marca el RD 67/2010 (art. 11).

4.2. La organización de la Prevención de Riesgos Laborales en la Administración Pública.

Una de las obligaciones que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario, es el deber de organizar la actividad preventiva en su empresa. Se trata de una obligación instrumental clave, que como todos los deberes empresariales en esta materia, tiene como objetivo el garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.2 LPRL).

El empresario deberá constituir una organización específica en materia preventiva, que será el instrumento técnico de apoyo al empresario en el cumplimiento del deber de seguridad. La regulación del deber de organización de la prevención en la empresa viene prevista en el Capítulo IV de la LPRL (arts. 30 a 32 bis). Debe dejarse claro que el deber de organizar los servicios de prevención es una obligación del empresario, que no puede confundirse con las distintas modalidades de organización de la prevención³⁵⁹, (que en el ámbito de la empresa privada puede hacerse mediante la designación de trabajadores, la asunción personal por el empresario, los servicios de prevención propios o ajenos, art. 30 LPRL).

En materia de organización de la prevención en el ámbito de las Administraciones el artículo 31.1³⁶⁰ de la LPRL, hace mención expresa a la peculiar y compleja estructura de las Administraciones, aceptando la

³⁵⁹ VIÑAS ARMADA, J.M. *“La organización de la prevención de riesgos laborales dentro de la empresa”*. Manual para la formación en prevención de riesgos laborales. Lex Nova, Valladolid, 2013.

³⁶⁰ Art. 31.1 LPRL. *“Si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas, con el alcance que se establezca en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 6 de la presente Ley, el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaborarán cuando sea necesario. Para el establecimiento de estos servicios en las Administraciones públicas se tendrá en cuenta su estructura organizativa y la existencia, en su caso, de ámbitos sectoriales y descentralizados”*.

adaptación a la hora de establecer estos Servicios, *“a su propia estructura organizativa y a la existencia de ámbitos sectoriales y servicios descentralizados”*. Por su parte en el específico ámbito de la AGE, el artículo 7 del RD 67/2010, regulan las particularidades propias del personal a su servicio, primando a la hora de organizarse, tres criterios que son:

El reconocimiento de la capacidad de auto-organización a los órganos de la Administración, *“previa consulta con los representantes de los trabajadores”*, de la adaptación de la organización de sus Servicios de Prevención *“a la estructura organizativa y territorial de sus organismos, así como el tipo de riesgos presentes en los mismos”*, (art. 7.1 RD 67/10), que dependerán lógicamente del sector o actividad de que se trate, y potenciando el uso de recursos propios de la Administración.

Los órganos competentes de la Administración encargados de la organización de los recursos preventivos, también podrán optar por las siguientes modalidades, o por una combinación de las mismas (art. 7 RD 67/2010):

1) Constituyendo un Servicio de Prevención propio. Esta es la opción que el legislador señala como prioritaria, -sin perjuicio de que pueda contratarse temporalmente los servicios de forma externa, *“para actividades preventivas difíciles de asumir por su complejidad técnica”*.

En todo caso, la norma establece que será obligatoria su creación (con la posibilidad de funcionar en combinación con un Servicio de Prevención Ajeno), en los siguientes casos:

- En los Servicios centrales de los Departamentos ministeriales que cuenten con más de 500 empleados públicos, y en los que tengan entre 250 y 500 empleados y desarrollen algunas de las actividades previstas en el Anexo I del RD 39/97 (actividades con especial peligrosidad);
- A nivel provincial en todos los servicios integrados o delegaciones que tengan en la provincia más de 500 empleados públicos, y los que tengan entre 250 y 500 empleados y desarrollen actividades peligrosas, previstas en el Anexo I del RD 39/97.

- Podrá constituirse un Servicio de Prevención propio interprovincial en los Departamentos ministeriales u organismos públicos que cuenten, en su conjunto con más de 500 empleados, o entre 250 y 500 empleados públicos, cuando desarrollen actividades peligrosas del Anexo I del RSP, si bien en este caso necesitan informe previo del Grupo Técnico de Prevención (en Departamentos u Organismos con más de un Comité de Seguridad y Salud), o de la Comisión Técnica de Prevención.
- También cabe constituir Servicios de Prevención mancomunados en los Departamentos ministeriales y organismo públicos que desarrollen su actividad simultáneamente en un mismo edificio o área geográfica concreta, siempre que dicho Servicios mancomunado sea y con la aprobación de la Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales. Si el servicio mancomunado afecta a varios departamentos ministeriales, será adscrito a la Delegación o subdelegación de Gobierno que corresponda, que solicitará las adaptaciones presupuestarias precisas para asumir el coste de su funcionamiento. Si son varios organismos de un mismo departamento ministerial, acordarán entre ellos los criterios de financiación.
- Cuando lo considere necesario la propia Administración (Departamentos, organismos y centros de trabajo), por la especial peligrosidad de la actividad que desarrollen, o por la alta siniestralidad existente en su ámbito, o el gran volumen de efectivos en su ámbito.

2) Designando a uno o varios empleados públicos para llevarla a cabo. Estos empleados pueden ser funcionarios o laborales, indistintamente, si bien sí se exige, -igual que se prevé en el LPRL-, que tenga la capacitación requerida para desarrollar dichas funciones, según lo previsto en el Capítulo V del RD 39/97 (RSP), y en el supuesto de que se opte por esta modalidad se deberá consultar con los órganos de representación del personal.

Estos empleados capacitados en materia preventiva podrán actuar también en combinación con la opción del Servicio de Prevención propio, actuando en dicho caso bajo su coordinación y con su apoyo.

3) Recurriendo a uno o varios Servicios de Prevención Ajenos, si bien esta opción procederá *“en aquellos casos en que las peculiaridades de la organización lo requieran”* (art. 7.7 RD 67/10). Esta opción se configura realmente como excepcional frente a la prioritaria de los servicios de prevención propios, autorizándose teóricamente, solo para cubrir *“temporalmente las actividades preventivas difíciles de asumir por su complejidad técnica”* (art. 7.2 RD 67/10).

Si se opta por esta modalidad, se debe tener en cuenta que se deberán respetar los requisitos establecidos en el artículo 20 del RSP, para la realización del concierto, y que se requerirá la previa consulta a los Delegados de Prevención o al Grupo Técnico de Prevención (si lo hubiere), y se comunicará la decisión a la Comisión Técnica de Prevención (art. 7.7 RD 67/10).

En todo caso, se podrá realizar una combinación de las distintas modalidades organizativas que hemos descrito, según ya se comentó, siendo esta normalmente la mejor opción.

La única modalidad que no se admite es la de asunción de la actividad preventiva por el propio empresario (en este caso la Administración empleadora), por obvias razones. Evidentemente, la asunción personal no tiene sentido, ni cabida en el ámbito de la Administración, más aún desde el momento que existe descrita la posibilidad de designación de empleados públicos para desarrollar la actividad preventiva. De hecho esta posibilidad en el ámbito de la empresa privada se regula de forma restrictiva, y se interpreta como una posibilidad sólo reconocida a los empresarios como persona física (artículo 30.5 LPRL), que además desarrolle su actividad de forma directa en la empresa, que será de pequeñas dimensiones, y excluyéndose en los casos en que la empresa tenga forma mercantil.

4.3. Las Auditorías de la actividad preventiva en las Administraciones Públicas.

Otra diferencia con el ámbito privado reside en que las Administraciones no están obligadas a pasar auditorías externas realizadas por una auditora privada, quedando excluidas expresamente en la DA 4ª del RSP, de la obligación prevista en el Capítulo V de este reglamento). Pero esto no significa que no existan otros mecanismos de revisión sobre la actividad preventiva.

De hecho, el art. 10 RD 67/10, establece como obligación, que cada sistema de prevención en el ámbito de la Administración, se someta a una auditorías o evaluaciones, que se realizarán por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene del Trabajo (INSHT). Como es sabido, el INSHT es un organismo científico-técnico, dependiente de la AGE, que realiza funciones de investigación, formación, estudio y promoción de la seguridad y salud en el trabajo. La capacidad de actuación en materia de auditoría del INSHT, no obsta la capacidad de control del cumplimiento de la norma que la ley reconoce a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Esta auditoría se realizará dentro de los primeros 12 meses siguientes al momento en que se apruebe la planificación de la actividad preventiva, y posteriormente se repetirá cada cuatro años, -salvo que concurren circunstancias especiales que obliguen a modificar estos plazo (art. 30.4 RSP)-. Es decir, que el control de la actividad preventiva existe, pero difiere solo en cuanto a que la realiza un organismo especializado de la propia AGE, y no una empresa auditora externa privada, como sucede en la regulación ordinaria.

En el ámbito de las Administraciones Autonómicas, existen órganos equivalentes al INSHT, que son los que realizan las funciones de auditoría externa de los sistemas de prevención de riesgos en este ámbito, conforme a su propia regulación.

Esta particularidad, realmente constituye otro privilegio más de las Administraciones en materia de Prevención, y lógicamente desvirtúan en cierta medida la necesaria objetividad que debe caracterizar a la actividad auditora.

4.4. El Plan de Prevención en cada Administración.

El artículo 16.1 LPRL, regula la obligación empresarial de realizar un Plan de Prevención en la empresa, entendido éste como el conjunto ordenado y documentado de las actividades precisas para implantar y mantener de forma eficaz un sistema de prevención de riesgos en la empresa. Con este instrumento se debe lograr la integración de la prevención en el sistema general de gestión de la empresa.

El Plan de Prevención de Riesgos Laborales incluirá (art. 16.1 LPRL): *“la estructura organizativa, las responsabilidades, funciones, prácticas, procedimientos, procesos y recursos necesarios para realizar la acción de Prevención de Riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan”*.

En desarrollo de dicho precepto, el art. 3 del RD 67/2010, establece el contenido del Plan de Prevención que deberá concretar: El Departamento u organismo público al que afecta, el número y características de los centros de trabajo, y número de trabajadores que lo integra; Identificación de la estructura organizativa del Departamento u organismo público (concretando responsables, funciones que se les atribuye y niveles jerárquicos); Identificación de procesos de trabajo y prácticas; procedimientos organizativos en el relación con la prevención de riesgos; Organización de la prevención y modalidad preventiva elegida; políticas, objetivos, medios materiales y personales con los que cuentan en materia preventiva, y los órganos de representación que tengan.

El mismo artículo establece que los Planes de Prevención deben realizarse en cada Departamento u organismo público, debiendo “integrarse en su correspondiente sistema general de gestión” conforme con lo establecido en el art. 2 RSP, debiendo constar necesariamente por escrito y a disposición de la autoridad laboral (en este sentido en nada difiere de la regulación ordinaria).

En el ámbito de las Administraciones autonómica y local también se deberá contar con dicho Plan de Prevención, que en definitiva es el instrumento de integración de la prevención en su organización. Para ello cuentan con capacidad de ejecución y decisión propia, contando cada una con su regulación

propia en desarrollo de lo establecido en la LPRL en esta materia, sin perjuicio de su remisión a la norma propia de la AGE, que es lo habitual en el caso de la administración local como consecuencia de sus limitaciones regulatorias.

5. Modalización de las responsabilidades de las Administraciones Públicas en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

5.1. Regulación de la responsabilidad en PRL de las Administraciones.

El artículo 42 de la LPRL establece como consecuencia del incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales, las responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan. La norma no excluye a efectos de responsabilidad, por tanto, a las Administraciones Públicas como empresario garante de dichas obligaciones, si bien sí existe en esta materia importantes y muy criticadas doctrinalmente,³⁶¹ particularidades que afectan al ámbito público, y que seguidamente analizaremos por razón de la naturaleza de la posible responsabilidad.

5.1.1. Responsabilidad administrativa. El limitado papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante las infracciones de Administraciones Públicas.

Aunque las Administraciones quedan sometidas al marco de infracciones administrativas que se tipifican en el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por RDLg. 5/2000 (LISOS), su artículo 42.4 realiza una remisión a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en este ámbito, estableciendo que *“la corrección de las infracciones en materia de prevención...., en el ámbito de las Administraciones se sujetará al*

³⁶¹ MONEREO PÉREZ, J.L. La figura del empresario: responsabilidades y sanciones. Manual para la formación en Prevención de Riesgos Laborales. Lex Nova. Valladolid, 2013: *“...existen modalizaciones significativas de las reglas en materia de responsabilidad de las Administraciones, a menudo de criticables fundamento técnico y de política jurídica”*.

procedimiento y normas de desarrollo del artículo 45.1 y concordantes de la LPRL”.

Así, el artículo 45 de la LPRL³⁶² es el que introduce la particularidad más significativa de las Administraciones en este ámbito, que consiste en remitir a efectos sancionadores a un procedimiento especial, cuya principal característica es que reemplaza la técnica administrativa de la sanción económica por una, mucho menos exigente, consistente en la imposición de “*medidas correctoras*”, que realmente solo suponen la obligación para la Administración infractora de restaurar la situación a la legalidad preventiva.

Esto se traduce a su vez en la inoperancia del papel de la Inspección de Trabajo en esta materia, que carece del valor coercitivo que sí tiene en el ámbito privado, y que en mi opinión es materia cuya regulación debería replantearse, (y no sólo a nivel de las obligaciones de prevención, sino también en cuanto al resto de responsabilidades ante incumplimientos en el orden social a los que debería hacer frente la Administración).

En concreto, el artículo 19 de la vigente Ley 23/2015, reguladora de la Inspección de Trabajo, establece la competencia de la Inspección para actuar en los lugares de trabajo “*regidos o gestionados por las Administraciones Públicas o por entidades de Derecho público con personalidad jurídica*” vinculadas a aquellas, pero posteriormente matiza sobre “centros de trabajo, establecimientos, locales e instalaciones cuya vigilancia esté legalmente atribuida a otros órganos de las Administraciones”, (caso establecimientos militares, sedes diplomáticas..), rigiéndose en estos casos por su propia normativa específica, sin perjuicio de “*la competencia de la Inspección de Trabajo en materias no afectadas por la misma*”. En todo caso, es esta materia algo se ha avanzado, con la anulación mediante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 10 de febrero de 2003, de la necesidad de “*preaviso*” de

³⁶² Art. 45.1 LPRL. *No obstante lo anterior, en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca.*

la actuación inspectora,³⁶³ que regía conforme con el artículo 2.3 del Reglamento de la Inspección (RD 138/2000) en sentido contrario a lo previsto en materia de actuación inspectora conforme con la Ley 42/1997, reguladora por aquel entonces de la Inspección de Trabajo.

En todo caso la propia Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales, otorga un injustificado tratamiento privilegiado a la Administración, reflejado en el artículo 45.1 LPRL, que ante los incumplimientos que afecten a las relaciones del personal civil al servicios de las Administraciones, prevé la posibilidad de exigir responsabilidad mediante la *“imposición por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los incumplimientos, conforme con el procedimiento que al efecto se establezca”*. En la práctica esto supone una flexibilización o relajación de las Administraciones en el cumplimiento de las normas de prevención, y la exención de la Administraciones de las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RD 5/2000), para el resto de sujetos responsables.

En concreto, en el ámbito de la Administración General del Estado, corresponderá al Gobierno la regulación de dicho procedimiento, que se ajustará a los siguientes principios (art. 45.1 LPRL):

a) El procedimiento se iniciará por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social derivando dicha actuación de orden superior, o bien por propia iniciativa de la Inspección, o a petición de los representantes de los empleados públicos.

b) Tras su actuación, la Inspección efectuará un requerimiento sobre las medidas a adoptar y plazo de ejecución de las mismas (es decir, exclusivamente cabe la posibilidad del “requerimiento de corrección” que antes comentaba), del que se dará traslado a la unidad administrativa inspeccionada a efectos de formular alegaciones, si lo estima preciso.

³⁶³ DESDENTADO DAROCA, E. Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. Bomarzo. Albacete, 2016.

c) 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.

El procedimiento especial al que hace referencia el art. 45 LPRL, se regula por Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, que aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito de la Administración General del Estado, (modificado por RD 464/2003, de 25 de abril).

Esta norma, -a pesar de su denominación-, es de aplicación tanto a los empleados públicos (funcionarios o laborales) de la AGE, sus Organismos autónomos y otros entes dependientes, como al personal civil al servicio de las Administraciones autonómicas y locales, para la que se señala como de aplicación supletoria, en defecto de normativa propia, (DA 2ª del RD 707/2002).

En cambio no es de aplicación a la Administración Pública empresarial, que queda sometida al régimen ordinario de responsabilidades establecido en la LISOS, a la propia AGE cuando actúe como promotor de obras de construcción, (en cuyo caso se aplicará la normativa común y específica aplicable a dicha actividad), a los centros y establecimientos militares, que tienen su normativa específica al efecto; y a las contratatas y subcontratatas o concesionarias de cualquier índole, que presten servicios para la AGE y sus Organismos autónomos, que también quedan sometidos al procedimiento ordinario.

Las principales particularidades del procedimiento de actuación de la Inspección de Trabajo en este ámbito se centran en varios elementos.

Por un lado en la forma de inicio del procedimiento, que será *“siempre de oficio por el órgano competente de la Inspección de Trabajo, bien por orden superior, bien por iniciativa propia o a petición de los representantes del personal”*. En el procedimiento común también se inicia de oficio por la Inspección, pero se hace constar que la actividad inspectora de la que deriva el inicio del procedimiento sancionador puede tener su origen, entre otros, “de

denuncia, o a instancia de persona interesada” (art. 52.1 de la LISOS). Pues bien, esta posibilidad parece cerrarse en el ámbito público según el literal de la norma, restringiéndose dicha capacidad de denuncia a la actuación de los representantes de los trabajadores.

La segunda y principal particularidad, -como ya avanzamos-, es la inexistencia en este procedimiento especial de imposición de sanción administrativa, limitándose la actuación inspectora ante la comprobación de existencia de incumplimientos en materia preventiva a emitir “*propuesta de requerimiento sobre las cuestiones planteadas en dicha materia, en el que se recogerán las irregularidades detectadas, las medidas que deben adoptarse para subsanarlas y el plazo que considere necesario para su ejecución*” (art. 4.4 RD 707/2002). En el supuesto de que en el plazo establecido no se adopten las medidas indicadas, siendo el requerimiento definitivo, el inspector actuante solo podrá “elear dicho requerimiento con el expediente tramitado al Delegado de Gobierno, o la Autoridad Central de la Inspección, según el caso, teniendo la última palabra el Consejo de Ministros para la decisión final. (art. 5 RD 707/2002). La debilidad de la función de policía de la Administración en este ámbito es evidente, y en mi opinión injustificable.

Sí cabe, sin embargo la paralización de la actividad si se detecta “*riesgo grave e inminente para la seguridad y salud del personal*” (art. 6 RD 707/2002).

A la vista de lo expuesto, considero que el tratamiento especial que el legislador otorga al control de la responsabilidad administrativa de las Administraciones en materia preventiva, se traduce en la neutralización de la existencia de este mecanismo de control y por consiguiente en una mayor indefensión de los empleados públicos en materia de seguridad en el trabajo, y realmente en relación al cumplimiento en general de sus derechos de contenido laboral.

5.1.2. Responsabilidad penal.

La Administración no es responsable penal como persona jurídica que es, pero sí pueden ser declarados responsables penalmente los empleados a su servicio (autoridad, agentes, funcionarios o contratados en el ejercicio de

sus cargos o funciones, sean declarados penalmente responsables de delitos dolosos o culposos), en cuyo caso la Administración será responsable civil subsidiaria por la responsabilidad civil derivada del delito, pero siempre que *“las lesiones sean consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados”* (art. 121 del Código Penal) , -es decir, siempre que exista relación causal entre los daños y la actuación del culpable, que en todo caso actuase en nombre de la Administración, en el ejercicio de sus competencias.-

Esta responsabilidad es distinta de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El artículo 146 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas *“no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”*. No obstante hay que recordar que no cabe la duplicidad de indemnizaciones por el mismo daño (principio *non bis in idem*).

Otra particularidad, es que no será de aplicación a las Administraciones las sanciones accesorias del artículo 129 del CP, que tienen como fin prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos (cierre temporal o definitivo de la empresa, disolución de la sociedad, asociación o fundación, etc...).

5.1.3. Responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad patrimonial de la Administración viene regulada en el artículo 106.2 de la Constitución³⁶⁴, siendo directa y derivada de la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y empleados laborales.

³⁶⁴ Art. 106 CE: *“Los particulares, en términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

El procedimiento para su imposición se regula en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), (arts. 139 y ss), y sus normas reglamentarias de desarrollo (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de las especialidades procedimentales que establezcan las Comunidades Autónomas en esta materia). En el ámbito de la Administración Local, el artículo 7.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local 7/85 de 2 de Abril, preceptúa en su artículo 54 que: *"Las Entidades Locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes en los términos establecidos en la Legislación General sobre responsabilidad administrativa"*.

Importante es determinar los requisitos que legal y jurisprudencialmente delimitan el derecho al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En concreto se exige que exista una relación directa entre la lesión sufrida y el funcionamiento de los servicios públicos, -normal o anormal, es indiferente-, (elemento de causalidad específica), que deriven de la actuación de la Administración o de su personal en el desempeño de sus funciones. El segundo requisito que se exige, es que sean daños evaluables económicamente e individualizados en relación a una persona o grupo de personas (art. 139.2 y 141.1 LRJPAC).³⁶⁵

Por último es importante hacer mención al papel que la jurisprudencia ha tenido y tiene en relación con este tema. Es precisamente la jurisprudencia la que lleva a reconocer el derecho a la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial, y el percibo de las prestaciones extraordinarias que puedan derivar del accidente o enfermedad profesional, como son los

³⁶⁵ STS (Sala 4ª) de 10 de junio de 1997; SAN (Sala 3ª) de 15 de marzo de 2002 (el accidente con origen en la falta de medidas de seguridad se considera supuesto de responsabilidad exigible por funcionamiento anormal de la Administración, dado que supone el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración que es deudora de seguridad de los que prestan servicios dentro de su organización y bajo su dirección).

recargos de prestaciones de Seguridad Social (que seguidamente comentaré), o las prestaciones extraordinarias de Clases Pasivas reconocidas al funcionario accidentado. Son conceptos distintos pero compatibles al regir el principio de plena indemnidad o reparación integral.

No obstante la jurisprudencia también matiza que la cantidad a la que se tenga derecho dependerá de los daños producidos por el accidente de trabajo o enfermedad, que queden probados, no pudiéndose hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, es decir, computándose lo percibido en concepto de pensión de Seguridad Social y el derecho indemnizatorio, para cubrir los daños producidos.³⁶⁶

Por último, señalar que el plazo de prescripción previsto para este tipo de reclamaciones es de un año, que *“en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*, (art. 142.5 LRJPAC).

5.1.4. Responsabilidad de Recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad.

El artículo 164 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto 8/2015, de 30 de octubre, (anterior art. 123) establece la responsabilidad de los empresarios frente al reconocimiento de recargo de prestaciones que deriven de una accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Esta responsabilidad es aplicable también a las Administraciones públicas en su condición de empleadoras, sin que exista ninguna exención al respecto, ni ninguna diferenciación en relación a la naturaleza del vínculo (funcionarial o laboral), que tenga el empleado público beneficiario.

Conforme a este precepto: *“las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se incrementarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que*

³⁶⁶ STS (Sala 3ª) de 10 de mayo de 2001; STS (Sala 3ª) de 6 de julio de 2005; STS (Sala 3ª) 22 de junio de 2012.

carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

Se trata de una figura híbrida, a medio camino entre la sanción administrativa de contenido económico (de hecho el empresario abona una cantidad correspondiente al capital coste del recargo), y la mejora de la prestación originada a raíz de un accidente de trabajo o enfermedad profesional,³⁶⁷ que recae en el empresario infractor en materia de seguridad en el trabajo. Si bien es condición para que se reconozca esta mejora en la prestación que exista una relación causa-efecto entre el accidente de trabajo y las lesiones resultantes, o la enfermedad profesional y los daños derivados, y la falta de medidas de seguridad en la empresa, (sin que proceda dicho recargo en los supuestos en que el accidente o enfermedad profesional deriven de la actuación imprudente y temeraria por parte del trabajador afectado).

Es, en todo caso, una responsabilidad no asegurable, y compatible con las posibles responsabilidades penales, que en este caso serían exclusivamente las de los empleados, autoridades o similares, dado que como hemos señalado la Administración como persona jurídica no puede tener responsabilidades de esta naturaleza.

No existe duda alguna en cuanto a la aplicación del derecho a esta mejora de la prestación extraordinaria para los empleados públicos laborales, (y funcionarios incluidos en el Régimen General). La única duda que surge en relación a su aplicación, afecta a los funcionarios no incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, dado que la regulación de los Regímenes Especiales de los funcionarios públicos (funcionarios civiles de la AGE, personal de las Fuerzas Armadas, Magistrados, Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales), no contemplan expresamente este recargo, sin que tampoco la DA

³⁶⁷ Se califica como una sanción compleja unitaria, donde se combina, al mismo tiempo, la dimensión punitiva-retributiva con la dimensión reparadora-indemnizatoria. AAVV Manual de Empleo Público. Op.cit. pág. 233.

8ª del TRLGSS anterior a 30 de octubre de 2015 haga mención a su extensión a los trabajadores de los Regímenes Especiales (y la actual DA 1ª del nuevo TRLGSS, tampoco lo incluye).

CAPÍTULO X.- LA RETRIBUCIÓN. EL RÉGIMEN SALARIAL DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1. Regulación del régimen salarial del personal laboral de las Administraciones y sus principales particularidades.

Antes de aprobarse el EBEP la regulación de las retribuciones de los empleados públicos laborales se suponía sometida al derecho laboral común, si bien como en tantos otros aspectos de su régimen jurídico, los empleados laborales de las Administraciones tenían especificidades, siendo la principal de éstas el hecho de que las Leyes Generales de Presupuestos (LGP), limitaban sus incrementos anuales y la cuantía de las retribuciones básicas (es decir, sueldo y trienios según los grupos en que se organizan los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías). Este tema, aun habiendo sido ya objeto de estudio en relación a la negociación colectiva (páginas 204 y 208), será tratado en el apartado siguiente, por su importancia.

La regulación del EBEP en esta materia supone el reconocimiento de dichas particularidades para los laborales, pero no conlleva ninguna novedad en cuanto a su régimen jurídico que apunte al impulso de reforma que debía haberse producido en esta materia³⁶⁸, ni sus posibilidades desde el punto de vista de la gestión de Recursos Humanos. Seguidamente analizaremos las principales particularidades en materia retributiva que afectan al personal laboral en el EBEP, pero recordando que el Capítulo III del EBEP, sobre “*Derechos retributivos*”, solo producirá efectos (salvo el art. 25.1 sobre interinos), con la entrada en vigor de las Leyes Públicas que lo desarrollen (Disposición final 4ª EBEP). No obstante dicha regulación de forma indirecta ya se viene aplicando, (entre otras razones por efecto de las Leyes Generales Presupuestarias).

Con el nuevo Estatuto de la función pública, en materia de retribuciones del personal laboral el artículo 27 EBEP³⁶⁹ expresamente indica su forma de

³⁶⁸ CASTILLO BLANCO, F. “*Los derechos retributivos de los empleados públicos*”. Comentarios a la Ley del EBEP. Lex Nova, Valladolid, 2009.

³⁶⁹ Art. 27 EBEP: “...*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 artículo 21 del presente Estatuto*”.

determinación, remitiendo al régimen jurídico laboral, -legal, convencional o contractual, de los pocos artículos del EBEP que remite de forma ordenada a las distintas fuentes de las condiciones de trabajo laborales-, completándose su regulación con su inclusión en el art. 21.1 EBEP en relación a los límites de las cuantías e incrementos de las retribuciones básicas, determinadas por las leyes presupuestarias (única novedad que introduce el EBEP en esta materia).

Así pues, el régimen jurídico en esta materia remite al contenido de los artículos 26 y siguientes del ET que serán de aplicación a los empleados públicos laborales, marcando la norma laboral el concepto legal de salario³⁷⁰ y su estructura, que como es sabido, incluye salario base, y en su caso, los complementos salariales personales, por trabajo realizado, y de puesto de trabajo, que se puedan negociar a nivel colectivo y/o en el propio contrato de trabajo, (art. 26.3 ET), además de los posibles conceptos extrasalariales.

También son de aplicación al personal laboral las normas sobre liquidación y pago (art. 29 ET), la absorción y compensación (art. 26.5 ET), el derecho a dos pagas extraordinarias como mínimo (art. 31 ET), las garantías del art. 32 ET, y el Salario Mínimo Interprofesional (art. 27 ET), el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo (art. 28 ET), y el derecho a percibir las retribuciones en caso de imposibilidad de prestar servicios por causas imputables al empleador (art. 30 ET).

Como antes avanzamos, la principal novedad que introduce el EBEP en materia de retribución para el personal laboral es el carácter anual de las revisiones salariales, conforme con el artículo 21.1 EBEP, que establece que *“el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos”*, al

³⁷⁰ Se considera salario, (art. 26.1 y 2 ET): *“la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de la remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”*. Se consideran percepciones extrasalariales: *“las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”*.

igual que sucede con los funcionarios. A su vez el apartado segundo del artículo 21 del EBEP, limita los posibles incrementos retributivos globales del personal al *“incremento de la masa salarial”* que se marque anualmente en la Ley Presupuestos Generales del Estado.

Realmente esto era así antes del EBEP, pero por la vía de los hechos, dado que el carácter anual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado establecido en el artículo 134.2 de la Constitución lleva a que esto fuese así. Esto condiciona los posibles Convenios y Acuerdos en cuanto en cuanto negociar en materia retributiva en un marco plurianual, no es imposible, pero sí relativamente inútil dado que las perspectivas que los negociadores se marquen pueden verse afectadas en esencia por lo que establezcan las correspondientes Leyes de Presupuestos lo que, en definitiva, dificulta esta práctica que en el sector privado es bastante habitual y práctico.

Por su parte en materia retributiva el EBEP establece también como regulación común para laborales y funcionarios, los artículo 29 donde prevé la posibilidad de establecer *“aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la contingencia de jubilación”* que serán consideradas como *“retribuciones diferidas”*; y el artículo 30 EBEP, que hace referencia a la posible *“deducción de haberes”* derivadas de *“jornada no realizada”*, (se entiende que incluyen retrasos significativos, ausencias temporal injustificadas en el puesto o falta de asistencia del empleado en el trabajo), que no tiene la consideración de sanción, pero que no quita el hecho de que pueda corresponder además de la deducción, la sanción disciplinaria que proceda según Convenio (en el caso de laborales).

Sin embargo existe un supuesto que se regulo en la Ley General de Presupuestos de 2013³⁷¹ que establece una excepción a la anterior regla del

³⁷¹ Este tipo de ausencias, distintas a procesos de incapacidad temporal, aunque en principio según el EBEP deberían ser objeto de descuento, posteriormente ha sido mejorada según se concreta en la Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, por la que se desarrolla lo previsto en la Disposición Adicional 38ª de la Ley 17/2012 GPE de 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal, reconociendo en su artículo 3 sobre los días de ausencia sin deducción de retribuciones establece que no se descontará de

EBEP, reconociendo la posibilidad de ausentarse durante un máximo de cuatro días en el año natural, sin que tenga consecuencias en las retribuciones, ni puedan ser origen de sanción para el empleado público. Realmente el supuesto al que me refiero parece configurarse como una mejora indirecta de la prestación de Incapacidad Temporal, dado que se vincula a obligada justificación de existencia de enfermedad o accidente (pero no requiere baja médica, a no ser que la norma de desarrollo lo exija), y parece estar diseñada para cubrir los tres días de baja que no cubre la mencionada prestación (de los cuatro días *“solo tres podrán tener lugar en días consecutivos”*).

Por último también se regula de forma común las deducciones derivadas del ejercicio del derecho de huelga de los empleados públicos, -*“sin que tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen de sus prestaciones sociales”*, artículo 30.2 EBEP-.

No resulta, en cambio, de aplicación en el ámbito de la Administración pública la figura del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), al ser un mecanismo de protección del salario e indemnizaciones por despidos vinculados a la insolvencia de la empresa (no pudiendo ser declarada insolvente las Administraciones Públicas). Sin embargo, es curioso el hecho de que las Administraciones paguen las cuota del FOGASA, (que como es sabido no son cotizaciones de Seguridad Social, sino conceptos de recaudación conjunta).

Esto se debe al hecho de que el artículo 33.5 del TRLET parece no excluir a las Administraciones en cuanto al abono de este concepto, tanto por hacer referencia al empresario público y privado como financiadores, como por el hecho de que aunque la regla en materia de cotizaciones de Seguridad Social es la inexistencia de obligación de cotizar por un concepto cuando la ley excluye de una prestación a un colectivo, pero el FOGASA es una concepto de recaudación conjunta.

nómina “... cuatro días de ausencia a lo largo del año natural, de los cuales solo tres podrán ser consecutivos, siempre que estén motivadas por enfermedad o accidente, y no den lugar a incapacidad temporal”, sin deducción de haberes.

El profesor Viñas Armada sobre este particular manifiesta que parece ser ajustado a derecho dado que la intención del legislador que *“el Fondo de Garantía Salarial tiene como finalidad que los empresarios (todos, públicos y privados), que tengan trabajadores por cuenta ajena a su servicio, financien los incumplimientos -en general- de otros empresarios. Así pues, esta aportación de la Administración tendría relación con el deber general (solidario), de financiar una institución del Estado que viene a garantizar un derecho de los trabajadores (en general) ante las situaciones de insolvencia de los empresarios. Además, las cuotas que ingresa la empresa (en este concepto no hay aportación de los trabajadores), no se capitalizan para sus trabajadores. Lo que aportan no va destinado a su posible incumplimiento y se va acumulando en una caja específica, que tiene como objeto la financiación general de la institución, (sería como un sistema de reparto específico), y su justificación se ampararía bajo el prisma de la solidaridad”*

Lo cierto es que esta circunstancia supone la financiación pública del FOGASA, es decir de la insolvencia de los empresarios privados, (que tan fácil resulta de formalizar y en la que tanto fraude existe), sin que la Administración tenga ninguna contraprestación para su personal³⁷², y al respecto no puedo evitar una reflexión tal vez malévolas: esta cuestión no sería tan pacífica, o no habría pasado tan inadvertida en el supuesto inverso, es decir en el caso en que las empresas privadas tuviese que pagar por un concepto que fuese ajeno a ellas.

³⁷² Sin embargo, mirando el Reglamento regulador del FOGASA (RD 505/1985, de 6 de marzo), la posibilidad de cobertura por razones de fuerza mayor prevista en su artículo 17, pienso que podría ser aplicable a las Administraciones Públicas y el sector público en general, dado que se prevé de forma objetiva para extinciones aceptadas por la autoridad laboral, sin necesidad de declaración de insolvencia o suspensión de pagos. Es decir, que podrían ser beneficiarias en este punto Administraciones que por causa de fuerza mayor se vea obligada a extinguir contratos de empleados públicos laborales. Si afectos de cotización se extiende de forma forzada (porque las Administraciones en ningún caso están incluidas en el art. 1.2 ET), el concepto de empresario a las Administraciones Públicas, ¿por qué no extender al menos esta cobertura a las mismas?

2. El problema de las desigualdades retributivas entre empleados públicos.

Una de las características del sistema retributivo de las Administraciones es la habitual existencia de diferencias entre las retribuciones que perciben los empleados públicos funcionarios y laborales, de nivel equivalente y en actividades idénticas, (amparados en la distinta naturaleza del vínculo), entre temporales e indefinidos o las diferencias entre las retribuciones de los empleados públicos de distintos sectores según las Administraciones a las que se encuentren vinculados. Esto último como consecuencia a la competencia de las distintas Administraciones territoriales a la hora de marcar las condiciones de trabajo de sus empleados públicos (artículo 15.c y 31 del EBEP).

Las diferencias salariales son una realidad, que lamentablemente, es habitual encontrar dentro de una misma Administración, entre funcionarios y laborales que realizan iguales o similares funciones. Esta disfunción viene originada por la diferencia de regímenes jurídicos por los que se rigen los trabajadores sometidos a distintos vínculos, y por la complejidad de la negociación colectiva en el ámbito público, (mesas de negociación diferenciada para funcionarios y laborales, sin perjuicio que el futuro pueda jugar sentido equilibrador la negociación conjunta prevista en el EBEP). Realmente, esta circunstancia es un evidente elemento de disfuncionalidad, pero no es ilegal, y de hecho la jurisprudencia existente en relación a esta materia deja claro que al tratarse de regímenes jurídicos diferenciados, no suponen un supuesto de vulneración del principio de igualdad³⁷³, (STUE de 7 de marzo de 2013 asunto C-178/2012³⁷⁴; STC 96/1990, de 24 de mayo).

Distinto es el supuesto de diferencias retributivas entre fijos y temporales (funcionarios o laborales) al servicios de las Administraciones. En

³⁷³ FERNÁNDEZ AVILES, J.A. "Ordenación de las política salariales" en el libro colectivo, Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales. AA.VV. Comares, 2015.

³⁷⁴ "...la posibles diferencias de trato entre funcionarios y laborales no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo Marco, porque estas diferencias no se basan en la duración determinada o indefinida de la relación de servicios, sino en la naturaleza del vínculo funcional o laboral. Por esta razón se considera una asunto de derecho interno para lo que es incompetente el TJUE".

este sentido hay que recordar que la Directiva 199/70/CE, y la jurisprudencia del TJUE³⁷⁵, solo acepta la posible justificación de diferencia de trato entre trabajadores temporales e indefinidos que realicen idéntico o similar trabajo para la misma empresa, si existen acreditadas “razones objetivas”. En concreto la más reciente doctrina del TJUE matiza que la desigualdad de trato sólo puede estar justificada “*por la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en el que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes (STUE de 8 de septiembre de 2011)*”³⁷⁶. Así, conforme a estos criterios, se han declarado no compatibles con la Directiva 1999/70/CE la diferencia de trato entre funcionarios interinos y de carrera.

En relación a la diferencias en materia de retribuciones del personal temporal y funcionarios, la Directiva 1999/70/CE matiza las diferencias de trato considerando que “*solo podrá regularse dichas diferencias por los Estados cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, que a diferencia de lo que se considera en el orden interno, no son ni la simple temporalidad de la relación laboral, ni el hecho de que la diferencia de trato esté prevista en la legislación o en un Convenio Colectivo...sino que deben tener su origen en la naturaleza especial de las funciones ejercidas, sus características inherentes o, eventualmente un objetivo de política social (SJTUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14; de 13 de septiembre de 2007, C-305/05; de 22 de diciembre de 2010, C-444/09)*”³⁷⁷.

Por su parte, respecto a las diferencias retributivas a nivel de Administración territorial, existe un margen limitado de distribución del gasto de personal (lo complementos) que podemos considerar ajustado a derecho y legítimo, en el sentido de que cada Administración puede tener su propia política retributiva, y apostar por ser más igualitaria entre sus empleados, o al contrario tener sus propias prioridades a la hora de gratificar unas u otras

³⁷⁵ STUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10; ATJUE de 18 de marzo de 2011, asunto C-271/10.

³⁷⁶ MORENO VIDA, M.N. “La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal en las Administraciones Públicas”. Trabajo y Derecho. Núm. 21. 2015.

³⁷⁷ ALDOMA BUIXADE, J. “Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública”. Estudios de Relaciones Laborales. Barcelona 2015.

actividades, siempre y cuando se haga dentro de los límites que marca la Ley de Presupuestos, y conforme con una política de Recursos Humanos que responda a unos objetivos estratégicos claros (en caso contrario sería contraproducente y sin sentido y por tanto consecuencia de una mala o inexistente política retributiva, que desgraciadamente no es infrecuente).

No obstante lo anterior, es obvio que esta realidad de diferentes retribuciones, en muchos casos para igual o similar prestación de servicios, constituye un problema en sí mismo, y más si lo analizamos desde la perspectiva de la gestión de Recursos Humanos. Estas situaciones son generadoras de conflictos, y desmotivación derivada de la percepción de agravio comparativo, con seguros efectos negativos en el clima laboral de la Administración afectada. Aun no siendo irregulares en algunos casos, estas situaciones no tiene una justificación real, y en parte son toleradas por la ausencia en la Administración de políticas salariales eficaces que administren adecuadamente la fuerza incentivadora de las retribuciones.

En relación a los instrumentos que pueden hacer frente a la carencia de políticas reales y eficaces en materia retributiva en el sistema de función público, pienso que se debería empezar por hacer uso de la potencial capacidad de marcar criterios de homogeneización en las cuantías y los conceptos salariales, que puede jugar la negociación colectiva conjunta de funcionarios y laborales (art. 36 EBEP), que como ya vimos, aún se encuentra pendiente de desarrollo normativo, (como casi todo el EBEP).

3.- El sistema retributivo del EBEP: una oportunidad para implantar políticas salariales eficaces en las Administraciones Públicas.

El sistema retributivo anterior al EBEP se articula en torno a la categoría ocupada por los funcionarios, y el puesto de trabajo como eje central a la hora de determinar la retribución global a percibir. La Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, supuso la consolidación de este modelo, en torno a una estructura retributiva compuesta por retribución básica (según grupo al que se perteneciese y antigüedad) y las retribuciones

complementarias (vinculadas a la actividad, el complemento de destino, y la productividad, sin perjuicio de otros complementos puntuales, residencia, servicios extraordinarios...). El planteamiento era bueno, respondía a un sistema de empleo basado en la lógica de retribuir la categoría, pero también la contribución del empleado público a la organización³⁷⁸, (el puesto desempeñado, la forma en que se trabaja..., potenciando la vinculación entre la retribución y la carrera administrativa), superando el sistema retributivo clásico rígido.

El modelo introducido en los años ochenta era mucho más flexible y potencialmente útil de cara a la aplicación de políticas salariales con objetivos de gestión de Recursos Humanos, sin embargo su utilización ha sido inadecuada en la mayoría de las Administraciones, y la estructura salarial que diseñaba se haya utilizado de forma que no responde a los objetivos para los que se diseñaron.

En el ámbito de las retribuciones del personal laboral esta estructura salarial pensada para los funcionarios ha tenido idéntico reflejo, y su aplicación también ha sido desafortunada, dando lugar a que complementos retributivos que se suponían variables, como la productividad, en numerosas administraciones se reconocen como una cantidad fija y periódica, sin marcar siquiera objetivos o formas de medición de resultados (esta práctica es especialmente habitual en las entidades locales).

La utilización inadecuada de esta retribución tiene como consecuencia jurídica la conversión de ésta en un derecho adquirido para los empleados que vienen recibéndola durante largo tiempo³⁷⁹. Pues bien, el gestor que quiera

³⁷⁸ CASTILLO BLANCO, F. "Los derechos retributivos..." (cit). Pág. 232.

³⁷⁹ ROSAT ACEB, I. "El libro del Concejal de Personal y Recursos Humanos. Lefevbre, 2015.

Existe jurisprudencia del orden Contencioso Administrativo que ante situaciones como éstas consideran que la productividad se ha convertido en un complemento específico impropio, y por consiguiente se consolida para el interesado, sin que sea ajustado a derecho la decisión de retirárselo.

El TS en sentencias de 3 de octubre de 2012 y 20 de enero de 2010, manifiesta que los incrementos retributivos, en cualquier puesto de trabajo, deben basarse en una correcta valoración de los mismos. STS de 13 de octubre de 2009, considera que la valoración de los puestos con la RPT, puede servir como mecanismo para superar una situación irregular en materia retributiva.

aplicar una política retributiva real se encuentra con que esto impide, o dificulta, por su coste la aplicación de instrumentos retributivos vinculados a la calidad y cantidad del servicio, es decir a la verdadera gestión del salario por objetivos.

Los Convenios Colectivos son poco imaginativos e incluso rígidos en la configuración de la estructura salarial, siendo casi inexistentes verdaderos preceptos que tengan como objetivo implantar políticas salariales flexibles y vinculadas a la evaluación del desempeño o los objetivos.

En este sentido el III CUAGE se establecen las tablas salariales ordenadas por grupos profesionales, con unas retribuciones básicas, (salario base, antigüedad, horas extraordinarias), y otras complementarias por disponibilidad horaria, turnicidad, nocturnidad, y complementos singulares (de idiomas, de puesto...). Nada que pueda servir para las políticas de Recursos Humanos o la incentivación por objetivos, (aunque tal vez mejor así, dada la experiencia al respecto de los funcionarios).

Pues bien, la nueva regulación del EBEP no aporta ninguna novedad en materia retributiva que ayude u obligue a la utilización de la estructura retributiva a instrumentos de gestión como la evaluación del desempeño. Sin embargo esta es la filosofía del EBEP, y nada lo impide... Pero para que esto se haga realidad, tendrán que desarrollarse los instrumentos mencionados:

Negociación Colectiva conjunta; Negociación colectiva plurianual (se puede legalmente a pesar de las posibles dificultades que puedan existir con los límites de las Leyes Presupuestarias, pero es cuestión de desarrollar mecanismo de previsión y flexibilidad); el ensamblaje de las estructuras salariales variables sobre el sistema de clasificación profesional³⁸⁰ (que después de la reforma laboral de 2012, será en términos de grupos profesionales, y con grandes posibilidades para la movilidad funcional de los laborales de las Administraciones).

Sin embargo, en mi opinión no justificarían nunca una minoración unilateral, si se demuestra el reconocimiento y abono lineal, y por tanto la consolidación del derechos para el empleado público.

³⁸⁰ FERNÁNDEZ AVILES, J.A. "La ordenación de las políticas salariales" (cit). Pág. 460.

Además, por supuesto, de la necesidad de contar con personal con conocimientos técnicos en gestión de políticas salariales vinculadas a objetivos (los que las Administraciones se marquen, que no tienen por qué ser económicos, o no sólo...), que responden al papel que el EBEP marca para la figura del directivo profesional, (que en mi opinión, debería salir de entre los altos funcionarios de las Administraciones, y no de las costosas consultoras privadas).

En definitiva, es imprescindible contar con políticas y estructuras retributivas para todos los empleados públicos, con el fin último de lograr la articulación de sistemas de gestión de personal, (como la evaluación de desempeño, valoración de la productividad, y el rendimiento como parámetros para los nuevos sistemas retributivos variables...), siendo su lugar de concreción idóneo, al menos a efecto de objetivos y estrategias, el marco de la Mesa General de Negociación de las Administraciones., -y sin perjuicio del indudable papel ejecutivo que tenga que cumplir el personal directivo en esta materia-.

4. Los límites legales en la determinación de las cuantías e incrementos salariales y la exigencia de control previo a los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones.

La principal particularidad frente del régimen jurídico de las retribuciones de los laborales de las Administraciones frente a los trabajadores del sector privado, lo marcan el respeto a los principios de legalidad, jerarquía normativa y cobertura presupuestaria que informan la negociación colectiva de este sector. Efectivamente, existen límites legales en cuanto a la determinación de su cuantía y “el *incremento de la masa salarial*”, que conforme marca el artículo 21 del EBEP “*deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos*”, sin que en ningún caso puedan “*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*”.

Consecuentemente, siendo los incrementos de la masa salarial prevista cada año en las Leyes de Presupuestos Generales y los incrementos los retributivos globales, materias para la que se establece reserva de ley, (artículo 21 EBEP³⁸¹, y 103bis LBRL), podemos afirmar que en el ámbito de la Administración la negociación colectiva para los empleados públicos en general, no tiene la fuerza, ni la capacidad decisoria que sí tiene en materia retributiva en el ámbito de la empresa privada, de tal forma que los negociadores en el particular ámbito del empleo público laboral, se sientan a negociar con unos márgenes predeterminados por la Ley, siendo su papel más de ordenación o distribución que de alcance de incrementos salariales.

La jurisprudencia resolvió hace tiempo sobre la constitucionalidad de los límites presupuestarios en la determinación de los salarios de los empleados públicos, y por tanto la validez de la reserva a favor de la Ley de Presupuestos para concretar los límites de los incrementos retributivos, y su prevalencia frente a la negociación colectiva. Los primeros argumentos jurisprudenciales que se utilizaron justificaban la medida intervencionista basándose en la protección de principios constitucionales de “*igualdad*” y “*solidaridad*”, y el carácter coyuntural de la medida. Finalmente queda justificado por el papel que juegan las Leyes Generales de Presupuestos en la determinación de las partidas del gasto público, y su legalidad por “*razones de interés público*”, como es la “*estabilidad económica del país, y el “pleno empleo*” (art. 40 CE), frente al derecho a la negociación colectiva, que en todo caso en materia de retribuciones solo se configura como posible objeto de propuestas legislativas, (STC 58/1985, de 30 de abril; STC 63/1986; STS de 7 de abril de 1995 (Rec. 3263/1994); STS de 8 de junio de 1995 (Rec. 3506/1994); STS de 18 de enero de 2000, (Rec. 2000/950)).

No obstante, como antes se comentó, dentro de los límites que marcan los presupuestos de los respectivos Parlamentos, en la negociación colectiva podrán decidirse retribuciones concretas para puestos, o grupos profesionales.

³⁸¹ Artículo 21.1 y 2 EBEP: “*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*”.... 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”.

Efectivamente, el margen real que queda a la negociación colectiva es el de la aplicación concreta del incremento salarial marcado previamente por la Ley de Presupuestos, y el reparto de las retribuciones complementarias, tal y como preceptúa el art. 37.1 a) y b) EBEP.

En el artículo 36.2 EBEP, se hace mención a la posibilidad de negociar en la Mesa General Interadministrativa (la mesa conjunta que ya se trató en otro momento), el incremento global de las retribuciones, pero dicha negociación solo es a título de propuesta (una negociación de contenido más político que de condiciones de trabajo), que posteriormente debe someterse a la decisión del legislativo, por tratarse de una materia, como hemos dicho, sometida a reserva de ley, condicionada por la política económica del país en cada momento, que como es sabido y desafortunadamente, ahora sólo se centra en principios de control o contención del gasto público.

Otra cuestión que caracteriza a la negociación colectiva de las retribuciones del personal laboral es la exigencia de control previo gubernamental que condicionará el valor de lo pactado, que no viene regulado en el EBEP, pero que actualmente también afecta a los laborales de las Administraciones.

Efectivamente, aunque el EBEP, a diferencia de lo que se establece para los funcionarios en el artículo 38.3,³⁸² para el personal laboral no prevé nada en materia de control de lo pactado en Convenio, si bien en las Leyes Generales de Presupuestos sí se vienen estableciendo instrumentos de supervisión o control de lo acordado en materia de retribuciones, exigiendo *“previo informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario al servicio de la AGE y sus organismos autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, Agencias estatales, resto de entidades públicas empresariales y organismos y entes públicos”* conforme se determine por la Comisión Interministerial de Retribuciones. Este control condiciona la firma de Convenios, acuerdos e

³⁸² Art. 38.3 EBEP: *“Los acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos”...*

instrumentos similares, así como retribuciones establecidas en contrato individual (artículo 33 LGPE de 2016), (ver en el Capítulo sobre negociación colectiva).

A modo de conclusión añadiré que es lógica la existencia de un control legal sobre los incrementos salariales del sector público (en esta materia el ámbito de aplicación es mayor que en el EBEP, por remisión expresa de las Leyes de Presupuestos), dado que, como señalaba el Tribunal Constitucional (Auto TC 731/1986, de 24 de septiembre), la tensión que soportan los trabajadores públicos en relación a los intereses públicos y las decisiones en materia de política económica, son necesariamente distintas a los de los trabajadores del sector privado. De hecho no creo que exista un exceso de celo en el ámbito público en el control del gasto en materia de retribuciones y su adecuación a los resultados de las propias Administraciones.

Por tanto, mi desacuerdo en relación a este tema no lo es tanto en cuanto a la posibilidad limitación sobre el gasto en retribuciones, o de actuación control de la Administración sobre lo que se firma en los Acuerdos o Convenios, como a las mencionadas políticas de contención del gasto derivadas del artículo 135 CE, que redundan en una injustificada pérdida de poder adquisitivo de los empleados públicos (especialmente los laborales), sin que dicha política realmente redunde en una mejora de la economía, sino al contrario. Además estas políticas restrictivas de derechos retributivos no se han visto acompañadas de otras medidas, que tal vez las habrían podido hacer más convincentes, o tolerables políticamente, como reducción de retribuciones especial o injustificadamente altas, eliminación o minimización de cargos de confianza, vinculación de la distribución de las retribuciones a instrumentos de gestión como la evaluación del desempeño, o similares...

En definitiva, no es que no deban existir instrumentos de limitación de derechos retributivos a favor del interés público, es que dichos instrumentos deberían condicionarse no solo a la existencia de justa causa, sino además a la posibilidad de negociar con los representantes de los trabajadores las condiciones de inaplicación, y a la existencia de una gestión de personal real, eficaz y eficiente, que demuestre que es realmente ése principio de sacrificio

por los intereses públicos lo que legitiman estas medidas restrictivas de derechos retributivos de los empleados públicos.

5. Referencia a las medidas extraordinarias en materia retributiva derivada de la legislación de emergencia y urgencia en tiempos de crisis.

Es un hecho el que uno de los efectos más destructivos que ha tenido la regulación de urgencia surgida al amparo de la crisis económica ha sido en el ámbito de las relaciones laborales en general, y en el papel y la fuerza que el derecho de negociación colectiva tenía hasta ese momento.

Las medidas extraordinarias como respuesta a la crisis financiera, comenzaron en 2010 y se mantienen hasta el año 2016, han afectado como nunca lo habían hecho a los derechos retributivos de los empleados públicos (funcionarios y laborales, en igual medida), ya no solo congelando la subida de los sueldos en el sector público, (que sí contaba con los antecedentes del año 94 y 97), sino también con reducciones de las retribuciones, y de la paga extraordinaria de 2012. A esto ha acompañado la congelación de la negociación colectiva, además de dejar sin efecto otras mejoras existentes en materia de condiciones de trabajo (duración de jornada semanal, ampliación de vacaciones y días adicionales de libre disposición, mejora de prestación de incapacidad temporal...).

En este contexto la negociación colectiva en el ámbito público queda también congelada, claramente debilitada y relegada a un segundo plano, en un entorno de regulación excepcional³⁸³, (a base de Reales Decretos Leyes, previsiones en las Leyes Generales de Presupuestos, y la legislación autonómica derivada de las exigencias de contención del gasto público conforme a la LO 4/2012 de Estabilidad Presupuestaria), con medidas tan llamativas como la reducción en una media de hasta el 5% en términos anuales de las retribuciones (al menos el porcentaje era progresivo llegando a ese

³⁸³ Las mencionadas las encontramos en: las Leyes de Presupuestos de 2012, y ss, el RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público; RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

máximo sólo respecto a las retribuciones más altas); la clásica congelación de los incrementos en las retribuciones (“la masa salarial”), del sector público en su totalidad vía Leyes de Presupuestos, que se configuran como medidas permanentes, hasta nuevo aviso, y otras de tipo coyuntural como fue la eliminación de la paga extraordinaria de navidad de todos los empleados públicos en el año 2012.

Sobre este particular tenemos que remitirnos a lo ya expuesto en relación a la fuerza vinculante de los Convenios en el ámbito de las Administraciones, que como es sabido se plantea como reacción frente a medida nunca antes conocida, de reducción en una media del 5% en términos anuales a las retribuciones del personal del sector público como medida de control del déficit público, (RDL 8/2010, de 20 de mayo), resuelto por Auto del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio, por el que se inadmitió cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, resolviendo sobre la reducción de salarios aplicada a los empleados públicos respecto a lo establecido en Convenio, al amparo de las medidas excepcionales para el control del déficit, aprobadas por el RDL 8/2010. El Auto del Constitucional no considera que dichas reformas sean inconstitucionales, argumentando que *“del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del Convenio Colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida”*, siendo el Convenio el que tiene que someterse a las normas de mayor rango jerárquico, y no al contrario³⁸⁴, y al principio constitucional de legalidad, al que se encuentran sometidas las Administraciones.

A esta doctrina se sumó posteriormente la doctrina del Tribunal Constitucional que en sentencias como la núm. 119/2014, o la STC 8/2015, de 22 de enero, (ambas sobre la Ley 3/2012 de reforma del mercado laboral), utilizan la existencia de un escenario económico adverso como *“canon de constitucionalidad”*³⁸⁵ para valorar las reformas adoptadas por el legislador

³⁸⁴ En este sentido también: STC 210/1990; STC 92/1994, STC 62/2001.

³⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. *“Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”*, en la obra Reestructuración de las Administraciones Públicas, (AA.VV.), Comares, 2015.

ordinario, limitativas de derechos constitucionales, y que como tal sirve de referencia para la revisión de la generalidad de las medidas restrictivas de derechos.

Sobre la supresión de la paga extraordinaria de 2012 (incluidas las cantidades devengadas cuando se dicta el RDL 20/2012), se planteó cuestión de inconstitucionalidad, si bien ésta no se llegó a resolver, declarándose extinguida al haber desaparecido su objeto, por haberse corregido en parte la medida, al reconocerse a los trabajadores públicos el derecho a la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extra de diciembre de 2012, (es decir, lo ya devengado cuando se adoptaron las medidas de urgencia, que evidentemente infringía la prohibición de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales), en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional duodécima de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015.

En relación a todas estas medidas de recortes, son interesantes los argumentos del profesor Cruz Villalón, que en su día puso en duda su constitucionalidad por considerar que *“entran en colisión con los mandatos constitucionales de los arts. 14 y 37.1 CE, cuando las mismas se pretenden tengan un carácter estructural”*, y no coyuntural, vinculada a la situación económica extraordinaria que de hecho justifica su aprobación mediante Real Decreto-Ley, además de ser discriminatorias, dado que *“hasta qué punto concurren razones objetivas, que justifiquen las diferencias de tratamiento con la negociación colectiva del personal laboral del sector privado”*.

Otra novedad, con efectos directos sobre la consolidación de los derechos retributivos de los empleados públicos laborales, aprobada por la normativa de excepción fue la regulación de la posibilidad de modificar las cuantías retributivas pactadas en los Convenios (y potencialmente otras condiciones con efectos económicos). Efectivamente, el RDL 20/2012, introduce un segundo apartado del artículo 32 del EBEP³⁸⁶ que supone la posibilidad excepcional de descuelgue para las Administraciones, por *“causa*

³⁸⁶ Art. 7 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de Fomento de la Competitividad.

grave de interés público, derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas". Este tema por su especial controversia y por tratarse de una reforma de carácter definitivo afecta al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos laborales, ya ha sido tratado en el apartado 6.4.5 del Capítulo V (al que me remito), y será analizado con mayor profundidad en el apartado siguiente.

No podemos dejar de recordar que todas las restricciones retributivas y de condiciones de trabajo en el sector público están detrás de un problema de política económica, afectada por las cíclicas crisis económicas que padece nuestro sistema, pero que actualmente se agrava como consecuencia de las nuevas políticas de consolidación fiscal que entraron en vigor en enero de 2013, y que exigen un importante control y reducción del gasto público, conforme con el Tratado sobre Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea, introducida y asumida por nuestro país con la modificación del artículo 135 de la Constitución y la Ley Orgánica 2/2012 de desarrollo.

Este nuevo principio constitucional obliga al Estado español a una política restrictiva del gasto público, y por tanto del potencial gasto en empleo público, que se traduce en una inevitable parálisis de las Administraciones y una progresiva degradación su actividad de servicios público, (que es, sin duda, lo más peligroso de todo porque realmente es el principio del fin de nuestro modesto modelo políticas públicas de bienestar, e incluso del propio modelo de Administración, en pro de un progresivo avance del sector privado en lo público).

Aunque actualmente, parece que nos encontramos en lento proceso de recuperación de los derechos retributivos, y de condiciones de trabajo de los empleados públicos. Gobierno y sindicatos acordado la recuperación progresiva de la paga extraordinaria (en las distintas Administraciones también se viene produciendo), y en la LGPE de 2016 se aprueba el incremento del 1% en las retribuciones. Lo cierto es que esta experiencia, desde el punto de vista legislativo y judicial, deja patente las enormes posibilidades de actuación de los poderes públicos en el ámbito de las condiciones de trabajo empleo público, y lo que es más importante, deja condicionada el futuro de nuestras

Administraciones obligadas siempre a la exigencia de control del gasto público, que anula su capacidad de actuación.

6. La posibilidad de suspensión o modificación en el cumplimiento de los Convenios Colectivos del personal laboral del artículo 32.2 del EBEP: la legalización de la posibilidad de modificación en las condiciones retributivas.

Con carácter previo a analizar el papel del nuevo artículo 32.2 del EBEP y sus potenciales efectos sobre los derechos retributivos de los empleados públicos, es preciso recordar que la posibilidad de inaplicación de los Convenios realmente ya existía para los trabajadores de las Administraciones, al venir esta posibilidad regulada en el Estatuto de los Trabajadores. Es cierto, que dicha posibilidad, era más teórica que real, porque *de facto* no se ha llegado a utilizar, -probablemente motivado por los diversos impedimentos jurídicos,³⁸⁷ que hacen poco viable los mecanismos de descuelgue previstos en la norma laboral para el ámbito de la Administración³⁸⁸-.

Esta posibilidad venía establecida ya desde la reforma neoliberal del año 1994, que reguló la posibilidad de descuelgue temporal en materia salarial en el artículo 82.3 del ET, en pro de una mayor flexibilidad de las empresas para hacer frente a situaciones de crisis. A su vez el artículo 41 ET que regula las

³⁸⁷ Nos sirve de ejemplo la observación del profesor García Blasco sobre la imposibilidad de actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que *“no se extenderá a los Convenios o Acuerdos colectivos que regulen condiciones de trabajo del personal laboral de las Administraciones”* (DA3ª del Decreto 1362/2012). Por lo que concluye *“Con ello parece dar a entender que el procedimiento del artículo 82.3 de la LET, al menos la competencia de esta Comisión cuando no hay acuerdo sobre el descuelgue, no se aplica a esta negociación”*. GARCÍA BLASCO, J. *“La negociación colectiva en la Administración Pública”*. Pág. 394, Comares, 2015.

³⁸⁸ *“... el personal laboral al servicio de las Administraciones aunque entre dentro del ámbito de aplicación formal tanto de las medidas estructurales de la reforma laboral, como de las actuaciones para reducción del gasto público, en la práctica, por razones de configuración y de técnica jurídica, el impacto práctico de unas y otras medidas resulta muy desigual. ...se aprecia una débil eficacia de las medidas de la reforma laboral sobre el personal laboral de las Administraciones...las medidas de reforma introducidas en la legislación laboral no resultan idóneas para su traslación al ámbito del sector público...”*. CRUZ VILLALÓN, J. *“El descuelgue de Convenios Colectivos en el personal laboral al servicios de las Administraciones Públicas”*. Temas Laborales. Núm. 117, 2012.

modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo establecidas contractualmente o unilateralmente por el empresario (y condiciones convencionalmente establecidas que el art. 41.6 del ET, remite a su tramitación vía art. 82.3 ET), antes de la reforma de 2012, ya possibilitaba la modificación definitiva de algunas de las más importantes condiciones (tiempo de trabajo, sistema de remuneración, sistema de trabajo y funciones) por razones económicas, organizativas o de producción.

A esto se une el hecho de que la reforma encabezada por la Ley 3/2012, haya incrementado las facilidades de inaplicación o modificación permanente de las condiciones de trabajo, además de incrementar las materias potencialmente afectadas, -incluyéndose las cuantías salariales-, siéndole de aplicación un régimen o procedimiento para ello común que es el actualmente previsto en el artículo 83.2 ET (por remisión del artículo 41.6 ET).³⁸⁹

A esta nueva regulación se suma, de mano también de la reforma laboral, otras dos novedades que dejan en mínimos la fuerza de la negociación colectiva del ámbito privado: la prioridad de la negociación colectiva a nivel de empresa, frente a la sectorial, y la limitación de la ultraactividad de los Convenios (sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con sus sentencias de 22 de diciembre de 2014, y 17 de marzo de 2015, haya interceptado esta regulación en gran medida).

En definitiva con las anteriores referencias lo que quiero hacer constar es, por un lado que, aunque en la práctica su uso era nulo, -entre otras cosas por su inadecuación en muchos aspectos para las Administraciones, como ya señale-, la posibilidad de inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas

³⁸⁹ Así pues, actualmente las posibilidades de inaplicación de los Convenios sectoriales y de empresa, en materia retributiva y de las principales condiciones de trabajo han pasado, de la regulación anterior que exigía someterse a las condiciones o requisitos que estableciesen los propios Convenios, a en 2010, condicionarse exclusivamente al periodo de consultas previsto en el artículo 41.4 del ET (Ley 35/2010), a la actual regulación, que exige una previa negociación de las partes, en su caso el sometimiento a la comisión paritaria del Convenio (con un plazo de 7 días para resolver), y en última instancia obligando a someter la controversia a los procedimientos de resolución de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos, y como última posibilidad la resolución mediante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a los órganos equivalentes en el caso de conflictos de dicho ámbito.

en Convenio Colectivo potencialmente existían también para el personal laboral de las Administraciones antes de la nueva regulación que vamos a comentar, dado que nada específico se regulaba en esta materia para dicho personal en el EBEP, y la norma de remisión del EBEP por tanto era la laboral. En segundo lugar que el contexto en de la regulación en el ámbito de las relaciones laborales en general, apunta en la misma dirección que lo hace el artículo 32.2 del EBEP, que no obstante es cierto que merma la fuerza de la negociación colectiva en el empleo público laboral, estableciendo la fórmula que analizaremos seguidamente (sin perjuicio de haber sido ya objeto de tratamiento en el Capítulo V, relativo a negociación colectiva, al que me remito).

El artículo 32.2 del EBEP se introduce mediante Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en los siguientes términos:

2. Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

A la vez el RDL 20/2012 concreta en su Disposición Adicional 2ª lo que debe entenderse por “*causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas*”, que se producirán “*cuando las Administraciones deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter financiero para asegurar la estabilidad presupuestarias o la corrección del déficit público*”.

El primer objetivo claro del legislador con esta reforma es homogeneizar el régimen jurídico en este aspecto que regula el EBEP para funcionarios y laborales. En un contexto de crisis en el que, por Decreto Ley, se recortan derechos retributivos a todos los empleados públicos por igual, se hizo evidente la falta de lógica y los problemas de coherencia, derivados del trato desigual

que existía en materia de inaplicación de Convenios Colectivos, que sí existía para los Acuerdos y Pactos del personal funcionario (art. 38.10 del EBEP). Efectivamente esta disparidad era origen de un trato desigual de ambos tipos de empleados públicos ante igual situación de desequilibrio económico, difícilmente justificable, y lógicamente problemático de cara a la gestión del personal,³⁹⁰ (aunque este argumento deberá valer también, -principalmente a los sindicatos-, para exigir la homogenización de las retribuciones de ambos tipos de empleados públicos).

Un punto de partida controvertido doctrinalmente en cuanto a la justificación o no, del trato diferenciado en materia de régimen jurídico de la negociación colectiva de funcionarios y laborales se centra en la distinta naturaleza de ambos derechos. En relación a este particular, considero que no debemos olvidar que la relación laboral de empleo público no es coincidente con la relación laboral de los trabajadores del ámbito privado, (sin perjuicio de la ausencia de denominación como relación laboral especial, que ya se comentó en otro momento), y que la tendencia que introduce el EBEP es de acercamiento de ambos regímenes jurídicos, en este y en casi todos su régimen jurídico. De hecho, como antes vimos, en materia de negociación colectiva los laborales, que al igual que los funcionarios, tiene restricciones y matizaciones en su regulación como son los límites a las cuantías de las retribuciones que puedan pactarse en el Convenio, la propia delimitación del contenido negocial del Convenio, o el control sobre el contenido económico de lo firmado en Convenio.

Sin embargo, opino que no existe error o despiste en relación a la omisión del legislador del EBEP en el régimen jurídico de la negociación colectiva laboral sobre la posible desvinculación unilateral de lo pactado, que sí afecta a los funcionarios. De hecho, -como ya comenté en otro momento-, la regulación de la “facultad extraordinaria de modificación unilateral de lo

³⁹⁰ La profesora Rodríguez Fernández, M.L., apunta que detrás de esta reforma también puede estar la intención del legislador de conseguir “*el antídoto jurídico*” frente a las impugnaciones judiciales planteadas frente a los decretos-leyes de recortes de derechos, que se basaban, al igual que las Sentencias principalmente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, “*en la diferencia de trato entre funcionarios y laborales al respecto de la negociación colectiva*”. Rodríguez Fernández, M.L “*Jerarquía normativa vs fuerza vinculante...*”. Albacete, 2014.

pactado” fue una de las recomendaciones recogidas en el Informe de la Comisión de Expertos, que opinaba que dicha posibilidad de desvinculación excepcional, por causa grave de interés público, debía ser regulada tanto para funcionarios, como laborales³⁹¹. Se trata por tanto de una opción política, que probablemente se adoptó, para evitar conflicto con los sindicatos más representativos del sector, en un contexto económico en el que nadie podía sospechar lo que sucedería unos años después.

Por su parte la jurisprudencia también apuntó en el mismo sentido que el EBEP, en concreto el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de septiembre de 2011 (Rec. 25/2011), dejaba clara la imposibilidad en derecho de extender la aplicación del artículo 38.10 del EBEP a los empleados públicos laborales, argumentando que la regulación a aplicar a éstos era la laboral, y que la fuerza vinculante de los Convenios del artículo 37.1 de la Constitución impedía la aplicación de esa fórmula de inaplicación unilateral. Este argumento en aquél contexto era indiscutible: el artículo 37.1 CE es el que debe invocarse de cara a defender la inconstitucionalidad de la extensión del artículo 38.10 EBEP a los laborales, (al igual que en mi opinión también debe hacerse frente a la regulación en materia de descuelgue del nuevo texto del Estatuto de los Trabajadores).

Sin embargo, nadie ha dudado de la constitucionalidad del artículo 38.10 del EBEP, por entenderse que el derecho libertad sindical, tal y como se configura en el art. 28.1 y 103.3 de la Constitución, y el de negociación colectiva de los funcionarios, (de origen legal y no constitucional, frente al de los trabajadores ordinarios), no son equivalentes. A esto hay que añadir una característica que, en este caso, es propia de la negociación en general de todos los empleados públicos que es el sometimiento al principio de legalidad (sometimiento a la legalidad y el derecho, art. 103.1 CE) y de necesario respeto a la jerarquía normativa, que al final legaliza cualquier modificación de condiciones de trabajo realizada por una norma de rango superior, (argumentos utilizados en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 21

³⁹¹ Informe de la Comisión de expertos 2011, párrafo final del apartado sobre “*negociación común para funcionarios y personal laboral y reglas especiales para la de este último*” (página 263).

de marzo de 2002, sobre la legalidad de la congelación salarial de los empleados públicos en el año noventa y seis).

La situación actual es diferente, desde el momento en que el legislador introduce la posibilidad de desvinculación mediante el artículo 32.2 del EBEP. La cuestión ahora es si dicho precepto puede ser tachado de inconstitucional o no.

Sobre este particular existe un importante debate, y es cierto que los argumentos usados por quienes defienden su inconstitucionalidad son perfectamente lógicos y defendibles, (de hecho considero que realmente al final este tema es, como todos en realidad, pero especialmente, una cuestión de opción política). Dicho esto, y sin defender por mi parte que el precepto es totalmente acertado ni jurídicamente y políticamente, opino que es un instrumento necesario en el ámbito de la Administración Pública, y que no puede calificarse como inconstitucional por las siguientes razones:

En primer lugar, desde el punto de vista del argumento jurídico, como vengo defendiendo en la presente tesis, considero que la relación laboral de empleo público no es una relación laboral ordinaria, y su regulación de referencia no es el Estatuto de los Trabajadores, sino el EBEP, (sin perjuicio de ser supletoria la norma laboral), teniendo su régimen jurídico particularidades comunes con el régimen de los funcionarios, de tal forma que, se podrá no estar de acuerdo sobre la nueva regulación, pero no creo sinceramente que pueda tacharse de inconstitucional usando argumentos exclusivamente de aplicación del régimen jurídico de derecho de libertad sindical y de negociación colectiva laboral, porque no son derechos con alcance equivalente, y no deben serlo por razón de la especial condición de la Administración como empleadora y de los intereses que le son propios, que son los generales.

De hecho, si analizamos el Convenio 151 de la OIT sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, se observa que no se utiliza el concepto funcionario sino de empleados públicos (definido en su arts. 1 y 2 como “todas las personas empleadas por la Administración”), reconociendo para todos ellos en materia de “determinación de condiciones de empleo” (art. 7) que los Estados deberán adoptar “*medidas adecuadas a las condiciones*

nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados participar en la determinación de dichas condiciones". En definitiva, a nivel de regulación internacional se usa una fórmula poco comprometida con el nivel de fuerza de la negociación colectiva tal como la entendemos, y muy abierta, que no puede llevar a considerar nuestra regulación actual o anterior contraria a la misma. De hecho prueba de ello es que la Decisión 1019 del Comité de Libertad Sindical de la OIT que resolvió una queja de las organizaciones sindicales por esta reforma, criticase los efectos potenciales de la misma sobre las relaciones laborales de nuestro país, pero no califica de irregular o ilegal la medida.

Por su parte, la Constitución del 78 en su artículo 103.1 establece el *"sometimiento pleno a la ley y al Derecho"* de la Administración Pública, el sometimiento al principio de legalidad presupuestaria del artículo 134 CE, y el deber de actuación sometida al principio de estabilidad presupuestaria introducida por el artículo 135 CE, principios todos ellos que no obligan³⁹² y por tanto no afectan, ni condicionan el régimen jurídico de la negociación colectiva del sector privado, pero sí el de la negociación colectiva de los empleados públicos funcionarios y laborales cuando se producen graves desequilibrios, que con este nuevo precepto cuentan con un mecanismo de descuelgue de condiciones de trabajo con contenido económico, (y que evitará que este tipo de medidas se adopte mediante legislación de urgencia, como hasta ahora).

Sin embargo, el hecho de que la regulación de un mecanismo de reacción ante una situación de desequilibrio presupuestario o crisis económica grave que afecte al ámbito público y por tanto a la economía de un país, como es (o debería ser) el artículo 32.2 del EBEP, no sea inconstitucional, sea jurídicamente necesaria y se sume a las particularidades propias de la negociación colectiva del empleo público, no obsta a que ciertamente debamos criticar en algunos aspectos la fórmula utilizada por el legislador.

³⁹² RODRÍGUEZ VERA, E. *"La negociación colectiva de los empleados públicos"*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 93. Madrid, 2011.

El artículo 32.2 EBEP, establece un procedimiento particular, que abre la posibilidad a un descuelgue que podrá tener diverso alcance, pudiendo ser solo una suspensión o la modificación de las condiciones, que pese a no concretarse por el legislador, considero que sólo podrán ser de naturaleza temporal, dado que se vinculan a circunstancias coyunturales, como es la *“alteración sustancial de las circunstancias económicas”*, y se matiza que dichas medidas serán *“en la medida estrictamente necesaria”*. En todo caso, como señala Cruz Villalón, la duración de dichas medidas debe establecerse en el acto administrativo por el que se acuerda la inaplicación del Convenio, que en todo caso deberá coincidir como máximo con la vigencia del propio Convenio afectado.

La legitimidad para adoptar estas medidas, la norma la atribuye de forma genérica al ejecutivo de las Administraciones territoriales central, autonómica y local (*“los órganos de gobierno de las Administraciones”*), que deberán adoptar la correspondiente resolución o acuerdo que apruebe la medida de descuelgue.

En cuanto a la causa que justifique la medida, el precepto deja muy claro que la posibilidad de descuelgue solo será ajustada a derecho cuando concurren excepcional *“causa grave de interés público”* derivada de una alteración económica sobrevenida, esta situación extraordinaria que exige una reacción por parte de las Administraciones es la única que legitimará la medida de excepción, y que *“justifican desde la perspectiva constitucional la mencionada excepción a la eficacia convencional”*.³⁹³ Es decir, se articula como un instrumento puntual, con exclusivo contenido económico (que sólo podrá afectar a retribución y otros aspectos con directo y acreditado contenido económico), es decir por causas sobrevenidas (pero no provocadas al efecto), o anteriores a la firma del Convenio afectado.

No obstante lo anterior, es cierto que el precepto adolece de importantes defectos en la forma en que se articula la posibilidad de descuelgue: la más grave es la ausencia de exigencia de un mecanismo de consulta obligatorio, -no vinculante-, con los representantes de los trabajadores negociadores del Convenio afectado, (como sí sucede en el descuelgue del ordenamiento

³⁹³ CRUZ VILLALÓN, J. (cit), Pág. 52.

laboral, artículo 82.3 ET), que en contraste, en el texto del art. 32.2 queda limitado a un ambiguo deber de “*informar a las organizaciones sindicales más representativas de las causas de la medida*”, sin concretar el momento, la forma, las consecuencias del incumplimiento, y haciendo solo referencia a los sindicatos más representativos y omitiendo de forma sorprendente a los negociadores, o a la comisión paritaria, que sería lo lógico. En todo caso, este precepto, al igual que sucede con el resto del EBEP, deberá ser objeto de futuro desarrollo normativo, que podría corregir esta falta de concreción.

Otro defecto evidente, es la falta de concreción de algunos aspectos, como el reconocimiento expreso de que sólo cabrán descuelgues temporales (pese a que, como ya he comentado, considero que se deduce del contexto), el contenido concreto de las materias a las que podrá afectar y la forma en que deba tramitarse.

Pese a todo, para evitar abusos se contará con el posible recurso a la vía judicial contra el acto Administrativo, y el control político de la medida desde el ámbito sindical. Además, es una realidad que en el ámbito público existe una característica que diferencia sustancialmente la negociación colectiva del sector privado, y es por una parte la fuerza que tienen las organizaciones sindicales más representativas, (que sin tener que ser demonizados como algún sector de la doctrina administrativista hace), ciertamente son mucho más fuertes que en el ámbito de la empresa privada, y por otra la relativamente garantizada recuperación de derechos perdidos que se practica en las Administraciones por los réditos y las necesidades políticas que caracterizan a los gobernantes que las dirigen.

Con esto quiero decir que no me parece tan dramática la posibilidad de establecer jurídicamente un mecanismo excepcional de suspensión o modificación de condiciones pactadas, por excepcionales necesidades de interés público, (que en todo caso al final se vienen haciendo a golpe de Decreto Ley, y si no seguirían funcionando así en el futuro), y que permite en esta materia acudir a la revisión judicial de la forma y las causas en que se hagan, no como hasta ahora. Además, esta regulación permite considerar que la norma que prevalece en materia de modificación de condiciones es la

especial, es decir la del EBEP, dado que mucho más gravoso para los empleados públicos laborales, el considerar que su régimen jurídico en materia de negociación colectiva es el laboral común, y que por tanto se rijan estrictamente por lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, (que por otro lado no sería de aplicación en muchos de sus aspectos por razón de la naturaleza de la Administración empleadora).

Digo esto porque de hecho, (y a pesar de que en el E.T. se establezcan mecanismo de consulta que no se hacen en el art. 32.2 del EBEP), es un régimen más flexible que el que plantea el EBEP, y con más recursos en materia de modificación de condiciones de trabajo, -como veíamos al principio del presente epígrafe-, de lo que lo que pueda suponer el artículo 32.2 del EBEP que, aun con su estilo autoritario y sus inconcreciones, condiciona la adopción de estas medidas que, no olvidemos, pueden ser de “suspensión o modificación”, (no anulación absoluta de la norma convencional), a causas excepcionales, graves y limitadas al aspecto económico de la situación de la Administración afectada, -dado que no caben causas organizativas o de producción-.

Lo que resulta más preocupante en relación a este tema es que, este nuevo instrumento de descuelgue, nunca deseable pero imprescindible desde el punto de vista de la defensa del interés general, y de garantía de la sostenibilidad del sistema público de servicio ante situaciones extremas, se aprueba en ese contexto que he comentado de política salvaje de contención estructural del déficit público³⁹⁴, que puede facilitar desproporcionadamente su potencial utilización en pro de este objetivo, a costa del sacrificio de derechos laborales de contenido económico. Frente a esto siempre se podrá esgrimir que una política estructural en esos términos ya no puede considerarse una situación de excepción³⁹⁵, y que por tanto no puede usarse como excusa para incumplir una norma convencional firmada ya dentro de esos parámetros.

³⁹⁴ La llamada “regla de oro” asumida con la ratificación del *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria*, de 2 de marzo de 2012.

³⁹⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. “Jerarquía normativa vs fuerza vinculante...”. (cit). Pág. 19

CAPÍTULO XI. SITUACIONES DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1. Régimen jurídico de las situaciones del personal laboral de las Administraciones Públicas.

La regulación de las medidas de protección frente a situaciones transitorias que pueden afectar al vínculo laboral (o funcional), pero que no conllevan la extinción del mismo, es una de las materias en las que el EBEP mantiene un tratamiento, al menos formalmente, diferenciado para los empleados públicos funcionarios y laborales.

El artículo 92 del EBEP remite para los laborales al Estatuto de los Trabajadores y los Convenios Colectivos que les sean de aplicación. Es decir, que en esta materia prima la norma laboral sobre lo regulado en el EBEP, que para estos trabajadores no establece ninguna particularidad.

No obstante, el apartado segundo del art. 92.2 del EBEP, en un intento de armonizar y homogeneizar los regímenes de funcionarios y laborales, prevé la posible aplicación del régimen funcional de situaciones administrativas, en los siguientes términos: *“los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este Capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores”*.

Para los funcionarios públicos a los distintos estados del vínculo que los une a la Administración se les denomina *“situaciones administrativas”*, Art. 85.1 EBEP³⁹⁶, siendo lo más aproximado a las causas de suspensión laboral (art. 45 ET) del vínculo la situación de *“servicios especiales”* y *“suspensión de funciones”*, si bien no existe realmente paralelismo entre la regulación funcional y laboral en esta materia.

Hay que tener presente que actualmente, (una vez más pendientes de las normas de desarrollo del EBEP), en relación a este tema se mantiene en

³⁹⁶ Art. 85.1 EBEP: *“Los funcionarios de carrera se hallarán en algunas de las siguientes situaciones: servicio activo; servicios especiales; servicio en otras Administraciones Públicas; excedencia; suspensión de funciones”*.

vigor la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), (norma de aplicación supletoria al EBEP, y vigente hasta el uno de enero de 2017), por la que se regulan otras situaciones (expectativa de destino; excedencia voluntaria incentivada, servicios especiales y excedencia forzosa procedente de expectativa de destino).

Lo previsto en el EBEP, y por tanto también lo regulado en la LMRFP³⁹⁷, (en principio no es de aplicación al personal laboral, a no ser que el Convenio Colectivo remita a ellas directamente o como norma supletoria. Esto es así porque el artículo 92 del EBEP establece en esta materia una ordenación en relación a la regulación de aplicación, distinta a la del artículo 7 del EBEP, dado que remite de forma cerrada a la norma laboral como la competente para regular esta materia, y potestativamente, pero por remisión de los Convenios Colectivos, abre la posibilidad, *“en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores”*, la aplicación del EBEP.

En definitiva, para los laborales la norma se remite los supuestos de *“suspensión del contrato de trabajo”*, que se regularán conforme con lo establecido en el *“Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación”*, siendo por tanto la norma convencional, y el Estatuto de los Trabajadores, la regulación de referencia en esta materia, sin perjuicio de algunas particularidades que seguidamente se analizarán.

2. Particularidades de la suspensión de los empleados públicos laborales.

El artículo 45 del ET de aplicación al personal laboral de las Administraciones, regula los supuestos constitutivos de suspensión del contrato, entendida ésta como la situación en la que se interrumpen temporalmente las obligaciones de prestación de servicios por parte del empleado, y de retribución para el empresario. Por su parte, el artículo 48 del ET, regula los supuestos de suspensión con derecho a reserva del puesto de

³⁹⁷ Por ser ambas parte del régimen jurídico de aplicación en esta materia a los funcionarios, aunque la Ley 30/1984 MRFP, lo sea como norma supletoria y actualmente, con vigencia sólo hasta enero de 2017.

trabajo, que también serán de aplicación en el ámbito de los laborales de las Administraciones.

Conforme con el art. 45.1 ET, son causas suspensivas de la relación laboral: Mutuo acuerdo; las consignadas válidamente en el contrato; incapacidad temporal (prorrogable por incapacidad permanente revisable), maternidad, paternidad, adopción, acogida familiar, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, ejercicio de cargo público representativo, razones de carácter público (privación de libertad sin sentencia condenatoria), decisión de la trabajadora por violencia de género, ejercicio del derecho de huelga, cierre legal de la empresa, fuerza mayor temporal, suspensión por efectos de una sanción disciplinaria, excedencia forzosa por designación o elección para cargo público.

Sin embargo, la primera particularidad significativa que afecta en esta materia a los empleados públicos laborales, es que existe un supuesto de suspensión previsto en la norma laboral que no es de aplicación a estos trabajadores, y es el apartado j) del art. 45.1 ET, referente a *“causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”*, que luego desarrolla el art. 47 ET. Esto es así porque mediante Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, añadió una nueva redacción de la Disposición Adicional 21ª del ET, por la que se prohíbe su utilización en los siguientes términos: *“lo previsto en el art. 47 ET no será de aplicación a las Administraciones Públicas y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”* (es decir, salvo las que pueden ser consideradas como *“privadas”*³⁹⁸).

³⁹⁸ El RD 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y suspensión de contratos y reducción de jornada, en su Disposición Adicional Tercera, aclara a efectos de determinar si una entidad se financia mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o prestación de servicios, *“se tendrá en cuenta que la entidad no está clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”*.

Esta exclusión es una decisión política, (en mi opinión desacertada), cuyo objetivo es primar la extinción de contratos en el ámbito de las Administraciones, frente a las posibles medidas alternativas de conservación de puestos que es lo que supondría la aplicación de suspensiones por razones económicas, organizativas o de producción a los laborales de las Administraciones. De hecho esta limitación ha tenido como consecuencia directa el que muchas Administraciones (especialmente la local, como se comprueba en el Anexo I de la presente obra), haya tenido que proceder a realizar numerosos despidos por razones objetivas adoptados desde el año 2012, como medida sin alternativa para la contención del gasto público.

Sí resulta de aplicación a los laborales el régimen de la denominada excedencia voluntaria regulada en el art. 46. 2 y 5 del ET, si bien ésta no constituyen una suspensión del contrato de trabajo, sino una extinción con expectativas de reingreso, pero condicionado a la existencia de vacantes.

En definitiva, el régimen laboral es el que rige en esta materia para los empleados laborales, con la excepción mencionada de la suspensión por causas económicas, organizativas o de producción.

Los Convenios Colectivos, por su parte, no han utilizado la posibilidad que les brindaba el art. 92.2 EBEP, de remisión a la regulación funcionarial. Esta posibilidad no ha tenido realmente reflejo práctico porque la regulación laboral y la administrativa tienen naturalezas muy diferentes, como decíamos al principio, que realmente no son compatibles sin más matices.³⁹⁹

Lo que sí se viene haciendo a nivel de Convenios Colectivos es adoptar y regular algunas figuras, propias del régimen de las situaciones de los funcionarios, al ámbito laboral. En este sentido, tomando como ejemplo el artículo 53 del III Convenio Colectivo Único de la Administración General del

³⁹⁹ *El ET no regula verdaderas situaciones del personal laboral, (paralelas a las situaciones administrativas de los funcionarios públicos), sino más bien situaciones suspensivas del contrato por una serie de causas tasadas legalmente, que difícilmente se van a poder compatibilizar por su falta de homologabilidad.* MONEREO PÉREZ J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA J.A., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A... Manual de Empleo Público. Comares. Granada, 2010 (pág. 163).

Estado, encontramos causas particulares de suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo, que son: la de los reservistas voluntarios, mientras se encuentren activados, conforme con el RD 1691/2003; la prestación de servicios de carácter temporal en organismos internacionales o en programas de cooperación internacional; la suspensión provisional de empleo mientras se tramita un expediente disciplinario; nombramiento del trabajador como funcionario en prácticas.

3. Particularidades de la excedencia voluntaria y forzosa de los empleados públicos laborales.

De igual forma, en materia de excedencias se regulan remisiones con finalidad homogeneizadora al régimen funcional, como sucede con la excedencia por agrupación familiar (art. 54.d) del III Convenio Colectivo Único de la AGE (CUAGE), reconocida exclusivamente a los laborales fijos,⁴⁰⁰ cuyos cónyuges o conviviente resida en otra provincia o isla por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo como funcionario, o como laboral. Esta excedencia tendrá una duración mínima de 2 años y máxima de 15 años, y no impedirá el poder desempeñar un puesto como funcionario interino, *“al no contener la normativa aplicable previsión alguna que impida esta circunstancia”*⁴⁰¹. También particular es la excedencia voluntaria por incompatibilidad, que analizaremos en el siguiente apartado.

El Convenio Colectivo de la AGE (al igual que otros muchos de las distintas Administraciones), mejora y matizan algunos aspectos respecto a la norma laboral. Así, en la excedencia voluntaria, para el personal laboral fijo, se permite solicitar un segundo periodo de excedencia transcurridos tres años del anterior (cuando en el art. 46.2 del ET son cuatro años).

⁴⁰⁰ Este requisito, a la vista de la doctrina del TJUE, podría ser nulo por discriminatorio frente a los laborales con contrato de duración determinada (que recordemos, incluye también a los indefinidos no fijos), si bien no se ha revisado, ni he encontrado ninguna remisión al respecto en el ámbito de la CIVEA.

⁴⁰¹ Criterio de la Dirección General de la Función Pública, en respuesta a consulta planteada a 27 de octubre de 2008.

También se añade otras figuras especiales de excedencia forzosa que supone una importante mejora respecto a lo regulado en la legislación laboral, (pero solo para el personal laboral fijo), que son: en primer lugar, la excedencia por no concesión de reingreso, una vez cumplida la pena de suspensión de empleo. En este caso, si habiendo solicitado la reincorporación no le es concedida ésta en el plazo de seis meses, pasan a este tipo especial de excedencia forzosa, con *“derecho al percibo del salario base, pagas extras, antigüedad y complemento persona de unificación”* (art. 56.2 del CUAGE).

En segundo lugar, y en similares términos de reconocimiento de derechos retributivos, la excedencia forzosa para trabajadores en activo, excedencia o suspensión con derecho a reserva del puesto, que una vez cumplida pena de privación de libertad (salvo que se adopten medidas disciplinarias contrarias a esto, o la sentencia condene a pena de inhabilitación), soliciten el reingreso.

4. Especial supuesto de excedencia por incompatibilidad que afecte al empleado público laboral.

El deber de no concurrencia de los empleados públicos, materializado en la regulación de las incompatibilidades, viene regulado, como ya se trató, en la Ley 53/84, de 30 de abril, y el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril.

En el ámbito subjetivo de aplicación de la norma se incluye tanto al personal funcionario, como al laboral, conforme reconoce su artículo 2: *“la Ley es de aplicación a todo el personal de la Administración Pública, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”*.

Uno de los efectos de la incompatibilidad para el personal laboral, es la excedencia por esta causa. La Disposición Transitoria primera establece que *“cuando la incompatibilidad se produzca por desempeño de más de un puesto en el sector público habrá de optar por uno de ellos en el plazo de tres meses, contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley...En cuanto a todo el personal laboral, así como al no funcionario de la Seguridad Social, se*

entenderá referida la opción al puesto dotado con mayor retribución básica. En ambos casos pasarán a la situación de excedencia en los demás puestos que viniesen ocupando". Dicha excedencia se regula para el personal laboral conforme lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

Algunos Convenios Colectivos han ampliado esta figura, como sucede en el III CUAGE, (art. 54 c) que, una vez más, hace referencia exclusivamente al personal laboral fijo, que aún no contando con un año de antigüedad en el servicio, como consecuencia de la aplicación de normativa de incompatibilidades, opte por desempeñar un puesto en el Sector Público excluido del ámbito del Convenio, o cuando acceda por medio de convocatoria libre, a un grupo profesional distinto al suyo.

Sobre este particular surge la duda sobre si el personal laboral indefinido no fijo puede o no, solicitar excedencia por incompatibilidad. Encontramos jurisprudencia contradictoria que reconoce (STSJ de Sta. Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2000), y niega dicha posibilidad (STSJ Castilla-La Mancha de 18 de noviembre de 2004). En Unificación de doctrina el Tribunal Supremo se inclina por negar la posibilidad de solicitar dicha excedencia los laborales indefinidos no fijos (STS de 29 de noviembre de 2005). Lógicamente, a la vista de la reciente doctrina del TJUE, (comentada en el capítulo relativo a contratación del presente trabajo, al que me remito), en materia de no discriminación en las condiciones de trabajo a trabajadores con contrato de duración determinada frente a los fijos, la jurisprudencia acorde a la Directiva 1999/70/CE, sería la que reconoce dicha posibilidad también a los indefinidos no fijos.

Por último señalar que esta excedencia especial se considera como voluntaria, a pesar de estar impuesta por la ley. Si bien tiene particularidades respecto en cuanto a su régimen jurídico, de tal forma que no se exige una antigüedad mínima en el puesto para solicitarla, tiene carácter automático y tampoco tiene límite temporal⁴⁰², persistiendo la situación de excedencia mientras dure la causa de incompatibilidad (STS de 13 de diciembre de 1990).

⁴⁰² STS de 13 de diciembre de 1990.

En el momento en que desaparezcan los motivos de incompatibilidad, el trabajador tendrá derecho a reingresar en las vacantes de igual o similar grupo al suyo, siendo indiferente el tiempo transcurrido desde que abandonó el puesto por dicho motivo, si bien deberá solicitarse el reingreso en el plazo de un mes desde que se produzca el cese en el puesto de trabajo que dio lugar a la incompatibilidad, dado que en caso contrario pasaría, por dos años, a situación de excedencia voluntaria por interés particular.

CAPÍTULO XII.-LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: MEDIDAS PREVISTAS PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

1. Introducción.

Como se comentó al analizar el reconocimiento de los derechos individuales de los empleados públicos, una de las novedades que introdujo el Estatuto Básico del Empleado Público,⁴⁰³ fue el reconocimiento que en el texto legal se otorga expresamente *“a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”*, en el apartado j) del artículo 14 del EBEP.

La configuración de este derecho en la normativa administrativa reguladora del personal al servicio de las Administraciones, al igual que sucede con otros tantos derechos laborales⁴⁰⁴ reconocidos en el artículo 14 del EBEP, adolece de insuficiente desarrollo en cuanto a su contenido. Por esta razón, su efectividad real dependería de la relevancia que le concedan las Administraciones territoriales y la negociación colectiva en su condición de responsables del desarrollo de la norma básica.

En el presente capítulo analizaremos que instrumentos prevé el EBEP en materia de conciliación, qué mejoras ha experimentado su contenido respecto al texto original, qué se ha perdido en los años de restricción de derechos y en qué medida se están recuperando en los últimos tiempos.

Así pues, a fin de aportar una visión completa de la regulación actual en materia de conciliación del EBEP y su problemática aplicación, analizaremos los derechos de los funcionarios, vinculados a necesidades de conciliación, y paralelamente la situación en que quedan los derechos por estas mismas circunstancias para el personal laboral incluido en el ámbito del EBEP.

⁴⁰³ Hoy Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

⁴⁰⁴ Así sucede con también el derecho de progresión en la carrera profesional, de participación en objetivos, de formación continua....

2.- Medidas previstas en materia de conciliación familiar y laboral para los empleados públicos en el EBEP: permisos, reducción de jornada, excedencias y disfrute de vacaciones.

2.1.-Permisos y reducciones de jornada por razón de conciliación para funcionarios públicos.

Los artículos 48 y 49 del EBEP conforme al texto actual regulan, entre otras, las causas justificativas de las interrupciones en la prestación de servicios por necesidades de conciliación, otorgándosele carácter de legislación básica para todas las Administraciones,⁴⁰⁵ por medio del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en el ámbito de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, con la finalidad de homogeneizar los permisos y también en el derecho de vacaciones que regula para los funcionarios públicos de todas las Administraciones. De esta forma la regulación de esta materia en el EBEP ha pasado de configurarse como derecho necesario relativo, a ser derecho necesario absoluto, eliminando el papel normativo de las Administraciones autonómica y local en este ámbito, y evitando así posibles mejoras.⁴⁰⁶

Antes de proceder al análisis de la norma, hay que advertir de la imprecisión del legislador en su redacción, de tal forma que sólo el artículo 49 del EBEP expresamente se denomina "*permisos por motivos de conciliación...*", pero realmente también el artículo 48 regula permisos con objetivos de conciliación. Además la norma también es imprecisa en cuanto al contenido, dado que se regula diversas causas que justifican los permisos,

⁴⁰⁵ La redacción original del artículo 48.1 del EBEP establecía la aplicación de su contenido en defecto de legislación aplicable, de tal forma que las Comunidades Autónomas establecían su propia regulación y las Entidades Locales, respetando el marco autonómico establecido al efecto.

⁴⁰⁶ Parte de la doctrina plantea la posible inconstitucionalidad de esta nueva redacción del artículo 48 del EBEP, por ser contraria al artículo 149.1.18 de la Constitución, aduciéndose un exceso de regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. En este sentido MERINO SEGOVIA, A. Las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Editorial Bomarzo, Albacete, 2014.

pero también incluye supuestos que generan el derecho a solicitar reducciones de jornada (algunos retribuidos y otros no).

Entre las causas concretas que justifican la concesión de permisos retribuidos y reducciones de jornada reconocidos a los funcionarios públicos en el artículo 48 del EBEP, vinculadas directamente a la necesidad de conciliar vida familiar, personal y laboral, actualmente son:

a) Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles desde producido el suceso, o cinco si es necesario desplazarse fuera de la localidad.

e) Permisos destinados a cubrir el *“tiempo indispensable”* para poder acudir a exámenes médicos prenatales y preparación al parto y, en los casos de adopción o acogimiento, para la asistencia a sesiones de información y preparación, y para la realización de informes exigidos para la declaración de idoneidad, siempre que coincidan con la jornada laboral.⁴⁰⁷

f) *Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho puede sustituirse por la acumulación en jornadas completas, o la reducción de la jornada ordinaria en su inicio o final*⁴⁰⁸. Además no se trata de un derecho exclusivamente reconocido a la mujer, sino que *“podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen”*.

g) Por nacimiento de hijos prematuros o que hijos que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante *“un máximo de dos horas diarias, percibiendo las retribuciones íntegras”*. Asimismo, tendrán derecho a reducir su

⁴⁰⁷ Permiso conforme con la Disposición Final cuarta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 julio de 2015).

⁴⁰⁸ La acumulación de la lactancia puede afectar al posterior derecho a la excedencia por cuidado de menores si no se prevé la posibilidad de su disfrute consecutivo legal o convencionalmente, dado el vacío que existe en relación a esta particular posibilidad tanto en el EBEP como en la LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones⁴⁰⁹.

h) Como avanzábamos, el artículo 48 EBEP regula también el derecho a solicitar reducciones de jornada. En concreto el apartado h) establece que los funcionarios que acrediten tener su cargo “*el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, de una persona con discapacidad,... o familiar directo, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad*” que no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida, se le reconocerá el “*derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda*”. Se trata, por tanto, de un derecho reversible, es decir derecho a la reducción de jornada, no retribuida, mientras dure la situación de dependencia, y vuelta a la jornada ordinaria cuando ésta desaparezca.

i) También se establece un derecho a medio camino entre el permiso retribuido y la reducción de jornada, cuando “*por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado... por razones de enfermedad muy grave*”. En estos casos el funcionario tendrá “*derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido*”, si bien se trata de un derecho temporal, marcándose el plazo máximo de un mes.

j) Por tiempo indispensable...*por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.*

k) Por último, se reconoce el inestable permiso “*Por asuntos particulares de seis días al año*”, (no es expresamente un permiso pensado para la conciliación, pero indudablemente son un instrumento de ayuda a tal fin)⁴¹⁰.

En el texto original del EBEP se recogía un apartado segundo del artículo 48 que reconocía el derecho a un permiso adicional de dos días de

⁴⁰⁹ El permiso en la regulación laboral se limita a 1 hora, frente a las 2 que reconoce el EBEP, (art. 37.4 bis ET).

⁴¹⁰ En 2015 se recupera el permiso por asuntos particulares que se había reducido a 3 días en con el RDL 20/2012, volviendo así a la redacción original que eran 6 días, conforme con el apartado uno del artículo 2 del RDL 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado. Este es el único derecho en materia de permisos que realmente se recupera en el EBEP.

En todo caso hay que recordar que este permiso no existe en la regulación laboral común, y como hemos visto, es uno de los puntos que origina conflicto de determinación de la norma aplicable.

asuntos particulares vinculado a la antigüedad del funcionario⁴¹¹. Este derecho desaparece con el RDL 20/2012, y se recupera para el personal de la AGE, y al menos aparentemente⁴¹² para el resto, porque tal y como se plantea, en realidad su recuperación dependerá de lo que decida y se regule en cada una de las Administraciones territoriales, (RDL 10/2015, de 11 de septiembre).

Por su parte, el artículo 49 del EBEP, -que es el expresamente referido a permisos vinculados a necesidades de conciliación-, completa estos permisos añadiendo tres supuestos vinculados al parto, adopción o acogimiento y paternidad, -que realmente no son permisos, sino causas de suspensión de la relación laboral,- y permisos vinculados a casos de afectadas por violencia de género. En concreto son causas de suspensión vinculadas a conciliación:

El permiso por parto y por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables a dos semanas más en caso de discapacidad del hijo, y por cada hijo a partir del segundo. En los supuestos de nacimiento prematuro, se prolongará mientras éste se encuentre hospitalizado, hasta un máximo de trece semanas adicionales (art. 49, a) EBEP). Estos permisos y su dinámica de disfrute son iguales a las previstas en el ordenamiento laboral.

En caso de adopción internacional con necesario desplazamiento de los padres adoptivos al país de origen del menor, se incrementará hasta en dos meses de duración, con derecho a percibir sólo las retribuciones básicas (art. 49, b) EBEP).

⁴¹¹ Desde que se cumple el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo (art. 48.2 EBEP, texto original).

⁴¹² En este caso digo que se recupera aparentemente porque si se observa no se reconoce como “derecho del funcionario” como en el texto original, sino que como permiso potestativo de las distintas Administraciones: ...“podrán establecer”... En concreto en el RDL 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado, que en su artículo 2.2, añade una nueva Disposición Adicional decimocuarta al EBEP, con la siguiente redacción: «Disposición adicional decimocuarta Permiso por asuntos particulares por antigüedad. Las Administraciones Públicas podrán establecer hasta dos días adicionales de permiso por asuntos particulares al cumplir el sexto trienio, incrementándose, como máximo, en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.»

El apartado c) del artículo 49 EBEP reconoce el permiso de paternidad por nacimiento, acogimiento o adopción de hijo de cuatro semanas, a disfrutar “*por el padre o el otro progenitor*” a partir de la fecha del parto o de la decisión administrativa o judicial por la que se constituye la adopción.

Por último el apartado e) del art. 49 del EBEP también reconoce el derecho a reducción de jornada “*para el cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave*”⁴¹³ que requiera cuidados, de forma acreditada. Se reconoce el derecho “*reducción de la jornada de al menos la mitad de la duración de aquella, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios*”, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento del hijo menor de 18 años. Reglamentariamente se establecerán las condiciones en los que esta reducción se podrá acumular en jornadas.

A esto se suma la posibilidad de un nuevo permiso vinculado a la gestación, aprobado por la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, que en su Disposición Adicional cuarta, modifica la Ley 7/2007, del EBEP en materia de vacaciones, y añade además una nueva Disposición adicional decimocuarta, por la que se reconoce la posibilidad de que las Administraciones reconozcan un nuevo permiso, a partir del 1 de enero de 2016. Se trata de un permiso “*retribuido para las funcionarias en estado de gestación*”, que “*cada Administración Pública, en su ámbito, podrá establecer, a partir del día primero de la semana 37 de embarazo, hasta la fecha del parto*”, (que en el caso de gestación múltiple se adelanta a la semana 35 de embarazo). De esta forma se añade otro permiso con reconocimiento exclusivo en la ley a las funcionarias, y condicionada a la decisión de la Administración a la que pertenezcan,⁴¹⁴ de tal forma que actualmente, una vez más, es un

⁴¹³ Letra e) del artículo 49 redactada por la Disposición Final segunda de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

⁴¹⁴ El sindicato CSIF denunció ante el Defensor del Pueblo en febrero de 2016 que dicho permiso solo se ha reconocido a funcionarias de la Administración central del Estado (“8.500 funcionarias en edad de gestación, de las 38.000 que prestan servicios en la AGE, y de las 400.000 que prestan servicios en el conjunto de Administraciones”). En definitiva, en la nueva Ley de Presupuestos se genera otro punto de desigualdad en derechos laborales para las

derecho sólo reconocido a las funcionarias de la Administración General del Estado.

En definitiva podemos afirmar que, si bien durante la crisis no se han tocado los derechos en materia de permisos vinculados a conciliación, sí se produce en cambio una pérdida de derechos en materia de permisos que afectan a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP⁴¹⁵, (recuperados en parte en el año 2015⁴¹⁶). Si bien, lo que es más grave, es la conversión de estos derechos en derecho necesario, que cierra la posibilidad de mejora en vía convencional, siendo este el auténtico y peor recorte que directamente les afecta, y esta parte de la recuperación de derechos está aún por ver...

2.2.- El problema de determinación de la norma aplicable para los permisos por motivos de conciliación del personal laboral incluido en el ámbito de aplicación del EBEP.

Como hemos visto la regulación de los permisos y vacaciones prevista en el EBEP hace referencia exclusiva al personal con condición de “*funcionario público*”. Por su parte el artículo 51 del EBEP en relación a los derechos en materia de jornada, permisos y vacaciones del personal laboral incluido en su ámbito de aplicación establece que “*se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente*”. Esta fórmula, por su notoria imprecisión,⁴¹⁷ ha dado lugar a graves problemas de concurrencia normativa y de determinación de la norma aplicable, que afecta al régimen jurídico en esta

trabajadoras laborales de las Administraciones y funcionarias de otras Administraciones no cuentan con dicho derecho.

⁴¹⁵ También se ha producido de esta forma en relación a funcionarios con régimen jurídico propio, y de hecho progresivamente también están recuperando estos derechos recortados en años anteriores, como por ejemplo los funcionarios dependientes del Ministerio de Justicia que en enero de 2016 recuperaron los permisos por asuntos propios.

⁴¹⁶ En concreto, el artículo 8 del RDL 20/2012, redujo los días de libre disposición de seis a tres días (actualmente recuperados), los dos días de permiso añadidos a los de libre disposición para los funcionarios que cumplían el sexto trienio, con incremento de un día adicional por cada trienio a partir del octavo (art. 48.2 de la redacción original del EBEP), la limitación de días por asuntos particulares y los días adicionales como mejora de los de libre disposición básicos establecidos en muchas Administraciones y la acotación del periodo de vacaciones.

⁴¹⁷ Castillo Blanco, F. “*Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*” AA.VV. Lex Nova, 2009, (pág. 327).

materia para el personal laboral de las Administraciones, por la confrontación existente entre lo establecido en el EBEP y en el Estatuto de los Trabajadores en materia de permisos y excedencias.

Efectivamente, los permisos retribuidos regulados en los artículos 48 y 49 EBEP, coinciden en algunos casos pero también concurren en otros muchos con el contenido del Estatuto de los Trabajadores y con algunos Convenios Colectivos negociados antes de la aprobación del EBEP. Esta disparidad en las condiciones se da tanto en su alcance, (a veces con mejores condiciones en el EBEP, a veces porque directamente existen permisos que no se reconocen en el ámbito laboral, como sucede con los días de asuntos propios del artículo 47.1, K, o los días añadidos de vacaciones del antiguo artículo 48.2 del EBEP), como en su naturaleza jurídica.

Lo cierto es que la regulación prevista en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprobó el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores es, en conjunto, peor que la del EBEP en materia de permisos y reducciones de jornada vinculadas a necesidades de conciliación. A esto se añade, como he comentado, en la concurrencia que se produce en esta materia entre la regulación del EBEP y lo establecido en los Convenios Colectivos en materia de permisos para los laborales al servicio de las Administraciones, firmados antes de la aprobación del EBEP (en este sentido, como veremos, los Convenios posteriores, en su mayoría, han resuelto o evitado estos problemas de concurrencia).

La Jurisprudencia resolvió estos conflictos de selección de la norma aplicable, descartando la posibilidad de elección de lo más ventajoso en cada caso para el trabajador (es decir rechazando la "*técnica del espiguelo*"), y optando por entender que debe aplicarse de forma prioritaria la norma más favorable en su conjunto en materia de permisos. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo (Sala 4ª), en Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Rec. 41/10), declara que el contenido del artículo 51 EBEP no supone la imposición

para el personal laboral, como norma mínima de derecho necesario absoluto marcada en el artículo 48.2 del EBEP⁴¹⁸.

De esta forma queda claro que la negociación colectiva puede establecer permisos distintos a los fijados en el EBEP, si bien el hecho de que no se incluya alguno de los permisos de la norma especial, -es decir el EBEP-, no supone ninguna infracción, porque no se considera como derecho necesario en el ámbito laboral, (es decir, que la negociación colectiva no parte de los mínimos más ventajosos del EBEP). En definitiva, ante una situación de conflicto entre ambas normas se aplicará la que en su conjunto resulte más beneficiosa para el empleado público laboral, pero no lo más ventajoso de cada una⁴¹⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí entiende que la norma convencional debe respetar como derecho mínimo necesario los permisos previstos en el artículo 37.3 ET, (es decir la norma laboral como norma mínima de referencia, al igual que en cualquier otro Convenio Colectivo), (STS de 1 de febrero de 2011, Rec. 2552/2011).

La importancia de esta jurisprudencia reside en que no se limita a la resolución del conflicto concreto, sino que trasciende a la problemática cuestión de determinación del derecho aplicable a los laborales de las Administraciones Públicas. Esta jurisprudencia conlleva la consideración judicial de que la norma especial (el EBEP), no es norma mínima de Derecho necesario absoluto de cara a la regulación legal convencional de los laborales de las Administraciones. Esta postura ha sido criticada doctrinalmente⁴²⁰, -opinión que comparto⁴²¹-, que defiende la prevalencia de la regulación especial

⁴¹⁸ Que en su día establecía dos días de permiso al cumplir el sexto trienio, adicionando un día más por cada trienio cumplido a partir del octavo para los funcionarios.

⁴¹⁹ También, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 8 de junio de 2010 (Rec. 67/2008), y STS de 14 de junio de 2010 (Rec. 62/2009), aplicando el principio de condición más beneficiosa, comparaban la regulación global sobre la materia en cuestión, y declaran que procede aplicar aquella regulación que resulte más favorable en su conjunto, (que en el supuesto de Autos era la regulación establecida en el convenio colectivo).

⁴²⁰ En este sentido se expresan autores como Monereo Pérez, J.L., o Desdentado Daroca, E.

⁴²¹ Pese a la poca claridad del artículo 51 del EBEP, uno de los objetivos que marca el EBEP y así se hace constar en su exposición de motivos, es la armonización de la regulación propia de funcionarios y laborales al servicio de las Administraciones. Por tal motivo sería contrario al sentido de la norma la interpretación que aleja de la regulación establecida para los funcionarios en materia de permisos de la de los laborales, dando lugar a un trato desigual

Administrativa, sobre la regulación laboral común. Así lo declara el propio artículo 7 del EBEP que, recordemos, manifiesta que el personal laboral al servicio de las Administraciones verá reguladas sus condiciones de trabajo por la legislación laboral y convencional aplicables, y *“por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*.

Como hemos avanzado, la regulación en materia de permisos y suspensión vinculados a necesidades de conciliación no es homogénea en la regulación prevista en la norma laboral (TRLET), y la de los funcionarios públicos en el EBEP, expuesta en el anterior epígrafe. Para completar el cuadro y tener una visión completa de los puntos de fricción, me detendré exclusivamente en los permisos y reducciones de jornada previstos en el ordenamiento laboral en los que existen diferencias con la regulación del EBEP (haciendo constar la diferencia en nota a pie de página). En concreto son:

Artículo 37.3, b) TRLET: permiso por nacimiento de hijo, fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización⁴²² o intervención quirúrgica que requiera reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, dos días, o cuatro si se requiere desplazamiento⁴²³.

Artículo 37.4 TRLET: Por lactancia de un hijo menor de nueve meses⁴²⁴ tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones, sustituible por reducción de jornada en media hora, o acumularse en jornadas completas, y podrá ser ejercido solo por uno de los progenitores si ambos trabajan.

Artículo 37.5 TRLET: Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, el trabajador tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante una hora

precisamente en materia de conciliación, al contrario también de lo que dispone el artículo 14.j del EBEP.

⁴²² La Jurisprudencia más reciente, (por todas STS (Sala 4ª), de 23 de abril de 2009, (Rec. 44/2007), no distingue entre la razón de la hospitalización, frente a la jurisprudencia anterior que excluía el derecho al permiso en los supuestos de parto de familiar por no considerarlos como causa justificativa del permiso.

⁴²³ Frente a los tres y cinco días respectivamente previstos en el art. 48 a) del EBEP.

⁴²⁴ El artículo 48 EBEP reconoce el derecho de permiso por lactancia hasta los doce meses del hijo.

diaria⁴²⁵ percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.

Artículo 37.6 TRLET: Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, o dependientes que no desempeñen actividad retribuida, *“tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la correspondiente pérdida de salario, de al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”*⁴²⁶.

También, para los padres o acogedor permanente de menores de 18 años, afectado por cáncer o cualquier enfermedad grave, que implique hospitalización de larga duración, y cuidados, se reconoce el derecho a solicitar *“una reducción de al menos cincuenta por ciento de la jornada laboral”*⁴²⁷, pero en este caso con la correspondiente reducción de salario. Por Convenio Colectivo se podrá acordar la forma de acumular esta reducción de jornada en jornadas completas. Si dos o más trabajadores de la empresa generan el derecho por el mismo sujeto causante *“el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”*.

En la regulación laboral los denominados permisos por maternidad natural (parto), paternidad, adopción, guarda legal y acogimiento se configuran como supuestos de *“suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo”* (arts. 48 del TRLET), -frente a la imprecisa regulación en términos

⁴²⁵ Art. 48.g) EBEP: Reconoce dos horas de permiso por jornada.

⁴²⁶ El artículo 48, h) del EBEP no limita el porcentaje de reducción de jornada del funcionario a diferencia del Estatuto de los Trabajadores.

⁴²⁷ Este permiso no está reconocido en el artículo 49.e) del EBEP, en los mismos términos pero mejorado en cuanto a que se considera una reducción de jornada retribuida *“con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios”* el funcionario. Además a esto se suma el apartado i) al art. 48 EBEP, que reconoce un permiso de reducción de jornada retribuida durante un mes, de hasta el 50% de la jornada, por enfermedad muy grave de familiar de primer grado.

Además el apartado j) del EBEP reconoce el derecho a permiso *“por tiempo indispensable y para el cumplimiento de un deber inexcusable... por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral”*, que tampoco existe en el Estatuto de los Trabajadores, y cuentan con los seis días de asuntos propios del apartado k) art. 48 EBEP, que tampoco existen en la regulación laboral.

jurídicos que hace el EBEP para los funcionarios, al calificarlos como “*permisos*”-. En todo caso la duración de la suspensión por estos motivos son equivalentes, al menos formalmente, para laborales y funcionarios, porque la realidad es que el permiso de paternidad de cuatro semanas no entrarán en vigor en el ámbito laboral hasta el uno de enero de 2017, teniendo actualmente derecho solo a trece días ininterrumpidos de suspensión por paternidad⁴²⁸ (ampliable en ciertos supuestos).

En definitiva, existen claras mejoras en la regulación administrativa frente a la laboral en materia de conciliación (en ocasiones con permisos que no existen en el ámbito laboral, -como los días de asuntos propios, ya recuperados de nuevo-, y casi siempre con mejoras sobre las condiciones del mismo permiso). Esto supone que, o bien la negociación colectiva armoniza, o nos podremos encontrar con funcionarios y laborales con condiciones laborales dispares en esta materia.

Pues bien, hemos de hacer constar que ante la desigualdad de regímenes el vigente III Convenio Único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado (CUAGE), en relación a esta materia optó en su momento desarrollar su artículo 47 relativo a permisos, tomando como referencia de mínimos el artículo 48 del EBEP (y no el contenido del Estatuto de los Trabajadores, como defiende la jurisprudencia). La lógica se impone, -al menos por ahora-, en el ámbito de la realidad de las negociaciones, frente a la doctrina jurisprudencial. No obstante los problemas de colisión vuelven a surgir ante nuevos derechos reconocidos a los funcionarios en esta materia, y si bien el CUAGE es el Convenio de referencia para el resto de las Administraciones, no quita la posibilidad de encontrarnos distintas previsiones en distintos convenios de distinto ámbito de aplicación, -más probable actualmente, a la vista, y al amparo de las posibilidades que se ofrece después de la reforma laboral en materia de negociación colectiva-.

⁴²⁸ Disposición Transitoria 7ª del TRLET (conforme con lo establecido en la Disposición Final 11ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre).

3. Excedencias de los empleados públicos por necesidades de conciliación familiar y laboral.

Además de los permisos, el EBEP recoge dos figuras que no constituyen una novedad, dado que se toman de la normativa anterior, pero que se configuran también como instrumentos de conciliación de la vida familiar y laboral. El problema de nuevo es que el legislador lo plantea no en términos de derecho de los empleados públicos, sino como derechos exclusivos de los funcionarios.

En concreto el artículo 89 del EBEP reconoce dos modalidades (o causas) de excedencia para los funcionarios que tienen como objetivo facilitar la conciliación familiar y laboral: las denominadas de “*agrupación familiar*” (art. 89.1, b) EBEP), que no tiene equivalente en el ámbito laboral, y que realmente está pensada para los supuestos en que el cónyuge, también funcionario, resida en otra localidad⁴²⁹ por razón del desempeño de un puesto de funcionario o laboral fijo en cualquier Administración Pública; y la excedencia “*por cuidado de familiares*” menores y familiares hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad en situación de dependencia y que no desempeñe actividad retribuida, extendiéndose hasta un máximo de tres años, (art. 89.1 c) EBEP).

Estas modalidades de excedencia, por su especial objetivo, tienen un tratamiento diferenciado y relativamente privilegiado, frente a la excedencia voluntaria o por interés particular. No se exige un periodo previo de prestación de servicios para su concesión en ninguno de los dos casos, y la excedencia por cuidado de familiares cuenta con el reconocimiento del derecho al cómputo del tiempo que dure esta a efectos de trienios, carrera y derechos en materia de Seguridad Social. Además se reserva el puesto de trabajo al trabajador excedente por cuidados familiares durante dos años, y en el tercero se reserva el derecho a un puesto en la misma localidad y de igual retribución (art. 89.4 EBEP).

⁴²⁹ La normativa de desarrollo, en cada caso, determinará la duración mínima o máxima para su declaración.

La regulación que en esta materia establece el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 46.3 reconoce el derecho a la excedencia por cuidado de menores y familiares en situación de dependencia, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. La diferencia respecto a la regulación del EBEP es que para la excedencia para el cuidado de menores sí es de hasta tres años a partir del nacimiento del niño o de la resolución judicial o administrativa, en caso de adopción y acogimiento, pero la del cuidado de familiares dependientes la excedencia solo será de dos años máximo, y que en ambos casos el derecho de reserva del puesto de trabajo sólo ese mantiene durante un año, (ampliable a quince meses en familias numerosas de categoría general, y dieciocho a las de categoría especial).

No obstante la negociación colectiva puede mejorar estos mínimos de la norma laboral, como así sucede, una vez más, en el III CUAGE, que iguala a los laborales al servicio de las Administraciones con los funcionarios también en esta materia, -sin perjuicio de los potenciales problemas en materia de concurrencia, que dadas las circunstancias también pudieran darse en relación a las excedencia en ámbitos distintos al de éste Convenio Colectivo-.

4.- Vacaciones y conciliación de los empleados públicos.

Para completar este cuadro de medidas favorecedoras de la conciliación en las Administraciones debemos mencionar la Disposición final cuarta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, con la que se introduce en el EBEP una nueva redacción del artículo 50: *“Cuando las situaciones de permiso de maternidad, incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo impidan iniciar el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, o una vez iniciado el periodo vacacional sobreviniera una de dichas situaciones, el periodo vacacional se podrá disfrutar aunque haya terminado el año natural a que correspondan y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”* (el resto del artículo permanece con la misma redacción).

Esta modificación es realmente consecuencia de la jurisprudencia dictada en el seno de la Unión Europea, y en nuestros tribunales dictada en relación a la coincidencia de periodo vacacional e incapacidad temporal. Actualmente, y después de una larga sucesión de doctrina jurisprudencial encontrada, se ha conseguido la estabilización de la interpretación a favor de la conservación del derecho a disfrutar de vacaciones cuando éstas coinciden en todo o en parte con un período de incapacidad temporal, sea cual sea el origen de dicha incapacidad (sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 20/01/2009 (Asunto C-350/2006 y 520/2006, Shultz Hoff).⁴³⁰

Respecto a la existencia o no, de diferencias entre la regulación laboral y la del EBEP en materia de vacaciones, actualmente podemos afirmar que nos encontramos en una situación intermedia. Efectivamente, como consecuencia de los recortes efectuados en 2012, se eliminó el derecho a cuatro días adicionales de vacaciones que se reconocía a los funcionarios conforme a su antigüedad (conocidos en términos coloquiales como “los canosos”), además en esta materia también se produce un cambio en el carácter de la norma, que pasar a ser derecho disponible, a norma de orden público, no alterable por las Administraciones unilateralmente (RDL 20/2012 (artículo 8)).

Actualmente la situación vuelve a cambiar, y por tanto a diferenciarse a favor del funcionariado, pero de forma progresiva. Formalmente el contenido del artículo 50 del EBEP coincide⁴³¹ en su contenido con las vacaciones reconocidas como derecho mínimo en el artículo 38 del TRLET, que reconoce como mínimo 30 días naturales de vacaciones al año, y contiene la misma previsión que regula el artículo 50 de EBEP, para los supuestos de

⁴³⁰ “Mediante sentencia del Tribunal Supremo de 03/10/12, que, siguiendo la interpretación del Tribunal de la Unión Europea, se equipara el tratamiento del conflicto vacaciones/incapacidad temporal tanto si ésta surge antes del período de vacaciones como si se produce durante éste, e introduce, además, como argumentos los siguientes: “... habrá de entenderse que tratar de modo distinto las situaciones de concurrencia entre vacaciones e incapacidad temporal, dependiendo del momento de inicio de esta última, sólo hallaría justificación en aquellos supuestos en que la baja no fuera ajustada a derecho y, en suma, aparecieran indicios o sospecha de fraude. CONEJO PÉREZ, A.M. “Vacaciones e incapacidad temporal en la Jurisprudencia”. El Derecho. Com. 2013.

⁴³¹ Aunque el EBEP reconoce el derecho a 22 días hábiles de vacaciones al año, esto es equivalente a lo establecido en la norma laboral común, dado que los sábados son inhábiles en la Administración.

coincidencia entre vacaciones e incapacidad temporal (artículo 38.3 del TRLET⁴³²). Sin embargo, conforme con la Disposición Adicional segunda del RDL 10/2015, de 11 de septiembre, de medidas para los empleados públicos, se recupera el derecho a cuatro días adicionales de vacaciones según antigüedad⁴³³ para los funcionarios de la AGE que fue eliminado con las medidas de recortes de 2012, además de abrirse la posibilidad de su recuperación en el resto de Administraciones si bien, al igual que sucedía en relación al permiso por asuntos propios, dependerá de la voluntad de cada Administración Pública, -habiéndose iniciado conversaciones a tal fin en los primeros meses del año 2016, con los sindicatos más representativos en Comunidades Autónomas como la Andaluza-.

En definitiva, se reproduce el problema y la solución ante la desigualdad en las condiciones relativas a vacaciones de funcionarios y personal laboral, puesto que el III CUAGE, en su artículo 45, al regular las vacaciones añade los cuatro días adicionales de vacaciones, sobre los veintidós días hábiles, según antigüedad, en términos iguales a los reconocidos a los funcionarios públicos (eliminados en su día por RDL 20/2011, artículo 8.3⁴³⁴, y recuperados conforme indica la Resolución de 16 de septiembre de 2015, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicios de la Administración General del Estado y sus organismos públicos).

⁴³² En su nueva redacción introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, que aprobó la reforma laboral.

⁴³³ Disposición Adicional Tercera del RDL 10/2015: *En la Administración General del Estado, organismos y entidades vinculados o dependientes, en el supuesto de haber completado los años de antigüedad en la Administración que se indican, se tendrá derecho al disfrute de los siguientes días de vacaciones anuales: Quince años de servicio: Veintitrés días hábiles. Veinte años de servicio: Veinticuatro días hábiles. Veinticinco años de servicio: Veinticinco días hábiles. Treinta o más años de servicio: Veintiséis días hábiles.*

⁴³⁴ Art. 8.3. RDL 20/2011.- Desde la entrada en vigor de este Real Decreto ley, quedaron “suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza”.

5.- El papel de los Planes de Igualdad en materia de conciliación en las Administraciones Públicas: Particular referencia al II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Para concluir el análisis de las medidas que se regulan en materia de conciliación para los empleados públicos, es necesario mencionar los denominados Planes para la Igualdad, que como comenté en anteriores epígrafes, pueden llegar a constituir un instrumento de importante utilidad para lograr el efectivo desarrollo de las medidas transversales en materia de conciliación, y por tanto de igualdad de géneros a los que ya nos referimos.

Como es sabido, los Planes para Igualdad se configuran como un instrumento⁴³⁵, negociado entre los representantes de los trabajadores y los empleadores, que obligatoriamente se adoptará en el seno de empresas de gran tamaño (más de 250 trabajadores), con el fin de adoptar medidas de diversa índole para evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres (art. 45 y 46 de la LOI).

La existencia de estos “*planes de igualdad*” en el ámbito público no tiene reflejo en el LOI, que al tratarlo establece su obligaría elaboración exclusivamente en las “*empresas*”, si bien, esta omisión parece ser más consecuencia de un error que una exclusión intencionada, y así se viene interpretándose en la práctica.

De hecho el artículo 15 de la LOI exige la existencia de un Plan de Igualdad en la Administración General del Estado (art. 64 LOI), y también está prevista su existencia para el ámbito público, en general, en la Disposición Adicional séptima del EBEP, que completa en esta materia a la propia LOI. En todo caso, al ser un instrumento dependiente y fruto de un proceso de negociación, el EBEP se limita a reconocer su existencia y establecer *el “deber*

⁴³⁵ El artículo 46.1 de la LOI las define como “*conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo*”. Entre su contenido “*podrá contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo*”.

de las Administraciones de elaborar y aplicar un plan de igualdad”, delegando en cuanto a su desarrollo en el “convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable”.

En el año 2015 se firmó y publicó el II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la AGE y en sus organismos públicos,⁴³⁶ acordado con las organizaciones sindicales en la Mesa General de Negociación de la AGE. Este nuevo acuerdo perfecciona y completa al I Plan para la Igualdad en la AGE firmado en el año 2011, a partir de la experiencia y conclusiones del texto anterior, y de otros instrumentos como Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades de 2007, y el siguiente de 2014, que han sido de ayuda complementaria en materia de diagnóstico y evaluación de la realidad existente, las carencias y oportunidades extraídas de la evaluación del plan anterior.

Ciertamente este no es el único Plan que existe en el sector público administrativo, dado que a estas alturas todas las Administraciones territoriales cuentan con Planes de Igualdad, (con mayor o menor éxito), pero sí es cierto que el Plan de Igualdad de la AGE constituye un referente, y punto de partida para el resto de Administraciones, y dada la naturaleza pública de quien lo suscribe, me atrevo a decir, que se configura como un instrumento cuasi político en materia de conciliación y políticas de igualdad. Por este motivo nos detendremos brevemente, en su contenido relativo a medidas de conciliación familiar y laboral.

El II Plan para la Igualdad de la AGE se estructura en siete ejes⁴³⁷ de actuación en los que se incluyen las medidas necesarias para alcanzar los objetivos de igualdad marcados en el Plan.

⁴³⁶ Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE 11 de diciembre de 2015).

⁴³⁷ Eje primero.- Acceso al empleo público. Eje segundo.- Igualdad, condiciones de trabajo y carrera profesional. Eje tercero.- Formación, información y sensibilización. Eje cuarto.- Tiempo de trabajo, conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral. Eje quinto.- Retribuciones. Eje sexto.- Violencia de género y otras situaciones de especial protección. Eje séptimo.- Medidas instrumentales para alcanzar los objetivos.

El Eje 4º del II Plan de Igualdad es el que se centra en las medidas de carácter transversal y medidas específicas por Ministerios en materia de conciliación, tiempo de trabajo y corresponsabilidad de la vida familiar y laboral. De entre las medidas transversales que se señalan, considero especialmente destacables por ser imprescindibles para hacer realidad la conciliación: Medida número 30, que indica que *“se programarán acciones tendentes a acortar las diferencias entre el número de mujeres y hombres que disfrutan de las medidas de conciliación en aquellos ámbitos en que el diagnóstico haya detectado la existencia de un porcentaje mayor de mujeres que se acogen a medidas como: flexibilización de la jornada..., reducción de jornada por guarda legal, flexibilización de la jornada para el cuidado de personas mayores, por enfermedad grave de familiar o para el cuidado de personas con discapacidad”*; medida número 33 según la cual se desarrollarán *“experiencias de trabajo en red y mediante la utilización de las nuevas tecnologías, en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, con el fin de favorecer la conciliación y una mejor organización y racionalización del tiempo de trabajo”*; medida número 38, que añade la necesidad de *“fomentar el uso de las medidas de conciliación entre los hombres a través de acciones de información y sensibilización”*⁴³⁸.

Actualmente la utilidad de estos Planes en las Administraciones Públicas son más de diagnóstico, y como instrumento para marcar objetivos, ideas, o metas que ayuden al objetivo de la conciliación, pero si finalmente su contenido es llevado a efecto demostrarán que no son sólo una declaración de buenas intenciones, sino un instrumento clave en el logro de la conciliación en nuestras Administraciones Públicas.

⁴³⁸ Este objetivo es clave, pero el planteamiento que hace el Plan de Igualdad de la AGE es poco realista y poco ambicioso. Actualmente es preciso establecer medidas que incentiven y en la medida en que sea posible obliguen específicamente a los hombres a disfrutar de los instrumentos de conciliación familiar y laboral. Si nos limitamos a “informar y sensibilizar” tendremos que esperar a que lleguen nuevas generaciones de hombres con una cultura de la igualdad más sólida, y con la conciencia de la pérdida personal que supone renunciar a ejercer los cuidados de sus familiares, que sin duda les llevará a primar esta faceta personal a la laboral, que es el problema que sucede actualmente. En este sentido es pionera en nuestro país la Asociación de Hombres por la Igualdad de Género (AHIGE).

Quiero terminar este epígrafe con una reflexión final. El problema de la conciliación familiar, personal y laboral no es sólo una tremenda lacra que afecta al género femenino desde siempre (que lo es), es un problema social no reconocido como tal. Si la sociedad no es capaz de ver que este problema es general, si no es capaz de ver que el no afrontarlo ya está afectando, -y se seguirá agravando-, a cambios demográficos insostenibles, que nos llevan a un país cada vez más envejecido, donde los jóvenes no se atreven a ser padres,⁴³⁹ a la sostenibilidad del propio estado de bienestar, al equilibrio de las familias, a la educación y la estabilidad emocional de los niños, a la calidad de vida de los ancianos y dependientes, etc... Si no somos capaces de ver la dimensión del problema en términos no estrictamente femeninos o feministas, el tan cacareado derecho a la conciliación seguirá sin existir, el problema no se resolverá, y serán las nefastas consecuencias de esos efectos secundarios que he mencionado lo que obligará a realizar los cambios que son necesarios para poder lograr la verdadera conciliación, que aún no conocemos en nuestro país.

⁴³⁹ Sobre este particular es muy interesante el informe del Centro de Estudios Demográficos de la UAB, firmado por Esteve, A., Devolder, D, Domingo, D. titulado *“La infertilidad en España: tic-tac, tic-tac”*, Núm. 1/2016. Una de las conclusiones del estudio afirma que una de cada cuatro mujeres española nacida en 1975 no será madre, por efectos directos e indirectos de las circunstancias y exigencias laborales: *“La frustración de los proyectos reproductivos de las españolas y los españoles, incluso la asunción de la infecundidad como opción, no puede entenderse sin la falta de apoyo real a la conciliación de la vida familiar y laboral, sin un decidido apoyo a la promoción de jóvenes y mujeres, y con una política en general basada en la extensión de la desregularización y la inseguridad. El desempleo, el trabajo precario, el acceso a la vivienda, la consolidación laboral, las largas jornadas, los bajos salarios y la escasas políticas públicas no ayudan a la reproducción, ni los bolsillos de la gente joven ni las políticas de apoyo a la reproducción (ej. educación pre-escolar gratuita). Si a todo esto añadimos que la mayor parte del coste de la reproducción recae sobre las mujeres, la infecundidad está servida.”*

CAPÍTULO XIII. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1. Causas de extinción de la relación laboral de empleo público.

El artículo 92 del EBEP remite a la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores y convenios colectivos), en todo lo referente a “*situaciones del personal laboral,*” rigiendo por tanto en materia de extinción de la relación laboral de empleo público las causas previstas en el artículo 49 del ET. No obstante, esto no es así al cien por cien, ya que en el ámbito del personal laboral existen importantes particularidades que matizan y difieren de la regulación laboral, como veremos seguidamente.

El artículo 49 del ET, prevé trece posibles causas de extinción del contrato:

a) Por mutuo acuerdo de las partes.

Esta causa no presenta ninguna particularidad en el ámbito de las Administraciones Públicas, tratándose de una extinción pacífica que no genera ningún derecho indemnizatorio a favor del trabajador que extingue su vínculo laboral. El único matiz frente a lo que sucede en el ámbito de la empresa privada, es que por razón del principio de legalidad, no cabe ningún acuerdo individual entre las partes que aprueben una indemnización que no procede en derecho, (salvo que se establezca en convenio colectivo o se establezca por norma).

b) Extinción en virtud de las causas consignadas válidamente en el contrato (condición resolutoria), salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

Requiere el cumplimiento de los tres requisitos clásicos del Código Civil: validez, eficacia y licitud (arts. 7, 1113 a 1116 CC), además de no ser contrarias a las leyes, la moral y orden público (art. 1255 CC).⁴⁴⁰

Realmente el margen que tiene esta causa de extinción es poco realista dado que la tendencia de la norma laboral es a la protección del vínculo laboral, de forma que la mayoría de estas cláusulas cuando se establecen son declaradas abusivas, además de que, en algunos supuestos, se podrían reconducir a causas de extinción por razones objetivas (art. 52 ET).

c) Extinción por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato (término resolutorio).

Los contratos sometidos a término con duración superior al año, conllevan la exigencia formal de notificación previa de su denuncia, con una antelación mínima de quince días. En caso contrario se deberá indemnizar al trabajador cuyo contrato se extingue con el equivalente a 15 días de salario.

Además, al finalizar el contrato, -excepto en los casos de contrato de interinidad y contratos formativos (en formación y en prácticas)-, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio prestado,-o la establecida, al efecto, en la normativa específica que sea de aplicación-. Efectivamente, a septiembre de 2016, la regulación en relación a este particular rige así, sin embargo, como es sabido, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-596/14 (de Diego Porras/Ministerio de Defensa), ha declarado *“la denegación en la normativa española de “cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato temporal de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización a los trabajadores fijos comparables”*, constituye una regulación contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que

⁴⁴⁰ Se admite la extinción del contrato mediante denuncia, cuando habiéndose pactado así previamente en éste, el trabajador no obtiene un rendimiento concreto, no supera un examen, o no obtiene un título determinado (STS 4 de noviembre de 1986). Comentario al Estatuto de los Trabajadores. AA.VV., 1998, Comares, Granada.

figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE. Consecuentemente, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha confirmado el derecho a la indemnización equivalente al despido objetivo para la trabajadora que originó la cuestión prejudicial al TJUE. Esto supone que, -sin perjuicio de las posibles reclamaciones que se sucederán en esta materia a partir de ahora-, sin duda una vez que se logre constituir nuevo gobierno en España, se abordará la reforma legislativa sobre los derechos indemnizatorios de los trabajadores con contrato temporal, y en general sobre su régimen jurídico, para armonizarlo con la normativa de la Unión.

Una importante diferencia en este ámbito entre el régimen laboral común y la de los empleados públicos laborales con contratos sometidos a término (los temporales), afecta a la imposibilidad de aplicar el apartado tercero, al establecer que *“expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”*.

Efectivamente la conversión tácita en trabajador indefinido no rige en el empleo público laboral. Se ha de recordar al respecto, que tanto en este supuesto de extinción, como en los contratos sometidos a condición resolutoria, en el supuesto de que el trabajador impugne la comunicación de la extinción por parte del empresario, alegando la ilicitud de la condición o el término, la consecuencia jurídica de la declaración judicial de la improcedencia de la extinción (que por tanto constituiría un despido improcedente), será o bien el abono de la indemnización, o bien la readmisión pero en calidad de empleado laboral *“indefinido no fijo”* (por todas, STS de 20 de enero de 1998. Rec. 315/1997). Nos remitimos a estos efectos a lo expuesto en su momento sobre esta figura.

d) Extinción por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

Si no el convenio no establece nada al respecto, no se podrá exigir indemnización alguna al trabajador que dimite, salvo que pueda acreditarse por la empresa que dicha decisión ha ocasionado daños y perjuicio.

e) Extinción por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del ET.

f) Por producirse la jubilación del trabajador.

Sobre este particular es importante mencionar la novedad que se introdujo en relación a esta materia mediante la Disposición Adicional 10ª del ET, (en redacción aportada por la mediante la Disposición final 4.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo), por la que se prohíbe la obligación de jubilación, en los siguientes términos: se declaran *“nulas y sin efecto las cláusulas de los Convenios Colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”*. Esta previsión resulta de aplicación también para el personal laboral al servicio de las Administraciones, dado que el EBEP no regula de forma expresa este aspecto en relación a los laborales limitándose a hacer referencia a la jubilación de los funcionarios (art. 67 EBE) y, por tanto, es la norma laboral ordinaria la que actúa como supletoria, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 7 del EBEP.

Esta novedad, en mi opinión, introduce un nuevo problema de disfunción entre el régimen jurídico de funcionarios y laborales al servicio de las Administraciones. En concreto, supone la contradicción entre la particular regulación de la edad forzosa de jubilación de los funcionarios, (actualmente establecida a los sesenta y cinco años, salvo excepciones, artículo 67.3 del EBEP), y la imposibilidad de limitar la edad del personal laboral de las Administraciones.

Este aspecto fue planteado como uno de los motivos de inconstitucionalidad planteado en el Recurso 5612-2012, presentado contra la Ley 3/2012, que aprobó la reforma laboral, si bien el Tribunal Constitucional en

su importante sentencia de 22 de enero de 2015, no considero tal planteamiento, por entender que no existe discriminación en el hecho de que se regule de forma distinta el acceso a la jubilación de dos figuras o vínculos, que se caracterizan por ser de distinta naturaleza, como son el funcional y el laboral, justifican este trato diferenciado.⁴⁴¹

Efectivamente, actualmente los empleados públicos laborales no se ven afectados por la limitación obligada en la edad de permanencia en el puesto, que sí afecta, en cambio, a los funcionarios, por razón de la Disposición Adicional 3ª. 2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en el que expresamente se mantiene la edad de jubilación forzosa de los funcionarios de la Administración central (pese a que hoy por hoy son incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con particularidades).

Realmente la nueva regulación introducida en la norma laboral común es más acorde con la doctrina jurisprudencial existente en relación a este tema, que dejó claro hace tiempo, -y con una accidentada regulación de la materia-, que la extinción de la relación laboral por el paso a la situación de jubilación del trabajador debía tener carácter voluntario, por afectar al derecho individual al trabajo (artículo 35 CE), y la no discriminación por razón de edad (STC 22/1981⁴⁴²), sin perjuicio de posibles excepciones a esta regla, que debían venir establecidas por la negociación colectiva y vinculadas a objetivos de

⁴⁴¹ STC de 22 de enero de 2015: *“Tampoco en este supuesto se ofrece un término válido de comparación que permita efectuar un juicio de igualdad pues, como ya hemos tenido oportunidad de señalar frente a una denuncia semejante, estamos ante «regímenes jurídicos distintos, aplicables a situaciones diferentes, es decir, uno estatutario y otro laboral, puesto que no son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable esa distinción», tanto más cuanto «la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución» STC 99/1987...”*

⁴⁴² STC 22/1981, declaró inconstitucional la Disposición Adicional Quinta de la Ley 8/1980, Texto original del Estatuto de los Trabajadores, que fijaba como edad obligatoria de jubilación, los sesenta y nueve años. Dicha sentencia, y la también trascendental STC 58/1985, sí dejaba abierta la posibilidad de extinguir el contrato por razón de edad, fijado en negociación colectiva (es decir, marcar una edad obligatoria de jubilación), siempre que esto viniese condicionado al cumplimiento de otros fines, principalmente de política de empleo.

políticas de empleo.⁴⁴³ Dicha doctrina jurisprudencial se inspira, como no puede ser de otra forma, en la legislación comunitaria, que en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, estableció el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y que en su artículo 6.1 hace mención a las diferencias de trato por razón de la edad, que sólo pueden justificarse, por razón de objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de formación profesional.⁴⁴⁴

De esta forma las cláusulas previstas en la negociación colectiva, que como resultado de esta problemática y oscilante regulación, preveían la extinción de los contratos de empleados públicos laborales al alcanzar la edad ordinaria de jubilación, quedan en su mayoría sin efecto.⁴⁴⁵

En el caso del personal laboral al servicio de las Administraciones, es claro ejemplo de ello, el III Convenio Colectivo Único para los laborales al servicio de la Administración General del Estado (Código 9012022), que en su artículo 59 establecía la obligatoriedad de la jubilación al cumplir los 65 años, (sin perjuicio de que los trabajadores que no contasen con el periodo de carencia completo para acceder a la prestación de jubilación pudiesen

⁴⁴³ En este sentido se expresaba la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo la exigencia de que el trabajador afectado por la jubilación por razón de la edad obligatoria contase con el periodo mínimo cotizado u otro superior marcado por el propio Convenio Colectivo, y que se vinculase la adopción de la medida a objetivos coherentes de política de empleo expresamente contenidos en el Convenio, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo mediante la transformación de contratos temporales en indefinidos.

⁴⁴⁴ Directiva 2000/78/CE: Art. 6 *Justificación de diferencias de trato por motivos de edad. 1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.*

⁴⁴⁵ La entrada en vigor de la nueva Disposición Adicional Décima, afecta a los Convenios posteriores a la entrada en vigor de la norma que lo apruebe, es decir el 8 de julio de 2012, y a las cláusulas de jubilación establecidas en los Convenios suscritos con anterioridad a la norma, a partir de la fecha en que finalice su vigencia (ni siquiera en los Convenios que se prorroguen año a año). Disposición Transitoria decimoquinta de la Ley 3/2012.

prolongar su vida laboral hasta completarlo). Este precepto, en virtud de la Disposición Transitoria decimoquinta quedó sin efecto, desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, -es decir el 8 de julio de 2012-.

El resultado de esta disparidad en la regulación de la edad jubilación de funcionarios y laborales es una situación de trato desigual que si bien, no pueda tacharse como discriminatoria por basarse en dos regímenes jurídicos diferenciados,⁴⁴⁶ es cierto que crea una dinámica nada lógica y a buen seguro generadora de conflictos. Esto, unido a la tendencia de aproximación de los regímenes funcional y laboral, lleva a pensar a algunos autores, que probablemente, se proceda a reformar el artículo 67 del EBEP, extendiendo la jubilación forzosa también para los empleados públicos laborales.⁴⁴⁷

Sin embargo, en mi opinión esta modificación no es fácil, porque hay que tener en cuenta que esta limitación aplicada al ámbito de las relaciones laborales de empleo público para ser ajustadas a derecho, deberá ser matizada de forma acorde con la doctrina jurisprudencial antes mencionada, de forma que respete los requisitos exigidos por la normativa europea, y los derechos de los artículos 35 y 14 de la Constitución. Así, para que dicha reforma se ajuste a la legalidad, la fijación de una edad límite de permanencia en el puesto de trabajo deberá justificarse por razones de política de empleo, de tal forma que las extinciones de los vínculos laborales que se produjesen por razón de alcanzar el límite de la edad, previamente establecida, deberían ir acompañadas de medidas o garantías de estabilización en el empleo o la

⁴⁴⁶ La propia Directiva 2000/78/CE, matiza la posibilidad de tratados diferenciados en los siguientes términos: Artículo 4, Requisitos profesionales. *1. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.*

⁴⁴⁷ BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. *“El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral”*. Atelier. Barcelona, 2015 (página 271).

correspondiente creación de un nuevo puesto de trabajo, pero nunca su amortización.

Evidentemente esta exigencia es más difícil de cumplir en el ámbito de las Administraciones que en el sector privado, puesto que, por razón del principio de reserva de ley que rige en el Derecho Administrativo, deberán venir previstas en las correspondientes previsiones normativas, en concreto en las Leyes de Presupuestos y las normas que ordenan la Oferta Pública de Empleo, -cosa que, actualmente, sería más que complicado a la vista del contenido de las actuales políticas, tremendamente restrictivas en materia de creación de empleo público, y el problema de déficit presupuestario de nuestro país-. En definitiva, estas dificultades son probablemente el motivo por el que aún no contamos con una regulación homogénea para los empleados públicos en esta materia.

En cambio, pienso que no tendría ninguna dificultad, al contrario, eliminar la edad máxima de jubilación para los funcionarios, (que, además, va más en línea con la tendencia de aproximación de los regímenes jurídicos de laborales de funcionarios de las Administraciones por la que aboga el EBEP, y en términos de Seguridad Social, a la aproximación al Régimen General que ha comenzado a aplicarse a los funcionarios de la Administración central). No obstante, si se considerase necesario, por razones vinculadas a políticas activas de empleo legalmente establecidas, podrían establecerse limitaciones a dicha edad, pero tanto para funcionarios, como laborales, es decir de forma jurídicamente más armónica.

m) Extinción por decisión de la trabajadora que se ve obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

Constituye un nuevo motivo de extinción de la relación laboral por voluntad de la trabajadora, que se introdujo por Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género-.

El carácter excepcional y urgente de esta causa de extinción motiva el que no sea obligatorio el preaviso de la trabajadora al empresario.

j) Por voluntad del trabajador, basada en el incumplimiento contractual del empresario.

Este es el comúnmente llamado “despido provocado”, que justificará la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador conforme regula el art. 50 ET, por los siguientes motivos o causas: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario⁴⁴⁸, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

La extinción por cualquiera de estas circunstancias conllevará el reconocimiento del derecho del trabajador a recibir la indemnización señalada para el despido improcedente (art. 50.2 ET).

En este punto debemos hacer una mención particular a un supuesto de “despido provocado”, que tiene especial incidencia en el ámbito de la prestación de servicios para las Administraciones Públicas, que son los motivados por supuestos de acoso moral en el trabajo.⁴⁴⁹ Esta realidad, como

⁴⁴⁸ Son ejemplos clásicos de esta causa de extinción por voluntad del trabajador fundada en justa causa, la falta de ocupación efectiva; la falta de asignación de servicio (STS de 7 de marzo de 1990, RJ 1990, 1776), y cualquier acto que conlleve discriminación en el puesto, trato vejatorio por el empresario (STSJ Asturias de 11 de enero de 2002), el acoso sexual o moral, pero también los incumplimientos de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales por constituir una vulneración del derecho fundamental a la integridad del trabajador.

⁴⁴⁹ Así se observa en la Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo de 2007, y en el ámbito estatal en los Barómetros CISNEROS (Cuestionario Individual sobre Psicoterror, Negación, Estigmatización y Rechazo en Organizaciones Sociales, realizados por un grupo de investigación de la Universidad de Alcalá de Henares), con su informes IV (2003), y V (2004), señalándose en éste último que el 22% de los funcionarios públicos en España se encuentran en situación técnica de mobbing. En la misma línea la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo realizada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en 2003 alertaba de que el 6% de los entrevistados en el sector público percibían que habían sido o eran víctimas de acoso moral en el trabajo, frente al 3,5% estimado en el sector de la industria.

ya vimos, goza además de especial protección desde que el EBEP incluyó expresamente entre los derechos individuales de los empleados públicos, considerando el acoso laboral como un ataque específico al derecho a la dignidad de los trabajadores, (artículo 14. h) EBEP), -superando al propio Estatuto de los Trabajadores que nada regula al respecto de forma directa-.

La extinción de la relación laboral derivada de la concurrencia de una situación de acoso moral en el trabajo, interpretada como un supuesto del artículo 49.1 j) en relación con el art. 50.1, c) del ET, en base a la existencia de incumplimiento grave empresarial, que supone la vulneración de derechos fundamentales⁴⁵⁰. Estos supuestos pueden concurrir sin perjuicio de que dicha situación venga directamente de la dirección o de un compañero o compañeros, cuando exista una actitud pasiva del empresario ante dicha situación. Los supuestos que pueden darse son diversos y con muchos matices, si bien el gran problema en la práctica es determinar si realmente existe o no, una situación calificable jurídicamente como acoso moral en el trabajo, de ahí que exista mucha y variada jurisprudencia al respecto⁴⁵¹.

En estos casos (al igual que sucede en los supuestos de acoso sexual), los trabajadores afectados, además de percibir la indemnización equivalente al despido improcedente, podrán percibir una indemnización por daños morales derivados de la situación de acoso (y sin perjuicio de otras responsabilidades penales, administrativas, civiles, que en mayor o menor medida puedan proceder según el caso, por tratarse potencialmente, de un incumplimiento en materia de prevención de riesgos psico-sociales).

En todo caso la extinción de la relación laboral es el principal mecanismo de defensa del personal laboral de las Administraciones que sufre acoso laboral, a pesar del escepticismo de parte de la doctrina que califica esta vía como de “colaboracionista” con el objetivo que pretende el acosador, (es decir,

⁴⁵¹ En este sentido, por ejemplo, no se considera acoso una situación en la que el empresario utiliza expresiones ofensivas a modo de corrección o advertencia al trabajador (TSJ Valladolid 14 de abril de 2000), o un supuesto de gran conflictividad laboral con demandas cruzadas (STJ Asturias 17 de julio de 2009).

la autoeliminación del trabajador), pero lo cierto es que es una vía de escape que tienen los laborales y de la que no gozan los funcionarios públicos, (de hecho, según las estadísticas reflejan, también es la vía de defensa más utilizada por los trabajadores del sector privado que sufren este tipo de situaciones).

Por último, para completar el cuadro de las causas de extinción de los contratos del personal laboral, debemos añadir una causa de extinción, no prevista en el artículo 49 ET, pero que se suma a los motivos de extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador, condicionada por la circunstancias (y que se extienden a los laborales de la Administración). Estas son las extinciones del contrato de trabajo derivadas de decisiones empresariales de movilidad geográfica o modificación de condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 del ET), que estén justificadas, (o se declaren judicialmente como justificadas), pero que el trabajador no quiera asumir por resultar perjudicado. En estos casos el trabajador que no quiera asumir dicha modificación de sus condiciones de trabajo tendrá derecho a optar por la extinción de la relación laboral, y percibir una indemnización de 20 días por año con el límite de nueve mensualidades.

2. Extinciones del contrato de trabajo por decisión del empresario aplicado al ámbito de las Administraciones Públicas.

Los siguientes apartados del artículo 49 ET, constituyen formas de extinción por voluntad del empresario, que se traducen en las diversas formas de despido posibles. Estos supuestos de extinción son:

g) La extinción por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o por la extinción de la personalidad jurídica del empresario.

Lógicamente las primeras causas señalada no son factibles en el ámbito de las Administraciones, pero sí el cese motivado por la “*extinción de la personalidad jurídica del empleador, sin perjuicio de lo establecido en el art. 44 ET*”. En este último caso podremos encontrarnos con la extinción de un organismo, entidad, etc, en definitiva una personalidad jurídica pública que se

extingue, aplicándose normalmente la sucesión de empresa del artículo 44 ET, aunque también cabe, si la actividad desaparece, que nos encontremos ante un supuesto de extinción de los contratos de trabajo, que deberá ser tramitado conforme con los supuestos de despido colectivo del artículo 51 del ET y 30 del RD 1483/2012, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos (RPDC).

I) *Por despido basado en las causas objetivas legalmente procedentes.*

Dentro de los denominados despidos objetivos podemos diferenciar aquellos que derivan de causas económicas, organizativas o de producción, (es decir, por motivos que afectan al devenir de la empresa), y los motivados por circunstancias que afectan al trabajador, y que justifican la decisión extintiva del empresario, que actualmente son:

“la ineptitud sobrevenida del trabajador; la falta de adaptación a modificaciones técnicas que afecten al puesto de trabajo, cuando dichas modificaciones sean razonable y las faltas de asistencia aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.”⁴⁵² (art. 52.1 ET).

Los despidos objetivos por causas económicas, al ser una materia más compleja y conflictiva, será tratada con de forma particular en el siguiente epígrafe.

⁴⁵² *No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. (Letra d) del artículo 52 redactada por el número cinco del artículo 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral («B.O.E.» 7 julio)).*

Los despidos objetivos basados en causas que afectan al rendimiento del trabajador siguen el mismo esquema que marca el ordenamiento laboral, tanto en los aspectos formales, como en las consecuencias jurídicas del mismo previstas en el artículo 53 del ET, (en caso de improcedencia del despido el trabajador tendrá derecho, a elección del empresario, a la readmisión, -en cuyo caso tendrá derecho a recibir los salarios de trámite devengados hasta el momento de la reincorporación a su puesto-, o a percibir una indemnización de 20 días por año, con un máximo de 12 mensualidades).

*h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el artículo 51.7 ET.*⁴⁵³

Su régimen será el mismo que rige en el ámbito laboral, que según la nueva regulación constituye un despido colectivo, y exige que “*la existencia de fuerza mayor.... deba ser constatada por la Autoridad Laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario*” (art. 51.7 ET).

La revocación de la resolución administrativa que declare la existencia de fuerza mayor, como causa justificativa del despido, supondrá la readmisión de los trabajadores afectado, salvo que el empresario opte por indemnizar a los trabajadores con la indemnización establecida para los despidos improcedentes, (art. 151. 11 LJS)⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Según redacción dada por el artículo 18.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁴⁵⁴ Art. 151.11 LJS. *La sentencia que deje sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo derivadas de fuerza mayor declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo. Salvo que el empresario dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia opte, por escrito ante el órgano judicial, por indemnizar a los trabajadores con la indemnización establecida para el despido improcedente, deberá comunicar por escrito a dichos trabajadores la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los quince días siguientes a la referida firmeza.... De no readmitir el empresario al trabajador o de efectuarse la readmisión de modo irregular, éste podrá instar la ejecución de la sentencia en los veinte días siguientes conforme, en lo demás, a lo establecido en los artículos 279 a 281 de esta Ley. De dejarse sin efecto la resolución administrativa por apreciarse vulneración de derechos fundamentales o libertades*

i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

k) Por despido del trabajador, (referido al despido disciplinario regulado en los artículos 54 a 57 del ET).

Los despidos objetivos por razones económicas, los despidos colectivos, y el despido disciplinario serán analizados en los siguientes epígrafes de forma particularizada.

3. El despido individual en el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones: encuadramiento y configuración.

La figura del despido es una realidad compleja, en cuanto a su origen y contenido. Cualquier extinción de la relación laboral por decisión unilateral del empresario puede constituir en realidad un despido. De hecho figuras como el llamado despido provocado, antes comentado, (extinción solicitada por el trabajador por el incumplimiento, en algún sentido, del empresario), la despido sin causa, un despido tácito, la denuncia del término o condición por parte del empresario..., todos estos supuestos constituyen motivos de extinción, que ante el desacuerdo del trabajador pueden constituir despidos.

Sin embargo los despidos disciplinarios, el despido por razones objetivas (individuales o colectivos), son los que realmente priman en el concepto legal de despido, y es en estas figuras concretas en las que nos vamos a centrar a efectos de estudio.

3.1. Particularidades del despido en el ámbito del empleo público: La propuesta del Informe de la Comisión de Expertos.

públicas, los trabajadores tendrán derecho a la inmediata readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir y podrán, en su caso, instar la ejecución conforme a los artículos 282 y siguientes de esta Ley...(número 11 del artículo 151, redacción que introdujo el número ocho del artículo 23 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

Comenzamos el presente apartado con una referencia explícita al título que en relación a este tema figuraba en el Informe elaborado en el año 2005 por la Comisión de Expertos nombrada para el estudio y preparación de lo que tendría que ser el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público (capítulo XI, apartado 64), y que considero interesante analizar, antes de pasar a estudiar en qué términos se regula finalmente el despido en el EBEP, a fin de poder valorar con perspectiva los aspectos en los que se respetaron las recomendaciones de los expertos, y en cuáles no, y sus consecuencias jurídico-prácticas.

En el Informe se señalaba que la principal, -y prácticamente única- particularidad que debe diferenciar al despido que afecte al personal laboral de las Administraciones frente a la regulación laboral, reside en la *“necesaria supresión del despido improcedente, o sin causa, en el Estatuto Básico del Empleado Público”*.

El argumento que esgrimían los expertos se basa en el hecho de que la Administración, al contrario que la empresa privada, está sometida a unos principios, que se configuran como límites a la hora de actuar, (en este caso), como empresario. Estos principios suponen la exigencia constitucional de que sus actos estén condicionados a la primacía del interés público, y el debido sometimiento a la Ley y el Derecho (arts. 103 CE), -que ya hemos visto que condicionan a las Administraciones en numerosos aspectos del régimen jurídico de su personal laboral-.

A esto se suman las garantías que informan el acceso al empleo público: la igualdad, mérito y capacidad, que se verían directamente afectados cuando se despidiese a un trabajador público sin causa legal, asumiendo la improcedencia, y en consecuencia infringiendo principios y garantías constitucionales aplicables a la Administración, con la única consecuencia de asumir el abono de una indemnización compensatoria, -que por otra parte, se sufragan con dinero público-.

El problema como se ve es complejo, por ello la Comisión recomendaba, en primer lugar: la supresión del despido improcedente para el personal laboral, de forma que *“declarada la nulidad del despido, proceda en todo caso la*

readmisión del trabajador”. De esta forma los despidos no ajustados a derecho que se produjesen en las Administraciones Públicas serían calificados exclusivamente como nulos, eliminando la figura del despido improcedente en este ámbito.

En segundo lugar, el Informe matiza, que los contratos de trabajo deben ser declarados nulos si se formalizan en infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad del artículo 103.3 CE, así como los firmados en infracción de interés público y buena administración, (es decir los que carezcan de causa objetiva que justifique dicha contratación). En todos estos casos los contratos deben declararse nulos, y consecuentemente se entenderá extinguida la relación laboral afectada, de tal forma que la propuesta nulidad de los despidos sin causa legal no pueda ser usada como instrumento para estabilizar los supuestos de irregularidades en las contrataciones efectuadas por las Administraciones.

No obstante lo acertado de las propuestas realizadas en el informe, lo cierto es que en la práctica ya existían desde hacía años, problemas prácticos resueltos de forma compleja, y en gran medida forzada, como la analizada jurisprudencia que ya había dado carta de naturaleza a la figura de los “*indefinidos no fijos*.”⁴⁵⁵ Como es sabido, estos son los laborales de las Administraciones con contratos temporales declarados judicialmente irregulares o en fraude de ley, que no pueden ser equiparados a trabajadores fijos de plantilla como consecuencia de dichas circunstancias, pero sí se acepta el mantenimiento en el puesto que ocupan exclusivamente hasta el momento en que se cubra la plaza conforme al procedimiento legal de acceso, en respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En esta materia el legislador atendió solo parcialmente las recomendaciones del Informe de la Comisión, -tal y como expondremos con más profundidad en el siguiente epígrafe-. Solo téngase en cuenta que el artículo 96.1 b) del EBEP, si bien no reconoce directamente la nulidad de los despidos improcedentes que afecten al personal laboral, establece una suerte

⁴⁵⁵ STS de 30 de septiembre de 1996, RC. 83/1996; de 30 de diciembre de 1996, RC. 637/1996, de 11 de marzo de 1997, RC. 3940/1997; de 7 de julio de 1997, RC. 3917/1996), y SSTS de 20 y 21 de enero de 1998, RC. 317/1997 y RC. 315/1998.

de readmisión obligatoria para los despidos disciplinarios improcedentes, sin llegar a matizar los pormenores de esta “nulidad” y sus consecuencias últimas.

3.2. El despido disciplinario del personal laboral de las Administraciones: Regulación en el EBEP.

Para estudiar la figura del despido disciplinario que afecta a los empleados públicos laborales hemos de dirigirnos tanto al Estatuto de los Trabajadores (arts. 54 a 57 del ET), como al EBEP, debiendo aplicar las particularidades que marca sobre este tema la norma especial, y solo de forma supletoria la regulación en materia de despidos de la norma laboral común, conforme con las reglas del artículo 7 EBEP.

3.2.1. Las causas y forma del despido disciplinario de los empleados públicos.

Comenzaremos este epígrafe describiendo la regulación prevista en la norma laboral en materia de causas y requisitos formales que rigen en materia de despido disciplinario, para posteriormente poner esto en contraste con las particularidades que sobre estos aspectos contiene el régimen jurídico de los empleados públicos laborales.

Como es sabido, el artículo 54 del ET regula “*los incumplimientos graves y culpables del trabajador*” que constituyen las causas tasadas en la que puede basarse la decisión disciplinaria⁴⁵⁶ del empresario de extinguir la relación laboral: “*las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; la indisciplina o desobediencia en el trabajo; las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; la disminución*

⁴⁵⁶ El art. 60 ET marca los plazos de prescripción aplicables al ejercicio de las facultades disciplinarias, marcando para las faltas muy graves (que sería las constitutivas de causa de despido): sesenta días desde la fecha en que se tiene conocimiento de la comisión, y en todo caso a los seis meses desde que se cometió la falta.

continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”.

Además, para adoptar la decisión extintiva como medida disciplinaria ajustada a derecho se deben cumplir unos requisitos formales regulados en el artículo 55 ET⁴⁵⁷: comunicación fehaciente por escrito del despido, de forma motivada, con concreción de la fecha de efectos; con audiencia a los representantes sindicales si el trabajador es afiliado y al empresario le consta, y en el caso de que el trabajador sea delegado sindical o representante unitario de los trabajadores con expediente contradictorio previo. A estos requisitos formales pueden sumarse otros que se establezca en los Convenios Colectivos de aplicación en cada supuesto.

En relación a este tema los trabajadores con vínculo laboral de las Administraciones afectadas por el EBEP tienen particularidades que los alejan de la regulación laboral común, principalmente en cuanto a las causas, la forma de realizarse, y las consecuencias y efectos del despido disciplinario que vienen reflejadas en el Título VI de la norma, denominada *“régimen disciplinario”*.

La primera especialidad viene recogida en el artículo 96.1 b) del EBEP, donde se establece que el despido disciplinario del personal laboral *“solo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato con funciones similares a las que desempeñaba”*.

Así pues, la decisión de despedir a un laboral por motivos disciplinarios en las Administraciones Públicas se tendrá que tramitar en respeto a los artículos 93 a 98 del EBEP, es decir, dentro de las normas reguladoras del ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones.

⁴⁵⁷ Los defectos formales en la comunicación del despido podrá subsanarse mediante nuevo despido en el plazo de veinte días, a contar desde el día siguiente al de la fecha de efecto del primer despido (art. 55. 2 ET).

De hecho una de las novedades que introdujo el EBEP fue la unificación y homogenización del régimen disciplinario de aplicación al personal funcionario y laboral, -sin perjuicio de que las figuras extintivas sigan siendo la separación de servicio para los funcionarios y el despido para los laborales-. De esta forma, en relación al régimen disciplinario del personal laboral se establece como norma de referencia la norma especial, es decir el EBEP, y como supletoria la laboral, que *“regirá, en lo no previsto en el presente Título...”*, (artículo 93.4 EBEP).

3.2.1.a) Causas de despido disciplinario en las Administraciones Públicas.

Siendo éstas las reglas que marca el EBEP en relación a las que puedan ser causas que justifiquen y motiven el despido disciplinario del personal laboral, conforme con lo estipulado en el artículo 96. 1 b), en el que veíamos que se remitía exclusivamente a *“la comisión de faltas muy graves”* como causa del despido disciplinario, nos debemos dirigir al artículo 95.1 a) EBEP, que tipifica como *“faltas muy graves”* las siguientes:

- a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución, o a los Estatutos de Autonomía, en el ejercicio de la función pública.
- b) Toda actuación que suponga discriminación por cualquier razón, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, 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 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 la que tenga 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 sean causa de su publicación o que provoquen 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 constituya 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 libertades públicas y derechos sindicales.
- l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.
- m) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga.
- n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad.
- ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
- o) El acoso laboral.

Por último el apartado p), deja abierta la lista de forma que serán consideradas como faltas muy graves aquellas que puedan tipificarse como tales en la Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o por los Convenios Colectivos estatutarios para el personal laboral.

Hemos de matizar que las causas de despido disciplinario reguladas en el artículo 54 ET, que antes se señalaron serán de aplicación a los laborales de las Administraciones, en tanto en cuanto así se establezca normativamente, y principalmente por su inclusión como causa de despido en los Convenios Colectivos que afecten a los laborales de las Administraciones, -ya sea por remisión directa al artículo 54 ET, o por incluir alguno de las causas reguladas

en dicho artículo como falta calificable como “*muy grave*” en el ámbito de la Administración de que se trate-.

En todo caso, si no se hiciese referencia alguna, nos remitiremos exclusivamente a lo previsto en el artículo 95.2 EBEP como causas exclusivas que pueden llevar a adoptar la decisión del despido disciplinario para un empleado público con vínculo laboral, (si bien es cierto que, directa o indirectamente, la mayoría de los supuestos tipificados como faltas muy graves, potencialmente abarcan los mismas circunstancias que se reconocen como causas de despido del Estatuto de los Trabajadores).

Para concluir, comentaremos que la jurisprudencia dictada en relación a esta materia confirma que se debe aplicar también a los despidos disciplinarios que se produzcan en las Administraciones Públicas la doctrina gradualista, -es decir, aquella doctrina jurisprudencial que determina que la causa o causas que se aleguen para justificar el despido disciplinario deben tener, de forma acreditada, entidad suficientes que validen la decisión extintiva disciplinaria-. No obstante el principio de proporcionalidad, que como es sabido es de obligado respeto por las Administraciones en el ejercicio de la potestad sancionadora, conlleva en sí mismo los mismos efectos que la mencionada doctrina.

3.2.1.b) Exigencias formales del despido disciplinario en las Administraciones Públicas.

En referencia a los requisitos formales que deben respetar este tipo de despidos, también existen particularidades que llevan a aplicar lo preceptuado en los artículos 93 a 98 del EBEP, además de las previsiones del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta exigencia constituye, realmente, una mejora sobre los requisitos formales exigidos en el ámbito de la norma laboral común, puesto que se añade al requisito de notificación del despido por escrito y motivada de la decisión despido, -que también se habrá de respetar a riesgo de la declaración de improcedencia del despido por razones formales (TSJ Las Palmas 29 de

junio de 2007)-, la tramitación del expediente establecido de forma equivalente para funcionarios y laborales desde la entrada en vigor el EBEP.

En consecuencia, para poder despedir a un empleado público con vínculo laboral se deberán respetar, en primer lugar los principios que rigen para el ejercicio de la potestad disciplinaria, conforme preceptúa el artículo 94.2 EBEP: principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, irretroactividad de las normas desfavorables, retroactividad de las normas favorables y tipicidad de las faltas y sanciones mediante la predeterminación normativa, (legal o convencional).

También hay que tener presente que la potestad sancionadora deberá ejercerse dentro de los plazos legalmente establecidos para evitar la prescripción, que en el caso de las faltas *muy graves* el plazo es de tres años desde que se tiene conocimiento de los hechos (artículo 97 EBEP). Este plazo contrasta con los plazos establecidos en el ámbito laboral (art. 60.2 ET), que como antes vimos son de 60 días desde que se conocen los hechos constitutivos de la falta, o 6 meses desde su comisión.

Por otro lado se deberá tramitar dicho despido mediante el correspondiente expediente disciplinario por falta muy grave (que son, como hemos visto, las causas que justifican esta medida disciplinarias), según lo preceptuado en el artículo 98 EBEP, que aporta seguridad jurídica al afectado por la medida disciplinaria. La regulación del procedimiento disciplinario a aplicar en cada caso se realizará mediante ley o reglamento de las correspondientes Comunidades Autónomas y del Estado, y en su caso conforme a lo que se establezca en esta materia en los Convenios Colectivos.

Asimismo dicha regulación deberá respetar lo preceptuado en el artículo 98 EBEP, siendo especialmente relevante el “*debido sometimiento a los principios de eficacia, celeridad, economía procesal y pleno respeto a los derechos de garantía y defensa del presunto responsable*”. Por esta razón serán comunes a cualquier regulación la separación de fase instructora y sancionadora, así como la posible suspensión de empleo que establece el EBEP, para el tiempo que dure la tramitación del expediente, que no podrá extenderse más de seis meses, -salvo causa imputable al propio interesado-, que no es una sanción en

sí misma sino una medida cautelar, durante la que el trabajador percibirá las retribuciones básicas, y en su caso las prestaciones familiares por hijo a cargo.

En contraste, las sanciones por faltas graves y leves que pueden afectar al personal laboral se determinan mediante la negociación colectiva, si bien la incoación de expediente disciplinario es exigido también para sanciones graves, aun no constituyendo causa de despido, no así para las leves que solo precisan de un procedimiento sumario con audiencia al trabajador afectado.

No obstante, una vez más tendremos que atender al contenido del Convenio Colectivo que sea de aplicación al trabajador afectado, puesto que en las normas convencionales se pueden añadir medidas de control que supongan mejoras al proceso sancionador, como la obligatoriedad de notificación a los representantes legales de los trabajadores, o la audiencia de éstos en el procedimiento disciplinario.

En relación a este tema hemos de hacer referencia, por su transcendencia práctica al III Convenio Colectivo Único del Personal al Servicio de la Administración General del Estado, que en su artículo 80 establece el contenido del procedimiento sancionador, haciendo referencia al principio de audiencia al interesado que deberá cumplirse durante toda la tramitación del expediente disciplinario, y remite al régimen legal sobre derechos de los ciudadanos del artículo 35.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y desarrolla en detalle el procedimiento a seguir.

En el supuesto de no respetarse estos requisitos formales, el despido disciplinario del empleado público con vínculo laboral será declarado improcedente por razones formales, (STJ Valladolid, 4 de octubre de 2003). En todo caso el empleado público laboral afectado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo ET, podrá impugnar el despido disciplinario en el plazo de veinte días hábiles de caducidad, a contar desde el día siguiente a la fecha de efecto del mismo.

Para concluir, recordaremos que en el supuesto de despidos disciplinarios que afecten a representantes unitarios de los trabajadores o representantes

sindicales, deberá incoarse el correspondiente expediente disciplinario como garantía de protección, y el efecto de la declaración de improcedencia conllevará la opción para el trabajador representante afectado, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 68 y 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, de plena aplicación en estos casos.

3.2.2. Calificación y efectos del despido disciplinario después del EBEP.

Respecto a la calificación de los despidos que afecten a los empleados públicos con contrato laboral no existe particularidad alguna, de tal forma que les son de aplicación el contenido del artículo 55, 3) y 5) del Estatuto de los Trabajadores:

Calificación del despido como “procedente”, que procede cuando existe justa causa que justifica la extinción de la relación laboral, que en algunos casos conllevará el abono de indemnización legalmente estipulada (art. 53.5 ET), (caso de los despidos objetivos, despidos provocados por incumplimientos del empresario, etc...), y en otras no conlleva efecto alguno, más que el de la liquidación de la relación laboral, es decir abono de finiquito y de vacaciones no disfrutadas.

Calificación del despido como “nulo”, que supone el reconocimiento de que en la decisión empresarial de despedir han concurrido la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o circunstancias discriminatorias, así como causas vinculadas a la maternidad. En este caso la calificación tendrá como efecto la readmisión del trabajador despedido, con el percibo de los salarios dejados de percibir desde que se produjo la decisión extintiva declarada nula.

La calificación del despido como “improcedente”, supone el reconocimiento de la no existencia de causa suficiente o justa para proceder al despido. Viene regulado en el art. 56 del ET, referido al despido disciplinario, pero es de aplicación a todos los supuestos que judicialmente concluyen con dicha calificación, o en los casos en que el propio empresario decide reconocer la improcedencia de su decisión extintiva (al fin y al cabo, como señala el profesor

Vida Soria, el despido en nuestro país es libre siempre que se no se violen derechos fundamentales y se abone la indemnización legalmente establecida).

En cuanto a los efectos establecidos por la regulación laboral, recordemos que el artículo 56 señala que cuando el despido se declare improcedente, *“el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo. Si se opta por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación⁴⁵⁸”*.

Pues bien, el aspecto más controvertido en relación a la calificación de los despidos del personal laboral de las Administraciones es el de los efectos jurídicos de la calificación de los despidos, como seguidamente veremos. Esta materia constituye el segundo bloque de particularidades que afectan a los despido de los empleados públicos laborales, respecto al régimen laboral común, -y que como ya indicamos, fue el único tema objeto de referencia en el Informe de la Comisión de Expertos-.

En el EBEP, las particularidades que determinan los efectos de los despidos improcedentes vienen reguladas en el artículo 96 EBEP, apartado 1, b), y apartado 2. En concreto, el artículo 96.1 b) EBEP, señala que el efecto de la calificación de un despido disciplinario del personal laboral como procedente, conllevará *“la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaba.”*

Se emulan con esta fórmula los efectos de la separación de servicio propio de los funcionarios, si bien con la limitación de nueva contratación para igual o similar puesto al ocupado en el momento del despido. La paradoja de esta

⁴⁵⁸ Art. 56.2 ET. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. Cuando el empresario no manifieste su opción se presumirá que opta por la readmisión.

regulación es que sorprendentemente es menos estricta que la separación de servicio que se aplica a los funcionarios, que sí impide de por vida volver a vincularse con las Administraciones como empleado público. Los laborales según esta regla podrán volver a la Administración como funcionarios, accediendo por las vías correspondientes, o incluso volver a ser contratados como laborales realizando funciones distintas a las que desempeñaba cuando fue despedido. Lo cierto es que el literal de la norma es muy impreciso, de forma que ni se concreta la duración de la prohibición, ni si afectaría a cualquiera de las Administraciones Públicas.

En coherencia con la regulación del artículo en cuyo contexto figura, parece que la respuesta correcta sería la más amplia, es decir que se trataría de inhabilitación indefinida, y para todas las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que dicha inhabilitación no afectaría a la posibilidad de acceder a la condición de funcionario, ni a la posibilidad de ser contratado para ocupar un puesto de trabajo distinto al que ocupaba cuando fue despedido, aspecto este que supone sin duda un trato de favor para los trabajadores laborales frente a los funcionarios de carrera de, cuanto menos, dudosa justificación.

Por otra parte, y en relación al efecto de los despidos disciplinarios declarados improcedentes, el EBEP introduce una importante excepción a la regla marcada por el artículo 56 ET, que como hemos visto, ante la declaración de un despido como improcedente, reconoce al empresario el derecho de opción entre readmisión o el abono de la indemnización por despido. Efectivamente, el apartado 2) del artículo 96 EBEP, establece que *“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 grave”*.

Este artículo del EBEP no respeta exactamente la recomendación en esta materia del Informe de Expertos que, como vimos, consideraba preciso el reconocimiento de la nulidad del despido para todo supuesto de despido improcedente en las Administraciones, (es decir, el efecto automático de readmisión), en atención a los principios de legalidad que rige la actuación de las Administraciones, y de igualdad, capacidad y mérito que rigen el acceso al

empleo público (artículos 9.3, 23.2 y 103.1 y 3 CE), de tal forma que si el despido realizado por la Administración no se ajusta a la legalidad debe ser considerado ilegal o nulo, y sin efecto, procediendo en consecuencia la readmisión del trabajador.

Con la redacción por la que opta el legislador, si bien es cierto que el efecto práctico es el mismo, la idea de fondo no se respeta: no hay declaración formal de nulidad, y la norma limita el efecto de la readmisión para los despidos disciplinarios improcedentes, (es decir, que no se aplicaría este efecto para los despidos por causas objetivas, individuales o colectivos, declarados en sede judicial como improcedentes), y en concreto del “*personal laboral fijo*”, es decir que se excluyen de la readmisión automática en caso de despido improcedente a los laborales indefinidos no fijos, y a los laborales con contrato temporal, a los que se les aplicará las reglas ordinarias del art. 56 del ET (opción al empresario entre indemnización o readmisión).

La legalidad de esta exclusión de los temporales, es más que dudosa puesto que se trata de una injustificada discriminación por razón de la duración del contrato, infringiéndose no solo el artículo 14 CE, sino también la normativa de la Unión Europea en esta materia, en concreto la Directiva 1999/70/CE, y el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada firmado el 18 de marzo de 1999, que en su cláusula 4 prohíbe expresamente las discriminaciones entre empleados en razón al tipo de contrato.

En relación a esta materia el profesor Sala advierte de la previsible aplicación a todos los casos del despido nulo por vía jurisprudencial, y ello en aplicación y defensa del sometimiento de los actos de las Administraciones al principio de legalidad e interés público, y los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (artículos 9.3, 23.2 y 103. 3 de la Constitución), puesto que los efectos del despido improcedente suponen una puerta abierta a que los responsables de las Administraciones en cada momento eliminen al personal laboral temporal que les resulte incómodo, haciendo uso del dinero público a tal fin, siendo por tanto por esto, y en aras a la no discriminación por razón de la duración del contrato antes comentado,

que debería proceder conforme a derecho la readmisión obligatoria del empleado público con contrato de trabajo temporal, despedido sin justa causa.

Efectivamente la posibilidad de optar por extinguir la relación laboral especial del trabajador despedido sin causa, en el caso de temporales que accedieron a sus puestos en respeto del derecho a la no discriminación, y a los principios de igualdad, mérito y capacidad a ese puesto de trabajo, y que de forma arbitraria son despedidos, suponen la vulneración del derecho al acceso y permanencia a los cargos y funciones públicas, así como una injustificable vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y del sometimiento de la ley de la Administración, que en este caso es equiparada a una empresa privada, cuando en derecho no puede actuar como aquéllas. En cambio, en mi opinión, no sería de aplicación los efectos del despido nulo para los empleados públicos que ostentan la condición de indefinidos no fijos, que sean objeto de un despido improcedente.

La razón de este trato desigual reside en primer lugar en el hecho de que no existen dudas en cuanto a la intención del legislador de dejar fuera a este tipo de empleados públicos, y en segundo lugar en que dicha exclusión se justificar en el hecho de que la existencia y condición de estos empleados se basa, como antes comentamos, en que la contratación por la que se vinculaban a la Administración era o devino fraudulenta, y consecuentemente son supuestos donde no se han respetado debidamente las condiciones de legalidad y sometimiento al artículo 103 CE. Por tanto la naturaleza de su vínculo contractual no es netamente ni fijo, ni temporal, (pese a haber sido asimilados por la jurisprudencia a una interinidad por vacante), así pues en estos supuestos sí sería ajustado a derecho su exclusión del artículo 96.1 EBEP, y consecuentemente la aplicación de los efectos del despido improcedente sin más.

No obstante hay que hacer constar que en aquellos casos en que la contratación del trabajador despedido no se ajustase a la legalidad, el contrato en sí sería nulo, si bien en estos casos, tal y como señalaba el Informe de los Expertos, la infracción de los principios de buena administración e interés público, así como los de igualdad, mérito y capacidad, *“constituyen una causa*

de extinción de la relación laboral creada por ellos, previa anulación del contrato correspondiente. Ahora bien, celebrado el contrato válido, solo debe caber el despido causal o procedente en el ámbito del empleo público, en los supuestos previstos en el Estatuto de los Trabajadores”.

En todo caso, ante la declaración de nulidad del despido disciplinario por declararse judicialmente la existencia de vulneración de derechos fundamentales o de discriminación, sea cual sea el tipo de personal laboral al servicio de la Administración afectado (fijo, indefinido no fijo o temporal), el efecto será la readmisión, por ser de aplicación en estos casos lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 55.5 E.T.), dado que nada especial al respecto se establece en el EBEP, siendo por tanto de aplicación la norma laboral común conforme con el artículo 93.4 EBEP.

Otra cuestión que surge en relación a este tema es la de si los laborales indefinidos no fijos y los laborales con contrato temporal, -excluidos, como hemos visto, de la readmisión ante la improcedencia del despido-, pudieran gozar del derecho de opción entre indemnización o readmisión mediante el reconocimiento del derecho de opción para éstos en el correspondiente Convenio Colectivo. El problema surge en relación a la legalidad, o no de dicha cláusula convencional, puesto que podrían suponer la vulneración del artículo 56.2 ET y el artículo 110 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social (JS), por ser éstas normas de derecho necesario absoluto, y por tanto no caber alteración por la autonomía colectiva.

Pues bien, el Tribunal Supremo (STS 11 de marzo de 1997; STS 24 de marzo de 2009; STS 17 de mayo de 2011, STS 25 de septiembre de 2012), considera ajustado a derecho dichas cláusulas, argumentando al respecto que se tratan de normas de derecho necesario relativo, y por tanto mejorables por la negociación colectiva, al no ser una norma procesal, sino regla de carácter sustantivo, *“en la medida en que recogen la obligación alternativa que se impone al empresario como consecuencia de la declaración de improcedencia del despido, aunque dicha obligación, que se regula en una disposición formalmente sustantiva como es el Estatuto de los Trabajadores, haya sido incorporada también a otro texto de carácter procesal”*, y en segundo lugar por

entender que es derecho disponible para el empresario, ya que si conforme con el contenido de la norma estatal puede optar en el plano individual por los efectos de la declaración de improcedencia, *“también puede hacerlo en el plano colectivo”*, en cuanto a ceder dicha opción al trabajador.

Hay que matizar que en caso de que la readmisión afecte a un laboral indefinido no fijo, la readmisión se realizaría, en todo caso, en dicha condición de indefinido especial, puesto que la reincorporación al puesto de trabajo después de la declaración de improcedencia del despido no supondría en ningún caso la regularización o alteración de su condición, y por tanto en ningún caso sería un reincorporación como trabajador fijo, (STS de 21 de noviembre de 2008, STS 24 de marzo de 2009).

En definitiva el Tribunal Supremo considera válidas este tipo de cláusulas convencionales, que si bien suponen una vía alternativa de regularización, en cuanto a las carencias de legalidad que antes comentamos en referencia a los contratados laborales temporales, en cuanto a los efectos del despido disciplinario, no suponen la corrección en derecho del EBEP en relación a este tema.

3.3. El despido individual por razones económicas, organizativas y técnicas en el Sector Público Administrativo.

3.3.1. Introducción.

El artículo 49.1, l) ET, prevé la extinción contractual por causas objetivas. Esta causa de despido se completa con el contenido del art. 52 del ET, y se caracteriza porque incluye al unísono motivos que afectan a la figura del trabajador (ya analizadas), y de las que afectan al funcionamiento de la empresa: ineptitud del trabajador, falta de asistencia al trabajo, falta de adaptación a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo, necesidad acreditada de amortización de puestos de trabajo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, y la específica causa referida a las Administraciones Públicas referente a la insuficiencia de consignación presupuestaria.

Hoy no cabe duda sobre la aplicación a las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas de los despidos objetivos basados en causas económicas, técnicas, organizativas, técnicas o de producción, regulados en el artículo 49.1c), y 52 c) y e) ET, pero lo cierto es que antes de que se aprobara la Ley 3/2012, de 6 de julio, con reforma laboral, y con ella la aceptación de la aplicación de estas causas de extinción en las relaciones laborales del Sector Público, existían fuertes disputas doctrinales⁴⁵⁹ y jurisprudenciales al respecto⁴⁶⁰.

Evidentemente algunos elementos propios de la extinción por razones objetivas, -pensado principalmente como un instrumento para favorecer las exigencias de competitividad, y supervivencia propia de las empresas-, eran de difícil aplicación en el ámbito de lo público que, (al menos hasta no hace mucho), no se regía por criterios de competitividad, o viabilidad, sino por criterios de interés general y de servicio público, que recordemos son competencias irrenunciables y responden a imperativo legal, sin perjuicio del respeto a los principio de actuación de la Administración en términos de eficiencia y eficacia (arts. 31.2 y 103 CE), -que son los que pueden justificar la utilización de estas causas de extinción de contratos laborales, pero teniendo en cuenta que no son, ni deben ser, lo mismo que viabilidad o competitividad empresarial-.

⁴⁵⁹ ...”en empresas públicas y otras entidades públicas empresariales, la admisibilidad de la existencia de causas económicas en el ámbito administrativo, en el “núcleo duro” de las Administraciones no encontraba respaldo argumental pues... Entra dentro de la lógica de un servicio público su mantenimiento y dispensación con independencia de su carácter deficitario”. DE SANDE PEREZ BEDMAR, “Reformas laborales..” op. cit. M. TRILLO PÁRRAGA, F. “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. Revista de Derecho Social. Núm. 57, 2012. ; en cambio esto no resulta de aplicación para aquellos entes, organismos o entidades del sector público pero que operan en el mercado. PALOMAR OLMEDA, A. “El despido colectivo en el ámbito del sector público primeras consideraciones”.

⁴⁶⁰ Muchos pronunciamientos judiciales negaron la posibilidad de aplicar los despidos objetivos al ámbito de las Administraciones, declarando la improcedencia de los despidos, alegando que “no son aplicables a empresas públicas los arts. 51 y 52 del ET, por estar pensados para empresas privadas”, *“las empresas públicas no se rigen por la lógica de beneficios o pérdidas... la situación deficitaria de la Generalitat no es un argumento para despedir”* (Sentencia Juzgado de los Social núm. 11 de Barcelona, de 10 de junio de 2011. En contra, por todas, STS Cataluña de 18 de junio de 2012 (Rec. 776/11).

No obstante en los últimos tiempos, (justo antes de aprobarse la reforma laboral), la doctrina mayoritaria comenzó a admitir la posibilidad de proceder a despidos objetivos individuales por amortización del puesto de trabajo, conforme con las causas previstas el artículo 52, c), que remite al 51.1 ET, condicionado, eso sí, al respeto de los requisitos formales del artículo 53 ET, y al tratarse de Administración Pública, con la exigencia de la consiguiente modificación administrativa de la Relación de Puestos de Trabajo, conforme a los Planes de Empleo, donde debía constar dicha amortización, conforme con lo estipulado en el artículo 18 LMRFP.

Realmente, la aceptación de los despidos por razones objetivas en el ámbito público se inició con una nueva causa de despido objetivo por razones económicas que se introdujo por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, como letra e) del artículo 52 ET.

Conforme prevé este nuevo apartado se aceptan las extinciones por insuficiencia de consignación presupuestaria que afecte a *“entidades sin ánimo de lucro”*, (entre la que se incluyen las Fundaciones), que podrán despedir a los trabajadores con contrato indefinido, concertados específicamente *“...para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista”*, cuando en relación a estos concorra una situación de *“insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”*, (art. 52.e) RDLg. 2/2015, de 23 de octubre de 2015, ET).

Si bien la Jurisprudencia dictada sobre esta materia exige la necesaria acreditación por el empleador la insuficiencia del presupuesto para el mantenimiento de los contratos que se pretenden amortizar, y no procederá dichas extinciones si la falta de dotación solo repercute sobre una fase del proyecto de actividad a la que el trabajador, cuya extinción se pretende, no está vinculado, ni por tanto afectado, (STSJ de Asturias, 8 de enero de 2010).

Actualmente esta causa de extinción, (que fue realmente pionera en esta materia), es innecesaria dado que se aprueba el despido objetivo por causas económicas de la DA 20ª.2, quedando absorbida por el concepto “insuficiencia presupuestaria sobrevenida”, que posteriormente analizaremos⁴⁶¹. No obstante al mantenerse se configura, sin más, como un despido por causas económicas específicamente previsto en la ley.⁴⁶²

En todo caso, hay que tener presente que tanto en las extinciones por razones económicas, organizativas y técnicas, como en las derivadas de insuficiencia presupuestaria, si la medida afecta a un número de trabajadores dentro del umbral establecido legalmente para los despidos colectivos en el art. 51 del ET, dichas extinciones deberán tramitarse conforme con el procedimiento especial previsto para éstos, (que será objeto de estudio específicamente, si bien debemos tener en cuenta que en cuanto a ámbito de aplicación y causas, todo lo que se va a exponer será de aplicación común también para los despidos colectivos, que en definitiva son otro tipo de despidos objetivos).

Lógicamente, la regulación de esta nueva causa de extinción resolvió en gran medida la disputa doctrinal en torno a la aceptación o no, de la aplicación de los despidos objetivos, a favor de su definitiva aceptación. No obstante hay que hacer constar que la posibilidad de extinguir contratos laborales por razones objetivas hasta ese momento era muy poco usada en la práctica, (además de por no existir las necesidades apremiantes de la crisis, también porque en el ámbito público primaba la movilidad funcional o geográfica antes que la extinción, o soluciones alternativas como la extinción de contratos temporales por finalización de la causa, antes que el despido).⁴⁶³

⁴⁶¹ LOPEZ PARADA, R.A., “La causa económica de despido colectivo y objetivo en el sector público”. CGPJ. 2014.

⁴⁶² En supuestos equivalentes, es decir, cuando se deje de consignar algún plan o programa público que en todo caso sea contingente, las entidades que configuran el Sector Público se regirán por lo establecido en la DA 20ª, apartados 2º.

⁴⁶³ De hecho su utilización se debería valora como un fracaso de la Administración en su organización del personal, puesto que choca la exigencia de eficiencia en su funcionamiento, o principios como el que de velar por el pleno empleo, no se ven desde luego favorecidos con la

El nuevo régimen actúa justo al contrario, se abre la puerta a los despidos objetivos y colectivos en las Administraciones, y se prima este tipo de medidas más traumáticas (tanto para el trabajador, como para la propia Administración que tiene que hacer frente al abono de indemnizaciones), frente a la posibilidad, que sí existe en el ámbito privado previsto en el art. 47 ET, de “*suspensión de contratos o reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor*”. Efectivamente, este tipo de medidas temporales ante situaciones coyunturales de crisis, quedan vetadas para las Administraciones y sociedades públicas mediante la Disposición Adicional 21ª del ET.

Sobre esta injustificable diferencia en el régimen jurídico de las medidas colectivas por razones objetivas de Administración y empresa privada, el Tribunal Constitucional resolvió que no puede valorarse como un supuesto de discriminación, el hecho de que se regule de forma distinta las medidas colectivas por razones objetivas de las empresas privadas y las Administraciones Públicas (STC 8/2015⁴⁶⁴, de 22 de enero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a diversos preceptos de la Ley 3/2012, que aprobó la reforma laboral⁴⁶⁵).

3.3.2. Regulación actual de la figura del despido por razones económicas, organizativas, técnicas o de producción en el Sector Público (individual y colectivo).

Los despidos objetivos y los despidos colectivos en el ámbito de las Administraciones se regulan por primera vez con la aprobación de la

adopción de este tipo de medidas. Fabregat Monfort, G. Introducción al derecho laboral en el empleo público. Bomarzo, 2015.

⁴⁶⁴ STC 8/2015: “...«el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica» (STC 160/2012, de 20 de septiembre FJ 7), sobre todo si de lo que se trata es de establecer una diferenciación basada en la existencia de distintas categorías personales a las que se atribuyen distintos regímenes jurídicos”.

⁴⁶⁵ Con un acertado voto particular en contra del profesor Valdés dal Re, F, en que se hace constar la falta de justificación y argumentación que avale dicho trato desigual, declarando que en su opinión la DA 21ª debió haber sido declarada inconstitucional y nula.

Disposición Adicional 20ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que alteró la esencia de nuestro Derecho del Trabajo (ahora más bien del Empleo), usando el entorno de crisis para justificar la apertura a un modelo laboral que prioriza el objetivo la flexibilidad a favor de las necesidades de las empresas (en este caso la Administración actuando como empleadora), al de la protección de los derechos de sociales de los trabajadores. Con la nueva regulación se abre la posibilidad de despedir en el ámbito de las Administraciones por causas económicas, técnicas y organizativas (las productivas quedan excluidas al menos en cierto ámbito de la Administración, como veremos), tanto individual, como colectivamente, si bien con ciertas particularidades tal y como se establece en la nueva Disposición Adicional Vigésima del ET.

El desarrollo reglamentario de la nueva DA 20ª ET, se aprobó mediante Real Decreto 1483/2012, de 10 de febrero, (RDC), que regula los procedimientos a seguir en materia de despidos colectivos por razones objetivas en las Administraciones, una de las más importantes novedades, con mayor repercusión práctica introducidas en el ámbito del empleo público, y que mayor conflictividad ha provocado, y que actualmente se ha visto modificado por razón de la declaración de nulidad de algunos de sus preceptos, como veremos.

En relación a los despidos objetivos en el ámbito público por razones económicas, organizativas y técnicas, la nueva regulación mantiene la figura en sí que define el ET, e introduce algunos matices y novedades importantes, entre las que destacan la definición concreta en cuanto a su ámbito de aplicación y en cuanto a la concreción de las causas que los justifican de los despidos objetivos, así como a un procedimiento específico para los despidos objetivos colectivos en el sector público, que luego comentaremos.

3.3.3. Ámbito de aplicación de los despidos objetivos.

Para empezar es preciso detenernos en su ámbito de aplicación, por ser particular, y más amplio que el que estudiamos en relación al del EBEP.

La Disposición Adicional 20ª del ET, según redacción introducida por la Ley 3/2012, (actualmente DA 16ª del nuevo TRET), extiende la posibilidad de utilizar los despidos objetivos tanto al “Sector Público administrativo”, como al “Sector Público empresarial”, si bien diferencia la aplicación técnica según se trate de uno u otro ámbito.

La singularidad del estatuto, e intereses del “Sector Publico Administrativo” es la razón que explica el hecho de que el legislador apruebe un régimen específico y novedoso en materia de despidos objetivos y despidos colectivos, descrito en los apartados 2º y 3º de la Disposición Adicional 20ª del ET (actualmente Disposición Adicional 16ª del TRLET).⁴⁶⁶

El ámbito del “Sector Público Administrativo” que al “personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del Sector Público de acuerdo con el artículo 3.2⁴⁶⁷ del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”.

⁴⁶⁶ Chaves García, J.R., “La necesaria prevención del despido colectivo en las Administraciones Públicas”. Revista Jurídica de Castilla-León, núm. 37, septiembre 2015.

⁴⁶⁷ Art. 3, 2. RDLg. 3/2011, TRLCSP. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de **Administraciones Públicas** los siguientes entes, organismos y entidades: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, y Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. b) Los Organismos autónomos. c) Las Universidades Públicas. d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: 1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o 2.ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. Letra f) del número 2 del artículo 3 suprimido por Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (desaparecen por tanto la órganos constitucionales del Estado y de los Estatutos Autonómicos). g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

No obstante la referencia a la Ley de Contratos del Sector Público, en algunos supuestos surgen problemas para determinar la inclusión o no, de algunos entes públicos, que vienen siendo resueltas por los Tribunales. Así sucedió, por ejemplo con el Ente Público de Radio Televisión de Madrid, que se declaró excluido del concepto de Administración a estos efectos (STS (Sala 4ª), de 26 de marzo de 2014. Rec. 158/2013).

Sobre este particular debemos tener presente la nueva Ley 40/2015 de 2 de octubre, que aprueba la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016), que en al describir su ámbito subjetivo⁴⁶⁸ en su artículo 2. 3, reserva la condición de “ *Administraciones Públicas a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público*”... “*vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas*”. Esta nueva regulación si bien parece más restrictiva, entiendo que realmente no modifica en esencia el concepto de Administraciones Públicas que marcaba la regulación anterior, si bien sí diferencia esta del denominado sector público institucional.

⁴⁶⁸ Ley 40/2015, LRJSP. Art. 2, Ámbito subjetivo.1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración Local. d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional se integra por: a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas. b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley.

3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2.

El resto de entes, organismos y entidades que forman parte del denominado “Sector Público empresarial y fundacional”, es decir las entidades comprendidas en el art. 3.1 del RDLg. 3/2011, que no tienen la condición de Administraciones Públicas, (como son las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por la Administración Pública, los consorcios, las fundaciones y entidades públicas empresariales), se registrarán, como cualquier empresa privada, por las normas laborales generales de los despidos objetivos colectivos, en “los artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, y sus normas de desarrollo”, con algunos matices pero más bien testimoniales, como la limitación de estos a su desarrollo “en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones”⁴⁶⁹ (DA 16ª TRLET). En definitiva, su régimen para proceder a los despidos objetivos será igual que el de cualquier empresa privada, si bien con los límites presupuestarios que rigen en el ámbito del Sector Público, y algunas exigencias añadidas en materia de procedimiento en caso de tratarse de despidos colectivos-.⁴⁷⁰

3.3.4. Concreción de las causas económicas, técnicas y organizativas que justifican los despidos objetivos (y colectivos) en el sector público.

Es particularmente relevante la modificación introducida por la Ley 3/2012, en cuanto a la concreción y adaptación al ámbito del sector público de

⁴⁶⁹ Sobre esta referencia a “los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria”, me parece interesante la observación del profesor Chaves García, que ve “más allá de la justificación confesa del legislador, encierra una sutil remisión a la provisionalidad del régimen y su sumisión a lo que se pueda disponer por la legislación de emergencia económica que, a golpe de Decreto-Ley y Leyes de medidas, están dando respuesta a las exigencias del crisis económica”.

⁴⁷⁰ ROQUETA BUJ, R. “Jurisprudencia reciente sobre el despido colectivos en las Administraciones Públicas” Revista Trabajo y Derecho, Nº 1, enero 2015. Sin embargo, al serles de aplicación también lo previsto en la LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria, en cuanto a la documentación que deberán aportar en el procedimiento de despido, se les exigirá además de lo establecido en el Reglamento, una “memoria explicativa de las causas del despidos y su relación con los principios de la LO 2/2012, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que hace referencia” (art. 38, a) RDC).

las posibilidades de uso que abarcan las causas económicas, organizativas y técnicas⁴⁷¹ del art. 51 ET, que en el ámbito de las Administraciones Públicas se regulaba en la Disposición Adicional Vigésima del E.T, (actualmente en la Disposición Adicional decimosexta del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, RDLg. 2/2015, de 23 de octubre).

Antes de pasar al análisis de las causas legalmente establecidas y su interpretación judicial, quiero recordar que el artículo 51 ET fue uno de los preceptos señalados en el recurso de inconstitucionalidad presentado partido socialista e izquierda plural frente a la Ley 3/2012, que aprobó la reforma del mercado laboral. Se alegaba por los recurrentes que la definición de las causas, por su indefinición “*vulnera tanto el derecho a no ser despedido sin una justa causa (art. 35.1 CE), como el derecho a un control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE)*”.

El TC en su sentencia de 22 de enero de 2015, desestimó el recurso frente a dicho precepto por no considerar que la nueva redacción del art. 51 ET pudiera ser calificada como inconstitucional. Afirmaban que no consagra un despido colectivo no causal o *ad nutum*, sino que, al contrario, determina unas causas económicas, organizativas, técnicas o de producción que podrán justificar posibles despidos, sin perjuicio de su control judicial, que deberá extenderse tanto sobre la concurrencia de la causa, -que deberá acreditar el empresario-, como sobre la razonabilidad de la decisión.

Dicho esto, pasamos a analizar dichas causas justificativas, -que recordemos son de aplicación tanto para los despidos objetivos individuales, como para los despidos colectivos, en el ámbito del sector público-.

En concreto se considerará que concurren:

a) Causas económicas “...cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la

⁴⁷¹ Las “causas de producción” se mencionan en la norma, pero de hecho no se desarrollan, por lo que podemos entender que quedan excluidas, por razón de no ser propias del ámbito de la Administraciones, cuyo objeto no es producir sino prestar servicios.

insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos” (Disposición Adicional 20ª ET).

Pues bien, el art. 35.3 RPDC en desarrollo de este punto de la Disposición Adicional 20ª del ET, establecía que se consideraría justificada la existencia de insuficiencia presupuestaria cuando concurriesen las siguientes circunstancias:

- *“Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y*
- *Que los créditos del Departamento de transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 % en el ejercicio corriente o en un 7 % en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria.”*

A la vista de este y otros artículos del reglamento de desarrollo, los sindicatos más representativos Comisiones Obreras y Unión General plantearon recurso contencioso-administrativo. Como resultado de dicho recurso, se dictó Sentencia por la Sala Tercera, Sección cuarta, de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 19 de mayo de 2015 (Recurso número 836/2012, ponente señor Díez-Picazo Jiménez), por la que se declara la nulidad del apartado primero de la disposición final 2ª del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, que aprobó el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, así como del siguiente pasaje del art. 35.3 del mismo Real Decreto.

Esta sentencia, estimatoria parcialmente del recurso, declaró la existencia de una regulación reglamentaria *ultra vires*, por la extralimitación en el contenido del reglamento en esta materia, que además no concreta qué deba entenderse por insuficiencia presupuestaria “sobrevvenida y persistente”, a fin de determinar la existencia de causas económicas justificativas de despido

colectivo cuando la empresa es una entidad de las contempladas en el artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Estado.⁴⁷²

En concreto, el artículo 35.3 del Reglamento introduce dos criterios para determinar si hay insuficiencia presupuestaria: el déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior, y la minoración de créditos en un 5% en el ejercicio corriente o en un 7% en los dos ejercicios anteriores. Para el Supremo, seguramente ambos criterios pueden reflejar situaciones de insuficiencia presupuestaria (es decir, situaciones en que no se dispone de una previsión de ingresos suficiente para atender los servicios públicos).

Si bien la sentencia manifiesta: *“lo que la norma legal de referencia – esto es, la original disposición final 20ª del Estatuto de los Trabajadores – configura como causa justificativa del despido colectiva no es la mera insuficiencia presupuestaria, sino la ‘insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente’.*

Pues bien, para el Supremo, *“esta importante adjetivación está literalmente ausente en el art. 35.3 del Reglamento y, sobre todo, este precepto reglamentario no responde a la exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea persistente: el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia; y en cuanto a la minoración de créditos, aun cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella”.* Para el Supremo, *“seguramente estos dos criterios reglamentarios reflejan situaciones de insuficiencia presupuestaria, pero los términos que utiliza no son coherentes con la norma legal que desarrolla”* (es decir, con la Disposición Adicional 20ª del anterior texto del ET), que como hemos dicho exige que la causa justificativa del despido.

⁴⁷² Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración Local, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, organismos autónomos, Universidades públicas, Diputaciones Forales y Juntas Generales del País Vasco, y diversas entidades de derecho público.

De esta forma se considera por el alto tribunal que el precepto reglamentario *“no responde a la exigencia legal”* y *“...el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia; y en cuanto a la minoración de créditos, aun cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella”*. Más aun, *“este criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo, - como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados- sustituyéndolo por un dato puramente formal”*.

En definitiva, la nulidad del art. 35.2 tras la publicación en el BOE de la sentencia deja un vacío todavía no cubierto, y de esta forma dificulta, sin duda, la aplicación de las causas económicas para proceder a despidos objetivos en las Administraciones. Téngase en cuenta que su planteamiento es en términos de conceptos jurídicos indeterminados, (menos en cuanto a la *“persistencia de la insuficiencia presupuestaria”*, que se deduce que será los tres trimestres consecutivos), que obligarán a las Administraciones a hacer un esfuerzo mayor en cuanto a pruebas y motivación de la decisión extintiva por causas económicas.

En todo caso varias dudas rodean a la configuración legal de esta causa de extinción. Por ejemplo el hecho de que las Administraciones sean las que confeccionan y aprueban sus presupuestos, de tal forma que podría darse la circunstancia de que la propia Administración llegue a “generar” o provocase la existencia de causa económica en su ámbito⁴⁷³. En mi opinión la nulidad del art. 35.2 RD 1483/12, precisamente lo que supone es la minoración de este potencial peligro⁴⁷⁴.

⁴⁷³ “... la consideración teóricamente objetiva se convierte subjetiva porque la capacidad de articularla corresponde íntegramente a aquel que luego puede pretextarla para justificar la situación de déficit”. Palomar Olmeda, A. En el mismo sentido De Sande Pérez de Bedmar, M.

⁴⁷⁴ STS (Sala Tercera. Sección Cuarta), 19 de mayo de 2015 (Rec. 836/2012), ponente Sr. Díez-Picazo Jiménez...”este criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo, (como es la imposibilidad de financiar el servicio público encomendado), sustituyéndolo por un dato puramente formal”.

No obstante las revisiones judiciales de los motivos económicos serán la clave para evitar maniobras en relación a este resbaladizo tema, y el elemento clave para interceptarlas será la exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea “sobrevenida” y extendida en el tiempo, entendiendo según el tenor literal de la palabra, que necesariamente conlleva un elemento extraordinario no previsible, o vinculada a elementos imprevisibles, como puedan ser un incremento en los gastos no previsto, u objetivos de ingreso que no se cumplen.⁴⁷⁵

También es poco concreta la norma (tanto la ley como la reglamentaria anulada), en relación a la determinación de la extensión del presupuesto deficitario, que la norma solo refiere “*para la financiación de los servicios públicos correspondientes*”. En este sentido, opino como el profesor Chaves García, que debería exigirse la correlación entre las partidas presupuestarias afectadas por la situación deficitaria y el capítulo de personal, porque si los errores o descuadres presupuestarios suceden en relación a otros gastos, tendría que recortarse en esos capítulos ajenos a personal antes que proceder a aplicarlos a éstos.

Otra duda que se plantea a nivel doctrinal es la posibilidad de plantear la insuficiencia presupuestaria cerca de la finalización del año natural para el que está previsto dicho presupuesto⁴⁷⁶. Es decir, que en rigor para poder plantear la insuficiencia presupuestaria persistente debería plantearse esta en el primer trimestre del año, porque más adelante jugamos con tiempos que pasan al siguiente presupuesto, que no puede descartarse como potencialmente mejor.

Analizando la jurisprudencia sobre este tema observamos que el Tribunal Supremo matiza el concepto de “insuficiencia presupuestaria,” más que limitándose a valorar si existen reducciones en el presupuesto asignado a las Administración, o si existen pérdidas, (que normalmente existen y se

⁴⁷⁵ “De la definición legal se desprende que la expresión “sobrevenida” hace referencia a la concurrencia de circunstancias que no fueron tomadas en cuenta cuando se aprobó el presupuesto”, STSJ de Andalucía, de 25 de octubre de 2012.

⁴⁷⁶ LOPEZ PARADA, R. y CHAVES GARCÍA, J.R.

acreditan sin dificultad), valorando la proporcionalidad de la medida adoptada con la situación económica (así se pondera la entidad de la decisión extintiva adoptada, el número de trabajadores afectados, los sueldos de los que quedan...). El TS llega a declarar algunos despidos colectivos no ajustados a derecho por entender que la causa económica que se esgrime no está bien ponderada y la medida adoptada no es adecuada, ni razonable con la causa económica alegada⁴⁷⁷.

De esta forma “*cualquier situación económica negativa*” no basta para justificar despidos colectivos, y que pese a haberse acreditado la situación económica de pérdidas y una dotación presupuestaria inferior, considera que una situación de disminución del presupuesto, o negativa, no siempre equivale a una situación económica negativa.⁴⁷⁸ No es solo la situación de pérdidas el referente para calificar como ajustada a derecho la decisión extintiva sino la situación de la empleadora, la situación presente y las perspectivas de mejora, o no.

b) Se considerará que concurren circunstancias técnicas, cuando se produzcan cambios, “*entre otros, en el los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate*”.

En este aspecto la causa no difiere de la que rige para los despidos objetivos en el ámbito privado. Se trata de una causa vinculada a decisiones o estrategias de la propia empresa, que de forma voluntaria introduce nuevos instrumentos o medios de trabajo que le llevan a no necesitar la misma mano de obra que hasta entonces.

⁴⁷⁷ STS de 23 de septiembre de 2014, STS de 18 de febrero de 2014.

⁴⁷⁸ STS de 26 de marzo de 2014.

En este mismo sentido: STSJ de Madrid, de 9 de abril de 2013: Manifiesta que la justificación del despido por causas económicas tiene que realizarse a través de tres pasos: *a) Acreditar la existencia de una situación económica negativa; b) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo en la medida en que aquella provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo; c) Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.*

En este sentido en algunas sentencias se hace referencia a la posibilidad de reducir partidas presupuestarias prescindibles, a fin de evitar despidos (STSJ Galicia de 2 de mayo de 2013).

En todo caso se deberá acreditarse por el empleador la relación causal entre estos cambios y el exceso de mano de obra, y al igual que en las demás causas de este tipo, la relación de adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva para solventar el problema.

c) Concurrirán las denominadas causas organizativas cuando se produzcan cambios, *“entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”*. La fórmula que usa el legislador es muy abierta, pudiendo caber en esta causa de despido objetivo innumerables decisiones del empleador, que en todo caso tendrán que tener un efecto común: la sobrante en la plantilla con la que se contaba hasta el momento.

La reforma laboral de 2012 flexibilizó de forma notable los requisitos exigidos para admitir este tipo de despidos, (siendo mayor aún en el ámbito de las causas organizativas y técnicas, para las Administraciones por no incluir ningún matiz, como sí se hace en las causas económicas). En todo caso en estos supuestos también la jurisprudencia exige la existencia de juicio de razonabilidad en la medida que se pretende adoptar por la empresa, para contribuir a mejorar la situación de la empresa o prevenir una evolución negativa mediante una más adecuada organización de los recursos⁴⁷⁹.

Entre los supuesto calificables como causas organizativas parecen que ser aceptables la adopción de decisiones empresariales como la externalización de servicios (exclusivamente mediante la contratación del servicios, porque considero que el uso de Empresas de Trabajo Temporal estaría vetado por el artículo 8 de la LETT), reorganización de servicios, o medidas extintivas ante casos de evidente sobredimensionamiento de plantillas.⁴⁸⁰ Si bien en estos casos debe justificarse la existencia de dificultades, problemas de gestión o similares, que justifiquen la decisión como medida racional en términos de

⁴⁷⁹ No se considera, en cambio, que la reordenación no justifica los despidos si dicha medida no supone un mejor aprovechamiento de los recursos como sucede en una empresa que reduce incrementando la carga de trabajo al resto de la plantilla, con detrimento de su laboral habitual (STSJ Valencia de 9 de septiembre de 2009).

⁴⁸⁰ STSJ de Andalucía (Málaga), de 25 de octubre de 2012: Hace referencia un supuesto en el que el sobredimensionamiento de la plantilla en un Ayuntamiento trae su causa de la subrogación en el personal laboral de las sociedades municipales disueltas.

eficacia de la organización productiva, y no un simple medio para lograr una reducción de costes. Es decir que tendrá que justificarse su adecuación, no valiendo la mera decisión de la Administración de externalizar servicios.⁴⁸¹

También existen dudas sobre si cabe incluir entre estas causas la supresión de servicios o actividades públicas. En mi opinión parece ajustado a derecho el encaje de la amortización de plazas en las causas organizativas, siempre y cuando se justifique como una medida de organización de la actividad de Administración, que lógicamente podrá suprimir o reducir actividades que sean prescindibles o en casos en que la eliminación de la actividad sea incluso necesaria para poder seguir cumpliendo con el resto de sus objetivos adecuadamente. La supresión de un servicio o una actividad no básica, puede ser efectuada por la Administración dentro de su capacidad de organización, siempre y cuando no sean competencias propias e irrenunciables establecidas por Ley.⁴⁸²

De hecho, en la práctica muchos despidos por amortización de plaza se han realizado introduciendo modificaciones en la Relación de Puestos de Trabajo (art. 74 EBEP), de las que se eliminaban puestos concretos, en uso de las competencias y el sentido de instrumento de auto organización que el EBEP les otorga. Si bien, como luego analizaremos, la jurisprudencia ha dejado claro que este mecanismo no exime a la Administración de la necesidad de respetar las reglas que rigen el despido objetivo o subjetivo, (según el número de trabajadores afectados).

Por último, en relación a las causas productivas, entendidas como aquellas que afectan a la empresa en razón de los cambios en la demanda de los productos o actividad, no están previstas para el Sector Público administrativo (art. 3.2 LCS)⁴⁸³, pero sí para el Sector Público empresarial, (es decir, para las entidades financiadas con ingresos obtenidos como contrapartida de prestación

⁴⁸¹ STS de 2 de marzo de 2009 (Rec. 1605/08); STS de 21 de julio de 2003.

⁴⁸² Chaves García, J.R., "La necesaria prevención del despido colectivo en las Administraciones Públicas". Revista Jurídica de Castilla-León, núm. 37, septiembre 2015.

⁴⁸³ STSJ Andalucía (Sede Granada), de 13 de marzo de 2013. "En entidades públicas no puede concurrir la causa productiva dado que un Ayuntamiento no tiene la naturaleza de una empresa y menos privada, que tenga como fin colocar productos en el mercado". En sentido contrario STSJ Asturias de 19 de abril de 2013.

de bienes y servicios⁴⁸⁴). Si bien es una cuestión discutida a nivel doctrinal y jurisprudencial.

En mi opinión no cabe su admisión, porque aceptar este tipo de causas en el ámbito de las Administraciones sería el equivalente a modificar la esencia del concepto servicio público, que no se basa en la rentabilidad de la prestación sino en asegurar la cobertura del interés general⁴⁸⁵, debiendo existir siempre servicios públicos deficitarios, y otros con poca demanda pero igual necesarios, que de contrario, en nuestro sistema de mercado no existirían, -que no es el equivalente a admitir la mala gestión de los mismos-. Además, la proximidad conceptual de las otras causas de extinción hace innecesaria esta causa en el ámbito de la Administración Pública.

Vistas las causas que justifican los despidos basados en razones económicas, organizativas y/o técnicas, debemos añadir que la mera existencia de dichas circunstancias no es suficiente para justificar la decisión extintiva. La jurisprudencia se centra no solo en la existencia de la causa sino también en la ponderación de la misma, es decir que será preciso que se acredite por el empleador que los despidos son la única y mejor solución para la empresa dadas las concretas circunstancias de la empresa⁴⁸⁶.

Realmente aquí está la clave de la flexibilización o no, en la utilización de este tipo de despidos, y realmente no creo que dependa tanto de elementos causales objetivos, -que a la vistas las causas alegables no serán difíciles de justificar-, como de qué se priorice a la hora de valorar la situación por el juzgador, (la priorización de la estabilidad en el empleo, la decisión extintiva como válida en casos de sobredimensión de la plantilla para del mantenimiento del servicio, la aceptación de la amortización de puestos para dar paso a la

⁴⁸⁴ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M. Reformas laborales y Administraciones Públicas. Lex Nova, 2013.

⁴⁸⁵ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M. op. cit. Pág. 126.

⁴⁸⁶ En este sentido existen sentencias que declaran la improcedencia de la medida extintiva al valorar, por ejemplo, que la existencia de una reducción en el presupuesto de no justifica la existencia de desequilibrio financiero, y por tanto no justifica el despido colectivo. Por todas: STSJ de Madrid de 9 de abril de 2013.

externalización de los servicios, como forma de garantizar la viabilidad de la actividad⁴⁸⁷...).

3.3.5. Criterios para la elección del personal objeto de despido individual o colectivo, por razones económicas, organizativas y técnicas en el Sector Público Administrativo.

La selección del trabajador, -o trabajadores en el caso de los despidos colectivos,- que van a ser despedidos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, es una de las cuestiones controvertidas en el ámbito de este tipo de extinciones en el ámbito de lo público.

En el ámbito laboral ordinario la selección de los trabajadores a despedir entran dentro de las competencias de dirección y organización propias del empresario, si bien dicho margen de libertad no es absoluto, existiendo algunas previsiones al respecto que operan en todos los despidos, que son:

Conforme con el principio constitucional de igualdad, se excluye la posibilidad de utilizar criterios discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales en la selección, que darían lugar a la declaración de nulidad del despido (art. 53.4 del ET).⁴⁸⁸

En este punto surgen las primeras limitaciones añadidas para la Administración empleadora que tienen más restricciones a la discrecionalidad de elección que el empresario privado, dado que al principio de igualdad y no discriminación, se suma el artículo 9 CE que establece la interdicción de la

⁴⁸⁷ No obstante, ante supuestos relativamente numerosos en los últimos tiempos de despidos objetivos y colectivos por razones organizativas, con el fin de externalizar servicios, o áreas de actividad, la jurisprudencia exige que dichas amortizaciones de puestos se justifiquen por *“dificultades ya actualizadas y acreditadas y no frente a hipótesis o proyectos de mejora, iniciativas o anticipaciones del empleador, que justificarían otras medidas pero no el despido objetivo o colectivo, sin que la mera decisión de externalización de un servicio no basada en otras dificultades o problemas constituya causa suficiente”*. ALFONSO MELLADO, C. Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública. Bomarzo, Albacete, 2013. Jurisprudencialmente, en este sentido, por todas: STS de 23 de enero de 2008, (Rec. 1758/07), STS de 31 de mayo de 2006 (Rec. 49/2005).

⁴⁸⁸ La selección del trabajador afectado por el despido objetivo o colectivo corresponde al empresario, y su decisión solo podrá ser revisable por los órganos jurisdiccionales en caso de fraude de ley o abuso de derecho. STS de 15 de octubre de 2003.

arbitrariedad de los poderes públicos. Esto se traduce en la necesidad de motivación en cuanto a la selección del trabajador seleccionado de cara a la decisión extintiva, debiendo basarse la elección en criterios de razonabilidad y coherencia con el objetivo marcado por la decisión de despedir, si bien la valoración de la adecuación de estos dependerán en parte de la valoración que se haga judicialmente en cada caso, dado que no existe una regulación taxativa al respecto, como ahora comentaremos.

Las reglas que en materia de selección del personal existen para el personal laboral de las Administraciones Públicas, son las comunes que rigen estos mismos despidos en el ámbito privado y una particular para el sector que nos ocupa. En concreto las siguientes:

Conforme con las previsiones contenidos en el ET y la LOLS, se deberá respetar la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores (art. 52.c) y 68 ET, 10.3 LOLS y art. 13 RDC), y los trabajadores integrantes de los servicios de prevención y delegados de prevención (arts. 30.4 y 37 LPRL). No obstante dicha prioridad puede quebrar en casos puntuales, de tal forma que no se entienden infringido el derecho de permanencia si de entre los trabajadores de un mismo grupo profesional el único que existe, y que puede ser despedido tiene la condición de representante de los trabajadores o delegado sindical⁴⁸⁹.

Por otra parte el art. 51.5 ET, acepta la posibilidad de que en los convenios colectivos o en acuerdo alcanzado en el periodo de consultad (para los colectivos), se puedan establecer criterios de *“prioridad de permanencia a favor de otros colectivos, como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”*.

Por último, existe una previsión que rige o condiciona, la elección en el supuesto de despidos objetivos por causas económicas, organizativas y técnicas en las Administraciones. Se introdujo con la nueva regulación prevista para este ámbito, en el párrafo final de la Disposición Adicional Vigésima del ET, que prevé la *“prioridad de permanencia del personal laboral fijo, que*

⁴⁸⁹ STS, (Sala 3ª), de 6 de abril de 2015, (Rec. 1652/2013).

hubiere adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades en que se produzca el despido”.

Con esta fórmula se intenta garantizar la estabilidad en el puesto a los laborales que lo son por la vía legal y ordinaria, frente a los “*indefinidos no fijos*”⁴⁹⁰, que como vimos, carecen de un vínculo laboral normalizado, quedando de esta forma expuestos en primer lugar, junto con los temporales, a las posibles medidas extintivas por razones económicas, técnicas u organizativas.

Sin embargo la frase final “*....cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades en que se produzca el despido*”, deja claro que no es una imposición, sino una posibilidad, -sin perjuicio de la necesidad de motivación y justificación por razones de interés público, además de la prohibición de discriminación antes comentadas-.

El art. 41.2 RDC, hace algo más efectiva, -al menos potencialmente-, esta previsión, al establece que las “*Secretaría de Estado de AA.PP. o autoridades equivalentes en las CC.AA., podrán establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimiento que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos*”... Es decir, estableciendo la posibilidad de que desde la propia Administración se asuma y acuerde la prioridad de permanencia “*para el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad*”...(art. 41.1 RDC)⁴⁹¹.

En todo caso no existen unas reglas legalmente establecidas para la selección, habiendo propuestas diversas por parte de la doctrina que van desde la sugerencia de aplicar los sistemas previstos la carrera profesional

⁴⁹¹ Roqueta Buj, R., La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012. Tirant lo Blanc. Valencia, 2012. La autora denuncia la inconcreción de la norma, que solo otorga el derecho de permanencia al personal fijo sin distinguir según el sistema de acceso al puesto, igualando la desigualdad, igual que no se concreta el ámbito de aplicación de la prioridad de permanencia.

horizontal de los funcionarios, es decir la evaluación del desempeño, (art. 20.5 EBEP), hasta posibles criterios ordenadores que situarían en primer lugar, la extinción de los contratados temporales, en segundo lugar los trabajadores indefinidos no fijos, en tercer lugar los trabajadores que ocupen puestos de trabajo a suprimir, en cuarto lugar, los resultados obtenidos por los trabajadores en la evaluación del desempeño o, en su caso en la puntuación alcanzada en el concurso de provisión de puestos de trabajo o de acceso y por último la antigüedad en el puesto; también existen voces que apuesta por valorara la adecuación al puesto del trabajador y los méritos en su desempeño.⁴⁹²

También se ha utilizado en algunos casos el criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años para seleccionar a los afectados en un despido colectivo. Sobre este particular el Tribunal Constitucional (STC 66/2015, de 13 de abril), considera que no supone una discriminación por razón de la edad, al concurrir exigencias de justificación y proporcionalidad, y siempre que vaya acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos derivados de la situación de desempleo (convenio especial, mejoras voluntarias de la prestación de desempleo, o similares...).

En definitiva, la inexistencia de regulación en relación a los criterios para la selección de los afectados, y el hecho de que en la mayoría de las Administraciones no se cuente con un sistema de evaluación del desempeño complica este aspecto de los despidos objetivos y colectivos, por este motivo resulta clave el papel de la negociación colectiva, y la fase de consultas en el caso de los despidos colectivos. Sería deseable contar con una regulación al efecto, que facilitaría la toma de la decisión y evitaría las ahora constantes revisiones judiciales por esta causa.

Eso sí, en el momento en que se establezcan dichos criterios, los despidos que se realicen sin respeto a los mismos serán declarados nulos, sin perjuicio de que sea un despido objetivo o colectivo, (si bien en estos últimos la nulidad

⁴⁹² Roqueta Buj, R., La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012. Tirant lo Blanc. Valencia, 2012. Ribes Moreno, M.I. “Los criterios de selección del personal afecto a despidos colectivos en las Administraciones Públicas”. Comunicación XXXIII Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

solo afectará al trabajador que no cumpla con dichos criterios, no al despido colectivo en su totalidad, conforme con el art. 124.13, b) 3º LJS).

3.3.6. Requisitos formales para proceder a los despidos objetivos individuales y colectivos en el Sector Público Administrativo.

Un aspecto también relevante en este tipo de despidos, son los requisitos formales legalmente exigidos, que son coincidentes en algunos puntos con los despidos colectivos, y en otros diferentes, (debiendo recordar que por individuales se entienden también aquellos que afectan a varios trabajadores, pero cuyo número no alcanza el umbral que marca el art. 51.1 1º del ET, para poder calificarlos como colectivos).

Los despidos colectivos son los que realmente presentan un procedimiento particular, más complejo y garantista, frente a los individuales que, se salvo alguna particularidad, se regulan conforme al régimen común del despido establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

En todo caso, en ambos supuestos, una vez aceptada y regulada la posibilidad de despido por razones económicas, organizativas y técnicas en las Administraciones Públicas, se añade a la condición previa de existencia de causa suficiente para que se produzcan, el requisito formal o exigencia de proceder a la supresión del puesto o puestos de trabajo afectados en la Relación de Puestos de Trabajo o en la plantilla anexa al presupuesto, debiendo motivarse dicha decisión, y preferiblemente incluyendo la negociación de dicha modificación dentro de la Planificación de Recursos Humanos que sigue estando vigente.⁴⁹³

⁴⁹³Ciertamente el art. 69 EBEP plantea los Planes de Ordenación de Recursos Humanos como potestativos, pero en el caso de despidos colectivos, hay autores que defienden la inexcusabilidad de aprobación de Planes de Empleo o de RRHH, como condición previa para proceder a dichos despidos, con base en el principio de buena administración.

En este sentido, CASTILLO BLANCO, F. "Requisitos para la aplicación de medidas de ajuste en el sector público local: la necesaria aprobación de un plan de empleo para proceder a despidos colectivos". En su opinión debe deberá "*acreditarse en un expediente previo administrativo que deberá justificar que no puede adoptarse otras medidas, como supresión de servicios no obligatorios, reestructuración de jornadas, reducción salarial o supresión de fondos sociales..*"

Personalmente creo, que si bien conforme con el literal de la norma no hay duda sobre la inexistencia de obligación legal de aprobar dicho Plan de Ordenación (que de *lege ferenda* sería preciso su reconocimiento como obligatorio en todas las Administraciones), si es cierto que debería ser un elemento indiciario a valorar por los jueces a la hora de apreciar la procedencia o no de la decisión extintiva por razones objetivas, -entre otros-, el hecho de que se haya realizado dicha modificación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos, del que se deduzca lo razonable y justificado de la medida extintiva. Esto obligaría a las Administraciones a negociar posibles medidas alternativas al despido, que si bien en los Despidos Colectivos son más habituales al existir en el procedimiento una fase de consultas obligada, en los individuales no lo son tanto.

Para los casos de despidos individuales por causas económicas, organizativas técnicas o de producción, como hemos adelantado, tenemos que atender a lo estipulado en el artículo 53 ET, en materia de requisitos formales, que suma previsiones particulares para este tipo de despidos objetivos, junto con las reglas comunes al resto de despidos:

- ✓ La Comunicación escrita al trabajador afectado, expresando debidamente la causa o causas que motivan la decisión extintiva, conforme a lo establecido en la ley.
- ✓ Si el trabajador despedido es representante legal de los trabajadores o delegado sindical tendrá que abrirse expediente contradictorio, en el que deberán ser oídos el propio interesado y los demás miembros de los órganos de representación, si los hubiese.
- ✓ Si el trabajador es afiliado de algún sindicato y al empresario le consta esta circunstancia, se deberá dar audiencia previa al despido a los delegados sindicales de la sección sindical de su sindicato.

Seminario de actualización de la función pública local. Federación de Municipios de Cataluña, 2012.

- ✓ La puesta a disposición, simultánea a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.
- ✓ Excepcionalmente, para los casos en que la extinción se funde en causas económicas del art. 52, c) ET, se acepta que no se aporte la cantidad correspondiente a la indemnización por las dificultades económicas existentes en la empresa, pero deberá hacerse constar así en la notificación, y deberá hacerse efectivo en todo caso en el momento de producirse la extinción de la relación laboral.
- ✓ La concesión de un preaviso de 15 días, computado desde la entrega de la comunicación, hasta la extinción del contrato. No obstante se acepta la sustitución de dicho preaviso por su abono junto con la indemnización y liquidación contractual.
- ✓ Desde la notificación de la extinción el trabajador contará con un permiso de 6 horas semanales a fin de poder comenzar a buscar nuevo empleo.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que olvidar que en cada caso se deberá atender a lo preceptuado en el Convenio Colectivo que se de aplicación, puesto que en algunos se estipulan exigencias adicionales que, en su caso, habrán de respetarse.

En el supuesto de incumplimiento de alguno o todos los requisitos formales expuestos, el despido objetivo que se impugne por el trabajador será declarado improcedente. No obstante, la *“no concesión del preaviso establecido o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinan la improcedencia del despido”*, en estos casos el empresario pagará los salarios correspondientes a los días de preaviso no respetado, y se abonará la indemnización correcta (art. 53.1, 4º *in fine* del ET).

3.3.7. La impugnación y calificación de los despidos objetivos por razones económicas, organizativas y técnicas.

La impugnación de los despidos objetivos individuales se tramitará conforme a las normas previstas para la modalidad procesal especial para despidos por causas objetivas, regulado en los artículos 120 a 123 de la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social.

Sin embargo podemos encontrarnos con la impugnación individual de un despido colectivo, en cuyo caso se aplicarán las reglas del procedimiento para extinciones por causas objetivas más las particularidades previstas en el art. 124.13 LJS, para estos supuestos.

Así pues nos encontramos con dos posibles escenarios: la impugnación de un despido objetivo por razones económicas, organizativas y técnicas, y los despidos colectivos que sean impugnados individualmente. Estos últimos a su vez diferenciamos dos escenarios: aquellos que concurren con la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, (para los que la ley establece unas reglas específicas, que se comentará en el siguiente epígrafe), y aquellos que impugnan la decisión sin que se haya planteado demanda de despido colectivo, (que se regirán por las normas antes indicadas).

En todo caso, antes de estudiar las particularidades en cada caso, debemos señalar que es regla común a todos ellos (incluidos los colectivos), el que la demanda de despido deba ser planteada por el trabajador afectado, en el plazo de caducidad de 20 días hábiles, siguientes a la fecha de efecto de la extinción, o a su comunicación (art. 124.6 LJS). Si el despido no se impugna en dicho plazo la decisión extintiva deviene firme.

También existe identidad en materia de calificación de los despidos colectivos con el de los despidos disciplinarios, salvo las particularidades que derivan del hecho de que se trate de un despido no imputable al trabajador y que genera el derecho a ser indemnizado (art. 53.5 ET).

Así, de la revisión judicial de la decisión extintiva podrá resultar la calificación de ésta como procedente, (si se cumple con los requisitos formales y de fondo, es decir, las causas legales de despido objetivo). Pero la primera particularidad que afecta a los despidos objetivos se regula en el art. 53.5, a), que establece el derecho del trabajador “a la indemnización prevista en el

apartado 1 del art. 53 ET, -es decir los 20 días por año con un máximo de 12 mensualidades-, en caso de declaración de procedencia, y *“se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable”*.

En caso de que el empresario opte por la readmisión ante la declaración de improcedencia del despido, el trabajador deberá de reintegrarle lo percibido en concepto de indemnización (art. 53.5 b) ET).

Declaración del despido como improcedente, (cuando no se acredite suficientemente la causa en la que se basó la decisión extintiva, o/y en el caso de no respetarse los requisitos formales antes tratados), y con la consecuente opción para la Administración empleadora entre indemnización establecida para los despidos improcedentes (art. 56 ET), o la readmisión, -pese a la dudosa legalidad de la aplicación de la figura de la improcedencia para las Administraciones Públicas, tal y como veíamos en el epígrafe anterior, que argumentaba el profesor Sala-.

Declaración de despidos nulo, con inmediata readmisión inmediata del trabajador afectado a su puesto de trabajo (art. 55.5 y 6 ET). Procede tal calificación cuando se declare probada la existencia de discriminación, vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, cuando el despido se haya realizado en fraude de ley al haberse procedido a un despido objetivo individual cuando procedía en derecho la aplicación de las normas correspondientes para los despidos colectivos, -art. 51.1, párrafo final ET-, o cuando la decisión extintiva alegando causas objetivas esté relacionada con el embarazo, o permisos y excedencias por maternidad, *“salvo que, en estos casos, se declare al procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo, o el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”*).

Otra previsión específica en materia de nulidad que afecta a los despidos colectivos, es el que vela por el cumplimiento de los principios de permanencia. En concreto el artículo 124, 13, b), 3ª LJS prevé que *“será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas”*. Si bien,

“esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia”. Es decir que se tutela a los trabajadores a título individual que sufran esta circunstancia, pero sin que dicha irregularidad afecte al despido colectivo en sí.

3.4. El procedimiento de despidos colectivos en las Administraciones Públicas.

3.4.1. Introducción.

En el ordenamiento laboral constituyen “*despidos colectivos*” aquellos que se producen por concurrir causas económicas, organizativas o de producción (es decir, los despidos por causas objetivas), pero que afectan a un número determinado de trabajadores. El elemento cuantitativo de esta modalidad de despido objetivo es el que determina que tenga una regulación específica, y que el procedimiento para proceder a los mismos sea más exigente que el despido objetivo considerado individual (por serlo, o porque afecta a un grupo de trabajadores que no llega al umbral que marca la norma para considerarlos como colectivos, que en cambio se considerarán, como hemos visto, despidos objetivos).

La aplicación de esta modalidad de despido en el ámbito de las Administraciones era un elemento de discrepancia doctrinal, dado que la regulación original no hacía ninguna mención a su posible aplicación en el ámbito de las Administraciones Pública. Así, existían muchas reticencias tanto jurisprudencialmente, como doctrinalmente, sobre su aplicación en las Administraciones dado que, ciertamente, la regulación de estos despidos estaba pensada para las empresas privadas que actúan en el mercado, y que por tanto sufren las consecuencias de la existencia de pérdidas y ganancias, y la necesidad de adaptar su actividad a la evolución de los mercados.

Esta circunstancia cambia con la reforma laboral del año 2012, que realmente cambia el modelo de despidos colectivos en nuestro ordenamiento, introduciendo importantes novedades sobre la regulación de los despidos

colectivos en general,⁴⁹⁴ y haciendo referencia por primera vez a la reglas particularidades para la aplicación de los despidos objetivos en el ámbito del Sector Público⁴⁹⁵, terminando de esta forma con las disputas doctrinales sobre la aplicación o no, de la figura en las Administraciones (pero abriendo otras muchas en cuanto a su aplicación práctica).

Dicho lo anterior, y antes de comenzar el análisis del procedimiento de despido colectivo, me remito por ser de aplicación al régimen jurídico de los despidos colectivos, a todo lo expuesto anteriormente al tratar el despido objetivo en cuanto al ámbito de aplicación, causas justificativas de la medida extintiva y la concurrencia de impugnación individual y colectiva.

3.4.2. Actual regulación del procedimiento de despido colectivo en el Sector Público.

El artículo 51 del ET, es el precepto que regula la base de los despidos colectivos de trabajadores para el sector privado y el sector público, si bien su contenido se complementa con lo establecido en la Disposición Adicional Vigésima, (RDL 3/2012), que realmente es la que introduce unas reglas especiales para los despidos objetivos (singulares o colectivos), matizando el contenido de las causas económicas, organizativas y técnicas que pueden justificar este tipo de despidos, y estableciendo la posible primacía de permanencia para el personal laboral fijo (en el texto definitivo de la DA 20ª por Ley 3/2012). A esta regulación se añade el Reglamento de Despidos Colectivos, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 20 de octubre (RDC).

La nueva regulación de los despidos colectivos ha sido objeto de algunas modificaciones que se introducen a la vista de fallos observados en la práctica. Estos retoques afectan principalmente a aspectos procedimentales del

⁴⁹⁴ RODRIGUEZ PIÑERO ROYO, M. “*La tramitación de los Despidos Colectivos en el Sector Público Administrativo*”. Revista Jurídica de Castilla-León. Núm. 37. Septiembre 2015. Principalmente la concreción de las causas que lo justifican, y la eliminación de la autorización administrativa previa, pasando de ser un procedimiento administrativo, a una decisión empresarial procedimentada.

⁴⁹⁵ Disposición Adicional 20ª, -actual D.A. 16ª del nuevo Texto Refundido del ET, aprobado por RDLg 2/2015, de 23 de octubre-, y RD 1483/2012, de 29 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y suspensión de contratos y reducción de jornada.

procedimiento común, (que finalmente también afectan a los despidos colectivos en las Administraciones por serles de aplicación)⁴⁹⁶. En concreto se introducen mediante RDL 11/2013, de 2 de agosto, que restringe la posibilidad de revisión del despido colectivo por despidos individuales de los trabajadores afectados, y la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que introduce una nueva regulación del periodo de consultas.

Se ha de advertir que realmente la nueva regulación de los despidos colectivos para el Sector Público no es muy diferente del procedimiento general, que de hecho es de aplicación en todo lo que no se oponga a la regulación especial (art. 34.5 RDC), -siendo mayores las diferencias en relación a las causas que los justifican y a los criterios de permanencia a la hora de seleccionar a los trabajadores-.

Además, como vimos, se ha de diferenciar como hace la norma, entre el Sector Público empresarial, (que se rige por las mismas normas que el privado, art. 34.3 RDC), y el Sector Público Administrativo, que sí cuenta con su propia regulación prevista en el Título III del RDC, pero que como vamos a comprobar, *de facto* es prácticamente igual a la regulación común.

3.4.3. Presupuesto objetivos del Despido Colectivo: su determinación cuantitativa.

La redacción del artículo 51 del ET viene dada, (como no puede ser de otra forma), conforme con la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998⁴⁹⁷, que marca los criterios cuantitativos mínimos, en cuanto a número de despidos en un periodo de tiempo para determinar la existencia de los despidos colectivos, si bien como seguidamente comentaremos, actualmente matizados por la

⁴⁹⁶ RODRIGUEZ PIÑERO ROYO, M. “La tramitación de los Despidos Colectivos en el Sector Público Administrativo”. Revista Jurídica de Castilla-León. Núm. 37. Septiembre 2015. Pág. 9.

⁴⁹⁷ Art. 1.2. b) de la Directiva 98/59/CE indica que ésta no será de aplicación “a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)”. Si bien en nuestro particular caso se aplica por remisión de su regulación particular (DA 20ª ET y RDC).

reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016 (Recurso 848/2016), que conforme con la Directiva 98/59CE, modifica el criterio de “empresa”, y lo cambia por el de “centro de trabajo”, como unidad de referencia para el cómputo de los trabajadores que determinarán si existe o no despido colectivo.

El artículo 51 ET, como ya se indicó, es de aplicación también a los empleados públicos laborales, si bien el artículo 35.1 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, concreta la forma de cómputo para el personal laboral del Sector Público Administrativo, -que como ya vimos, es el que se encuentra “*al servicio de los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre)*”. En concreto, recordemos que el concepto de Administración Pública en sentido estricto abarca a: La Administración General del Estado, Administración de las CC.AA., y entidades que integran la Administración Local, entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, Organismos autónomos, Universidades Públicas, entidades de derecho público con funciones de regulación o de control sobre un determinado sector o actividad, entidades de derecho público cuya actividad principal no sea la producción en régimen de mercado de bienes y servicios, o que no se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes o prestación de servicios.⁴⁹⁸

Los criterios cuantitativos que marca el legislador para entender que estamos ante un despido colectivo, combina número de trabajadores afectados y periodo de tiempo en que se producen los despidos, de forma similar a los despidos colectivos ordinarios, pero con distintas unidades de referencia para el cómputo del número de trabajadores en uno y otro ámbito. Estos criterios para el personal laboral de las Administraciones son:

⁴⁹⁸ “A efectos de determinar si una entidad se financia mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, se tendrá en cuenta, según la DA 3ª del RDC, que “la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de *Hacienda*. En caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la solicitud de inclusión en el mismo.” (DA 3ª RDC).

3.4.3. a) El ámbito temporal en que se producen las extinciones.

La ley marca un “*periodo de noventa días*” como periodo de referencia de cara a computar el número determinado de extinciones de trabajo.

El periodo de noventa días se cuenta desde el primer despido que se produzca en la empresa.

El art. 51.1 6º del ET, establece una previsión para evitar fraudes, que afectará a las empresas que “*en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos*” por motivos económicos, organizativos o de producción, en número inferior a los umbrales señalados (es decir, despidos objetivos), “*sin que concurran causas nuevas que justifique tal actuación, dichas nuevas extinciones se consideraran efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto*”.

3.4.3. b) El número en concreto de trabajadores despedidos, y la unidad de cómputo.

En los despidos colectivos en el Sector Público Administrativo será de:

“Diez trabajadores, en el Departamento Ministerial, ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen menos de cien trabajadores”.

El 10 por 100 del número de trabajadores, en las unidades antes indicadas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

Treinta trabajadores en las mismas unidades antes indicadas que ocupen a más de trescientos trabajadores.

Y cuando afecte a toda la plantilla existente, cuando ésta sea superior a cinco trabajadores (art. 51.1.4º del ET).

Debiendo aclararse que “a efectos del cómputo del número de trabajadores,...se incluirá la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente con arreglo al Estatuto de los Trabajadores o normativa dictada en su desarrollo” (art. 35.2 RDC).

Esta regulación es (o era, por lo que ahora veremos) diferente a la prevista en el art. 51.1 del ET que en relación al cómputo tomaba como unidad de referencia “*la empresa*”. Si bien, como antes avanzamos, este criterio adoptado en la norma laboral común ha sido recientemente matizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016 (Recurso 848/2016), que conforme con la Directiva 98/59CE y la jurisprudencia del TJUE que ya hacía tiempo venía cuestionando la legitimidad de la regulación de los despidos colectivos en España (TSJUE de 23 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Rabal-Cañas), modifica el criterio de “*empresa*”, y lo cambia por el de “*centro de trabajo*”, como unidad de referencia para el cómputo de los trabajadores que determinarán si existe o no despido colectivo.

En cambio, la regulación del RDC prevista para los despidos colectivos de los laborales de las Administraciones, que en este punto antes era discordante con la regulación laboral ordinaria, es la que realmente se ajusta al contenido de la Directiva 98/59/CE,⁴⁹⁹ aún no tomando como referencia exactamente el centro de trabajo.

Efectivamente, aunque el art. 35.1 RDC toma como referencias unidades inferiores, que tampoco coincide con el concepto laboral de “*centro de trabajo*”, (“*Departamento Ministerial, ente, organismo dependiente de la AGE, Consejería de las CCAA u órgano que estas determinen o por el ente u organismo vinculado o dependiente de ellas, y por las entidades de la Administración Local, o los entes y organismos dependientes de ellas*”...), ciertamente, siendo esta diferencia una modificación que juega a favor de los trabajadores afectados, es decir una mejora respecto a la norma mínima de la

⁴⁹⁹ Señala RODRIGUEZ PIÑERO ROYO, M. “La tramitación de los despidos colectivos...” op. cit., la sentencia del TSJUE de 23 de mayo de 2015, (asunto C-392/13, Rabal-Cañas), en que se cuestiona la legitimidad de la regulación de los despidos colectivos en España, desde la perspectiva del cumplimiento de la Directiva 98/59/CE, donde se afirma que el concepto de “*empresa*” que marca la Directiva no pueden sustituirse por los Estados miembros en su legislación nacional con su propia noción, si esto supone dejar sin la protección que suponen las medidas contenidas en la directiva a trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

Unión Europea, que añade garantías para los trabajadores, entiendo que puede considerarse perfectamente ajustada a derecho.

Además de marcar las extinciones computables para determinar si nos encontramos ante un Despido Colectivo, el legislador añade una especie de previsión anti maniobras fraudulentas, estableciendo en el art. 51.5 del ET, que *“para el cómputo del número de extinciones de contratos... se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, distintos de los previstos en el artículo 49.1c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos de cinco”*.

3.4.4. El procedimiento de Despido Colectivo en el Sector Público Administrativo.

El procedimiento a seguir, va a depender, como ya vimos, de si nos encontramos ante un ente que forma parte del Sector Público empresarial, -en cuyo caso seguiremos el procedimiento de los despidos colectivos general, con la única singularidad que afecta a la comunicación de inicio del periodo de consultas⁵⁰⁰-, o de si estamos ante el Sector Público administrativo, en cuyo caso seguiremos lo dispuesto en el art. 51 del ET, -dado que la DA 20ª del ET no introduce ninguna previsión al respecto-, y el procedimiento desarrollado en el Capítulo II, Título III, del RDC (arts. 37 a 48). No obstante el art. 34. 1 RDC señala como supletorio, *“en lo no previsto, y siempre que no sea contradictorio”*, el procedimiento general de despidos colectivos del Título I de la misma norma.

En este caso nos centraremos en el procedimiento propio del Sector Público administrativo, no sin antes hacer constar que si en el ámbito privado existe una regulación taxativa y es importante el respeto a lo establecido en materia

⁵⁰⁰ El artículo 38.a) RPDC, establece que la comunicación de inicio del periodo de consultas deberá contener, además de la documentación específica del art. 3.1 RDC, una “memoria explicativa de las causas del despido y su relación con los principios contenidos en la LO 2/12, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que hace referencia”.

de procedimiento de despido colectivo, en el ámbito de las Administraciones Públicas este elemento es aún más trascendental.

La legitimación en la toma de decisiones extintivas colectivas en el ámbito de las Administraciones, se basa tanto en la existencia de causa que los justifiquen sobradamente, como en el cumplimiento del procedimiento que en este ámbito es especialmente exigente y pormenorizado⁵⁰¹, (de hecho así se comprueba a la vista de la numerosa jurisprudencia existente sobre la materia, y las numerosas declaraciones de nulidad de despidos colectivos en las Administraciones).

3.4.4. a) Inicio del procedimiento de Despido Colectivo: Constitución de la comisión representativa de los trabajadores y comunicación de la apertura del periodo de consultas, con aportación de documentación.

El inicio del procedimiento de Despido Colectivo, cambió su forma de inicio con la nueva redacción dada por La Ley 1/2014, de 28 de febrero, al artículo 41.4 del ET, relativo al procedimiento de modificación de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Este artículo es de aplicación al procedimiento de Despido Colectivo por remisión expresa del art. 51.2, apartado segundo⁵⁰² del ET a su contenido, y establece que la comisión negociadora tendrá que quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial del inicio del procedimiento de consultas.

Es decir, que la verdadera primera fase es la comunicación a los trabajadores de la intención de proceder a un procedimiento de Despido Colectivo, a partir de ese momento los trabajadores y sus representantes tendrán siete días desde la notificación inicial, -si existe representación unitaria, a fin de que se elegía uno *ad hoc*-, o quince días, -si no la tienen-, para la constitución de la comisión. Una vez constituido el “órgano” negociador, o

⁵⁰¹ DE SANDE PEREZ BEDMAR, M. “Despido Colectivo en las Administraciones Públicas”. Op. cit. Pág. 127.

⁵⁰² Art. 51.2, apartado segundo ET. “*La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el art. 41.4 en el orden y condiciones señalados en el mismo*”.

transcurrido el plazo previsto legalmente procederá en todo caso la comunicación del inicio del periodo de consultas⁵⁰³.

El art. 37 RDC, regula por tanto la segunda fase (que antes era la primera), consistente en la comunicación de la apertura del período de consultas, por la representación del Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad que haya tomado la decisión de proceder a dicho despido, dirigida a los representantes legales de los trabajadores del ámbito al que afecte, a la autoridad laboral (art. 42 RDC), y al órgano competente en materia de Función Pública estatal o autonómico (art. 43 RDC).

Dicha comunicación se realiza por escrito, al que se adjuntará la documentación legalmente establecida según la causa que se alegue (arts. 3, 38, 39 y 40 RDC), haciendo constar en dicho escrito de comunicación una información común a cualquier procedimiento de Despido Colectivo (en el ámbito privado o público)⁵⁰⁴.

En el caso de los despidos en el ámbito del Sector Público administrativo se sumará a lo anterior una Memoria explicativa de las causas y su relación con los principios de la LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, así como la indicación de los criterios de prioridad de permanencia que se seguirán, conforme con la DA 21ª del ET (art. 38 RDC).

A esto se debe añadir los documentos que se habrán de presentar en el caso de que la causa alegada sea económica (art. 39 RDC)⁵⁰⁵, o técnicas y de

⁵⁰³ *“Es claro que la voluntad del legislador es el impedir que esta nueva fase se convierta en un mecanismo para obstaculizar el desarrollo del todo el proceso”*. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. *“La tramitación de los despidos colectivos...”* op. cit. Pág. 14.

⁵⁰⁴ Art. 3 RDC, Especificación de las causas del despido; número y categoría profesional de los trabajadores afectados, desglosada por centros y afecta a varios; número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; periodo previsto para proceder a los despidos; criterios tenidos presentes para la designación de los afectados; copia de la comunicación dirigida a los trabajadores; representantes de los trabajadores que integran la comisión negociadora, o en su caso el hecho de que ha transcurrido el plazo legal sin que se haya constituido.

⁵⁰⁵ La documentación adicional a presentar en caso de Despidos Colectivos por causa económica, de forma concisa expuestos, son según consta en el art. 39 RDC: una memoria explicativa que justifique la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente; los presupuestos de los últimos dos ejercicios detallados; certificación del responsable de la

producción (art. 40 RDC)⁵⁰⁶. La aportación de la documentación por parte de la empleadora que tiene como objetivo el garantizar la negociación en el periodo de consultas, pero el que no se aporte desde el principio la documentación completa, o que tenga que completar esta en el proceso de negociación no viciará por sí solo el procedimiento de despido colectivo, salvo que de esta circunstancia se deduzca una maniobra que suponga vulneración de la buena fe negocial⁵⁰⁷.

La documentación exigida conforme con el art. 51.2 ET, en relación con los artículos del reglamento, conforme con la prevista en el artículo. 2.3⁵⁰⁸ de la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos, deben aportarse de forma clara y suficiente, al inicio del procedimiento, de tal forma que cabrá la nulidad del despido colectivo, podrá producirse cuando se acredite la trascendencia de la información y documentación no aportada, y/o el momento extemporáneo de su aportación, que en ambos casos deben dificultar o impedir una adecuada negociación en la fase de consultas,⁵⁰⁹ (aun habiéndose aceptando jurisprudencialmente la posibilidad de flexibilidad al

oficina presupuestaria u órgano contable donde conste que concurre la causa de insuficiencia presupuestaria; plantilla del personal laboral correspondiente al ámbito de la Administración afectada; Plan de Ordenación de Recursos Humanos, si existe (dado que como vimos, el EBEP no lo regula como obligado); cualquier otra documentación que justifique la medida extintiva.

⁵⁰⁶ El art. 40 en relación a Despidos Objetivos por causas organizativas o tecnológicas, exige: Memoria explicativa que acredite la concurrencia de la causa que se alega; plantilla del personal laboral de la Administración en cuyo ámbito se procede a los despidos; plan de ordenación de Recursos Humanos; cualquier otra documentación que justifique los Despidos.

⁵⁰⁷ STS (Sala 4ª), de 18 de julio de 2014, citada en Kahale Carrillo, D.T. “Análisis jurisprudencial sobre los despidos en el sector público”. Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 37, septiembre 2015.

⁵⁰⁸ Directiva 98/59/CE. Art. 2.3. *A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deber: a) proporcionarles toda la información pertinente, y b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito: i) los motivos del proyecto de despido; ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido; vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales.*

⁵⁰⁹ STS (Sala 4ª), de 26 de marzo de 2014, STS de 18 de julio de 2014.

Por ejemplo se considera incumplimiento en este sentido el vacío contable que permita conocer la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos (STS de 20 de marzo de 2013).

respecto atendiendo a todas las circunstancias que concurran en cada caso, como antes he comentado).

Para concluir esta fase inicial, recibida por la autoridad laboral la comunicación de iniciación del procedimiento de despidos colectivo, ésta dará traslado a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo⁵¹⁰, y a la Inspección de Trabajo para que emita el preceptivo informe (art. 11 RDC).⁵¹¹

De forma similar el art. 43 RDC establece que el Ministerio de Hacienda, o la autoridad equivalente en el ámbito autonómico (porque este precepto no es aplicable al ámbito Local, art. 43.3 RDC), a la vista de la comunicación “acordará” la aplicación de los principios de prioridad en la permanencia que se haya establecido, y “emitirá informe sobre el procedimiento, sus causas, y sobre el resto de circunstancias derivadas del mismo”. De la resolución

⁵¹⁰ La sentencia STS (Sala Tercera. Sección Cuarta), 19 de mayo de 2015 (Rec. 836/2012), anuló el **apartado primero de la Disposición Final 2ª** del Real Decreto 1483/2012, que encomienda la comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo a la empresa, cuando el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de la Seguridad Social establecen que debe hacerlo la autoridad laboral. *“Sin necesidad de reproducir aquí el prolijo texto de la disposición final 2ª del Real Decreto 1483/2012, es claro que la discrepancia con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y la disposición adicional 63ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social existe. ... Cuando la discrepancia entre la ley y el reglamento que la desarrolla es patente, la única solución ajustada a derecho es afirmar la nulidad de éste, siendo irrelevante la posible razonabilidad de la opción reglamentaria. No es ocioso añadir, a fin de evitar posible malentendidos, que esta Sala no considera que la imposición a la empresa de un deber de comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo sea, por sí solo, ilegal. Lo que resulta contrario al art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y a la disposición adicional 63ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social es la supresión del deber de comunicación a la entidad gestora que, mientras las mencionadas normas legales no sean modificadas, pesa sobre la autoridad laboral. Por ello, el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado en este punto, con la consiguiente anulación del apartado primero de la disposición final 2ª del Real Decreto 1483/2012.”*

⁵¹¹ En esto ha quedado el control administrativo de los Despidos Colectivos después de la reforma laboral: en mera recepción de información y emisión de informe por parte de la Inspección de Trabajo que tiene un claro objetivo de control de la legalidad del procedimiento, no opinando en ningún momento sobre la justificación o no de la causa alegada, y que por supuesto no condiciona la medida extintiva (sino en su caso por defectos de forma o de fondo del procedimiento).

estableciendo la prioridad de permanencia y del informe se dará traslado a las partes del procedimiento.

3.4.4.b). El periodo de consultas en el procedimiento de Despido Colectivo.

El objeto del periodo de consulta es, como en todo despido colectivo, intentar lograr un acuerdo entre la Administración y los representantes de los trabajadores afectados por los despidos, que minimice las consecuencias de la decisión extintiva, o incluso la evite mediante medidas alternativas como la movilidad funcional, o geográfica, modificaciones de condiciones de trabajo, o similares alternativas⁵¹² (art. 51 del ET).

Debemos comenzar advirtiendo que de la revisión de la jurisprudencia se observa la especial exigencia de los Tribunales en el cumplimiento real de esta fase de consulta, (probablemente para compensar la desaparición de la autorización administrativa que antes servía de instrumento legitimador).

La regulación del periodo de consultas para las Administraciones Públicas se recoge en el art. 44 RDC, completándose, por remisión del propio art. 44.3 RDC, a los apartados 2 a 7 del artículo 7 que regula esta fase en el procedimiento común: se acordará un calendario de reuniones, siendo la primera en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de entrega de la comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral;

Extensión de las negociaciones a no más de quince días naturales en unidades de menos de cincuenta trabajadores o treinta días en las de cincuenta o más;

Están obligados a celebrar, como mínimo dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres, en las entidades de

⁵¹² DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M. "Despido Colectivo en las..." op.cit. pág. 137. "*...se trata de medidas que... bien podrían actuarse en el seno de un plan de reordenación de recursos humanos o bien podría adoptarse como medidas alternativas a los despidos en la Administración". En definitiva, la única medida referida en el art. 8 que no sería viable sea la referida a la recolocación que no se puede producir sin respeto a los procedimientos reglamentarios que rigen el acceso al empleo público.*

menos de 50 trabajadores; estas serán tres en las de cincuenta o más trabajadores, separadas por intervalo no superior a nueve días naturales, ni inferior a cuatro. Sobre esta exigencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado que *“en el precepto legal ni se impone un número mínimo de reuniones, ni un contenido concreto de las mismas....En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo”*.⁵¹³

Efectivamente la norma exige (art. 51.2 ET) y la jurisprudencia ratifica, la exigencia de un comportamiento acorde con la buena fe comercial del empresario, -que se extiende de pleno a las Administraciones Públicas-. Si bien, el problema radica en que es un concepto jurídico indeterminado, (igual que sucede en el ámbito de la negociación colectiva, art. 89 ET), que nos obliga a analizar los indicios que valora la jurisprudencia al respecto⁵¹⁴. En este sentido por ejemplo el Tribunal Supremo incide en que *“siendo el objetivo de la buena fe la consecución de un acuerdo”, el periodo de consultas “deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias”...siendo evidente que la buena fe exige el art. 51.2 ET es la buena fe comercial*⁵¹⁵. Se considerará que existe dicha buena fe, si se acredita la *“intención de encontrar soluciones que puedan satisfacer a ambas partes....De modo aproximado, se puede decir que el ejercicio del derecho contrario a la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien una regla de coherencia en la propia conducta.”*⁵¹⁶ No obstante hay que recordar que la buena fe se presume, y que deberá probar la actuación contraria a esta quien alegue lo contrario.

No obstante en relación a este particular lo imprescindible es acreditar que no existe una posición inamovible por parte de la empresa, que realmente ha existido voluntad negociadora, con propuestas y contrapropuestas, y en definitiva que la fase de consultas no ha consistido en una farsa⁵¹⁷. Si bien

⁵¹³ STS (Sala 4ª) de 24 de marzo de 2014.

⁵¹⁴ Kahale Carrillo, D.T. “Análisis jurisprudencial sobre los despidos en el sector público”. Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 37, septiembre 2015.

⁵¹⁵ STS (Sala 4ª), de 27 de mayo de 2013.

⁵¹⁶ STSJ Madrid de 9 de abril de 2013.

⁵¹⁷ SAN de 13 de mayo de 2013, (Pr. 89/2013); SAN de 20 de marzo de 2013 (Pr. 219/2012).

debemos de tener en cuenta que la capacidad de negociar en relación a algunos aspectos de las Administraciones Públicas es más limitada en este ámbito por su sometimiento a los principios de legalidad.⁵¹⁸

Se levantará acta de cada reunión, que se firmará por todos, y que interesa a ambos interlocutores que será lo más detallada posible porque dan fe de la realidad y del contenido de las reuniones, sirviendo a nivel de tribunales para garantizar la existencia de esa escurridiza prueba de la existencia o no de la buena fe negocial de las partes en el desarrollo de esta fase,⁵¹⁹ (y principalmente para el empresario que en caso contrario verá declarados nulos los despidos).

En todo caso las partes pueden dar por finalizado esta fase de mutuo acuerdo, por haber conseguido pactar, o porque se hace evidente que el acuerdo es imposible.⁵²⁰

En esta materia sí existen particularidades para los despidos de los empleados públicos laborales, en cuanto al cumplimiento de establecer un Plan de Recolocación Externa, que la norma prevé para los despidos que afecten a más de cincuenta trabajadores, que seguidamente analizaremos.

3.4.4.c) Las medidas sociales de acompañamiento y los planes de recolocación externos en los despidos colectivos realizados en el ámbito de las Administraciones Públicas.

La nueva regulación de los procesos de despido colectivos que se introduce con la reforma laboral retoma la figura de los “*planes de acompañamiento social*,” previstos ya en la norma anterior para los despidos

⁵¹⁸ ROQUETA BUJ, R. “Despido Colectivo y objetivo por motivos económicos...” op. cit. Pág. 117. En este sentido no existe exención de este deber para la Administración, sin que su sumisión a la normativa presupuestaria exima del deber de negociar de buena fe. STSJ de Cataluña, de 13 de junio de 2012 (Rec. 11/2012).
Poe contra, matizando y contrastando la capacidad de negociación de la Administración Pública, frente a la empresa privada: STS (Sala 4ª) de 18 de febrero de 2014.

⁵¹⁹ SAN de 12 de abril de 2013 (Proc. 62/13); SAN de 25 de febrero de 2013 (Proc. 324/2012).

⁵²⁰ STS (Sala 4ª) de 18 de junio de 2014.

colectivos en empresas de 50 trabajadores o más, (la última el Real Decreto 808/2011, art. 9). La actual regulación separa en dos instrumentos lo que antes se incluía en una única figura, y las denominada por una parte las “*medidas sociales de acompañamiento*” común a todos los despidos sea cual sea el número de trabajadores afectados, y por otro los “*planes de recolocación externos,*” indicando la exigencia de éstos últimos sólo para despidos que afecten a 50 o más trabajadores. Ambas medidas son instrumentos pensados para intentar minimizar y/o paliar los efectos de la decisión extintiva de carácter colectivo que se prevén en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En el caso de las Administraciones Públicas la regulación prevista para el caso de los despidos por razones económicas, organizativas o de producción es especial (el antes mencionado Título III del RDC), y por lo tanto a efectos de medidas de conservación o ayuda al empleo vinculada a estos procesos ella nos vamos a referir.

Respecto a los denominados “*Planes de acompañamiento*” no se mencionan en un precepto específico, pero sí son mencionadas en el artículo 44 RDC, en relación al periodo de consultas. Este periodo de consultas, también en el ámbito de las Administraciones, deberá tener como objeto llegar a acuerdos sobre las circunstancias en que se van a realizar los despidos, y sobre “*las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias*” mediante las medidas de acompañamiento del artículo 8 RDC, pero “*siempre que sean compatibles con la naturaleza y régimen jurídico de las Administraciones*”. Este último matiz se hace principalmente por la imposibilidad de acudir a medidas de suspensión o reducción de jornada, que afecta a las Administraciones Públicas por razón de la D.A. 17ª del TRLET, que antes mencionamos.

Las “*medidas sociales de acompañamiento*” (artículo 7.1 y 8 RDC), son realmente el grueso del contenido en el que se centra el periodo de consultas con la empresa o Administración que pretende realizar el despido colectivo. Se trata por tanto de que las partes lleguen a acuerdos para “*evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias*”, con hipotéticas medidas de

recolocación interna, movilidad funcional o geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, acciones formativas... En realidad, con esta previsión se intenta reconducir una medida extintiva a otro tipo de medidas alternativas, o medidas de recolocación interna. En todo caso muchas de las posibilidades que plantean afectan a la propia esencia del contrato de trabajo, normalmente de forma perjudicial para el trabajador, -siendo muchas veces peor la solución que pueda proponerse a fin de mantener el puesto de trabajo, que el propio despido indemnizado, si no se pactan como medidas temporales-. En todo caso muchos de los procesos de negociación, o consulta, como le llama la norma, suelen fracasar en este sentido, confirmándose normalmente los despidos inicialmente previstos o matizándose de forma poco significativa.

Conforme con la nueva regulación, también en el ámbito de las Administraciones se prevé para los despidos que afecten a más de 50 trabajadores (requisito criticable por lo restringir a casos excepcionales este beneficio), el ser parte del “*Plan de recolocación externa*” previsto en el artículo 51.10 ET y 9, 45 RDC. Este Plan de recolocación se incluye entre la documentación que acompaña la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo.

En el caso de las Administraciones se llevará a cabo por los Servicios Públicos de Empleo estatal para los despidos del personal de la Administración General del Estado, o los Servicios Públicos de Empleo autonómicos en el caso de despidos que afecten al personal territorial periférico⁵²¹. Sin embargo al principio del periodo de consultas, es decir el documento inicial que debe presentarse en relación a este Plan, es precisamente la solicitud al Servicio Público que corresponda según el caso de elaboración del mismo, siendo al final del periodo de consultas cuando la Administración que despide debe aportar el Plan elaborado y concluido. Esto quiere decir que no será objeto de negociación o discusión en el periodo de consultas, y por lo tanto la efectividad del mismo queda realmente reducida a poco.

⁵²¹ El artículo 45 RDC establece que se realizarán por los Servicios Públicos de Empleo, Estatal o de las Comunidades Autónomas, según sea el ámbito del despido, frente a esto en el ámbito privado se señala a “agencias de recolocación acreditadas” como encargadas de estos Planes.

El plan de debe estar previsto para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medias activas de intermediación laboral, (puesta en contacto con ofertas de trabajo en otras empresas), orientación profesional, formación profesional dirigida a capacitar a los trabajadores afectados por el despido en empresas en las que se oferten puestos de trabajo susceptibles de cubrir por estos trabajadores y atención personalizada para facilitar la búsqueda activa de empleo. En todo caso es escaso el éxito real de estos Planes de recolocación externa, (igual que sucede en el ámbito privado), sobre todo para los trabajadores con perfiles más complicados de reinsertar en el mercado laboral (mayores de 45, poco cualificados, etc...).

Para concluir, mencionar otra particularidad de la regulación prevista para los despidos objetivos en las Administraciones que regula una medida de estabilidad en el empleo, hace referencia a la existencia de una previsión expresa de prioridad de permanencia afectado por un procedimiento de despido de este tipo para el personal laboral fijo *“que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto...”* Se trata de una medida lógica para proteger y garantizar la prioridad de estabilidad en el puesto a los laborales fijos frente a los temporales, y sobre todo frente a los indefinidos no fijos, por tratarse de empleado públicos que han accedido en términos de legalidad a los puestos que ocupan.

3.4.4.d). Sobre el acuerdo resultante del periodo de consultas.

Por último, es importante señalar que el acuerdo al que se llegue en el periodo de consultas, (si se llega), podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional social (art. 2, h) LJS), teniendo legitimidad activa para ello los sujetos colectivos no intervinientes en la consulta.

En todo caso cuando no se llegue a acuerdo, las decisiones extintivas que finalmente decida la Administración deberán ser notificadas a los

representantes de los trabajadores⁵²². El Tribunal Supremo⁵²³ entiende que el despido, como exteriorización que es de la decisión unilateral del empleador, tiene carácter recepticio y, por ello, constitutivo para su destinatario, por lo que su decisión resulta ineludible. De esta forma el incumplimiento de la comunicación formal de la decisión final⁵²⁴ del despido colectivo constituye la falta de un requisito esencial para la efectividad de dicho despido, (primero del despido colectivo, después de los individuales y en su caso de la posible demanda empresarial con la finalidad de que declare ajustada a derecho su decisión extintiva).

En el supuesto de que el acuerdo al que se llegue suponga la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo (art. 82.3 ET), la Disposición Adicional 5ª del Reglamento (RDC), exige que la empresa proceda en todo caso al depósito del acuerdo de inaplicación, conforme con lo previsto en la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.⁵²⁵

Respecto a las decisiones extintivas, al no establecerse ninguna particularidad relativa a las decisiones en esta materia de las Administraciones por la Ley de la Jurisdicción Social, cabrá como en cualquier supuesto de Despido Colectivo, (dado que pese a su naturaleza pública la se trata de una decisión empresarial), su impugnación colectiva por los representantes de los trabajadores (art. 124.3 LJS),⁵²⁶ la impugnación de oficio por la autoridad laboral y la individual por los trabajadores afectados. Sin embargo, como ya se adelantó, la impugnación colectiva tendrá absoluta prioridad sobre las

⁵²² Kahale Carrillo, D.T. "Análisis jurisprudencial sobre los despidos en el sector público". Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 37, septiembre 2015.

⁵²³ STS (Sala 4ª) de 19 de noviembre de 2014.

⁵²⁴ STSJ de Cataluña, de 30 de mayo de 2012.

⁵²⁵ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M. Despido Colectivo en las Administraciones... op. cit. Pág. 141.

⁵²⁶ Dicha impugnación podrá fundarse en la inexistencia de causa suficiente para proceder a los despidos, defectos o incumplimiento en relación al procedimiento, como no haber realizado el periodo de consultas, no haber negociado de buena fe, o no haber entregado la documentación preceptiva, o el que la decisión extintiva se adopte concurriendo fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, o exista vulneración de derechos fundamentales. DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M. Despido Colectivo en las Administraciones... op. cit.

individuales, que quedan paralizadas hasta la resolución de aquella y que además quedan vinculadas por su resultado⁵²⁷.

3.4.4.e). Fase final del procedimiento de Despido Colectivo.

Finalizada la fase de consultas la Administración de que se trate, comunicará al órgano competente de su Administración, -esto es, del Ministerio de Hacienda o equivalente a nivel Autonómico⁵²⁸-, el resultado de aquélla, es decir el acuerdo o decisión adoptada en el seno de la fase de consultas, en el plazo de diez días, para que este emita informe al respecto.

La trascendencia de este informe radica en su condición de informe preceptivo, que además “*será vinculante en el caso de la Administración del Estado y en el de otras Administraciones en las que la normativa aplicable contemple, en el ámbito de sus competencias, la obligación de emitir un informe previo y favorable a la adopción de acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares de los que puedan derivarse costes u obligaciones en materia de personal a su servicio*” (art. 47.1 RDC). En estos casos, de no contar con dicho informe favorable el acuerdo será nulo de pleno derecho.

Una vez que se obtenga el informe positivo, (que será emitido en el plazo máximo de 15 días desde la recepción del acuerdo o comunicación de la decisión extintiva, art.36.3 Ley 17/2012 Presupuestos Generales del Estado), se formalizará el acuerdo en el plazo máximo de 10 días desde su recepción, o a adoptar la decisión definitiva que proceda, (art. 47.3 RDC).

Del acuerdo al que se llegue se dará traslado también a la autoridad laboral competente, en el plazo de diez días desde la fecha de la firma del mismo o la toma de decisión (art. 47.4 RDC).

⁵²⁷ MERCADER UGUINA, J. DE LA PUEBLA PINILLA, A. Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada. Tirant lo Blanc. Valencia, 2013.

⁵²⁸ Serán competentes las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Administraciones Públicas, en el caso de la AGE, y la Dirección General competente en el caso de las Comunidades Autónomas.

Si no se llegó a acuerdo alguno, se remitirá a los representantes de los trabajadores y la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo y sus condiciones (número de trabajadores afectados, plazo para proceder a las extinciones, criterios de selección de los despedidos, etc..., art. 51.2 del ET). Además se acompañará del informe del órgano competente en materia de Función Pública, la documentación sobre medidas sociales de acompañamiento adoptadas en su caso (medidas formativas, ayudas al reciclaje profesional, o similares...), y el Plan de Recolocación Externa mediante los Servicios Públicos de Empleo, si son más de 50 trabajadores los afectados (art. 47.4 RDC).

En relación a la comunicación de la decisión extintiva hay que tener en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 19 de mayo de 2015 (Rec. 836/2012), declaró la nulidad del apartado primero de la Disposición Final 2ª del Real Decreto 1483/2012⁵²⁹. En dicha Disposición Final 2ª, se encomendaba a la empresa la comunicación de las medidas de despido colectivo a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, cuando el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de la Seguridad Social establecen que debe hacerlo la autoridad laboral. Se producía, por tanto, una clara discrepancia entre esta Disposición Final 2ª frente a lo previsto en el art. 51.2 del ET y la Disposición Adicional 63ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, considerando el Tribunal Supremo que es un claro supuesto de regulación *ultra vires*, siendo por tal motivo que procede su nulidad, manteniéndose la regulación anterior.⁵³⁰

⁵²⁹ Así como la nulidad del artículo 35.3 de la misma norma, que ya fue objeto de análisis en el presente trabajo, al analizar las causas económicas que pueden justificar el Despido Colectivo en las Administraciones Públicas.

⁵³⁰ STS (Sala 3ª) de 19 de mayo de 2015: *"No es ocioso añadir, a fin de evitar posible malentendidos, que esta Sala no considera que la imposición a la empresa de un deber de comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo sea, por sí solo, ilegal. Lo que resulta contrario al art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y a la disposición adicional 63ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social es la supresión del deber de comunicación a la entidad gestora que, mientras las mencionadas normas legales no sean modificadas, pesa sobre la autoridad laboral. Por ello, el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado en este punto, con la consiguiente anulación del apartado primero de la Disposición Final 2ª del Real Decreto 1483/2012."*

La comunicación a los representantes de los trabajadores de la decisión extintiva es un requisito formal imprescindible en los casos en que no se llegue a acuerdo, porque el día de la notificación es, conforme con el art. 124.6 de la LJS, el día en que se inicia el plazo de caducidad de la acción frente al despido colectivo⁵³¹.

Una vez comunicada la decisión extintiva a los representantes de los trabajadores, la Administración comunicará por escrito y de forma motivada, los despidos a título individual a los trabajadores afectados, concediendo un plazo de preaviso de quince días, y poniendo a disposición de los mismos la indemnización correspondiente (art. 53.1 del ET). Hay que tener en cuenta también el plazo mínimo de 30 días que debe transcurrir “*desde la fecha de comunicación de apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido*”, según establece el art. 51.4 del ET.

Además, según prevé el art. 47.5 RDC, transcurrido el plazo de diez días sin haber comunicado la decisión extintiva por la Administración empleadora, se entenderá terminado el procedimiento de despidos colectivo por caducidad, -sin perjuicio de que pueda iniciarse un nuevo procedimiento-.

Por último, hemos de matizar que en el ámbito de la Administración Local, o a los entes u organismos dependientes de ella, conforme con el art. 48 RDC, basta con la comunicación del resultado de la fase de consultas a la autoridad laboral competente, con traslado de copia del acuerdo alcanzado, si existiese. En caso de no existir acuerdo, se comunicará en el plazo máximo de 15 días desde la última reunión celebrada, a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo (art. 51.2 ET).

En el ámbito Local se plantean problemas sobre quién sería competente para despedir, existiendo sentencias que se inclinan por reconocer la competencia al Alcalde⁵³², y otras al Pleno del Ayuntamiento⁵³³. Si bien, parece

⁵³¹ En este sentido ROQUETA BUJ, R. “*Despido Colectivo y objetivo por motivos...*” op. cit. Pág. 120.

También: STSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de noviembre de 2012, (Rec. 15/2012), STSJ Comunidad de Madrid de 14 de septiembre de 2012.

⁵³² STSJ de Andalucía (Sede Málaga), de 25 de octubre de 2012 (Rec. 4/2012).

que la competencia depende del supuesto que se plantee, siendo la competencia del Pleno reconocida en supuestos de extinción de contratos indefinidos no fijos por amortización de puesto de trabajo.⁵³⁴

3.4.4.f). Consecuencias del Despido Colectivo y su impugnación.

La indemnización en los despidos colectivos son equivalentes a los previstos legalmente para los despidos objetivos (art. 51.4 del ET, en remisión al 53.1 ET), siendo actualmente de 20 días por año con un máximo de 12 mensualidades.

Los despidos colectivos en el ámbito de las Administraciones añade al derecho a percibir la indemnización, el de ser parte del Plan de Recolocación Externa previsto en el art. 51.10 ET y art. 45 RDC, para aquellos que afecten a más de cincuenta trabajadores, y el abono de las cuotas del convenio especial de los laborales afectados que cuenten con 55 o más años de edad, (art. 51.9 ET, en relación con la DA 31ª TRLGSS, y el art. 20 de la Orden de 13 de octubre de 2003)⁵³⁵. Todo ello sin perjuicio de las posibles mejoras que puedan incluirse en el acuerdo al que se llegue en el periodo de consultas.

En caso de declaración de improcedencia del Despidos Colectivo, la indemnización, si es que se optase por esta por parte de la Administración, sería de 33 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, hasta un máximo de 24 mensualidades, y sin salarios de tramitación, -salvo que se opte por la readmisión del trabajador-, (art. 56 ET). No obstante para los contratos vigentes antes del RDL 3/2012, que introdujo esta minoración en la indemnización por despido improcedente, rige la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012.

⁵³³ STSJ Madrid de 29 de octubre de 2012 (Rec. 5022/2012).

⁵³⁴ DESDENTADO DAROCA, E. Las relaciones laborales... op. cit.

⁵³⁵ DESDENTADO DAROCA, E. Las relaciones laborales... op. cit. Pág. 123. Manifiesta dudas sobre la constitucionalidad de este tratamiento privilegiado en materia de vías de reparación para los trabajadores legalmente establecidas, que se traduce en un injustificado trato ventajoso para el empleado público laboral que sea objeto de un despido colectivo, frente a los que lo sean mediante un despido objetivo.

En todo caso hemos de recordar que para los despidos colectivos, igual que para los objetivos de los empleados públicos laborales, no rige el artículo 96.2 del EBEP, que obliga a la Administración a la readmisión de los laborales fijos, sin opción, cuando el despido disciplinario es declarado improcedente.⁵³⁶

En todo caso, si la Administración optase por la readmisión, y conforme con las reglas que rige el Despido Colectivo se hubiese hecho entrega de la indemnización por tal motivo, el trabajador deberá reintegrar la cantidad percibida por dicho concepto.

3.4.4.g). La impugnación del Despido Colectivo.

Como ya se trató al estudiar el despido objetivo en el Sector Público administrativo, la decisión extintiva se puede impugnar por los interesados siendo competente para su revisión el orden jurisdiccional social.

La impugnación colectiva se regula mediante el proceso especial previsto en el artículo 124 LJS, y la impugnación individual, -que, como se analizó, ha quedado con las últimas reformas, legalmente muy restringida,- se regula en el art. 124.13 LJS, en relación con los artículos 120 a 123 LJS, (es decir por la modalidad procesal establecida para la extinción por causas objetivas, con ciertas especialidades que ya se analizaron).

La legitimación activa para plantear demanda de Despidos colectivo, se reconoce a *“los representantes legales de los trabajadores”*, y por los *“representantes sindicales... con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”* (secciones sindicales, delegado sindical), así como de oficio por la autoridad laboral competente en relación a dicho despido.

La sentencia dictada en este tipo de proceso especial es de naturaleza declarativa: declarará ajustada a derecho, no ajustada a derecho la decisión extintiva, -según se haya acreditado a no la existencia de causa suficiente-, o también podrá declararse nula, con la consiguiente reincorporación de los trabajadores a sus puestos, (art. 124.11 en relación con el art. 247.2 LJS). Si

⁵³⁶ Así lo confirma STS de 4 de noviembre de 2010, Rec. 88/2010.

bien la nulidad solo procede por faltar realmente el respeto al procedimiento establecido, o se hayan vulnerado derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores⁵³⁷.

Como ya vimos, la sentencia dictada en este proceso o el acuerdo judicial al que se llegue tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales (art. 124.13.b) 2ª LJS), por este motivo el proceso colectivo suspende los plazos para las demandas individuales.

3.4.4.h) Limitaciones a las demandas frente al despido colectivo planteadas a título individual por trabajadores afectados.

La nueva modalidad procesal de despidos colectivos, introducida por la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, sufrió una importante modificación, fruto de las consecuencias que en la práctica se estaban observando en materia de concurrencia entre despidos colectivos e individuales. Así, el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, modificó el artículo 124 de la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social, en relación con la modalidad procesal del despido colectivo *“para que la impugnación colectiva asumiese un mayor espacio”* y *“evitar la litigiosidad y saturación de los órganos jurisdiccionales del Orden Social”*.

De tal forma que, como seguidamente analizaremos, las demandas individuales de los trabajadores afectados frente a los despidos colectivos quedan neutralizadas con la nueva redacción del apartado 13 del art. 124 LJS, relegándolo a supuestos excepcionales. Además esta reforma aclara las causas de nulidad del despido colectivo que ya analizamos, y permite *“que las sentencias que declaren nulo un despido colectivo sean directamente*

⁵³⁷ Art. 124. 11 LJS Apartado tercero. *“La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas...”*

ejecutables, sin necesidad de acudir a procedimientos individuales” (Exposición de Motivos del RDL 11/2013, apartado II).

Efectivamente la nueva redacción del artículo 124 .13, a) y b) LJS, articula la concurrencia de el despido colectivo y su impugnación (o no), y los despidos individuales que puedan plantear los trabajadores afectados a título individual, que si bien no se veta, si es cierto que se limita en gran medida, y en todo caso deberá respetar las reglas de cómputo del plazo de caducidad de las acciones.

En concreto el legislador diferencia entre el supuesto en que “el despido colectivo no haya sido impugnado” por los representantes legales de los trabajadores, por “*los representantes sindicales que cuenten con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo*” o por la comisión representativa elegida *ad hoc* por los trabajadores en los casos en que no se contaba con representación legal, -conforme con la interpretación judicial sobre este particular-⁵³⁸. En estos casos el plazo de caducidad comienza a contar “*una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores*”.

En cambio, cuando el despido colectivo haya sido impugnado a través del procedimiento de despido colectivo por los representantes legales de los trabajadores, los representantes sindicales legitimados o por la comisión representativa elegida *ad hoc*, “*el plazo de caducidad para la impugnación individual comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo o, en su caso, desde la conciliación judicial. La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos*

⁵³⁸ STS (Sala 4ª), de 18 de marzo de 2014, (Rec. 114/2013): *Una interpretación literal estricta impediría la impugnación por estas representaciones ocasionales o singulares de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical, vaciando de contenido el derecho a tutela judicial efectiva de los trabajadores, además de desvirtuar por completo el periodo previo de consultas desarrollado con este tipo de representantes elegidos en defecto de comité o delegados. Por ello la representación extraordinaria, expresamente elegida para el caso, en defecto de representación laboral ordinaria, está igualmente legitimada para interponer demanda ante los tribunales laborales, según el Tribunal Supremo.*

quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores”.

No obstante, la nueva redacción de del art. 124.12 LJS, conforme a redacción dada por RDL 11/2013, resulta enormemente restrictiva para las posibles revisiones de la decisiones extintivas mediante los despidos individuales, que realmente solo podrán plantearse cuando no se haya ejercitado la acción colectiva, en cuyo caso el objeto del proceso individual sí podrá ser la revisión de la causa o causas legales alegadas para justificar el despido, el incumplimiento de los criterios de prioridad de permanencia, los defectos formales, etc.... En cambio, si el despido colectivo ha sido impugnado por los representantes de los trabajadores, solo podrá plantearse a posteriori cuestiones que afecten al trabajador a título individual, -y que por tanto no habrán sido tratadas en la demanda colectiva-⁵³⁹.

Frente a esta tendencia restrictiva del legislador, -que deja, en la mayoría de los casos, relegado el despido individual solo a casos excepcionales-, considero que habría que matizar, que en supuesto de que la conciliación judicial, -que es un acuerdo *inter partes* ante el juzgador-, esté viciado por concurrir dolo, fraude, coacciones o abuso de derecho en la conclusión de acuerdo, o vulneración de derechos fundamentales, cabría su impugnación a título individual, en aplicación de los principios de jerarquía normativa e indisponibilidad de los derechos laborales del art. 3 ET.

El artículo 160.5 LJS establece cómo se articulará procesalmente la prioridad que el legislador otorga a la sentencia o acuerdo judicial recaído en el proceso de conflicto colectivo. Así, la sentencia firme dictada en un proceso de despido colectivo *“producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen*

⁵³⁹ Lluch Corell, F.J. *La impugnación individual de un despido producido en el marco de un despido colectivo. El Derecho. Com. Mayo, 2014. Sobre esta circunstancia, matiza que “La cuestión se suscita porque el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET) no contiene una previsión semejante a la que se recoge en los arts. 41 y 47 de la norma estatutaria, según la cual “Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas” de la decisión empresarial y “solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.*

sobre idéntico objeto...”, y mientras se tramita el conflicto colectivo quedarán en suspenso”... “aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al Tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria”.

En definitiva, el legislador busca eliminar la litigiosidad, y resolver prioritariamente de forma colectiva este tipo de conflictos, que si bien es cierto que minora la litigiosidad en estos casos, también es cierto que restringe las posibilidades de que fracase la decisión extintiva colectiva, y en mi opinión, dejan el derecho fundamental de tutela judicial efectiva de los trabajadores afectados por el despido seriamente afectado.

3.4.4.i) Particular referencia a la extinción de la relación laboral del personal “indefinido, no fijo”, ante necesidades de amortización por razones económicas, organizativas o de producción.

El artículo 11.1 del EBEP incorpora, por primera vez, entre los tipos de empleados públicos con contrato laboral a los denominados “indefinidos no fijos”, (ya tratados en los Capítulos IV y VI del presente trabajo). Como es sabido estos trabajadores con tan particular vínculo laboral, son aquellos que estando vinculados inicialmente a una Administración Pública con contrato laboral temporal, han visto reconocida mediante sentencia del Orden Social, la existencia de irregularidades en la cláusula de temporalidad del contrato, que les llevan a ser reconocidos como trabajadores con vínculo laboral indefinido pero no fijo, de tal forma que, como consecuencia de la contratación fraudulenta de la que han sido objeto, se les reconoce el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que vienen ocupando, pero podrán ver extinguido su contrato en el momento en que se convoque y cubra la plaza por el correspondiente procedimiento legal, y ello por el necesario respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículo 103.3 CE), que deben informar el acceso al empleo público.

Esta forzada fórmula ideada por la jurisprudencia (la primera sentencia en diferencia entre fijos e indefinidos no fijos fue la del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, posteriormente consolidada la figura por numerosas sentencias⁵⁴⁰), e incorporada al EBEP, origina un tipo de empleado público laboral, que en mi opinión nunca tendría que haber sido elevado a tal categoría, puesto que constituyendo ejemplos irregulares reordenados por la jurisdicción, que simplemente tendrían que haber sido resueltos puntualmente por las Administraciones afectadas, y en todo caso evitados.

No son ni personal fijo, ni tampoco temporales ordinarios, la propia jurisprudencia, en una segunda etapa en su evolución, asimilaba estos contratos, -principalmente en cuanto al momento y causas de la extinción del vínculo laboral-, a una contratación laboral de interinidad por vacante, incorporando una cláusula resolutoria conforme con el artículo 49.1 c) ET, consistente en la ocupación reglamentaria de la plaza ocupada temporalmente, (Sentencia TS de 27 de mayo de 2002). Como era de prever, la incorporación de esta atípica figura de empleado público laboral es origen de problemas jurídico-prácticos de mucho calado.

La principal disyuntiva que ha afectado en los últimos años de crisis al régimen jurídico de los “*indefinidos no fijos*”, se centra en torno a las dudas sobre la vía a usar, y los efectos de la extinción del contrato, cuando la Administración procede a amortizar uno de estos puestos de trabajo, en vez de convocar el correspondiente procedimiento público para cubrir conforme a derecho, la plaza ocupada por el indefinido no fijo, que sería la vía natural de extinción del mismo.

Efectivamente, en el caso de extinguirse la relación laboral por convocarse el procedimiento para cubrir la plaza ocupada irregularmente, es evidente que no sería necesario acudir al procedimiento de despido objetivo (o colectivo). No obstante, considero que en estos casos sí procede el reconocimiento del derecho a la indemnización por finalización de contrato previsto en el artículo 49.1 c) del ET, que debe reconocerse, se presente o no al proceso de acceso ordinario, y adquiera o no estabilidad posterior al conseguir dicha plaza. En

⁵⁴⁰ Entre otras: STS de 10 de diciembre de 1996; STS de 20 de enero de 1998).

este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo aún no ha sentado jurisprudencia, aunque parece que la tendencia es al reconocimiento de dicha indemnización, (por todas: a favor de la indemnización por finalización de contrato, STS de 6 de octubre de 2015 (Rec. 2592/2014), y STS de 31 de marzo de 2015 (Rec. 2156/2014); por omisión del derecho, en contra, STS 21 de julio de 2015, (Rec. 2672/2014)⁵⁴¹).

Considero que la falta de regulación en torno a este tema, justifica la aplicación ordinaria de la legalidad existente en torno a la extinción de los contratos (art. 49.1 ET), y a este derecho indemnizatorio, que de no reconocerse constituiría un trato discriminatorio frente a resto de contratados temporales, en contra de la Directiva 1999/70/CE, y siendo además la forma de sancionar⁵⁴² a la Administración infractora.⁵⁴³ Actualmente esta posición es aún más defendible si cabe, a la vista de la reciente jurisprudencia, (analizada en otro momento del presente trabajo), del TJUE, en torno a los derechos indemnizatorios de los trabajadores temporales.

En todo caso, el problema que afecta desde el principio a los “*indefinidos no fijos*”, que advertía el profesor Borrajo, deriva de la ausencia de régimen jurídico, y la inicial discusión entre si se trataba de una relación laboral sometida a condición resolutoria o a término, y por tanto ante la duda sobre los efectos de la extinción o el despido de estos trabajadores. En una segunda etapa, la disputa doctrinal se centra en torno a los efectos de la extinción cuando esta se produzca por la amortización del puesto ocupado, estando los que opinaban que en tales casos se producía una extinción sin más, sin derechos indemnizatorios de ningún tipo, frente a los que piensan que, en estos casos, es exigencia legal la tramitación del correspondiente despido objetivo por causas económicas u organizativas, conforme con lo establecido en el artículo 52 c) y 53 ET (51 ET en el caso de ser despidos colectivos).

⁵⁴¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I. “*Extinción de indefinidos no fijos por cobertura de plaza: ¿indemnización por extinción sí o no?*” *Una mirada crítica a la relaciones laborales*, Blog. 1 de diciembre de 2015.

⁵⁴² En este sentido también, GONZALEZ ROZAS, R. Sobre la remunicipalización de servicios. Asesoría jurídica de FSC- CC.OO.

⁵⁴³ STJUE de 26 de noviembre de 2014, asuntos acumulados C-22/13, C-62/13, C-63/13 y C/418/13, Raffaella Mascolo y otros vs Ministerio dell’Istruzione, dell’ Università e Della Ricerca.

La primera etapa en la doctrina jurisprudencial relativa a los efectos extintivos de la relación laboral de los indefinidos no fijos viene marcada, por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que consideraba, tal y como manifestaba en su Sentencia de 27 de mayo de 2002 (Ar. 9893), que la ocupación reglamentariamente de una plaza en la que permaneciese un “indefinido no fijo”, conlleva el cumplimiento de una “*condición resolutoria*” que extinguiría el contrato de aquél, sin derecho alguno a indemnización, en aplicación del artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores.

En estos supuestos la jurisprudencia interpretaba que “*la amortización de estos puestos, suponía el cumplimiento anticipado del término incierto al que están sometidos estos contratos*” cambiando la amortización por el proceso ordinario de cobertura de la plaza (STS de 8 de junio de 2011, Ar. 5937, FJ 2º). De esta forma se sustituye la cláusula de temporalidad del artículo 15 ET, por una “*cláusula de extinción del contrato como la ocupación de las plazas*” (STS de 27 de mayo de 2002), siendo su ocupación lo que hace surgir la causa de extinción del contrato, que se considera por el alto tribunal subsumible en las enunciadas en el artículo 49.1b del Estatuto de los Trabajadores (“*equiparables a los contratos de interinidad por vacante, puesto que justificación de existencia de unos y otros corresponde a una misma causa y necesidad*”..., sin que sea necesario acudir al despido objetivo, y sin que exista derecho de indemnización alguno, por no ser contratos indefinidos, STS de 13 de mayo de 2013, Ar. 5142).⁵⁴⁴

Segunda opción jurisprudencial: El primer cambio respecto a la anterior doctrina menos proteccionista con los derechos de los trabajadores, lo

⁵⁴⁴ El profesor Chaves García, J.R., en su artículo “*Indefinidos no fijos, cada vez menos indefinidos para el Supremo*”, señala esta evolución en la figura su tratamiento jurisprudencial, distinguiendo una primera etapa de “*esplendor*”, cuando se reconoce jurisprudencialmente la figura del indefinido no fijo, una segunda de “*comodidad*”, donde estos laborales irregulares se mantienen en sus puestos sin problema, e incluso son estabilizados mediante procesos ad hoc, y una tercera fase de crisis donde los primeros afectados por la amortización de plazas en las Administraciones son estos empleados, de la mano de la Disposición Adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores que introduce la Ley 3/2012, de 6 de julio que aprueba la ley de medidas urgentes para la forma del mercado laboral.

introduce la Sentencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013, (que no obstante hay que hacer constar que contó con el voto particular de 6 Magistrados). En esta se acepta la posibilidad de la amortización del puesto sin necesidad de proceder a tramitar el despido objetivo, para aquellos casos en que se decide por la propia Administración proceder a la eliminarlo, y la consiguiente extinción del contrato por amortización de plaza, con derecho a percibir la indemnización prevista para la finalización de los contratos de obra o servicios determinado. Se supera la doctrina que considera que estos contratos están sometidos a condición resolutoria, y se acepta que están sometidos a término, pero aceptando que la amortización del puesto puede ser considerada también como el vencimiento de dicho término, (y no una decisión extintiva).

El razonamiento en que se apoyaba esta opción descansa en el mismo argumento que entiende justificada la extinción directa por amortización de la plaza en el caso de los contratos de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas, (que por su parte también son unos contratos que la interpretación jurisprudencial ha convertido en *sui generis*, frente a los contratos de interinidad por vacante que regula la norma laboral común, y que conforme con el artículo 4 del RD 2720/1998, tienen una duración máxima limitada a los que dure el proceso de selección de la vacante o en todo caso tres meses, -a diferencia de cómo funcionan en las Administraciones-).

El Tribunal Supremo entendía que el contrato de interinidad por vacante tiene de fondo la condición subyacente de pervivencia del puesto de trabajo ocupado provisionalmente mientras se procede o no, a cubrir conforme con el procedimiento que legalmente corresponda, (STS de 12 de marzo de 2002, y STS de 27 de marzo de 2000). Así, en aquellos supuestos en los que no llegue a cubrirse el puesto porque la Administración competente decida amortizar la plaza, también se entiende extinguido el contrato por vencimiento del término, sin que sea preciso proceder a tramitar el despido objetivo del trabajador o trabajadores afectados por la decisión. Esto es así por entenderse que el propio contrato en sí contiene una cláusula extintiva que justifica la finalización del vínculo laboral, tanto por proceder a convocar la plaza legalmente, como por su amortización al considerarse innecesaria, todo ello conforme con lo previsto en el artículo 49.1, b) ET (el contrato de trabajo se podrá extinguir por

“causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto”).

De tal forma que, según dicha doctrina jurisprudencial, los “indefinidos no fijos” también podían ver extinguido su contrato sin que se haya contratado a nadie para cubrir el puesto que ocupaban provisionalmente, y sin que se haya procedido al despido objetivo por causas económicas, organizativas o de producción del artículo 52 c) y 53 ET, siempre que se proceda a la amortización legal del puesto de trabajo que ocupaba por ser innecesario, y con el correspondiente reflejo en la Relación de Puestos de Trabajo, (igual que puede realizarse con una plaza indefinida fija), conforme con la potestad de organización en materia de Recursos Humanos que se reconoce legalmente a las Administraciones, si bien con el derecho a la indemnización legal por finalización de contrato (art. 49 ET).

3.4.4. j) Última jurisprudencia sobre la extinción por vencimiento del término en los contratos “indefinidos no fijos” e interinos por vacante (STS de 24 de junio de 2014).

La última etapa de evolución de la jurisprudencia dictada en torno a los indefinidos no fijos, se produce sólo un año después de la polémica sentencia de 2013.

Efectivamente, en el año 2014 se da un paso más en la doctrina del Tribunal Supremo con la notoria sentencia de 24 de junio de 2014, (Rec. Núm. 217/2013, (Ar. 4380)). Sin duda, este cambio viene alentado por la nueva Disposición Adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores de la Ley 3/2012, de 6 de julio que aprueba la ley de medidas urgentes para la forma del mercado laboral,⁵⁴⁵ que constituye un antes y un después, dado que termina

⁵⁴⁵ Regulación que mejora lo dispuesto en la Directiva 1998/59, de 20 de julio (DOCE de 12 de agosto), con relación al personal laboral de las Administraciones Públicas. LÓPEZ CUMBRE, L. *Extinción de los contratos indefinidos no fijos de plantilla en el sector público: ¿duración a término o condición resolutoria?* Análisis Gómez-Acebo & Pombo. Madrid, 2014.

con la discutida cuestión de la posibilidad o no de aplicar los despidos objetivos en el ámbito del empleo público laboral.⁵⁴⁶

Después de varias doctrinas jurisprudenciales, que como hemos visto comienzan siendo menos respetuosas con los derechos laborales que con los administrativos, considerando que estos contratos estaban sometidos a condición resolutoria, y que por tanto, sin derecho a indemnización alguna al extinguirse el vínculo; observamos que el Supremo comienza matizar su doctrina, comenzando por reconocer el derecho a percibir la indemnización prevista para la extinción de los contratos laborales temporales (art. 49.1 c) ET), -12 días por año actualmente-.

Finalmente fue, la sentencia del TS de 24 de junio de 2014, la que reconoció que son contratos sujetos a término.⁵⁴⁷ Esta doctrina se considera de aplicación tanto para la cobertura reglamentaria de la plaza, en el caso de la interinidad por vacante, como para la cobertura de la plaza o la amortización de esta en el caso de los indefinidos no fijos, -es decir los ocupados en fraude de ley-, según manifiesta la Sentencia TS de 14 de julio de 2014, que remite al apartado final de la Disposición Adicional vigésima del ET, que expresamente

⁵⁴⁶ Al realizar un estudio comparado de la jurisprudencia anterior a la reforma laboral, se deduce que la disparidad de criterios en los Tribunales radicaba en si podía o no, en el ámbito de las Administraciones acudir al despido objetivo regulado en el Estatuto de los Trabajadores, “o si ha de primar una interpretación restrictiva, derivada de la carencia de ánimo de lucro de la Administración, discrepancia ésta que deriva en definitiva de la interpretación que a su vez se haga del art. 103.1 CE”. ROCA VALERO, V., ARCHE CASTILLO, A.P. *El despido objetivo en las Administraciones Públicas: algunas cuestiones problemáticas*. El Derecho.com. Lefebvre, 2012.

⁵⁴⁷ STS de 24 de junio de 2014: “...nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 CC). Además, esa condición resolutoria será nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo uno es correcto según estos preceptos”.

Así, siendo las obligaciones condicionales (art. 1.113 y ss CC), aquellas cuya eficacia depende de que se realice o no un hecho futuro incierto, y dada la obligación de convocar las plazas ocupadas por estos trabajadores “accidentales”, es a todas luces más acertada esta doctrina que califica como obligación a término este tipo de contratación sobrevenida, cuyo plazo de vencimiento, por estos motivos, se sabe que llegará, de forma determinada o indeterminada.

hace referencia a los “*indefinidos no fijos*” dando prioridad de permanencia ante la necesidad de proceder a un despido colectivo, al personal fijo, frente a estos.

Por tal motivo, la amortización de las plazas ocupadas por este tipo de trabajadores no conlleva la extinción de los contratos sin más, sino que se exige acudir al procedimiento de despido colectivo, o despido individual por razones objetivas (art. 51 y 52 ET), sin perjuicio de que se haya modificado, y aprobado una nueva Relación de Puestos de Trabajo, (que, según manifiesta la propia Sentencia, no constituye *justa causa* por sí misma para la extinción del contrato).

En definitiva, actualmente, tanto los indefinidos no fijos con origen en una contratación irregular, como los contratados interinamente por vacante, pueden ver extinguirse su contrato, pero no de forma automática, sino respetando el procedimiento legal establecido en el Estatuto de los Trabajadores, y percibiendo una indemnización de 20 días por año, con un máximo de 12 mensualidades, y no los 12 días del artículo 49.1 C ET, que solo se refiere a los contratos que finalizan por la expiración de la causa de temporalidad o del tiempo convenido.

La última doctrina jurisprudencial es, sin duda, la más acorde con la Directiva 1999/70/CE y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, que precisamente en sentencia de 11 de diciembre de 2014, (Asunto C-86/14), en un supuesto de extinción de la relación laboral “*indefinida no fija*”, declara de aplicación a esta especial figura, tanto la Directiva comunitaria y el Acuerdo marco sobre contratación temporal, como la doctrina jurisprudencial.

Ahora queda que el Tribunal Supremo de el paso de el paso definitivo reconocer unánimemente el derecho a la indemnización por finalización de contrato conforme con el artículo 49.1 c) del ET, a los trabajadores que ven extinguirse la plaza ocupada como indefinidos no fijos, por cobertura reglamentaria de la plaza, (que en mi opinión, sería la forma de terminar de aplicar adecuadamente la doctrina del TJUE en el ámbito de estas relaciones laborales atípicas).

CONCLUSIONES FINALES: CUESTIONES CRÍTICAS, RETOS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

1. La oportunidad pérdida del reconocimiento de la Relación Laboral Especial de empleo público y sus consecuencias.

La existencia de personal laboral al servicio de la Administración Pública es una realidad constante en nuestra historia reciente, sin embargo su tratamiento e incluso el reconocimiento de ésta, ha ido cambiando en el propio proceso evolutivo de nuestro sistema de empleo público.

Realmente la existencia de empleo laboral en las Administraciones no es un fenómeno tan moderno como se pueda pensar. Siempre han existido “*obreros*” al servicio de las Administraciones, realizando funciones más o menos complementarias o de menor cualificación. Comenzaron denominándose “subalternos”, hasta llegar a su calificación directa como “obreros” (Estatuto de Maura), y reconocer al Derecho del Trabajo como su régimen jurídico, tal y como hacía el artículo 7 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. Pero, no es sino hasta la aprobación de la Ley 7/2007, reguladora del texto original del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuando se introduce en nuestro sistema de empleo público la concreción del propio concepto de “*empleado público*”, en el que se incluye y reconoce expresamente, la figura del empleado público laboral, como una relación de servicio especial y, diferente a la de los trabajadores comunes del ámbito privado de relaciones laborales.

Esta importante novedad, es el reflejo de una realidad que venía fraguándose desde la configuración de nuestro Estado Social en la Constitución de 1978, que supuso un progresivo incremento en las prestaciones y servicios públicos ofrecidos a los ciudadanos, que sumado a la descentralización territorial del Estado, y la consiguiente potenciación de las Administraciones periféricas, conllevó un incremento exponencial del personal sometido a la legislación laboral, cuyo régimen jurídico resultaba más flexible, y cuyas condiciones laborales en muchos aspectos inferiores a la de los funcionarios .

Sin embargo, es cierto que ni antes, ni después del EBEP el régimen jurídico de este personal ha sido equivalente al de los trabajadores del ámbito privado. Aunque la norma remitiese al ordenamiento jurídico laboral en su regulación, la aplicación del Derecho del Trabajo nunca se produjo de forma ordinaria para este tipo de empleados públicos, que siempre se vieron afectados por particularidades introducidas por normas administrativas de diverso tipo que afectaban y condicionaban su régimen jurídico, (incompatibilidades, limitaciones presupuestarias en materia de retribución, etc...).

Esta realidad llevaba a concluir, desde el principio, que este tipo de vínculos debían ser regulados y reconocidos como una relación laboral especial, conforme con lo estipulado en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, (y así se demandaba por parte de la doctrina). De hecho, sobre este aspecto en el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP, se planteaba abiertamente la necesidad de regular y reconocer esta, que ya era *de facto*, relación laboral especial de empleo público.

El EBEP, si bien supuso un punto de inflexión en materia de empleo público, (menos de lo que se esperaba, pero lo fue), no dio el paso definitivo de reconocer y regular de forma consolidada esta figura, optando por incluir a los laborales como uno más de los tipos de “*empleados públicos*”, y remitiendo en su artículo 7 su regulación, prioritariamente, a lo establecido en el EBEP y supletoriamente por la legislación laboral (convencional y legal).

Considero que la fórmula elegida por el legislador en relación a esta materia no impide hablar de la “*relación laboral especial de empleo público laboral*”, dado que si bien no es reconocida como tal (como exige el art. 2 del ET), lo cierto es que su configuración jurídica es precisamente ésta. Se puede discutir el *nomen iuris*, pero la naturaleza del vínculo es equivalente al de una relación laboral con una regulación especial, distinta en todo caso a la laboral ordinaria, sin perjuicio del papel supletorio de ésta, que actúa por remisión expresa del artículo 7 del EBEP. Sin embargo, es cierto que su falta de reconocimiento expreso por el legislador da lugar a una inseguridad jurídica que podría y debería evitarse.

La nueva regulación que introduce el EBEP para el personal laboral supuso una mejora, en el sentido de ordenar algunos aspectos, y lagunas que existían en la regulación de este tipo de vínculos, sin embargo en otros, concluyo que ha supuesto una complicación añadida. Esto es así principalmente por la confusión en cuanto a la determinación de la norma aplicable y los consiguientes conflictos derivados de la imprecisión o la defectuosa remisión en que incurre la norma, (así sucedió, por ejemplo, en la determinación de la norma aplicable a los laborales en materia de permisos). Pienso que esto es debido, simplemente, a una mala técnica legislativa que trae como consecuencia un injustificado complejo juego de complementariedad, aplicación subsidiaria, y remisión a la norma convencional y legal que se suceden en el articulado del EBEP que, desgraciadamente, es característico del nuevo régimen jurídico del empleo público laboral.

2.- Las repercusiones de la falta de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público en la configuración jurídica de la relación laboral de empleo público.

Otro problema que afecta a la nueva regulación del personal laboral de las Administraciones es la situación de parálisis derivada de la falta de desarrollo del EBEP, -que afecta también al resto de tipos de empleados públicos-. Son numerosos los aspectos que se encuentran pendientes de las concretas Leyes de la Función Pública de la Administración central y autonómicas, que no han dado el paso renovador que se esperaba, quedando pendientes materias tan trascendentales como el régimen retributivo, la movilidad, la evaluación del desempeño...

Por su parte, el régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones se caracteriza por la constante necesidad de intervención judicial, (antes y después de la aprobación del EBEP). La jurisprudencia existente sobre numerosos aspectos de su régimen jurídico evidencia esta realidad. A esto se añade el que dicha jurisprudencia sea especialmente intervencionista, llegando incluso a ser creadora indirecta de derecho, como ha sucedido de forma especialmente llamativa con la figura de los "*indefinidos no fijos*", que tiene su origen en una auténtica pirueta jurisprudencial en el intento

de armonizar principios administrativos y derechos laborales, que posteriormente fue legalizada por el propio EBEP.

El actual Texto Refundido del EBEP, aprobado por RDLg 5/2015, (al igual que el original), sigue siendo un marco regulador incompleto porque ni el Estado central, ni la mayoría de las Comunidades Autónomas han desarrollado las que tenían que ser innovadoras Leyes de la Función Pública, -y lo que es peor, las que lo han hecho no han ejecutado dicha reforma del sistema de empleo público, dejando pendientes de desarrollo muchos de los instrumentos que esbozan-. Además, casi todas las nuevas normas autonómicas, en muchos aspectos (salvo algunas excepciones esperanzadoras) tienden a reproducir lo dicho en la norma marco, lo que impide hablar de un verdadero desarrollo reformista, (sobre este particular remito al Anexo II, donde se hace un breve recorrido sobre estas Leyes autonómicas de la Función Pública y sus aportaciones).

Entiendo que esto se debe a la falta de voluntad política que existe en relación al cambio de cultura en materia de empleo público que propugnaba la norma básica, (*no saben, no quieren y/o no pueden desarrollar el EBEP*, como decía el Profesor Chaves), y en mi opinión, al error en que incurrió el legislador al no establecer mecanismos para conseguir los imprescindibles desarrollos normativos (tal vez establecer alguna medida que aunque fuese de naturaleza más política que jurídica, habría servido de aliciente, como un plazo obligado para el desarrollo de la norma a nivel de Administración General del Estado, o marcar un calendario de desarrollo...).

Esta circunstancia ha obligado (y seguirá obligando), a los Tribunales a suplir el papel que no se decide a jugar el legislador, con sucesivas interpretaciones y retoques, pero tampoco se vislumbra en este sentido ninguna prisa por los gestores de la mayoría de las Administraciones, (que considero que, en alguna medida, podría llevarse ya a cabo, incluso sin el desarrollo del EBEP, dado que muchos de los instrumentos de organización venían ya descritos por las normas dictadas en los años ochenta).

Consecuencia de esta falta de desarrollo, y la consecuente parálisis en la esperada reforma en materia de empleo público y la ausencia de medidas de

optimización en su gestión en general (que habría evitado muchas de las extinciones de los contratos llevadas a cabo en los últimos años), sumada a las políticas de contención del déficit público y las normas dictadas en respuesta a la crisis económica, se está produciendo un progresivo adelgazamiento del propio empleo público, con particular incidencia en el laboral.

Así se comprueba a la luz de la información que consta en el Anexo I de esta obra, donde se aporta un estudio comparativo de datos, obtenidos a partir de la información que proporciona el Registro Central de Personal (Ministerio de Hacienda). En concreto, la comparativa se ordena en cuatro tablas que nos indican lo sucedido en torno al empleo público en nuestro país en los últimos seis años, es decir, en la etapa más dura de la crisis y, en la que se producen las mayores modificaciones en el régimen jurídico de los empleados públicos laborales, desde la aprobación del EBEP.

Las dos primeras tablas nos proporciona información en porcentajes de la variación del empleo público en dos etapas clave: la tabla I, desde que se adoptan las primeras medidas legales anti-crisis en 2010, hasta enero 2012, fecha inmediatamente anterior a la reforma laboral; la tabla II, muestra los datos de forma comparada desde enero de 2012, es decir justo antes de la aprobación de la reforma laboral, y hasta enero de 2016.

Fijándonos particularmente en los datos referentes al empleo público laboral, el descenso en la primera etapa de la crisis fue de un -6.5%, y en la segunda, con la reforma laboral en marcha, el descenso llega a ser de hasta un -11% del personal de las Administraciones con vínculo laboral. En la tabla III se puede observar el descenso global desde 2010 hasta 2016, con un descenso en el empleo público de un -7%, siendo la disminución del empleo público laboral, con mucho, el mayor de todos ellos, llegando hasta un -17% de diferencia desde el inicio de la crisis hasta la actualidad.

Sin embargo, los datos obrantes en el Registro de alerta también del envejecimiento de las plantillas (en la Administración Central, el 63% cuenta con más de 50 años, frente al 36% de 2006), y del progresivo incremento de la temporalidad de los contratos laborales en las Administraciones. A esto se suma la tendencia a la externalización de servicios de las Administraciones,

que proliferan a partir de los años noventa al amparo de las ideas liberales, y que se mantiene actualmente, en algunos casos, como mecanismo alternativo frente a la imposibilidad de contratar personal que se impuso en el año 2012 y se mantiene en las últimas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Según los datos de la OCDE en el año 2015, en comparación con otros países, España no cuenta con exceso empleados públicos, sino al contrario, con un 14% de empleados públicos sobre la población activa total del país,⁵⁴⁸ sin embargo la tendencia, como se comprueba a la vista de los datos obrantes en el Anexo I del presente trabajo, es al progresivo descenso.

En el entorno actual, condicionados por las políticas antideficitarias, todo indica que esto seguirá siendo así. Ni si quiera la incipiente tendencia a la recuperación de la gestión pública de algunos servicios que ha comenzado a proponerse principalmente en ciertos Ayuntamientos (muchos por falta de presupuesto, y algunos por razones ideológicas), han servido para revertir el descenso del empleo público laboral, dada la prohibición de las contratación que se mantiene vigente. La única forma de asumir estas actividades será la de cubrir dichos servicios con el personal de las propias Administraciones, o la plantear las contrataciones como extraordinarias. De hecho, -y sorprendentemente por venir de un gobierno que hasta ahora defendía la externalización y privatización de lo público-, esta es una de las propuestas en materia de reforma empleo público, que recoge el propio Informe de la Comisión de Reforma de las Administraciones, -CORA-, como posible medida de ajuste presupuestario. Parece, pues, que la externalización de servicios ni era tan económica, ni tan eficiente como se planteaba por la ideología liberal...

A la vista de lo expuesto, considero, hoy más que nunca, imprescindible el desarrollo normativo y ejecutivo del EBEP, y con él de los instrumentos que

⁵⁴⁸ Hay que tener en cuenta, además, que los datos que utiliza la OCDE, son los mismos de la Encuesta de Población Activa (EPA), que hacen referencia a todos los empleados del Sector Público (es decir, el concepto más amplio posible, incluyendo a las Administraciones Públicas y su dimensión público-privada). Aún así, según su último informe *“Panorama de las Administraciones Públicas”* (2015), el número de empleados públicos por cada 1.000 habitantes en España es inferior a la media de la OCDE, quedando por debajo de países como Noruega, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Francia, Hungría, Estonia, Luxemburgo, Bélgica, Canadá, Israel, Australia, Irlanda, Eslovenia, EEUU, Italia o República Checa.

permitan realizar una eficaz gestión integrada de Recursos Humanos en las Administraciones (planificación, movilidad, evaluación del desempeño, etc..), cuya ausencia lastran la eficacia y eficiencia del empleo público, su imagen, y por ende de lo público en general.

3. Valoración sobre papel jugado por el EBEP en la regulación del personal laboral de las Administraciones Públicas: logros y fracasos.

- ✓ **El complejo ámbito de aplicación y el concepto de Administración Pública del EBEP, y sus consecuencias sobre las relaciones laborales en las Administraciones Públicas.**

Para determinar cuál es el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones en sentido amplio, es imprescindible partir de la concreción del concepto de “*Administración Pública*”, en torno al que se configura el ámbito de aplicación del EBEP, (dado que, como seguidamente comentaré, éste elemento condiciona la regulación a aplicar a cada “tipo” de personal laboral). En relación a esta controvertida materia, en la presente investigación me he centrado, como no podía ser de otra forma, en el concepto “*Administración*” que delimita el propio Estatuto Básico del Empleado Público.

Efectivamente, el EBEP determina su propio concepto de “*Administraciones Públicas*”, y el legislador en este caso no optó por un ámbito de aplicación amplio, excluyéndose ciertos sectores del empleo público por distintas razones (básicamente por su carácter especial, y otras por su proximidad al ámbito privado de actividad). Esta opción va en contra de la recomendación que, en esta materia, realizó el Informe de la Comisión de expertos, que apostaba por la adopción de una amplia extensión del ámbito de aplicación.

Así pues, el ámbito de aplicación del EBEP marca y delimita el complejo esquema de las distintas relaciones laborales y sus regímenes de

ordenación en el seno de una Administración Pública, que se configura como una organización compleja, con diferentes ámbitos, -territoriales y funcionales-, que se vinculan funcional y laboralmente con diversos tipos de empleados que, a efectos de los laborales, podemos clasificar en cuatro grupos principales de trabajadores con vínculo laboral, que podemos encontrar en el ámbito público, y que nos deja un panorama tan complejo como el siguiente:

a) Empleados públicos con contrato laboral, incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP, y por tanto en el concepto de “*empleado público*”, (que por tanto se encuentran sometidos en primer término a dicha norma especial y supletoriamente a la norma laboral, conforme establece el artículo 7 del EBEP);

b) Los trabajadores con contratos laborales, que prestan servicios en las Administraciones y órganos del Estado (art. 4 EBEP), que debido a su especial naturaleza, cuentan con regulación propia. Estos, salvo remisión expresa al EBEP como norma supletoria, son laborales ordinarios pero, en todo caso, se ven afectados por normas administrativas específicas, como las relativas a selección, límites presupuestarios en cuanto a las retribuciones y régimen de incompatibilidades;

Sin ser el mismo caso, en este apartado podemos incluir a los trabajadores de las actualmente denominadas Autoridades Administrativas Independientes, incluidos a priori en el ámbito de aplicación del EBEP, pero que, de hecho quedan excluidas y regulados por el Derecho del Trabajo, por razón de la posibilidad que les otorga el propio Estatuto, (Disposición Adicional 4ª del actual Texto Refundido del EBEP).

c) Trabajadores con contrato laboral, que prestan servicios en el ámbito de entidades del sector público empresarial (sociedades públicas, fundaciones, agencias, en definitiva, en la parte del Sector Público no incluido en el artículo 2 del EBEP). Sus trabajadores quedan sometidos al derecho laboral en los mismos términos que los trabajadores del sector privado, sin perjuicio del debido respeto a los deberes, y principios éticos, principios de conducta, acceso y reserva de puestos a personas

discapacitadas, (Disposición Adicional 1ª EBEP “ámbito específico de aplicación”).

d) Los trabajadores de entidades privadas en las que la Administración tenga participación minoritaria y, los trabajadores vinculados a empresas estrictamente externas a la Administración, pero vinculadas a estas mediante contrata, subcontrata, conciertos..., y ahora también mediante Empresas de Trabajo Temporal. Todos ellos son trabajadores con contratos netamente laborales ordinarios, externos a la Administración, pero sobre los que las Administraciones pueden tener ciertas responsabilidades derivadas de los mecanismos garantistas del Estatuto de los Trabajadores, o de la regulación Administrativa reguladora en materia de contratos públicos. De estos, sin duda los de las empresas contratistas son los más precarizados, realizando en muchos casos los mismos trabajos que los empleados públicos, y en la misma Administración, que utiliza sus servicios sin mantener vínculo laboral directo con ellos.

Considero que este entramado constituye un *hándicap*, a priori, que se habría evitado optando por el ámbito de aplicación “extenso” que proponía la Comisión. Primero por razones de seguridad jurídica y, en todo caso para evitar las negativas repercusiones y dificultades que la coexistencia de distintos regímenes, y los agravios comparativos que en muchos casos se producen, conllevan para poder realizar una gestión eficaz del empleo público.

✓ **Objetivos originales y realidad actual del sistema público de empleo del EBEP.**

A casi diez años vista desde la aprobación del EBEP, podemos decir que hemos sido testigos de un sobreenvenido cambio en sus objetivos, o para ser más preciso, de una relativa desfiguración en las características originales de la norma.

En materia de empleo público laboral, su objetivo principal era aportar un nuevo régimen jurídico, que en relación a estos “nuevos” empleados, supuso contar con la seguridad de unas normas estatutarias mínimas de aplicación, que es sin duda constituyen un logro, frente a la anterior asistemática regulación.

El problema es que este Estatuto se configura a modo de norma marco o mínima, a partir de la cual debían actuar las normas de desarrollo correspondientes. Esta labor de desarrollo, en relación a los laborales, se debía llevar a efecto principalmente mediante la negociación colectiva, y en ciertos ámbitos comunes al régimen funcionarial, por la legislación autonómica. Es cierto que el margen regulador de las autonomías en materia de empleo público laboral es mucho más reducido que el que afecta a los funcionarios, -debido a la reserva constitucional de la regulación laboral al Estado (art. 149.1.7 CE)-, pero la necesidad de desarrollo deja pendiente la real configuración del sistema moderno de empleo público en general, y por tanto también de las relaciones laborales en las Administraciones que delimitaba el EBEP.

Así pues, no es el EBEP el que ha fracasado en sí mismo, pero sí su efectividad, debido a la ausencia de la definitiva regulación y ejecución del ambicioso proyecto que plantea. En mi opinión el problema es la falta de voluntad política de modernización del empleo público, reforzando los factores de profesionalidad, mérito y flexibilidad, que recomendaba el Informe de la Comisión y, que hacía suya la norma en su Exposición de Motivos, consecuentemente faltan los instrumentos jurídicos definitivos que lleven a efecto estos objetivos.

En este contexto, considero que es especialmente necesaria la aprobación de la Ley de Empleo Público de la Administración Central, dado que sería el punto de partida, el referente para el resto de Administraciones, que tampoco han tomado el testigo que el EBEP les dejaba. De hecho sólo algunas han aprobado leyes de desarrollo, condicionadas a su vez en muchos aspectos a su posterior desarrollo reglamentario, y que reproducen

en demasiados aspectos lo establecido en el EBEP, (aunque resulta esperanzador leer ciertos aspectos que algunas de ellas regulan, -sobre el particular remito al Anexo II-).

Otra característica, y en mi opinión, logro del EBEP, es el constituir un paso más en la aproximación de los regímenes jurídicos del personal funcionario y laboral de las Administraciones. Esta tendencia a la funcionarización del régimen jurídico laboral, y laboralización del público ya venía produciéndose desde los años ochenta, pero ahora se reconoce sin complejos por la nueva norma, (comparten, entre otros, el elenco de derechos individuales (art. 14), régimen disciplinario (art. 93 y ss); Objetivos e instrumentos de Planificación de personal (art. 69); principios rectores del sistema de acceso al empleo pública (art. 55)....).

No obstante, es curioso observar que estos últimos años de crisis sistémica, han supuesto un retroceso en ese proceso de aproximación. A este nuevo fenómeno ha ayudado, sin duda, la reforma laboral aprobada por Ley 3/2012, que es de aplicación en numerosos aspectos al personal laboral. Especial incidencia en este sentido ha tenido la regulación específica del despido por causas económicas, técnicas y organizativas en el ámbito de la Administración Pública, para el personal laboral (Disposición Adicional 20ª ET, que resuelve las anteriores dudas sobre si era de aplicación, o no, dicha modalidad de despido a los laborales de las Administraciones), o el nuevo concepto de grupo profesional que supone la superación de las categorías profesionales, con las consiguientes posibilidades en materia de movilidad funcional que se abren también para la Administración empleadora.

Sin embargo, también se produce otro efecto paralelo que es el mayor distanciamiento de la figura de la “relación laboral de empleo público”, con el régimen jurídico laboral ordinario. Esto se comprueba, por ejemplo, con la prohibición de la aplicación a los trabajadores del sector público del artículo 47 ET sobre la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas objetivas, (Disposición Adicional 21ª ET). Esta especial regulación condicionó las medidas de reestructuración de plantillas que han llevado a cabo las

Administraciones con dificultades financieras que, jurídicamente hablando, cuentan con el despido por razones objetivas como única posibilidad.

Otra modificación que distancia la regulación laboral común de la propia de la *“relación laboral especial de empleo público”*, viene de la mano del polémico apartado segundo del artículo 32 del EBEP, que altera el régimen jurídico de la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones. Con esta nueva regulación se posibilita, con carácter excepcional, la suspensión y modificación de los Convenios Colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, cuando concorra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, entendiéndose *“que concurren... cuando las Administraciones deban adoptar medidas o planes de ajuste de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria, o la corrección del déficit público,”* (RDL 20/2012).

Como expongo en el presente trabajo, mi opinión en relación a esta importante novedad no es de rechazo absoluto. Primero porque considero, que en una tendencia de aproximación de regímenes funcionarial y laboral que defiendo, (no era coherente la existencia de diferencias en esta materia tan transcendental). Efectivamente, esta excepción a la fuerza vinculante de la autonomía colectiva, ya constaba regulada para los funcionarios (art. 98.10 EBEP), basándose en la existencia de un interés público superior al derecho de negociación colectiva. Además, considero que por razón de ese interés público superior, es necesario contar con un instrumento que posibilite, excepcionalmente, priorizar las necesidades del Estado frente a los derechos laborales.

Esto no obsta a que no considere que esta posibilidad haya sido debidamente regulada, porque para que este mecanismo encuentre su justificación en derecho, como excepción que es a la fuerza vinculante de los Convenios, su articulación debería ser mucho más rigurosa y exigente.

Principalmente tendrían que ser tasadas de forma estricta las causas que motiven su uso, que deberían serlo por verdaderas razones de excepción, -y no como matiza el apartado final del art. 32.2, como medida de control del

déficit, que responde a un opción política contraria realmente a lo público y por tanto al “interés público” que se supone se debe proteger con esta medida de excepción-, así como la concreción de las materias que pueden ser objeto de inaplicación, la condición temporal de dicho descuelgue y la regulación de un procedimiento que incluya la participación de los representantes de los trabajadores legitimados para negociar, a fin de evitar abusos o, simplemente que esta posibilidad se constituya en el fin de la negociación colectiva en las Administraciones.

De hecho si este aspecto se regulase adecuadamente, considero que sería incluso favorable para los trabajadores, que no tendrían que enfrentarse a la pérdida o merma en sus condiciones de trabajo, como hasta ahora, mediante normas de excepción, dictadas por razones políticas, y contarían con unos condicionantes legalmente establecidos y la posibilidad de revisión por el Juez ordinario, que a la vista de papel político-jurídico que juega el Tribunal Constitucional, será potencialmente más beneficioso para la defensa de sus intereses en este contexto, y por supuesto, por constituir un mecanismo, a priori, mucho menos flexible que el que establece la norma laboral en esta materia....

En definitiva, con la crisis se introducen modificaciones en el EBEP que han afectado a su propia esencia distanciando el régimen jurídico de funcionarios y laborales, y minorando las capacidades autorganizativas en materia de empleo público de las Administraciones Autonómicas, (ratificadas por el Tribunal Constitucional en sentencia de 9 de septiembre de 2016, que impidió la recuperación a nivel autonómico de la jornada reducida de los empleados públicos).

Estas reformas de urgencia y excepción que tanto han afectado al empleo público laboral, evidentemente no tienen como objetivo hacer realidad las ideas de reforma y modernización que invocaba el EBEP. La prioridad, actualmente, es la reducción de gasto en personal, mediante la eliminación de derechos en las condiciones de trabajo, y la reducción del número de empleados públicos, -principalmente de los laborales-. Pues bien, este es el verdadero fracaso de la reforma del empleo público en nuestro país, no del

EBEP en sí mismo, pero sí de los objetivos de cambio de cultura en materia de empleo público que esta norma perseguía.

4. El necesario cambio de la gestión del empleo público en beneficio de la propia Administración Pública y del cumplimiento de sus objetivos.

De la adopción de auténticas medidas renovadoras en la planificación y gestión de los Recursos Humanos de las Administraciones depende, en parte importante, el futuro del empleo público. Pese a que uno de los objetivos que se marcaba el legislador del EBEP era precisamente éste, hoy por hoy en nuestras Administraciones no existe, por lo general, una política y gestión profesional de Recursos Humanos, de hecho las Administraciones suelen limitarse a hacer administración de personal sin más, (y de forma irregular en demasiados casos).

Sobre este tema es importante resaltar un cambio que se viene produciendo y que, considero como síntoma de las carencias que existen en materia de gestión de empleo público en nuestro país. Es significativo el que, en los últimos años, se haya pasado de la clásica polémica sobre los beneficios o inconvenientes del proceso de laboralización del empleo público, a la reflexión sobre la conveniencia o no, de la progresiva externalización de servicios en las Administraciones y, consecuentemente, del desmantelamiento de una parte importante del empleo público laboral.

Contamos con los datos del Registro de personal de las Administraciones pero no contamos con datos tan precisos sobre el número de trabajadores (laborales ordinarios, evidentemente), que presta servicios en nuestras Administraciones vinculadas a empresas privadas o publico-privadas, que desarrollan servicios diversos externalizados mediante las diversas fórmulas que permite la ley (contratas de gestión de servicios, concesiones, encomiendas de gestión, conciertos fundaciones, etc..).

Sin duda los responsables de las Administraciones optan por estas fórmulas que pretenden eliminar el problema que supone la gestión de dichos servicios y de su personal, y más recientemente, para sortear la prohibición de

contratación laboral (introducida y mantenida en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos cinco años), que lógicamente les impide la prestación de servicios en condiciones adecuadas. He dicho “*que pretenden*”, porque al estudiar las consecuencias jurídico-laborales de la utilización de fórmulas como las contrata de servicios, se comprueba cómo en numerosos casos existen potenciales responsabilidades que derivan de los mecanismos de protección que el Estatuto de los Trabajadores prevé para en los casos en que se desdibuja la figura empresarial. Así las Administraciones contratistas pueden llegar a ser responsables por incumplimientos de las contratistas en materia de salarios y Seguridad Social (art. 42 del ET), de Prevención de Riesgos Laborales, e incluso ver reconocidos como personal laboral (indefinido no fijo, claro), a trabajadores de las contrata que incurran en cesión ilegal de mano de obra (art. 43 del ET), además de la responsabilidad solidaria en los derechos laborales y de Seguridad Social generados, y la subrogación en todas las condiciones laborales, en los casos en que se aprecie sucesión de empresa conforme con el art. 44 del ET.

A esto hemos de añadir algo de lo que poco se habla por ahora, y es la inminente trasposición de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que obligará a reformar el actual RD Legislativo 3/2011, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Esta directiva desde el punto de vista de las condiciones laborales trae una novedad que es la exigencia, como requisito para la contratación externa de servicios, de la garantía de cumplimiento de los derechos sociales⁵⁴⁹ y en particular los derechos retributivos que correspondan, según el Convenio Colectivo que sea de aplicación a los trabajadores de las empresas que concursan para la adjudicación de la contrata.

Entiendo que, en principio, y dada la prioridad de los Convenios Colectivos de empresa, que introdujo la reforma laboral de 2012, no tiene por

⁵⁴⁹ Art. 18. 2 Directiva 2014/24/UE: 2. *Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.*

qué ser un problema para las empresas adjudicatarias, (que, a buen seguro, se ocuparán de contar con Convenio propio para sortear los Convenios de sector), pero sí es cierto que supone la incorporación de una política proteccionista con estos trabajadores públicos indirectos que hasta ahora no existía. Dependerá, por tanto de cómo se interprete la aplicación de dicha Directiva por el TJUE, y de las tendencias políticas de los partidos que gobierne en las distintas Administraciones,⁵⁵⁰ el hecho de que se equiparen, regulen y controlen las condiciones precarias de estos trabajadores, -y más en comparación a los empleado públicos-.

Así pues, el tan denunciado proceso de huída del Derecho Administrativo y del Derecho del Trabajo también, en el empleo público se ha producido en los últimos tiempos, principalmente por la vía de la externalización.

Considero que si las Administraciones contasen con los debidos instrumentos y conocimientos en materia de gestión de Recursos Humanos se podría valorar de forma ajustada a la realidad y más objetiva los perjuicios de dicho proceso, y se perdería el miedo que hoy existe en las Administraciones a la gestión directa, y la lógica incorporación (eso sí, y gestión profesional y eficaz), de plantilla, que es lo que amenaza con dejar a un reducto marginal y envejecido, el empleo público en general, y el laboral en particular.

Por otro lado, en relación a este tema, es importante hacer constar que, ciertamente en el ámbito del empleo público, -y en particular del laboral-, concurren una serie de características que hacen del objetivo de su gestión y potencial mejora, un tema complicado. Las Administraciones presentan una realidad compleja en diversos sentidos, que inevitablemente afectan a la organización del empleo público laboral:

1. En primer lugar, se mezcla una regulación particular y complicada, a medio camino entre lo administrativo y la laboral, que se impone y afecta a tan

⁵⁵⁰ Un ejemplo en este sentido, lo constituye el del Acuerdo firmado en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con los sindicatos más representativos y las patronales, sobre la inclusión de condiciones sociales en la adjudicación de contratos, por el que se establece como condición la rescisión dichos vínculos con las empresas adjudicatarias que dejen de pagar dos o más nóminas de los trabajadores vinculados al desarrollo de los servicios.

especial empleador (simplemente determinar qué son y que no, las Administraciones Públicas a las que se extiende el ámbito de aplicación de la norma sobre empleo público es difícil);

2. Además, se trata de una realidad en la que concurren también elementos sociológicos (e incluso psicológicos, diría yo), que definen a un especial empleador y trabajador por cuenta ajena, muy diferente al de la empresa privada, que sin duda condiciona su gestión;

3. La existencia de elementos y circunstancias relacionadas con el choque entre decisiones políticas, y reivindicaciones o derechos laborales, -que en la mayoría de los casos, realmente también son política-, que llegan desde el ejecutivo y desde los sindicatos, (que a su vez tienen un particular papel, tan distinto del que desempeñan en el ámbito privado...);

4. La complejidad de la propia organización, y la enorme diversidad de sectores de actividad, necesidades distintas y características distintas según en qué lugar de las Administraciones nos encontremos, que imponen la necesidad de contar con la existencia de distintas formas de gestión desde una misma regulación jurídica, del régimen propio de los empleados públicos.

En definitiva, es realmente el equivalente a hablar de un enorme grupo de empresas, donde debemos cumplir con unos objetivos estratégicos (que además, son diferentes según el signo político de los distintos gobiernos territoriales), e intentamos implantar un modelo de gestión de personal, en el que vamos encontrar características de lo más diverso, y donde necesariamente habrá éxitos de gestión, pero también fracasos.

Pues bien, por todo lo anterior considero que es difícil e inadecuado, hablar en términos categóricos, sobre todo en materia de organización del personal, planificación y gestión, y resulta compleja también la crítica a lo que hay, (porque no hay lo mismo en todas las Administraciones). Pero es una evidencia que la tónica en el ámbito del empleo público es la ausencia de gestión estratégica de Recursos Humanos, y la mera administración de personal.

En un entorno como son las Administraciones las propuestas deben contar con un punto común, (que es el papel que, acertadamente, juega el

EBEP, y el que tendrán que jugar las directrices que marquen las Leyes de la Función Pública autonómicas), y un principio básico que es la profesionalización de la gestión de los Recursos Humanos, pero la ejecución de la efectiva gestión dependerá de los directivos y gestores, dado que, por la complejidad de la propia Administración comentada, no puede, ni debe ser igual para todos los supuestos, ni en todos los momentos (las propias organizaciones cambian con el tiempo, y con su personal).

Si hay algo evidente es la necesidad de cambios profundos en las relaciones laborales de la Administración del siglo XXI, para hacer frente a la Administración y los servicios públicos que se desean tener y mantener. No debemos olvidar que los estudios en materia de gestión de Recursos Humanos en el ámbito de la empresa privada, siempre empiezan con esta premisa: los gerentes en materia de personal (en nuestro caso, los tan ansiados directivos profesionales definidos por el EBEP), deben tener como base de su estrategia y planificación, los objetivos y estrategias generales de la empresa en la que se integra. Si esto no se produce, no existirá la gestión integrada de Recursos Humanos, y todo seguirá como hasta ahora, moviéndonos exclusivamente por impulsos externos, sin proyecto, y siendo las exigencias políticas de cada momento, -como ahora lo son las restricciones presupuestarias-, las que condicionan y mueven los cambios en empleo público.

La noción de 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. Pues bien, en este sentido probablemente el momento para introducir nuevas formas de gestión deberían ser los próximos años.

Una vez superado el impacto de las medidas de recorte, creo que es el momento más oportuno, (política y sociológicamente) para plantear las prioridades de las Administraciones, -marcar sus objetivos estratégicos-, y poner nuevas reglas de juego en las políticas y la gestión de personal aplicada a los empleados, acordes con dichos objetivos. El problema, cómo no, son las nuevas circunstancias socio-económicas resultantes de la crisis sistémica que nos afecta, condicionada a su vez por una política fiscal impuesta por la Unión Europea, que deja muy poco margen a lo público. En este contexto, parece que

la única posibilidad que van a tener las Administraciones va a ser la del abandono de muchos servicios, o la prestación de los mismos servicios que vienen desarrollando pero en términos de mínimos, y precarizados.

El EBEP pretendía favorecer la introducción de criterios y técnicas empresariales de gestión de Recursos Humanos en las Administraciones, si bien, adaptadas a aquellas por la particular y diversa naturaleza que antes he esbozado. Esto es imprescindible ya, pero el cambio cultural que requiere, dependerá en gran medida de que haya voluntad política, tanto a nivel regulador, como a nivel de ejecución, (que es tal vez lo más difícil y lo más importante, como se puede comprobar al repasar la historia del empleo público en nuestro país). Para que esto sea realidad hay tres aspectos que, sumados a lo expuesto hasta ahora, considero necesarios para lograr una gestión real del empleo público en nuestro país:

1.- La importancia y entidad del cambio cultural en materia de empleo público que es preciso, creo que sólo puede llevarse a efecto con garantía de éxito con la colaboración del Diálogo Social, -actualmente inexistente y con la negociación colectiva debilitada jurídicamente-. De hecho, la necesaria intervención de la negociación colectiva en la configuración de la gestión del empleo público viene establecida y prevista en el EBEP (art. 37).

La participación de los sindicatos en este objetivo es básica, porque sin su apoyo y complicidad será difícil hacerlo realidad. De hecho pienso que esto quedaba así reflejado en el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010/2012, (BOE 23 de octubre de 2009), que quedó sin efecto en 2010. Este Acuerdo, cuyo contenido marcaba los pasos a seguir para el desarrollo del EBEP, fue una oportunidad perdida por razón de la crisis.

No obstante, aquí añado un matiz: creo que los sindicatos mayoritarios en las Administraciones deben cambiar su política, o incluso diría, su filosofía de actuación. Considero que son precisos unos sindicatos que defiendan en primer lugar la fortaleza de lo público (aunque formalmente así lo manifiestan), sin dejar de representar los intereses de sus representados. Algunos vicios que han afectado su actuación en el ámbito de lo público, (donde los sindicatos “de

clase” olvidan que lo son, y pecan de corporativismo cuando actúan en el ámbito de las Administraciones), va en contra de ellos mismos. En definitiva, en este proceso de reforma y cambio de cultura, ellos también deben cambiar, sin perjuicio de que soy consciente de que la causa de este problema seguramente está en el carácter fuertemente corporativista de los empleados públicos y su reflejo en el ámbito de su representación sindical, reflejado en el éxito del CSIF, que condiciona por pura supervivencia al resto de sindicatos.

2.- Es necesario cambiar el inmovilismo que impera en las Administraciones (y en las instituciones en general) en torno a la reforma que preconizaba el EBEP, pero también es necesario saber hacerlo... Por esta razón, para poner en marcha las reformas en empleo público se torna imprescindible proporcionar formación en materia de gestión a los funcionarios de mayor nivel, e incluso crear órganos específicos que armonicen e impulsen las medidas en este sentido. Creo que es necesario evitar la externalización de esta labor, y en mi opinión, son estos empleados públicos funcionarios los que deberían ocupar prioritariamente los puestos de directivos profesionales que introdujo el EBEP (en este sentido se posicionan algunas de las nuevas Leyes de la Función Pública, como la de Castilla-La Mancha, por ejemplo, no lo cierra a la contratación externa, pero expresan la preferencia a la ocupación de éstos puestos por funcionarios cualificados). El problema, una vez más, es que el EBEP sólo lo esboza y queda pendiente el desarrollo legal pertinente de esta figura.

3.- Considero imprescindible la participación ciudadana en la gestión del empleo público, y la Administración que queremos. La percepción pública sobre las propias Administraciones, y en relación al servicio recibido es clave hoy por hoy, porque de ello depende la propia legitimidad de las Administraciones. Para vehiculizar esta necesidad de participación, en el ámbito que nos ocupa, considero que el instrumento adecuado es la evaluación del desempeño, prevista en el artículo 20 del EBEP.

Las técnicas de evaluación del personal 360º son un instrumento común en la gestión de Recursos Humanos privada, y conlleva una evaluación del personal y del servicio que se presta, desde todos los ámbitos que rodean su actividad, siendo en nuestro caso los usuarios de los servicios el equivalente

al cliente en las empresas, y por tanto una importante opinión a tener presente, -y no solo la evaluación por el superior jerárquico, insustancial y vinculada exclusivamente a retribuciones que se reconocen mecánicamente, como sucede actualmente en la mayoría de los casos donde hay evaluación-.

En definitiva, una evaluación del desempeño adecuada, y bien aplicada, es la vía para valorar objetivamente el comportamiento y eficacia de los empleados públicos, para utilizar los resultados como verdadero instrumento de gestión de personal, y no desnaturalizado como lo está actualmente.

5. Presente y perspectivas de futuro del empleo público laboral, conforme con el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones (CORA): disyuntivas entre lo que se dice, lo que se hace y lo que se debería hacer.

El 26 de octubre de 2012 el Consejo de Ministros acordó crear una Comisión de corte político (no de expertos), para estudiar y planificar cómo debía producirse la reforma de las Administraciones Públicas (CORA). El Informe de la CORA, en el apartado relativo a las reformas necesarias en materia de empleo público recoge propuestas que hacen referencia a la Administración General del Estado, pero constituye el modelo de referencia para el resto de Administraciones en esta materia para el futuro inmediato.

Estas propuestas responden a medidas requeridas en una situación de urgencia económica, y con una política fiscal impuesta por la Unión Europea. Esto quiere decir que el trasfondo de las propuestas no es otro que el control del gasto público, y en dichos términos, la optimización y aprovechamiento del personal de las Administraciones. Es, por tanto, muy diferente de lo que supuso el EBEP en esta materia, que en un momento económico y político de normalidad, marcaba como objetivo la modernización de la gestión en el empleo público con el convencimiento de que introducir elementos de gestión de personal propias de la empresa privada mejoraría la prestación de servicios.

Por otro lado, el ejecutivo en este Informe, sorprendentemente, plantea los puntos a reformar en empleo público, sin hacer mención alguna al

necesario y pendiente desarrollo del EBEP. Esto es sorprendente porque todas las propuestas que hacen tocan elementos previstos en el EBEP, que actualmente se encuentran paralizados, y que se regulan en gran medida, conforme a la normativa anterior, -tal como establece la Disposición Final 4ª del EBEP-. Esto lleva a pensar que, al menos en materia de empleo público, el Informe CORA es sólo una operación de imagen del ejecutivo de cara a la Unión Europea. Se busca dar sensación de actividad reformadora que, al menos en materia de empleo público, no existe en realidad.

No obstante, pienso que si al menos, las reformas que se proponen en el Informe se realizasen, sería un importante paso adelante en la reforma del empleo público, porque realmente hacen referencia a varios de los puntos clave precisos para tal fin. El problema es que al materializarse, estos cambios deberían hacerse vinculados a objetivos de calidad y cantidad en los servicios públicos, y no en términos de minoración económica en materia de gastos de personal, (que es lo que hasta ahora se ha hecho, y lo que de la lectura del texto se deduce).

El Informe CORA planteó nueve puntos clave⁵⁵¹ a reformar en materia de empleo público. De entre ellos paso a valorar los que considero imprescindibles, desde la perspectiva de su situación real y las perspectivas en torno a estos:

⁵⁵¹ Recordemos que, el Informe CORA en materia de reforma del sistema de empleo público hace referencia a los siguientes aspectos: establecimiento de pautas sobre la determinación del régimen jurídico del personal que participa en la prestación de los servicios públicos; redefinición de los elementos de ordenación del empleo público (clasificación y movilidad funcional), redefinición del puesto de trabajo (reasignación de efectivos), mayor vinculación entre la planificación de Recursos Humanos y estrategia y políticas públicas de la Administración General del Estado, diseño de medición de cargas de trabajo que faciliten la asignación eficiente de RRHH (objetivo: asignación más eficiente del personal); movilidad interna y movilidad interadministrativa (objetivo: menos efectivos pero más cualificados y movilidad interadministrativa a través de la Comisión de Coordinación de Empleo Público), mejora de los sistemas de información (nuevos modelos de bases de datos para una gestión de personal que no se limite a aspectos jurídicos, sino también información de capacidades y competencias como títulos, idiomas,...), evaluación del desempeño (para articular un sistema que une y proporciona coherencia a los tres elementos nucleares: formación/carrera/retribuciones), es decir la dirección por objetivos del personal), formación como factor para el cambio (planes de formación vinculando los proyectos de mejora a la planificación estratégica, para avanzar en sistemas de gestión por competencias).

a) Sobre las pautas sobre la determinación del régimen jurídico del personal que presta servicio en las Administraciones Públicas.

El primer punto conflictivo en materia de empleo público laboral, siempre pendiente de resolver, es la determinación de los puestos que pueden ocuparse por este personal. De hecho este punto fue, desde el principio, uno de los elementos que hicieron dudar sobre la posible inconstitucionalidad de la norma que aprobaba e introducía a los laborales en el empleo público.

La posición del EBEP sobre este particular tiene su reflejo en el artículo 9.2 del EBEP, donde el legislador adopta una opción tibia, señalando 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 de la Administración Pública* deberán ser desempeñadas por funcionarios. Es decir, el legislador respeta la doctrina marcada en su momento por el Tribunal Constitucional (STC 28/1987), pero a la vez, en su línea de delegar en las Administraciones regionales un amplio ámbito de competencias de desarrollo, añade en su artículo 11. 2 que *“las leyes de la función pública en desarrollo del EBEP deberán establecer los criterios para determinar los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral”*, (si bien, dentro de los límites del art. 9.2 EBEP).

El problema base que plantea esta fórmula elegida por el legislador, es la inseguridad jurídica que origina la indeterminación de los conceptos jurídicos: *“ejercicio de potestades públicas y salvaguarda de los intereses generales del Estado”*. Dependerá de lo que interpreten las Administraciones territoriales al desarrollar estos criterios, de tal forma que el objetivo de limitar o delimitar los ámbitos de ocupación por laborales que marca el EBEP, realmente con este modelo no se garantiza de forma sólida. Lo que es casi seguro es que existirá disparidad de criterios, pudiendo encontrar Administraciones que desarrolle el concepto de forma restrictiva o, al contrario, abierta a la laboralización del empleo público.

En todo caso, hasta que se produzca el mencionado desarrollo, se mantiene en vigor la regulación anterior, conforme a la interpretación que

jurisprudencialmente se determinó en su momento, y así seguimos⁵⁵². Por su parte, las pocas Comunidades Autónomas que han aprobado Leyes de la Función Pública posteriores al EBEP, curiosamente se han limitado a repetir lo que hasta ahora rige en esta materia, es decir que, a no ser que la Ley de la Función Pública de la AGE tome otra deriva, las perspectivas son de inalteración del actual estado del tema.

Pues bien, el primer objetivo que en materia de empleo público señala el Informe CORA es precisamente *“...la necesaria diferenciación normativa, en función de la naturaleza de las actuaciones a desarrollar, del personal funcionario y laboral, se revisarán aquellos sectores en los que se aprecie una falta de correspondencia entre la utilización de uno u otro tipo de personal....”*

La pregunta que surge a la vista de lo planteado en el CORA es ¿cuál es realmente la intención del ejecutivo, ordenar, ampliar los márgenes para laboralizar más, o limitar la expansión de la laboralización del empleo público? Depende de la respuesta que se dé a esta cuestión se gestará un modelo u otro de empleo público, y esto no queda claro en el Informe.

En todo caso, la idea es correcta y jurídicamente necesaria, pero este tema, como se ha analizado en el presente trabajo, viene siendo objeto de debate desde los años ochenta, y la indeterminación de los conceptos y la flexibilidad de la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia nos han llevado a la situación actual.

Como tantos otros, pienso que este tema debería resolverse con el desarrollo efectivo del EBEP en lo relativo a su artículo 9.2 y 11.2, concretando y delimitando la distribución del personal por puestos. Se conseguirá con ello evitar abusos en la contratación de laborales en puestos inadecuados, -que

⁵⁵² El artículo 15 de la Ley 30/1984, LMRFP, establece que *“con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios”*, a excepción, (es decir, que podrán ser ocupados por laborales) de los que enumera la norma, y el artículo 92 de la Ley 23/88 de Bases del Régimen Local, (con lo que ello supone, según se comenta en el Capítulo II del presente trabajo).

tantas consecuencias negativas conlleva en cuanto a la legalidad de la situación de este personal, y la vulneración de los principios constitucionales que rigen el empleo público-, y la descompensación entre personal funcionario y laboral, con la consabida convivencia de ambos tipos de empleados en puestos equivalentes, pero con regímenes jurídicos diferenciados, que dificultan a priori la posibilidad de llevar una política de Recursos Humanos real y armónica.

El segundo aspecto que comenta el Informe en materia de armonización de plantillas, es la necesidad de *“identificar funciones que, estando externalizadas, pueden, mediante una reasignación de efectivos excedentarios de otros ámbitos, ser objeto de internalización con el consiguiente ahorro, así como la fijación de criterios estrictos para determinar qué funciones pueden ser objeto de externalización”*.

Sorprendentemente, por venir de un ejecutivo liberal, esto suena a intención de recuperación de servicios externalizados. Sin duda, (como en todo lo demás), el trasfondo de esta propuesta se hace sólo en términos de optimización económica, -lo que, sin duda, significa que tácitamente se reconoce por el ejecutivo el alto coste que conlleva la externalización de servicios públicos, y la infrautilización del empleo público-, pero no como un cambio de concepto de la gestión de lo público.

En todo caso, sea cual sea su origen, en este punto, coincido plenamente con el Informe de la CORA, sin embargo respecto a la última frase *“...así como la fijación de criterios estrictos para determinar qué funciones pueden ser objeto de externalización”*, considero, que a la vista de las nuevas Directivas 2014/23, 2014/24 y 2014/25, es el peor momento posible de plantearlo en términos restrictivos. Efectivamente, dichas Directivas, (que, como comenté en su momento, están en vigor en nuestro país desde el 18 de abril de 2016, aun estando pendiente su transposición), con finalidad liberalizadora, tienden a ampliar las actividades y sectores en los que se puede externalizar servicios.

En definitiva, es indiscutible que en el ámbito de las Administraciones existen funciones que precisan de la objetividad, imparcialidad e independencia que residen en el origen del régimen funcionarial. Sin embargo dudo de las ventajas de la contratación laboral en el ámbito de las Administraciones, cuando lo que se esgrime para su defensa es exclusivamente la flexibilidad que aporta el régimen laboral, (que realmente no es tanto en el ámbito de las Administraciones, y que además es el origen de fraudes en la contratación y vulneración de principios constitucionales que rigen en el empleo público). En mi opinión, la única diferencia justificada entre estos dos regímenes (funcionarial y laboral), es la necesaria existencia de inamovilidad propia de los funcionarios, para evitar clientelismo político y los abusos derivados de las afinidades o enemistades políticas.

Sin embargo, creo que la constante y progresiva aproximación de los regímenes funcionarial y laboral avalan esta tesis que planteo, y me lleva a pensar como posibilidad, la existencia de un solo régimen jurídico funcionarial, o la prevalencia de éste, que facilitase la articulación y la gestión del personal, evitando las actuales situaciones de coexistencia, con agravios comparativos entre empleados, y abusos e irregularidades en la contratación laboral. Ciertamente, dicho cambio tendría que ir acompañado de modificaciones en la regulación del régimen jurídico de los funcionarios, que sin conculcar los principios constitucionales, agilizase y matizasen algunos aspectos como la propia inamovilidad en el puesto, el régimen disciplinario, la organización, la implantación de sistemas de acceso más ágiles y profesionales...

También es materia que necesita ser reformada, a la vista de la tendencia externalizadora en el ámbito de las Administraciones, la limitación mediante reserva legal, al régimen funcionarial de concreto sectores, funciones y actividades. Este sería el principal cortafuegos para esta realidad, que ya no es que sea un síntoma de la denominada huída del Derecho Administrativo, sino la desfiguración y la privatización indirecta de los servicios públicos, y la precarización de su personal. Sin embargo, como antes comenté, las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, (con objetivos liberalizadores) impedirán que esta delimitación tenga resultados limitadores y será, más bien, por la mera

necesidad de contención del déficit público, como se limite se quiera o no, el uso y abuso de la externalización en las Administraciones.

b) Sobre la necesidad de una gestión integrada y una planificación de Recursos Humanos en las Administraciones.

La planificación de personal, como señala Sánchez Morón, es la actividad que realizan las organizaciones públicas para compaginar su reflexión estratégica general, con la de medios humanos necesarios para cumplir los objetivos propuestos.

El problema que plantea la implantación y desarrollo de mecanismos de planificación en las Administraciones reside en la dificultad existente para marcar dichos objetivos estratégicos. La Administración como conjunto orgánico complejo y, dirigido por diversos ejecutivos, hace que la capacidad de decisión sobre unos objetivos comunes sea difícil de lograr. El choque entre distintas concepciones de sobre fines a lograr, y los medios a utilizar, dentro de la Administración, -o incluso la ausencia de estos en algunos ámbitos-, y el hecho de que de que dichos objetivos suelen ser a corto plazo y condicionados a restricciones presupuestarias, son parte del origen del fracaso en la implantación de la planificación de Recursos Humanos.

Esta no es realmente una cuestión nueva. La Ley 30/1984, LMRFP, regulaba algunos de los instrumentos de gestión de personal, que perduran tal y como los conocemos hoy: las Relaciones de Puestos de Trabajo, la Oferta de Empleo Público, los Registros de personal, o los famosos Planes de Empleo previstos en la Ley 22/93, que tenían como objetivo reducir y reordenar los excesos de personal. Pero estos instrumentos no se han utilizado y desarrollado igual en todas las Administraciones, (que lógicamente tienen autonomía organizativa, y no todas tienen las mismas dificultades y necesidades), o los

Por su parte, el papel del EBEP desde el punto de vista de la planificación y gestión de Recursos Humanos ha sido, el de marcar un mínimo de coordinación entre Administraciones, aportando los conceptos clave

comunes para todas ellas, pero a modo de referencia y primer impulso, dejando gran margen al desarrollo y ejecutividad a las Administraciones.

Así se hizo en el Título V del EBEP, donde se materializa el objetivo y se perfilan los instrumentos para la efectiva gestión de Recursos Humanos, siendo trascendental el desarrollo del concepto de Planificación de Recursos Humanos, (art. 69 EBEP). Pero el primer problema, en mi opinión, es que el legislador lo plantea como algo potestativo, cuando tendría que haber sido una obligación. Así, este instrumento no se ha desarrollado ni en la AGE, ni en la mayoría de las Autonomías, y no se ha hecho realidad en el grueso de la Administración después del EBEP.

El EBEP también delimitó y conceptuó, los instrumentos de gestión, -en su mayoría ya existentes-: Registro de personal (art. 71 EBEP); Relaciones de Puestos de Trabajo (art. 15.1 a) EBEP); Oferta de Empleo Público (art. 70 EBEP), e introduce un concepto nuevo e importante que es la *“gestión integrada de recursos humanos”* que deberán impulsar las Administraciones (art. 71.4 EBEP).

El problema es cómo implementar todos los principios y métodos de gestión en una Administración compleja, politizada, desequilibrada en efectivos y tradicionalmente muy reglamentada en esta materia. La respuesta tal vez deba ser, en primer lugar, proceder a la articulación de la profesionalización de la gestión de Recursos Humanos, -sin perjuicio de las directrices políticas de los objetivos a los que responden dicha gestión-. Para esto es imprescindible desarrollar la figura del personal directivo que prevé el EBEP.

El informe CORA este tema sólo plantea colateralmente, en relación a lo que denominan *“redefinición de los elementos de ordenación del empleo público”*, y en concreto, en relación al personal laboral, se limita a recordar las enormes posibilidades que introduce la reforma laboral en materia de movilidad funcional los *“nuevos instrumentos de ordenación de la clasificación profesional que deben ser utilizados, para reorientar profesionalmente este personal en los términos más adecuados a las necesidades actuales, potenciando la polivalencia funcional”*.

Resulta paradójica esta remisión, cuando en la reforma laboral en materia de empleo público laboral se primó, de forma evidente la extinción, frente a la potencial utilización de posibles medidas vinculadas a las medidas alternativas basadas en dicha flexibilidad. A tales efectos me remito a lo tratado en esta investigación sobre los despidos objetivos, y la llamativa prohibición dirigida para las Administraciones, de acudir a figuras como la suspensión de los contratos o la reducción de jornada, para hacer frente a situaciones de dificultad económica o necesidades organizativas, previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, (Disposición Adicional 17ª del TRLET). En definitiva, no parece que en el ejecutivo tengan las ideas claras, ni que su prioridad sea la puesta en marcha de la planificación de Recursos Humanos en las Administraciones.

c) Sobre la evaluación del desempeño como instrumento para implantar la gestión por objetivos en las Administraciones.

La evaluación del desempeño se prevé en el art. 20 EBEP, como el *“procedimiento por el que se valorará y medirá la conducta y rendimiento profesional de los empleados públicos”*, (se deduce por tanto su aplicación a los laborales en toda su dimensión). El desarrollo de los elementos básicos del modelo de evaluación por el que se opte corresponderá a las Leyes de la Función Pública, por el principio de reserva de ley. En éstas se deberán concretar la naturaleza jurídica del proceso de evaluación, sus efectos en materia de retribuciones, carrera profesional, movilidad del personal, los sistemas de evaluación específicos y los instrumentos o personas responsables de su ejecución.

El principal problema será precisamente el determinar los mecanismos de evaluación con eficacia y acierto, los criterios y la elección de los evaluadores, teniendo en cuenta que este tema no es sencillo de llevar a la práctica con éxito, (prueba de ello es, que las técnicas de evaluación llevan años estudiándose y evolucionando en el ámbito de la gestión de personal de la empresa privada).

Es cierto que, en muchas Administraciones, ya existe el concepto de evaluación, pero también es cierto que, en la mayoría de los casos, no funciona vinculada a una gestión de personal por objetivos. Así pues, nos encontramos, una vez más, con un instrumento que adolece de inoperancia, y que así se mantiene después del EBEP por la falta de desarrollo.

El Informe CORA manifiesta sobre esta cuestión: *La evaluación del desempeño constituye, sin lugar a dudas, uno de los ejes básicos sobre los que debe asentarse la reforma de la Función Pública de la AGE.... Pero más allá de un sistema de gestión de personas, se trata de una herramienta muy vinculada a la dirección de la organización pública por objetivos, y aunque en algunas áreas de la Administración los sistemas de dirección por objetivos y evaluación de desempeño son práctica habitual, entre otros, no ocurre lo mismo....*

Dentro de las propuestas sobre esta materia, considero especialmente interesante el Informe del Grupo de Trabajo sobre Evaluación del Desempeño, llevado a efecto en noviembre de 2013, dentro de la Comisión de Coordinación del Empleo Público. Entre otros aspectos abogan por implantar y desarrollar un personal directivo profesional, que se señalan como los encargados de implementar y aplicar la dirección por objetivos y la gestión por competencias. Otra propuesta que se hace es la creación de agencias o comisiones de evaluación externas a la unidad de los empleados evaluados (el problema es el esfuerzo inversor que esto requieren, si bien algunas de las nuevas Leyes de la Función Pública lo prevén).

Para tener cierta garantía de éxito, los criterios generales de la evaluación deberían ser consensuados con los representantes de los trabajadores (en la negociación conjunta básica). Tienen que ser cuantitativos y cualitativos (participación de ciudadanos), y los sistemas de evaluación deben adaptarse al objeto evaluado, y no solo individuales sino también colectivos (departamentos). Además, pienso que los efectos de la Evaluación no sólo deben ser retributivos, también tienen que afectar a la carrera profesional y deben servir en materia de planificación de la formación. También está previsto que afecte negativamente -o pueda afectar-, porque de ello dependerá la

continuidad en un puesto obtenido por concurso (20.4 EBEP), y esto es imprescindible.

El problema es cómo aplicarlo sin que se convierta en un mecanismo disciplinario encubierto. Tal vez la forma sería diferenciando los casos en que concurre dolo, -que reconduciría a los mecanismos sancionadores-, frente a los supuestos de incumplimiento simple, que serían los que darían lugar a una evaluación negativa.

Actualmente, la poca evaluación del desempeño que existe en las Administraciones se vincula al reconocimiento de retribuciones variables, pero no son en ningún caso el instrumento de gestión de la eficacia del servicio público que debería ser. No se trata sólo de que tenga repercusiones retributivas (que también), sino que sirva para cumplir los objetivos de la planificación de recursos humanos y de gestión, valorando no solo objetivos cuantitativos (trabajo hecho/ ahorro en la gestión), sino además la calidad del servicio realizado, y que tenga repercusión en diversos ámbitos de la relación laboral.

Por otro lado la evaluación 360° (es decir, la evaluación desde los todos los puntos de vista, no solo el jerárquico) al propio personal directivo sería también imprescindible en este ámbito, como antes comenté.

En el informe-memoria del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la Responsabilidad Social en el AGE, (enero 2015), se hace referencia a la existencia de programas piloto de evaluación de desempeño en 30 unidades de 9 Ministerios. El establecer unidades de prueba me parece una excelente idea como punto de partida, que creo se debería extender al resto de Administraciones.

En definitiva, lo que falla no es tanto la ausencia del elemento de flexibilización, o que no puedan aplicarse estos elementos al personal laboral, lo que falla es una verdadera estrategia y la voluntad real de ejecutar los instrumentos de gestión de personal, sin esto no será posible lograr la puesta en marcha de la gestión integrada de Recursos Humanos en las Administraciones.

6. Otros aspectos que exigen reforma en torno a la relación laboral de empleo público.

Si bien los elementos hasta ahora referidos, son imprescindibles para la modernización de la gestión del personal, existen otras cuestiones no vinculadas a organización, pero que considero también imprescindibles en la definitiva configuración jurídica del empleo público laboral, y de las que nada dice el Informe CORA. Estas son:

a) La potenciación de la potestad de dirección y sancionadora en la gestión del empleo público laboral.

Un aspecto imprescindible para poder desempeñar una verdadera y eficaz gestión de personal, en cualquier organización, es el establecimiento de un sistema de responsabilidades justo y objetivo, pero eficaz, enfocado a la consecución de los objetivos que dicha organización se marque.

En el caso de las Administraciones es claro que, para poder conseguir un buen sistema que dé cumplimiento eficaz y eficiente de los servicios públicos, -o la, tan de moda, “*gobernanza*”-, precisamos contar con un instrumento imprescindible, como es el ejercicio real por el empleador de la potestad de dirección y organización y, en su caso, la potestad sancionadora, bien entendida y utilizada. Este aspecto fue destacado el Informe de la Comisión de Expertos, donde retóricamente se cuestionaban sobre “*si el régimen disciplinario vigente,...cumple efectivamente su finalidad*” (capítulo XVIII).

Uno de los problemas en el desarrollo de la actividad de gestión en el empleo público es la deficiente utilización de ambas potestades, o directamente la omisión en la utilización de ésta. Efectivamente, desde el punto de visto jurídico el modelo del derecho administrativo sancionador basa sus reglas y principios en el derecho penal, y no en el modelo disciplinario del derecho del trabajo, que es esencialmente más efectivo y ágil. A esto se une, que el ejercicio del poder disciplinario en el ámbito público no constituye una actividad cómoda para los responsables de las Administraciones, -a veces por clientelismo político, pero también porque los costes del mal funcionamiento de

los servicios no conllevan consecuencias directas para éstos, a diferencia de lo que sucede en la empresa privada-.

En esta materia el EBEP dio el acertado paso de apostar por armonizar la regulación de laborales y funcionarios, -sin perjuicio de los inevitables matices derivados de la distinta naturaleza del vínculo-. Sin embargo lo que no me parece tan acertado es la fórmula por la que se ha optado, siendo el régimen sancionador de los laborales el que se ha aproximado al funcional, cuando habría sido la oportunidad perfecta para apostar por una mayor agilidad y hacer más efectivo este instrumento.

En todo caso hay una pieza que sigue faltando en esta materia, que es imprescindible para completar el cuadro. Se trata, de nuevo, de la ausencia de desarrollo de la figura del directivo profesional, y la puesta en funcionamiento de la evaluación del desempeño, porque todo ello forma parte de un conjunto necesario para impulsar la gestión por resultados en las Administraciones.

También es preciso, en relación al personal laboral, el papel de la negociación colectiva. Actualmente los Convenios Colectivos del personal laboral han adoptado, en su mayoría, el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios, con mínimos matices de diferencia, si bien pienso que esta materia debería ser tratada con mayor profundidad en el ámbito colectivo. Efectivamente, el artículo 37.1 del EBEP, excluye del contenido negociado la regulación de “*los poderes de dirección y control, propios de la relación jerárquica*”, y ciertamente esta materia debe ser decisión última de la propia Administración, pero existen mecanismos de participación que pueden y deben ayudar a que Administración y representantes de los trabajadores acuerden una regulación eficaz y consensuada en esta materia, dado que en caso contrario será difícil que cambie la situación, -y tampoco es deseable que lo sea de forma excesivamente conflictiva-.

En definitiva la unificación del régimen disciplinario de funcionarios y laborales que regula el Título VII del EBEP, es un paso adelante en la articulación de un régimen jurídico común, si bien debe completarse con el papel activo de la nueva figura de los directivos, y en el ámbito del empleo

público laboral, con el potencial de la negociación colectiva y otro tipo de Acuerdos colectivos en relación a esta materia.

En todo caso, insisto en la importancia del ejercicio efectivo del poder de dirección y disciplinario, especialmente en este ámbito donde la inamovilidad de los funcionarios y la relativa inamovilidad de los laborales, condicionan inevitablemente el comportamiento de los empleados y que, sin duda, podría ser equilibrada por los gestores, con una actuación seria y ecuánime en esta materia, que actualmente brilla por su ausencia en nuestras Administraciones.

b) El problema, no resuelto, del fraude de Ley en las contrataciones laborales de la Administración.

En el ámbito público es notorio el problema de la contratación temporal irregular o fraudulenta. De hecho, consecuencia directa de esta realidad, fue la aparición de la figura del empleado público laboral "*indefinido no fijo*," de creación jurisprudencial, (STS 20 y 21 de enero de 1998), posteriormente legalizada en el artículo 13 del EBEP. Con esta figura, ante la existencia de los casos de contratación en fraude de ley en las Administraciones, se intentaba dar cumplimiento a la defensa de la estabilidad en el empleo exigida por la norma laboral y, a la vez, respetar los principios administrativos que rigen el acceso al empleo público (igualdad, publicidad, mérito y capacidad, art. 103 CE).

En el capítulo I se analiza la interesante evolución de la doctrina jurisprudencial sobre los efectos extintivos de esta figura. Al principio fue considerada sometida a condición resolutoria, y por tanto sin derecho a indemnización alguna en el momento de su extinción; posteriormente se matiza y les es reconocido el derecho a percibir en el momento de su extinción por proceder a su convocatoria, la indemnización prevista para la extinción de los contratos laborales (art. 49.1 c) ET). Finalmente, por sentencia del TS de 24 de junio de 2014, son reconocidos como contratos sujetos a una obligación a término, y por tanto, condicionada la amortización de las plazas ocupadas por estos, al procedimiento de despido colectivo, o despido individual por razones objetivas (art. 51 y 52 ET), -con el consiguiente derecho a percibir una

indemnización de 20 días por año, con un máximo de 12 mensualidades-. Considero perfectamente acertada esta doctrina jurisprudencial, que ha tardado en llegar, pero que por fin extiende y prima ante el vacío legal, la protección del Derecho Laboral para esta modalidad especial de trabajadores.

Si bien, sobre este controvertido tema, creo que lo importante no es tanto cómo resolver las consecuencias de las irregularidades, sino evitar que estas lleguen a producirse.

En relación a esto último me parece imprescindible recordar la propuesta que hacía el Informe de la Comisión de Expertos en relación a la solución de la contratación temporal fraudulenta en las Administraciones, consistente en un interesante sistema de “*control previo*” de la contratación, que no fue recogido en el EBEP. Consistía en la obligación de la autoridad política o funcionario público titular del órgano competente en cada caso de emitir un informe jurídico obligatorio, bajo su responsabilidad, sobre la posibilidad o no de prorrogar expresamente o de forma implícita el contrato temporal que finalice. Una vez emitido dicho informe el titular del órgano de contratación asumiría la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso penal, que le corresponda según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación laboral. Pienso que aquél habría sido un mecanismo óptimo, para controlar el fraude en las contrataciones laborales, y que por tanto, la idea que no debe caer en el olvido, de cara al futuro.

A propósito de la necesidad de control sobre la legalidad en las contrataciones, considero que habría que replantearse el alcance de las responsabilidades administrativas y el papel de la Inspección de Trabajo en relación a las Administraciones Públicas. La imposibilidad legal de sancionar administrativamente los incumplimientos en materia laboral de las Administraciones neutraliza la actuación de ésta en el ámbito público, eliminando el papel disuasorio y de control de la Inspección de Trabajo. Por este motivo, de *lege ferenda*, sería necesaria una reforma en dicho sentido. Creo que es precisa una regulación más acorde con el reproche debido a las irregularidades cometidas por las Administraciones en el ámbito social, que debería poder fiscalizar y sancionar la Inspección. Esto se evidencia de forma

particular en materia de contratación, pero también, por ser especialmente sangrante, en materia de prevención de riesgos laborales (donde, recordemos, la existe la capacidad de requerir para corregir, pero no de sancionar), más aún a la vista de la concurrencia de distinto personal que tan habitual es actualmente en las Administraciones, donde encontramos personal laboral de empresas externas (contratas) y de la Administración, en puestos iguales, dándose, en este sentido, una situación que evidencia la desprotección para el empleado público frente al laboral ordinario en materia de fiscalización.

En definitiva es preciso el control de la legalidad en materia social en las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que dichas responsabilidades pudieran articularse de forma particular en este ámbito, y derivarse a modo de responsabilidad profesional y civil al personal a los responsables de la gestión en dichas materias.

No obstante la deficitaria situación actual en materia de legalidad en la contratación temporal de las Administraciones, es esperanzadora la reciente y trascendental jurisprudencia dictada en el ámbito europeo. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de fecha 14 de septiembre de 2016 sobre los asuntos acumulados C 184/15 y C 197/15, y C 16/15, y Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2016, (Asunto C-596/14), que resuelven respectivamente, sobre los derechos indemnizatorios por finalización de los contratos temporales y, sobre el abuso de la contratación temporal en la sanidad pública española, va a jugar sin duda un papel decisivo en los próximos tiempos. En dichas sentencias se declara que, la norma española contraviene el Derecho europeo, al permitir un trato discriminatorio en su regulación para temporales e indefinidos, que afectarán por tanto a la propia utilización de la contratación temporal, y su régimen jurídico (este particular se analiza en los Capítulos IV y VI del presente trabajo).

El profesor Cruz Villalón,⁵⁵³ señala que esta sentencia puede originar una regulación a la baja para fijos y temporales, constituyendo la llegada del contrato único de la mano de la doctrina del TJUE. En mi opinión, la sentencia es beneficiosa se mire como se mire, dado que obligará al legislador español a

⁵⁵³ CRUZ VILLALÓN, J. "Contrato único por la vía judicial". El País. 20 de septiembre de 2016.

realizar por fin una armonización real de nuestra legislación con la Directiva 1999/70/CE (una auténtica nueva reforma laboral), y precisamente evidenciándose esta necesidad en el ámbito de las Administraciones, en los que tanto se ha abusado de la contratación temporal. Ahora bien, es cierto que de la presión sindical y social dependerá el efecto, (a la equiparación de derechos, o a la precarización de los trabajadores fijos), que esta sentencia finalmente juegue en las relaciones laborales de nuestro país.

c) La regulación del acceso al empleo público laboral, como instrumento de control sobre el problema de las irregularidades en la contratación laboral.

Si el problema del exceso de temporalidad en las Administraciones es un clásico, también lo es el del fraude en la contratación. Para evitar este problema uno de los elementos a revisar es la regulación del acceso al empleo público laboral, porque aquí reside la clave de esta cuestión en términos de “política preventiva”.

El legislador del EBEP optó, desafortunadamente, por regular de forma desigual el acceso del personal funcionario y laboral. La principal diferencia en la regulación del acceso entre estos dos tipos de trabajadores, afecta principalmente a los sistemas de selección. La norma incluye entre los posibles métodos de elección el denominado “concurso de méritos” (art. 61.7 EBEP), que se excluye en el caso del personal funcionario como sistema exclusivo de valoración (art. 61.3 EBEP). Sin duda el legislador tenía que haber aprovechado la oportunidad para homogenizar esta regulación y poner coto a la utilización del concurso de méritos, también para el acceso del personal laboral.

En cambio ambos tipos de empleados, acertadamente, comparten en esta materia algunos aspectos importantes: los principios rectores de la selección de personal, (artículo 55 EBEP), los requisitos generales para el acceso (artículo 56 EBEP), y las normas relativas a los órganos de selección (artículo 60 EBEP). De esta forma se exige, también para los procesos de selección del personal laboral fijo, la garantía de la imparcialidad, profesionalidad y paridad de la composición y, excluyendo la posibilidad de ser

miembro de estos al personal de elección o designación política, a funcionarios interinos y personal eventual (olvidando incluir, en mi opinión por error, al personal laboral indefinido no fijo).

Por su parte, y aunque lo cierto es que el EBEP no hace mención expresa en ningún momento al personal laboral temporal, considero que lo anterior debe considerarse aplicable también a éstos, (igual que le son de aplicación los principios rectores del artículo 55 EBEP), pero los vacíos en relación a la regulación del personal temporal es constante y, en mi opinión constituyen el principal problema a resolver en torno a esta regulación.

Así sucede también, con el hecho de que se exija legalmente la incorporación en las Relación de Puestos de Trabajo de los puestos funcionariales y los laborales fijos, (art. 15.1 d) Ley 30/84), pero no de los puestos no permanentes (contratos temporales), con cargo a créditos para personal laboral eventual o al capítulo de inversiones. En mi opinión, éste es un primer elemento de descontrol en el acceso a los puestos laborales temporales, dado que si se contase con una mínima planificación de personal, se podría saber y prever las necesidades, al menos aproximadas, de contratación temporal que precisará la Administración de que se trate, y las posibles vías alternativas para evitar contrataciones usando personal propio o incluso de otras administraciones.

Pero sin duda, lo más desafortunado de todo es la desregulación en que incurre el EBEP en relación a los sistemas de acceso para el personal laboral temporal, que además como es sabido suele ser contratado bajo esa modalidad para cubrir vacantes puntuales, pero también necesidades estructurales de plantilla. Esta habría sido el momento de regular formalmente la utilización de las bolsas de trabajo, que sin duda es la mejor de las vías para la selección del personal a contratar temporalmente en las Administraciones.

El problema que plantea la desregulación existente en la selección de la contratación temporal es múltiple, como sucede con las numerosas prácticas contrarias a los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad; la problemática contratación temporal en cadena de los trabajadores de las bolsas de trabajo, (que en numerosos casos termina siendo una contratación

en fraude de ley con la consiguiente transformación en “indefinidos no fijos” de los trabajadores), o la técnica de proceder a reconocer la indemnización por despido improcedente al extinguir la relación laboral, que supone la pérdida de la antigüedad en el puesto, de cara a una nueva entrada del trabajador en bolsa de trabajo, (STS de 23 de marzo de 2011).

Por último, es importante hacer referencia a los procesos de funcionarización del personal laboral, y de consolidación de personal laboral temporal (Disposiciones Transitorias segunda y cuarta del EBEP), que perviven como consecuencia de la tolerancia de la jurisprudencia existente sobre este particular. En relación a este tema, considero que esta vía nunca debió ser la solución al problema y que deberían desaparecer. Muy al contrario, tendrían que haberse potenciado las medidas dirigidas a evitar las irregularidades en los sistema de acceso, (además de limitar y delimitar de forma rigurosa los puestos de personal laboral que se comentó en anteriores conclusiones).

En definitiva, es imprescindible una regulación en términos de homogeneidad, más completa y garantista con los principios que rigen el acceso al empleo público, -dado que actualmente las irregularidades en el acceso al empleo público laboral es el primer problema en esta materia-. Además, siendo este un problema clave en materia de empleo público, considero que habría que adoptar medidas innovadoras al respecto, porque ya no es sólo el problema de legalidad, lo es también el de la necesidad de imprimir un matiz profesional a los mecanismos de acceso.

En este sentido, sería oportuno que las Leyes de desarrollo del EBEP incluyesen la creación de instrumentos estables y profesionales de gestión de la selección de dicho personal que faciliten y agilicen los procesos, que lo hagan en términos de legalidad, y que sepa realmente elegir a los candidatos más idóneos. De hecho dicha posibilidad se regula en el art. 60.4 EBEP, haciéndose eco de la propuesta realizada en este sentido por el informe de la Comisión de Expertos.

7. Dos instrumentos imprescindibles para hacer realidad una nueva política de Recursos Humanos en las Administraciones:

✓ **La potenciación de los instrumentos de cooperación interadministrativa en el empleo público después del EBEP.**

La colaboración en materia de política general sobre empleo público entre las distintas Administraciones, en un modelo complejo como el nuestro, es importante por la obligada interrelación normativa que existe entre ellas.

La tendencia ha sido a intentar lograr esa coordinación creando organismos al efecto, -ya desde la reforma del año 84,- pero la efectividad práctica de éstos ha sido muy baja, siendo la tendencia predominante la gestión independiente y diferenciada de cada una de ellas.

El Estatuto prevé esta exigencia de “cooperación y colaboración” interadministrativa en su artículo 99, y simplifica el esquema de organismos para la coordinación, configurando a la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas como el principal órgano de coordinación en materia de políticas de Administración Pública (artículo 100.1 EBEP), - pero no sólo de empleo público-. En esta se incluyen a los representantes de la Administración General, Autonómicas y Local, (estos últimos nombrados por la Federación Española de Municipios y Provincias).

Por su parte la Comisión de Coordinación de Empleo Público, (artículo 100.2 EBEP), se constituye como órgano técnico y de trabajo, dependiente de la anterior. Tiene como objetivo servir como punto de encuentro para la puesta en común, intercambio e información, que sirva para potenciar la coordinación en materia de política de personal entre las Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y de las entidades locales.

La Comisión de Coordinación la componen los titulares de los órganos directivos de la política de Recursos Humanos de las Administraciones, (normalmente los Directores Generales de Función Pública o Empleo Público). Ya está actuando como punto de encuentro, e intercambio de ideas y experiencias está pero sólo con relativo éxito, (de hecho a algunos de los grupos de trabajo más interesantes como el creado para tratar la evaluación del

desempeño (2012), a nivel de autonomías, solo contó con la presencia de representantes de Canarias, Cataluña, Extremadura, Rioja y Murcia).

En todo caso opino que ambos instrumentos potencialmente son básicos e interesantes, de cara al momento en que se pongan en marcha políticas de reforma del empleo público, el problema una vez más es el carácter potestativo de la participación, y la ausencia de voluntad política...

✓ **La negociación conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones (art. 36.3 EBEP).**

Otro potencial instrumento de coordinación y cooperación entre Administraciones es, sin duda, la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (artículo 36.1 EBEP). Su objetivo es la negociación de materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, laboral y estatutario de la Administración que reciban tratamiento unitario, regulables a nivel estatal mediante normas básicas.

La importancia de esta Mesa reside en que, potencialmente, puede actuar a modo de gran patronal pública,⁵⁵⁴ y de esta forma, ser utilizada como instrumento armonizador de las condiciones laborales de los empleados públicos, evitando o minorizando las diferencias interterritoriales, y sobre todo como punto de referencia en el proceso de modernización de las Administraciones.

El problema es que la regulación que hace el EBEP tiene enormes vacíos que generan problemas en su desarrollo (así sucede, precisamente, en relación al contenido de la negociación conjunta). Esta circunstancia tiene como desgraciada consecuencia, la tendencia a aplicar la normativa reguladora de la negociación de los funcionarios, en detrimento de la laboral.

Sobre el ámbito objetivo, el artículo 36.3 EBEP establece que la Mesa General común es competente para negociar *“todas aquellas materias y*

⁵⁵⁴ En este sentido: SÁNCHEZ MORÓN, M. “Derecho de la Función Pública” (op.cit.).

condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral” de las Administraciones. Esas materias comunes son entendidas por parte de la doctrina, referidas a aquellos aspectos regulados de forma unitaria para todos los empleados públicos, por las propias normas administrativas de cualquier ámbito, (ya sean leyes o reglamentos), o en las laborales (como sucede en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).⁵⁵⁵

No obstante, creo más acertada otra posición doctrinal que opina al respecto, que si las partes negociadoras aceptan cualquier otro tipo de materia como objeto de negociación conjunta, esta posibilidad no sería contraria al ordenamiento, siendo mejor cuanto más amplio sea el espectro que se negocie en este ámbito común.

En definitiva, los instrumentos existen, están descritos, pero hay que tener voluntad política de ponerlos en marcha, si no queremos que la mala gestión del empleo se sume a las amenazas que afectan al ámbito de lo público en nuestro país.

9. Situación actual y perspectivas de futuro del empleo público laboral de las Administraciones Públicas.

Los últimos ocho años de crisis han supuesto en materia de empleo público laboral un importante cambio, tanto en relación a su regulación, como en la evolución de su presencia en las Administraciones Públicas. Estos cambios son consecuencia de las políticas adoptadas en el contexto de dificultades económicas, de exigencia de equilibrio presupuestario para eliminar el déficit público, (de las que son principal ejemplo los Planes de Ajuste exigidos a las Administraciones acogidas al “pago a proveedores”), y quedan reflejados en los datos sobre la evolución del empleo público, en el sector público español, y en las Administraciones, que estudiados en contraste nos

⁵⁵⁵ En este sentido, recordemos que la profesora Roqueta Buj señala como materias reconocidas como “*comunes*”, materias tan trascendentales como: los criterios generales en planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño, incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración, formación continua, salud laboral, planes de Previsión Social Complementaria.

proporcionan la idea, y por tanto las conclusiones sobre lo que está sucediendo y las perspectivas de futuro.

Así, a la vista de los datos publicados en la Encuesta de Población Activa (EPA) de los últimos años, parece vislumbrarse una tímida recuperación del empleo público global. La EPA a enero de 2016,⁵⁵⁶ muestra que en España se volvió a pasar la barrera de los tres millones de empleados públicos (en concreto, 3 millones 700 mil empleados públicos). Si bien, en mi opinión, esta aparente recuperación no es tal, porque dicha encuesta utiliza como referencia el concepto de “empleado público” más amplio posible, incluyendo a los trabajadores del sector público empresarial, (es decir fundaciones, sociedades mercantiles públicas...), en contraste con el concepto jurídico de “empleado público” de las Administraciones incluidos en el ámbito subjetivo del EBEP.

Contrastando los datos de la EPA con la información proporcionada por el boletín del Registro Central de Personal (RCP) del Ministerio de Hacienda, a enero de 2016, (es decir, poniendo en contraste el número de total de empleados públicos en su concepto más amplio, frente a los del Registro Central que se central en empleados públicos de las Administraciones), podemos extraer unas conclusiones más ajustadas sobre lo que está sucediendo en esta materia, y más en particular respecto al personal laboral.

Según el RCP a 1 de enero de 2016, el total de empleados públicos en las Administraciones es de 2.519.280, -más los 41.703 de Correos-. Este número supone un descenso global del -7% respecto al año 2010, y un -17% en concreto en empleo público laboral, (un -4% del funcional, y sólo ha subido un 3% el empleo público interino y eventual), ver Anexo I.

Existen, por tanto, 1.139.017 empleados públicos de diferencia entre ambas fuentes, lo que nos lleva a concluir que existe algo más de un millón de empleados vinculados a las Administraciones con contrato laboral, (formalmente excluidos del EBEP), en entidades o empresas privadas de las Administraciones autonómicas y locales. Esta diferencia en número de efectivos al servicio de las Administraciones y del sector público siempre ha

⁵⁵⁶ Encuesta de Población Activa. Último trimestre de 2015. Nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística. 28 de enero de 2016.

existido, por razones lógicas dado que el segundo incluye un espectro mucho mayor, pero en los últimos años esta diferencia se ha acentuado.

Así pues, efectivamente empieza a crecer el empleo público, pero sólo el laboral vinculado a la dimensión privada de las Administraciones territoriales periféricas, y en cambio, sigue decreciendo el empleo público sometido al EBEP, -es decir el personal al servicio de entidades con personalidad jurídico-pública, y principalmente los de la Administración Central y Local (Anexo I)-, y en este ámbito además se precariza (téngase en cuenta que el apartado “otros personal” de las tablas hace referencia principalmente a interinos y eventuales, y es el único que sufre un incremento).

Otros datos significativos que pueden aportar una idea de lo que pueda pasar en el futuro en empleo público son el envejecimiento de los empleados públicos, (que genera la idea de condición residual de estos), y la precarización del poco empleo público nuevo que se genera, (no tan acusada como en el ámbito de la empresa privada, esos sí), dado que las contrataciones en los últimos años son principalmente de naturaleza temporal. Sin embargo, como sabemos, las contrataciones temporales en fraude de ley son una vía indirecta de generación del empleo público laboral “indefinido no fijo”, es decir que el crecimiento de la contratación temporal potencialmente es la puerta a la contratación irregular, y con ello al futuro “crecimiento”, por la vía del reconocimiento de las irregularidades que generan este tipo de empleados públicos laborales.

Ninguno de estos datos son buenos, dado que refleja la fortaleza del empleo público laboral en la Administración paralela, y el debilitamiento del empleo público laboral sometido al EBEP, que sería el que podría gestionarse de forma diferente en los próximos años.

Además refleja la consolidación de las malas prácticas en materia de contratación temporal en las Administraciones, y por tanto la eternización de sus consecuencias, sin perjuicio de que en este sentido considero esperanzador el futuro próximo, que necesariamente tendrá que cambiar de la mano de la nueva jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por último se ha de resaltar que según la publicación “*Panorama de las Administraciones Públicas 2015*”, de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), la mayoría de los países desarrollados se encuentran con ratios superiores a España (12,7%) en términos de empleados públicos existentes en relación a la población activa: (Portugal (13,9%), Italia (16%), Francia (17,9%), Canadá (19%), Reino Unido (21,5%) o los países nórdicos (Suecia, 25,8%). Así, la media de los países de la OCDE se sitúa en el 19,3%, y España con un 12,7 % queda bastante abajo.

Por otra parte, según los datos que constan en el ámbito de la Comisión Europea del año 2012, España se sitúa entre los diez países de la Unión Europea con menor gasto público en porcentaje de PIB (en nuestro caso es el 43,4%, frente a un 49,9% de media en la eurozona). En otros países este gasto es considerablemente mayor, como Francia (56,6%), Alemania (45%), Reino Unido (48,5%) o Italia (50,7%), (así consta en el Informe de la Comisión para la reforma de la Administración Pública (CORA).

Es por esto que, podemos afirmar que las Administraciones Públicas en España no están “sobredimensionadas”, y que el gasto en esta materia no es excesivo, pese a que no sea el sentir general y a que las organizaciones empresariales de nuestro país afirmen lo contrario. Sin embargo, es cierto que actualmente, además de encontrarse diezmado, no contamos con un empleo público bien gestionado, y esto redundará en la dispar eficiencia y la productividad de sus empleados, y a una percepción negativa de su imagen.

Es sabido que en el ámbito público existen muchas disfuncionalidades, duplicidades y situaciones similares, que es imprescindible corregir de cara al futuro, y que debe ser una prioridad política. El problema es que el empleo público lleva mucho tiempo huyendo de su regulación en términos administrativos, dado que a la vista del análisis anterior, existe un declive en los efectivos de las Administraciones, y una tendencia al alza en el empleo público laboral vinculado al sector privado empresarial, (sin contar con los numerosos trabajadores que ni si quiera entran en este último concepto, pero que prestan servicios en nuestras Administraciones vinculados a empresas contratistas).

Puede que los nuevos, e ilusionantes, planteamientos de reversión de los servicios públicos externalizados sea una de las vías de recuperación de lo público y del empleo público en nuestro país, pero dudo que esto sea posible en el actual contexto de política prioritaria de contención del déficit público.

Para terminar, reivindico las palabras que, en relación a necesidades y deficiencias en materia de empleo público, hizo en su día el Informe de la Comisión de Expertos:

“No puede existir una buena Administración allí donde el sistema de empleo público es deficiente. Por ello, el régimen jurídico aplicable a los empleados públicos debe hacer posible la selección de los mejores candidatos, proporcionarles unas oportunidades de promoción profesional y una compensación por su trabajo que estimulen su dedicación al servicio público, así como la formación más apropiada para atenderlo, y establecer un equilibrio adecuado entre sus derechos e intereses legítimos y sus deberes, obligaciones y responsabilidades, teniendo en cuenta que lo primordial es siempre garantizar el mejor servicio al conjunto de la ciudadanía”.

ANEXO I

DISTRIBUCIÓN Y EVOLUCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

TABLA I.- VARIACIONES EN EL EMPLEO PÚBLICO. AÑOS 2010 A 2012

	Funcionarios		Personal Laboral		Otro Personal		TOTAL	
ADMÓN. PÚBLICA ESTATAL	6.253	1%	-13.876	-11%	-2.075	-16%	-9.698	-2%
ADMON. GENERAL DEL ESTADO	-577	0%	-4.365	-6%	-1.525	-22%	-6.467	-3%
FF. CC. DE SEGURIDAD ESTADO	11.100	8%					11.100	8%
FUERZAS ARMADAS	-5.562	-4%					-5.562	-4%
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	1.270	8%	-21	-3%	-550	-9%	699	3%
ENT. PÚBL. EMPRESARIALES Y O.P. CON RÉGIMEN ESPECÍFICO	22	3%	-9.490	-17%	0		-9.468	-17%
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	32.278	4%	-7.128	-5%	-21.759	-7%	3.391	0,25%
ADMINISTRACIÓN GENERAL	26.867	3%	-7.344	-5%	-19.428	-7%	95	0,01%
ADMINISTRACION DE JUSTICIA	3.699	15%	216	19%	-2.331	-21%	1.584	4%
FUERZAS DE SEGURIDAD	1.712	7%					1.712	7%
ADMINISTRACION LOCAL	4.952	2%	-61.528	-15%	-4.117	-9%	-60.693	-9%
AYUNTAMIENTOS	5.134	0	-56.726	-16%	-3.029	-9%	-54.621	-9%
DIPUT./CABILDOS/CJOS. INS.	-182	0	-4.802	-13%	-1.088	-12%	-6.072	-8%
UNIVERSIDADES	11.072	18%	36.242	108%	6.895	174%	54.209	54%
TRANSFERIDAS	11.102	18%	36.064	111%	6.837	179%	54.003	55%
NO TRANSFERIDAS	-30	-2%	178	16%	58	39%	206	7%
TOTAL ADMINISTRACIONES	54.555	3%	-46.290	6,5%	-21.056	-6%	-12.791	-0,47%

TABLA II.- VARIACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO: AÑOS 2012 A 2016

	Funcionarios		Personal Laboral		Otro Personal		TOTAL	
ADMÓN. PÚBLICA ESTATAL	-27.139	-6%	-26.127	-23%	-794	-7%	-54.060	-9%
ADMON. GENERAL DEL ESTADO	-16.078	-10%	-9.823	-15%	262	5%	-25.639	-11%
FF. CC. DE SEGURIDAD ESTADO	-6.902	-5%					-6.902	-5%
FUERZAS ARMADAS	-5.314	-4%					-5.314	-4%
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	804	4%	-90	-13%	-1.100	-19%	-386	-2%
ENT. PÚBL. EMPRESARIALES Y O.P. CON RÉGIMEN ESPECÍFICO	351	48%	-16.214	-35%	44		-15.819	-33%
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	-81.770	-9%	-10.574	-7%	35.226	12%	-57.118	-4%
ADMINISTRACIÓN GENERAL	-79.695	-9%	-10.069	-7%	34.637	12%	-55.127	-4%
ADMINISTRACION DE JUSTICIA	-1.379	-5%	-505	-38%	589	7%	-1.295	-3%
FUERZAS DE SEGURIDAD	-696	-3%					-696	-3%
ADMINISTRACION LOCAL	-12.782	-6%	-37.764	-11%	2.278	6%	-48.268	-8%
AYUNTAMIENTOS	-9.648		-29.470	-10%	702	2%	-38.416	-7%
DIPUT./CABILDOS/CJOS. INS.	-3.134		-8.294	-26%	1.576	19%	-9.852	-14%
UNIVERSIDADES	-4.715	-6%	1.366	2%	-3.762	-35%	-7.111	-5%
TRANSFERIDAS	-4.573	-6%	1.524	2%	-3.688	-35%	-6.737	-4%
NO TRANSFERIDAS	-142	-9%	-158	-13%	-74	-36%	-374	-12%
TOTAL ADMINISTRACIONES	-126.406	-8%	-73.099	-11%	32.948	9%	-166.557	-6%

Tablas comparativas realizadas a partir de los datos extraídos del Boletín del Registro Central de Personal: Informes de 1 de enero de 2012 y 1 de enero de 2016. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

TABLA III.- VARIACIONES EN EL EMPLEO PÚBLICO. AÑOS 2010 A 2016

	Funcionarios		Personal Laboral		Otro Personal		TOTAL	
ADMÓN. PÚBLICA ESTATAL	-20.886	-5%	-40.003	-32%	-2.869	-22%	-63.758	-11%
ADMON. GENERAL DEL ESTADO	-16.655	-10%	-14.188	-20%	-1.263	-18%	-32.106	-13%
FF. CC. DE SEGURIDAD ESTADO	4.198	3%					4.198	3%
FUERZAS ARMADAS	-10.876	-8%					-10.876	-8%
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	2.074	12%	-111	-15%	-1.650	-26%	313	1%
ENT. PÚBL. EMPRESARIALES Y O.P. CON RÉGIMEN ESPECÍFICO	373	52%	-25.704	-46%	44		-25.287	-44%
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	-49.492	-6%	-17.702	-12%	13.467	4%	-53.727	-4%
ADMINISTRACIÓN GENERAL	-52.828	-6%	-17.413	-12%	15.209	5%	-55.032	-4%
ADMINISTRACION DE JUSTICIA	2.320	9%	-289	-26%	-1.742	-15%	289	1%
FUERZAS DE SEGURIDAD	1.016	4%					1.016	4%
ADMINISTRACION LOCAL	-7.830	-4%	-99.292	-25%	-1.839	-4%	108.961	-17%
AYUNTAMIENTOS	-4.514	0	-86.196	-24%	-2.327	-7%	-93.037	-16%
DIPUT./CABILDOS/CJOS. INS.	-3.316	0	-13.096	-35%	488	5%	-15.924	-21%
UNIVERSIDADES	6.357	10%	37.608	112%	3.133	79%	47.098	47%
TRANSFERIDAS	6.529	11%	37.588	116%	3.149	82%	47.266	48%
NO TRANSFERIDAS	-172	-10%	20	2%	-16	-11%	-168	-6%
TOTAL ADMINISTRACIONES	-71.851	-4%	-119.389	-17%	11.892	3%	179.348	-7%

TABLA IV.- DATOS DE EMPLEO PÚBLICO Y SU DISTRIBUCIÓN. AÑO 2016

	Funcionarios		Personal Laboral		Otro Personal		TOTAL	% S TOT.
ADMÓN. PÚBLICA ESTATAL	430.457	82%	86.936	16%	10.408	2%	527.801	21%
ADMON. GENERAL DEL ESTADO	147.481	71%	55.871	27%	5.694	3%	209.046	8%
FF. CC. DE SEGURIDAD ESTADO	141.285	100%					141.285	6%
FUERZAS ARMADAS	121.610	100%					121.610	5%
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	18.997	78%	614	3%	4.670	19%	24.281	1%
ENT. PÚBL. EMPRESARIALES O.P. CON RÉGIMEN ESPECÍFICO	1.084	3%	30.451	96%	44	0%	31.579	1%
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	838.911	65%	133.295	10%	322.559	25%	1.294.765	51%
ADMINISTRACIÓN GENERAL	785.412	64%	132.462	11%	312.937	25%	1.230.811	49%
ADMINISTRACION DE JUSTICIA	27.623	73%	833	2%	9.622	25%	38.078	2%
FUERZAS DE SEGURIDAD	25.876	100%					25.876	1%
ADMINISTRACION LOCAL	207.791	38%	298.666	54%	42.487	8%	548.944	22%
AYUNTAMIENTOS	180.521	37%	274.535	56%	32.776	7%	487.832	19%
DIPUT./CABILDOS/CJOS. INS.	27.270	45%	24.131	39%	9.711	16%	61.112	2%
UNIVERSIDADES	69.464	47%	71.205	48%	7.101	5%	147.770	6%
TRANSFERIDAS	67.985	47%	70.099	48%	6.968	5%	145.052	6%
NO TRANSFERIDAS	1.479	54%	1.106	41%	133	5%	2.718	0%
TOTAL ADMINISTRACIONES	1.546.623	61%	590.102	23%	382.555	15%	2.519.280	100%

Tabla realizada a partir de los datos que constan en el Boletín del Registro Central de Personal. Informe de 1 de enero de 2016. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

ANEXO II

RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DICTADAS CON POSTERIORIDAD A LA APROBACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y EXTRACTO DE SUS PREVISIONES CON CONTENIDO DE DESARROLLO DEL EBEP.

La siguiente recopilación de referencias normativas constituye el reflejo de lo que, en materia de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público, existe hasta el momento en las Comunidades Autónomas.

Como se observará no son muchas las que han tomado el testigo que les daba el EBEP para completar su contenido mediante su efectivo desarrollo, -si bien es cierto que, probablemente, esto sea consecuencia del hecho de que la propia Administración General del Estado no haya dictado su propia Ley de la Función Pública en desarrollo del EBEP.-

Se aporta la referencia de cada una de las normas y una selección no exhaustiva de su contenido, centrándome principalmente en aspectos que tienen incidencia en la figura del personal laboral, y en general en los más significativos en relación a ese papel de desarrollo y motor de modernización del empleo público que descarga en ellas el EBEP.

Como se observará en la mayoría de estas normas, y en muchos aspectos en cada una de ellas, la regulación que realizan las autonomías se limita a reproducir lo establecido en el propio EBEP, y remiten a su vez a su desarrollo reglamentario (continúan procrastinando en demasiada medida..).

✓ COMUNIDAD AUTÓNOMA (C.A.) DE GALICIA: LEY 2/2015, DE 29 DE ABRIL, DEL EMPLEO PÚBLICO DE GALICIA.

La comunidad gallega fue la primera en dictar una Ley de la Función Pública después de aprobado el EBEP, en concreto la Ley 13/2007, de 27 de julio, y posteriormente el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia aprobado por Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo. Sin

embargo dicha norma no desarrolló de forma efectiva el EBEP, limitándose el legislador a adaptar la regulación existente hasta aquel momento a la nueva norma básica, reproduciendo su contenido en gran medida, y añadiendo matices poco trascendentales.

Al texto original de la Ley del año 2008 se añadió posteriormente el Texto Refundido con las modificaciones habidas con posterioridad, siendo la más significativa la Ley 1/2012, de Medidas temporales y excepcionales por razón de la crisis económica para la contención del gasto público (jubilación forzosa, incapacidad temporal, asuntos propios, como materias a reformar para reducir derechos en la línea marcada en los primeros años de la crisis, nada más).

Los aspectos que regula la Ley de la Función Pública gallega y que constituyen materias delegadas al desarrollo por el EBEP, son principalmente las siguientes:

No se abunda en la determinación de los puestos funcionariales y laborales, limitándose a reproducir los criterios de la normativa existente hasta ese momento (artículo 21, reserva a los puestos de funcionarios de las actividades de autoridad y fe pública, control, fiscalización, asesoría, y a los laborales las actividades menores o de oficios). En este punto llama la atención la prohibición de la contratación de personal laboral mediante Empresa de Trabajo Temporal, que en mi opinión, actualmente sería nula, dado que no se ajusta a la legalidad actual, conforme con la prohibición de impedir legalmente la utilización de ETT, prevista en el artículo 4 de la Directiva 2008/104/CE relativa a la regulación de las Empresas de Trabajo Temporal.

Se describen los instrumentos de organización de personal como relación de puestos de trabajo (artículo 28), registros, Planes de ordenación y oferta de empleo público (arts. 45 y ss.), pero no se concretan obligaciones al respecto, ni en cuanto a su configuración, ni plazos de elaboración (únicamente en relación a las RPT se dice que cuando se declare

judicialmente a un trabajador como indefinido no fijo, en los tres meses siguientes se deberá crear el puesto en la RPT).

Se limita la movilidad interadministrativa de los empleados públicos dejando solo la posibilidad de dejar abiertos un 7% de los puestos de trabajo de la Administración autonómica. No se apuesta por la movilidad interadministrativa, remitiéndose a la reciprocidad y los correspondientes convenios de la conferencia sectorial.

La figura del directivo se esboza (artículos 33 y ss.), pero en términos similares a los del EBEP, es decir que no se desarrolla con precisión, dejando vacíos elementos que determinen el sentido de esta figura (funciones, cumplimiento de objetivos, etc...). Se prima la ocupación de estos puestos por funcionarios, pero se permite su convocatoria si no existen posibles empleados competentes para desempeñarlo.

En materia de evaluación del desempeño (art. 83), remite para su puesta en marcha a “órganos especializados dotados de autonomía funcional”, y marcando como criterios de evaluación el cumplimiento de deberes y esfuerzo y actitud de los empleados públicos, acorde con los objetivos que se marquen desde la Administración.

✓ **COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA: LEY 10/2010, DE 9 DE JULIO, DE FUNCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.**

Constituye una adaptación de la normativa en materia de empleo público a las nuevas reglas dictadas por el EBEP, pero deja también muchos aspectos sin desarrollar, y otros los remite al desarrollo reglamentario posterior:

En relación a la configuración de funciones que pueden asumirse mediante personal laboral, esta norma marca diferencias respecto a la norma general. Se remite a la reserva de funciones que conlleven el ejercicio de

potestades públicas y os salvaguarda de los intereses generales (art. 15 LOGFPV), y reserva a los laborales para “puestos que impliquen el ejercicio de un oficio concreto” (art. 38). En cambio, sí incorpora una previsión interesante en relación a la exigencia de responsabilidades para “la persona causante” del quebranto a esta prohibición que delimita el ámbito entre laborales y funcionarios (art. 17.5). Por su parte las Disposiciones Adicional 2ª y 5ª regulan las medidas a adoptar con personal laboral que ocupe puestos reservados a funcionarios, con las consabidas medidas de acceso pensadas para regularizar estas situaciones.

También es significativo el hecho de que los artículos 12 y 13 de la LOGFPV contemplen la creación de un órgano específico denominado, Consell Assessor de la Función Pública Valenciana, que tiene encomendado el análisis, estudio y asesoramiento en materia de empleo público, en relación con el personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley.

Sobre personal directivo público profesional (art. 20 y ss.), es significativo el carácter temporal que otorgan a estos cargos. Se prevé el nombramiento de estos profesionales por una duración de dos años, y vinculados a “la puesta en marcha de proyectos, planes o programas concretos de duración determinada” (art. 20). Se concreta más que en otras normas de la función pública sus condiciones de trabajo, hablando directamente de un porcentaje de retribución fija (60%) y el resto variable vinculada a objetivos.

Deja abierta la posibilidad de contratar a profesionales no vinculados a las Administraciones (que en todo caso se designaran atendiendo a los principios de mérito, capacidad, idoneidad y experiencia), pero siempre que se acredite “la imposibilidad de asumir a través de la estructura orgánica y funcional existente los objetivos asignados al proyecto”...

La evaluación del desempeño (art. 121), es remitida en su ejecución a las Administraciones, si bien marca como principios a seguir “la valoración de la conducta profesional, la medición del rendimiento o los resultados

obtenidos”, y como objetivos indirectos evitar el absentismo, el progreso, y desarrollo profesional, y motivación del personal”. Pero su desarrollo se remite al desarrollo reglamentario, si bien habla de una “comisión técnica”, como la encargada de proceder a la evaluación, y lo que es más importante, perfila los efectos de la evaluación en la permanencia en el puesto obtenido por concurso por el personal funcionario (sin mencionar en cambio a los laborales).

En cuanto a instrumentos de planificación y ordenación (arts. 44 a 47), prevé la existencia de planes de ordenación de personal (marcando las posibles medidas, que potestativamente podrá adoptar la Administración a la vista de las disponibilidades y necesidades de personal: movilidad, formación, reordenación, ..); registros de personal (hasta tres), oferta de empleo público anual (marcando un plazo máximo de dos años para desarrollar la ejecución del la OEP).

Sobre movilidad de los funcionarios, la norma regula las modalidades de movilidad forzosa de la comisión de servicios, la reasignación de efectivos y la adscripción temporal, si bien limitada a un año, prorrogable por otro en el caso de la adscripción (art. 111).

Sobre movilidad interadministrativa la norma no es tan cerrada como otras (no establece porcentajes cerrados de puestos), si bien remite al principio de reciprocidad, y a los convenios firmados en esta materia en el seno de la de Confederación Sectorial u otros instrumentos de colaboración que se suscriban.

✓ **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA: LEY 4/2011, DE 10 DE MARZO, DEL EMPLEO PÚBLICO DE CASTILLA-LA MANCHA.**

Principales novedades que la norma regional aporta en materia de desarrollo del EBEP:

Sobre la determinación de los límites diferenciales del personal funcionario y laboral, la norma aborda y detalla cuáles sean las funciones reservadas a funcionarios y cuáles quedan abiertas a los laborales. Si bien, no innova, limitándose a hacer referencia a las actividades que conlleven la salvaguarda de los intereses generales, y aportando un listado de actividades reservadas del mismo modo que lo hace la norma general (labores de inspección, instrucción de expedientes, policía, fiscalización, contabilidad, fe pública, tesorería, recaudación, registros asesoría legal).

En cuanto a los contratados laborales, la norma es bastante esquiva con su capacidad de desarrollo. En todo lo referente a este personal se remite a lo establecido en el EBEP y a la norma laboral. Es decir que se acomoda al artículo 7 del EBEP, pero sin aportar nada nuevo por su parte, con lo que será prioritario el papel de la norma laboral, sin perjuicio de lo establecido en el EBEP.

Sobre evaluación del desempeño, en su artículo 66.4 se afirma que, fruto de los análisis de puestos se deben establecer estándares e indicadores de rendimiento que deben ser puestos a disposición de las personas que ocupen los puestos de trabajo en el momento de su incorporación. Es decir, que se determinan como criterios públicos que conocerán de antemano los empleados públicos.

Las situaciones administrativas. completa y desarrolla los aspectos básicos de las situaciones previstas en aquel sino que introduce tres nuevas situaciones: expectativa de destino; excedencia forzosa y excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público. Pero precisara de un desarrollo reglamentario. Estas situaciones administrativas se refieren sólo a los funcionarios de carrera, quedando excluidos los funcionarios interinos, circunstancia que a la vista de la Jurisprudencia del TJUE, y la de nuestros tribunales nos es ajustado a derecho.

La LEPCLM no establece ninguna norma sobre el régimen disciplinario del personal laboral al servicio de las Administraciones de Castilla-La Mancha,

pese a la delegación realizada por el art. 93 del EBEP Se remiten, por tanto indirectamente al convenio colectivo y la regulación de las cuestiones a tal efecto apuntadas por el EBEP.

En relación a Planes de Ordenación, la norma aporta un contenido detallado en cuanto a su contenido, y materias que podrán ser objeto de desarrollo, y establece plazos. En cuanto a instrumentos de organización también hace referencia a las Relaciones de Puestos de Trabajo (sin aportar nada nuevo respecto al EBEP), y habla de las Relaciones de Puestos Tipo (como un segundo nivel que puede ser útil a efectos organizativos en relación a la información sobre los puestos de trabajo). También regula en materia de Registros de personal y sobre Oferta de Empleo Público, que detalla y marca su aprobación anual.

En cuanto a la figura de Directivos profesionales, opta por priorizar (sin cerrar) su ocupación por funcionarios públicos capacitados, sometidos a una evaluación de resultados de forma anual, y se deja clara la posibilidad de cese discrecional, o por el no cumplimiento de los objetivos marcados. No obstante falta de desarrollo del contenido de la figura.

✓ **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA: LEY 13/2015, DE 8 DE ABRIL, DE FUNCIÓN PÚBLICA DE EXTREMADURA.**

En cuanto a organización la norma prevé la creación de la “Comisión de Coordinación Interadministrativa de la Función Pública de Extremadura” (art. 11), que se constituye como órgano superior colegiado de coordinación de las políticas de personal en las distintas Administraciones Públicas de la Comunidad extremeña. Este órgano tiene importantes funciones como las relativas a movilidad interadministrativa mediante convenios, o el impulso y unificación de criterios en materia de evaluación del desempeño.

En materia de determinación de funciones reservadas a funcionarios y las que pueden ocupar laborales, se repite lo establecido en la norma general sin más.

Sobre la figura del personal directivo profesional, la norma dedica cinco artículos (arts. 20 a 25). La regulación es bastante detallada. Se establece la doble posibilidad de designación de entre los empleados públicos (sin señalar prioridad alguna a esta posibilidad), o mediante contratación laboral sometida a la relación laboral especial de alta dirección. La duración del vínculo se establece en dos años, prorrogables por dos más.

Se condiciona su permanencia a la evaluación de resultados de la gestión que realice, al igual que parte de la retribución que se pacte, que deberá ser aprobada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura. Se aplicarán los límites sobre retribuciones e indemnizaciones previstos en el estatuto de los cargos públicos del gobierno y la Administración extremeña.

En materia de planificación de Recursos Humanos se establecen como instrumentos prioritarios, los Planes de ordenación de empleo público, la Oferta de Empleo Público (nada novedoso lo que se establece al respecto), y un instrumento no previsto en el EBEP, que son las Plantillas presupuestarias (relación de de plazas dotadas presupuestariamente, con detalle de todos los conceptos retributivos). Sí destaca la detallada regulación que se realiza de la Relación de Puestos de Trabajo (concepto, contenido, procedimiento de aprobación y modificación de puestos).

En materia de formación de los empleados públicos, se regula expresamente el deber de formación y se regula la Escuela de Administración Pública de Extremadura (centro de formación de carácter permanente para los empleados públicos).

La evaluación del desempeño se regula en un único artículo, que realmente remite al desarrollo reglamentario en lo más importante, (sistema, procedimiento y efectos de los resultados sobre la carrera profesional, formación, provisión de puestos de trabajo y retribuciones complementarias, art. 113.5). Se vincula directamente a la carrera profesional de todos los

empleados públicos, y se prevé la posibilidad de efectos en relación a la permanencia en el puesto para los funcionarios.

Es una norma bastante más completa que las anteriores en cuanto a su contenido, aunque poco innovadora en cuanto al fondo.

✓ **ANTEPROYECTO DE LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN (22 de marzo de 2016).**

Los dos proyectos de Ley de la función pública, el de Aragón y Euskadi, son tal vez los textos normativos más novedosos e interesantes en cuanto al contenido que aportan en relación a la labor de desarrollo del EBEP de todos los que se han realizado hasta ahora.

En la Exposición de Motivos y el articulado del Anteproyecto de Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón se señalan como objetivos de la futura norma de la función pública aragonesa los siguientes:

Configuración de un modelo global, completo y sistemático de la función pública en Aragón.

La potenciación de la coordinación de los órganos competentes en materia de función pública y la colaboración entre Administraciones Públicas.

Apuesta por la profesionalización de la función pública.

La promoción de la competitividad y flexibilidad del sistema de recursos humanos, y la actualización de la visión estratégica en su gestión.

En materia de Planificación de la gestión estratégica de los Recursos Humanos de las organizaciones públicas aragonesas, el proyecto de Ley de Aragón además de desarrollar el contenido, determina su obligatoriedad en las que cuenten con cincuenta o más empleados públicos, y marca plazos concretos para la elaboración de la Planificación de Recursos Humanos.

El fomento de la transparencia en la gestión de los recursos humanos. Se crea un Sistema Aragonés de Información sobre la Función Pública, como instrumento para control y conocimiento de la realidad del empleo público con el que se cuenta y así adoptar decisiones en la materia.

La articulación de un nuevo sistema de desarrollo y reconocimiento profesional (carrera profesional, incluida la horizontal vinculada a la valoración del desempeño).

La gestión del rendimiento se reconoce como “la clave de bóveda de todo el sistema de función pública de Aragón” (Exposición de Motivos del Anteproyecto). Se proyecta implantar sistemas de valoración objetivos y respetuosos con los derechos de los empleados, y para ello se creará en cada Administración una Comisión de Garantías como órganos colegiado de carácter técnico para resolver las solicitudes de revisión derivadas del proceso de evaluación del desempeño.

La racionalización de los cuerpos y escalas funcionariales.

En materia de acceso se aprueba la creación de un portal informático de acceso, y se plantea la innovación en los mecanismos y valoración de los candidatos en el acceso al empleo público, a fin de valorar (en términos similares a los que planteaba el informe de la Comisión de Expertos para el EBEP).

El establecimiento de un código ético de carácter profesional.

Se incluyen previsiones en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

El refuerzo del papel del Instituto Aragonés de Administración Pública.

La creación del Tribunal Administrativo de la Función Pública de Aragón, que resolverá todo lo referente a función pública, y cuyas Resoluciones agotarán la vía administrativa, y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa o laboral, según los casos.

✓ ANTEPROYECTO DE LEY DE EMPLEO PÚBLICO DEL PAÍS VASCO.

La norma detalla mucho la organización en materia de empleo público, incluyendo un servicio de Inspección General de Personal y Servicios, y como en otras autonomías, se crea órganos específicos a tal fin, como la Comisión de Coordinación del Empleo Público de Euskadi, como órgano técnico de consulta y coordinación en materia de empleo público de la Administración vasca y de las políticas de Recursos Humanos entre todas las Administraciones a las que es de aplicación la norma autonómica.

Se crea el Consejo Vasco de la Función Pública, como órgano superior colegiado de coordinación, consulta y propuesta en política de personal de la Administración vasca, y de participación del personal a su servicio.

Entre los instrumentos de ordenación del empleo público se regulan los Planes de ordenación, y los Planes de optimización de plantillas en desarrollo del anterior, que se detallan en cuanto a finalidad, y contenido (llama la atención la previsión de posibilidad de redimensionar plantillas, e incluso la readscripción del personal dentro de la misma localidad, o la posibilidad de cambios en la localización de puestos de trabajo o teletrabajo...). Estos instrumentos se definen sólo como potestativos para las administraciones y sin determinar plazos de implantación.

En materia de evaluación del desempeño la norma también es bastante completa: marca como objetivos el rendimiento, motivación y formación de los empleados, delega en las propias Administraciones su desarrollo pero se señala que la Comisión de Control de Empleo Público y la negociación con los representantes de los empleados públicos marcará los criterios con los efectos que deberá tener el resultado de la evaluación (en carrera, retribución...).

Abre la posibilidad de carrera profesional a la totalidad del personal a su servicio, conforme con el desempeño de la laboral profesional.

Llama la atención lo directa que es la norma en materia de posibilidad de reasignación de efectivos por supresión de puestos de trabajo derivados de las conclusiones del Plan de Ordenación, o la reasignación temporal de empleados

por necesidades o descompensaciones en las Administraciones, en definitiva, se vislumbra la facilidad para la optimización del empleo público, y la redistribución de efectivos como posibilidad real dentro de la gestión.

Para finalizar el presente Anexo II, a modo de breve conclusión diré que es cierto que actualmente carecemos de las normas necesarias para que el desarrollo del EBEP sea una realidad. Hay pocas regulación de desarrollo autonómico, como hemos comprobado, pero también es cierto que algunas de ellas (sobre todo las más modernas y los anteproyectos en marcha), son buenas normas de desarrollo, sin perjuicio de que en muchos aspectos nos encontremos el segundo efecto paralizador que es la falta desarrollo reglamentario que concrete definitivamente el detalle de las previsiones normativas, y la existencia de un desarrollo también a nivel d negociación colectiva en el caso de los laborales. Al final, la sensación no es tanto de carencia o ausencia de regulación (que la hay, como he dicho), sino la sensación de que lo que está fallando, en realidad, es la ejecución de los nuevos instrumentos, la voluntad política de hacer realidad los nuevos propósitos, que tendrían que transformarse en una nueva cultura del empleo público.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., ARIAS DOMÍNGUEZ, A., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., (coord.). *Medidas de reestructuración empresarial del Empleo Público en tiempo de crisis*, Aranzadi, Navarra, 2015.

AA.VV., BERMEJO VERA J., “*El personal directivo: ¿nueva tipología de funcionario público?*”. El Estatuto Básico del Empleado Público y su Desarrollo Legislativo. Zaragoza, 2007.

AA.VV., BRAGUE, J. “*Limitaciones específicas a los Derechos Fundamentales en las relaciones de sujeción especial*”. Los límites a los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2004.

AA.VV. *La acción sindical de Comisiones Obreras ante la reversión de la gestión de servicios públicos por las Administraciones Públicas*. Cuadernos de acción sindical. Octubre de 2015.

AA.VV., DEL REY GUANTER, S. (dirección), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. La Ley, 2009.

AA.VV. CASTILLO BLANCO, F. y MONEREO Pérez, J.L. (Dir.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*. Editorial Comares, Granada 2015.

AA.VV., GOSALBEZ PEQUEÑO, H., *Manual Básico de Derecho del Empleo Público*, Tecnos, Madrid, 2013.

AA.VV. Memento Social 2015. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Francis Lefebvre. Madrid, 2015.

AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Comares, Granada, 1998.

AA.VV. MONEREO PÉREZ, J.L. *El Estatuto Básico del Empleo Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007*. Comares, Granada, 2008.

AA.VV., MONEREO PÉREZ J.L. (coord.), *Manual de Derecho Administrativo Laboral*. Tecnos, 2012.

AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010.

AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L. Y SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. (dirs.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. Comares, Granada, 2010.

AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El derecho del empleo. El Estatuto jurídico del empleo*. Editorial Comares, Granada, 2011.

AA.VV., OJEDA AVILES, A. (coord.). *Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Instituto Andaluz de Administraciones Públicas, 2001, Sevilla.

AA.VV., ORTEGA ALVAREZ, L (Coord.). *Estatuto Básico del Empleado Público*. La Ley. Madrid, 2007.

AA.VV., ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Dir.) *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2011.

AA.VV., PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.). *Código de la Función Pública*. Aranzadi. Madrid, 2003.

AA.VV., PEREZ ALONSO, M.A., *Derecho del Empleo Público*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AA.VV., RODRÍGUEZ CAMPOS, S. (coord.), *El empleo público en tiempo de reformas*. Marcial Pons, 2014.

AA.VV. RIVAS VALLEJO, P. (coord.). *Tratamiento integral del acoso*. Aranzadi, 2014.

AA.VV., VIDA SORIA, J. (dir.), VIÑAS ARMADA, J.M. (coord.), AA.VV. *Manual para la formación en Prevención de Riesgos Laborales*. 7ª Edición. Lex Nova, Valladolid, 2014.

ALDOMA BUIXADE, J. Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública. Estudios de Relaciones Laborales. Barcelona 2015.

AGUILERA IZQUIERDO, R., *“La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades”*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Número 93. Junio 2011.

AGUSTÍ JULIÁ, J. *“La evolución –procelosa e inacabada- de la Jurisprudencia en la extinción contractual del trabajador indefinido no fijo”*. Revista Jurídica de Castilla y León. Núm. 37. Septiembre 2015.

AGUSTÍ JULIÁ, J. *“La descentralización en el sector público”*. Boletín Digital, Fundación 1º de Mayo, junio 2014.

ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E. Derecho del Trabajo. Vigésimosexta edición. Civitas, Madrid, 2009.

ALFONSO MELLADO, C.L., *Contenido y eficacia de la negociación colectiva de funcionarios en el Estatuto Básico*. Valencia.

ALFONSO MELLADO, C. Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública. Bomarzo, Albacete, 2013.

ALOS RAMOS, A. *“Revisión de la doctrina judicial en materia de despidos colectivos”*. Actualidad jurídica Uría-Menéndez, núm. 35. Madrid, 2013.

ARBONÉS LAPENA, H.I. *“Administración Pública y Negociación Colectiva tras las reformas de 2011 y 2012”*. Pamplona, Editorial Aranzadi Social. 4/2012.

ARES GONZÁLEZ, B. *“El nuevo régimen del despido objetivo en el ámbito de las Administraciones Públicas”*. Revista jurídica de Castilla-León. Núm. 35, 2015.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M. (Coord.): *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Aranzadi, 2015.

BALLESTER PASTRO, M.A. "Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Públicas". *Revista de Derecho Social*, núm. 72. 2015.

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. "El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la vida laboral". *Atelier*, Barcelona, 2015.

BAYLOS GRAU, A. "Empleo público y Universidad, víctimas de la crisis." *Revista de Derecho Social*, núm. 68. Albacete, 2015.

BAYLOS GRAU, A.; "Negociación colectiva en el empleo público y condiciones de trabajo", 2014; Blog del autor: <http://baylos.blogspot.com.es/2014/10/negociacion-colectiva-en-el-empleo.html>

BELTRÁN MIRALLES, S., SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Empleo Público Laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

BOLTAINA BOSH, X. *Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas*. Tirant lo Blanch, 2006.

BOLTAINA BOSH, X. "Despidos, suspensión de contratos y reducción de jornada del personal laboral de las entidades locales". *Revista CEMCI*, núm. 17. Barcelona, 2012.

BORRAJO DACRUZ, E. "Contratación temporal y Administraciones Públicas: Evolución jurisprudencial". *Actualidad Laboral*, Madrid. 18/1998.

CANTERO MARTÍNEZ, J. "Criterios para la clasificación del empleo público: ¿funcionario o laboral?", *Revista Vasca de Gestión de personal y Organizaciones Públicas*, núm. 5, 2013.

CANTERO MARTÍNEZ, J. *El empleo público: entre el estatuto funcional y el contrato laboral*. Marcial Pons, 2001.

CAMPOS DAROCA, J.M., La extinción de la relación de servicio de los empleados públicos. Personal funcionario y laboral. Bosch. Madrid, 2013.

CASTILLO BLANCO, F. “*Requisitos para la aplicación de medidas de ajuste en el sector público local: la necesaria aprobación de un plan de empleo para proceder a despidos colectivos*”. Seminario de actualización de la función pública local. Federación de Municipios de Cataluña, 2012.

CASTILLO BLANCO, F.A. “*Deberes de los funcionarios públicos*”, en Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Lex Nova, 2013.

CASTILLO BLANCO, F.A. “*Los derechos retributivos de los empleados públicos*”, en Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Lex Nova, 2013.

CASTILLO BLANCO, F.A., “*¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral? Una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral*”. Revista de Administración Pública, núm. 190, 2013.

CASTILLO BLANCO, F.A., JIMÉNEZ ASENSIO, J., Informe sobre el empleo público local. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2009. Madrid.

CASTILLO BLANCO, F. “*La remunicipalización de servicios y situación del personal de los servicios rescatados*”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 59-59. (Iustel, febr-mar 2016).

CEA AYALA, C., “*Sobre las retribuciones de los empleados públicos*”. Actualidad Administrativa. Número 11. Madrid. Junio 2011.

CORDERO SAAVEDRA, L. “*Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas ¿Derecho del Trabajo versus Derecho Administrativo?*”. Pamplona. Aranzadi Social 3/2000.

COTINO HUESO, L. *Relaciones de especial sujeción: Su diversa evolución en Alemania y España*. Valencia. 1.998.

CHAVES GARCÍA, J.R., GALINDO GIL, M.D., “La necesaria reinención del despido colectivo en las Administraciones Públicas”. *Revista Jurídica de Castilla-León*. Núm. 37, septiembre de 2015.

CRUZ VILLALÓN, J. “El descuelgue de convenios en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales* núm. 117, 2012.

DE LA VILLA GIL, L.E., “Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública”. *Documentación Administrativa*, nº 114, 1962.

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*. Lex Nova, Madrid, 2006.

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Reformas laborales y Administraciones Públicas*. Lex Nova, Madrid, 2013.

DEL REY GUANTER, S. Estructura de la negociación colectiva prioridad del nivel de empresa e inaplicación del Convenio Colectivo tras la reforma laboral de 2012. *Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales* núm.108. Madrid, 2016.

DESDENTADO DAROCA, E. *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Bormazo, Albacete, 2015.

DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos: Algunas ideas desde la perspectiva constitucional”. Pamplona. Editorial Aranzadi. *Repertorio del Tribunal Constitucional*. Vol. IV (estudio). 1998.

DOMINGUEZ OLIVERA, R. “Contratos públicos que protegen salarios”. *Blog FIDE*, octubre de 2016, el confidencial.

ENTRENA CUESTA, R., *“El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional”*, AAVV, Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García Enterría, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991.

Encuesta de Población Activa. Cuarto trimestre de 2015. Nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística. 28 de enero de 2016.

ESTEVEZ GONZÁLEZ, C. *“El ámbito objetivo de la negociación colectiva de las Administraciones Públicas”*. Grupo Área Pública. Observatorio de la Negociación Colectiva. Universidad de Alcalá de Henares- Comisiones Obreras. 2009.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Comentario al artículo 33 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público. Pamplona. Grandes Tratados. Editorial Aranzadi. 2009.

FABREGAT MONFORT, G. Introducción al derecho laboral en el empleo público. Bormazo, Albacete, 2014.

GARCÍA BLASCO, J. (ORTIZ DE SOLORZANO, C.) *“El derecho sindical de los empleados Públicos”*, en la obra El Estatuto Básico del Empleo Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007. AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. director). Comares, Granada, 2008.

GARCÍA BLASCO, J. *“La negociación colectiva en las Administraciones Públicas”*. Series claves Gobierno Local, 2. Fundación derecho y Gobierno Local. 2009.

GARCÍA BLASCO, J. *“La negociación colectiva en el la Administración Pública: una breve aproximación a las cuestiones pendientes.”*, en la obra Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales, AA.VV., Comares, Granada, 2015.

GARCÍA ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Civitas, Madrid, 1992.

GARCÍA PÉREZ, M. *“El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral”*. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. 2011.

GARCÍA LÓPEZ, R. *“La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”*. Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid. 44/1990.

GARRIGÓS FERNÁNDEZ, J.L. *“La nueva gestión de los Recursos Humanos. Restos para el nuevo paradigma”*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros. núm. 324, Madrid, 2010.

GIMENO FELIU, J.M. *“Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos Públicos. La Directiva de Concesiones”*. www.obcp.es. 1 de marzo de 2016.

GONZÁLEZ ROZAS, R. *“Reversión de la prestación de servicios públicos externalizados. Sector público y problemática laboral”*. Federación de Servicios a la Ciudadanía. Comisiones Obreras. Cuadernos de acción sindical. Octubre de 2015.

GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, S. *“Las claves del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”*. Wolters-Kluwer, La Ley. Noviembre 2015.

GOÑI SEIN, J.L. *“Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto del Empleado Público”*. AA.VV., El Estatuto Básico del Empleado Público. Volumen I. MTIN. Madrid, 2009.

HERNÁNDEZ DE COS, P. y PÉREZ J. J. *“El impacto de los salarios y el empleo público. Una perspectiva macroeconómica”*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2015

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H.J. *“Comentario de urgencia sobre el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por RDLg. 5/2015, de 30 de octubre”*. Revista el consultor de los Ayuntamientos. Noviembre 2015.

HIERRO HIERRO, F.J. “*La movilidad (voluntaria, forzosa..) de los empleados públicos tras la Ley 7/2007, de 12 de abril que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público*”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 93. Junio de 2011.

KAHALE CARRILLO, D.T. “*Análisis jurisprudencial sobre los despidos en el sector público*”. Revista Jurídica de Castilla León. Núm. 37, 2015.

LEÓN CAVERO, R.A. “*Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas*”. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 296. Madrid, 1997.

LIMÓN LUQUE, M. A., “*La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública*”. Revista de Trabajo. Núm. 90. Madrid, 1990.

LOPEZ GANDÍA, J. “*El empresario laboral*”. AAVV (*Blasco Pellicer coord.*), “*Las cooperativas y la descentralización productiva: de la huida del Derecho del Trabajo a la huida de los TRADE*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

LÓPEZ GANDÍA, J. “*Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*” MONEREO PEREZ (Dir.), en colaboración con D, Toscani, parte VI, cap. II, “*El personal interino en las Administraciones Públicas*”. Comares, Granada, 2010.

LÓPEZ GANDÍA, J., “*La jubilación ordinaria*”. La reforma de las pensiones y su incidencia en el sector público. CEMICAL. Barcelona, 2012.

LÓPEZ CUMBRE, L. “*Extinción de los contratos indefinidos no fijos de plantilla en el sector público: ¿duración a término o condición resolutoria?*”. Análisis Gómez-Acebo & Pombo. Madrid, 2014.

LÓPEZ CUMBRE, L. “*Los efectos de la reforma laboral en el empleo público*”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 34, 2013.

LOPEZ GÓMEZ, J.M. *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas, Navarra, 2009.

LOPEZ RODRÍGUEZ, J.A., "La función pública". Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 790/2009.

LORENZO DE MEMBIELA, J.B., El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. Aranzadi. Navarra, 2005.

LUJAN ALCARÁZ, J. "La directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal". Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, nº 18 13. Madrid. 2009.

LUJÁN ALCARÁZ, J. "Contrato temporal para obra o servicio determinado: delimitación y efectos de su irregular celebración en las Administraciones Públicas". Aranzadi Social. Tomo II, Parraf. 49. 1996. Madrid.

MARINA JALVO, B. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. Editorial Lex Nova. 2006, Valladolid.

MARÍN ALONSO, I. "El empleo Público Laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público". Actualidad Laboral. Nº8. Madrid, 2009.

MARÍN ALONSO, I. La reforma de la negociación colectiva en la AA PP: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas. Pamplona. Aranzadi Social. 2006.

MARTÍN REBOLLO, L. "Introducción". Leyes Administrativas, 21ª Edición. Aranzadi, 2015.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. "Derecho del Trabajo". Netbiblo, 2006.

MARTÍNEZ HERRERO, M.J. "La política familiar en Suecia: ¿un modelo de igualdad?". XI Jornadas de Economía Crítica. Bilbao, 2008.

MAURI MAJÓS, J. "Análisis general del Estatuto Básico del Empleado Público: problemas, soluciones, huidas". QDL Estudios, Barcelona, 2009.

MAURÍ MAJÓS, J. “*Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública*”, Cuadernos de Derecho Local. Núm. 26, 2011.

MERCADER UGUINA, J., DE LA PUEBLA PINILLA, A. Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada. Tirant lo Blanc. Valencia, 2013.

MERCADER UGUINA, J., TOLOSA TRIBIÑO, C. Derecho Administrativo Laboral. Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

MERINO SEGOVIA, A. *Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*. Editorial Bomarzo. 2014.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. “*Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*”, Madrid, Instituto Nacional de Administraciones Públicas. Abril de 2005.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. “Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas” (CORA). Madrid, 2012.

MINISTERIO DE HACIENDA Y DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS “*Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas*”. Registro central de Personal. Enero de 2015.

MOLINA NAVARRETE, C. “*Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos*”. Revista de Trabajo y Seguridad Social Núms 293-294. CEF, Madrid, 2007.

MOLINA NAVARRETE, C. “*Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos*”, en El Estatuto Básico del Empleado Público, comentario sistemático. AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, JL, Molina Navarrete, C., Olarte Encabo, S., Rivas Vallejo, P.). Comares. Granada, 2013.

MONEREO PÉREZ J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA J.A., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. Manual de Empleo Público. Comares. Granada, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *El derecho de libertad sindical*. Guías de negociación. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L. "Aspectos laborales de los grupos de empresa", REDT. Núm. 21/1985.

MONEREO PÉREZ, J.L. "La continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y concesiones administrativas", Relaciones Laborales núm. 7. 1986.

MONEREO PÉREZ, J.L. (dirección), RIVAS VALLEJO, P, (coord.), MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, *El Estatuto Básico del empleado Público*. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2008. Comares, Granada, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L., VIDA SORIA, J. *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, 1991.

MORENO GENE, J. "La extinción de los contratos de trabajo en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas". Revista Jurídica de Castilla y León. Núm. 37, 2015.

MORENO VIDA, M.N. *La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de «situaciones comparables» y de «razones objetivas»*. Trabajo y Derecho. Núm. 21, septiembre 2016.

MORENO VIDA, M.N. "El recurso a las Empresas de Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas". Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales. AA.VV. Coord. Castillo Blanco, F. y Monereo Pérez, J.L. Granada 2015.

MUÑOZ LLINAS, J.I., "La carrera administrativa en los orígenes del constitucionalismo español: 1812/1918". Revista de Derecho UNED núm. 12, 2013.

NIETO GARCÍA, A., "Los primeros pasos del Estado constitucional: Historia Administrativa de la regencia de María Cristina", Ed. Ariel, Barcelona (1996).

NIETO GARCÍA, A., *El pensamiento burocrático*, Comares, 2003, Granada.

NIETO GARCÍA, A. “*La retribución de los funcionarios públicos en España*”, Revista de Occidente, Madrid, 1967.

NIETO GARCÍA, A. “*Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*”, INAP, 1986.

NORES TORRES, L.E., “*El empleo público en tiempo de crisis: la descentralización productiva en las Administraciones Públicas*”. INAP (comentarios), Madrid, 2014.

OJEDA AVILES, A. Los acuerdos de estabilización del personal laboral en las Administraciones Públicas, Comares, Granada, 1998.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. Estatuto Básico del Empleado Público. La Ley, 2008.

PALOMAR OLMEDA, A. *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*. Lex Nova, Madrid, 2015.

PALOMAR OLMEDA, A. “*El despido colectivo en el ámbito del sector público, primeras consideraciones*”. Aranzadi Doctrinal, núm. 11/2012.

PARADA VAZQUEZ, R. Derecho del Empleo Público. Marcial Pons, 2007, Madrid.

PARADA VÁZQUEZ, R. Derecho Administrativo I. Open ediciones universitarias, 2014, Madrid.

PEÑA MOLINA, M. “*La funcionarización de laborales indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas*”. Revista General de Derecho Administrativo. Número 40. 2015.

PERONA MATA, C. Estatuto Básico del Empleado Público comentado. Wolters Kluwer España, Madrid, 2007.

PINAZO HERNANDIS, J. *Empleo público para una nueva Administración Pública*. Edit. Tirant lo Blanch Monografías. Valencia, 2007.

POLLITT C., BOUCKAERT, G., *“La reforma de la gestión pública: un análisis comparado”*, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, Madrid, 2010.

QUINTANILLA NAVARRO, R. *“La consolidación del empleo público temporal y el principio de la igualdad”*. Aranzadi Social nº 14/2008. Madrid.

QUINTANILLA NAVARRO, R., SEMPERE NAVARRO, A., *El personal laboral del sector público*. Aranzadi Social número 14/2007.

QUINTANILLA NAVARRO, R. *La flexibilidad interna en el empleo público laboral*. Aranzadi, Navarra, 2014.

RIVERO LAMAS, J. *“El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites”*. Revista aragonesa de Administración Pública. Núm. 6 y 7, 1996.

RIBES MORENO, M.I. *“Los criterios de selección del personal afecto a despidos colectivos en las Administraciones Públicas”*. Comunicación XXXIII Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

ROCA VALERO, V., ARCHE CASTILLO, A.P. *El despido objetivo en las Administraciones Públicas: algunas cuestiones problemáticas*. El Derecho.com. Lefebvre, 2012.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Reflexiones sobre la reforma del mercado laboral: despido, suspensiones y reducciones de jornada de la reforma laboral*. Seminario de actualización de la función pública local. Federación de municipios de Cataluña, 2012.

RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. *“La tramitación de los despidos colectivos en el sector público administrativo”*. Revista Jurídica de Castilla-León, núm. 37, septiembre 2015.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *“Jerarquía normativa vs Fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público”*. 2014.

RODRÍGUEZ VERA, E. “*La negociación colectiva de los empleados públicos*”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 93. Madrid, 2011.

ROJO TORRECILLA, E. “*Unas notas sobre la contratación temporal en las Administraciones Públicas: el requisito de causalidad y los efectos de la irregularidad*”. El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Libro homenaje al profesor Martín Valverde, AA.VV. Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*. Universidad de Valencia. Monografías. 1996.

ROQUETA BUJ, R. “*El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*”. Madrid. Actualidad- La Ley. 2007.

ROQUETA BUJ, R. “*El Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos*”. Pamplona. Editorial Aranzadi Social 81/2011.

ROQUETA BUJ, R. “*Jurisprudencia reciente sobre el despido colectivos en las Administraciones Públicas*” (I y II), R. Trabajo y Derecho, Nº 1, enero 2015.

ROSAT ACED, I. El libro del Concejal de Personal y Recursos Humanos. Lefebvre. El derecho, 2015.

SALA FRANCO, T. *La negociación colectiva unitaria para el personal laboral y funcionario en las Administraciones Públicas*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1995.

SALA FRANCO, T., VIDA SORIA, J. “*Informe acerca de los Derechos de Libertad Sindical y representación de los funcionarios públicos*”. Revista de Documentación Administrativa, núm. 204 / 1985.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la función pública*. Tecnos, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *La regulación del sector público institucional en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del sector Público*. Documentación Administrativa. Nueva Epoca. Núm. 2. 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F., PALOMAR OLMEDA, A. SALA FRANCO, T. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Lex Nova, 2009.

SANTOR SALCEDO, H. *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*. La Ley. Madrid, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A., QUINTANILLA NAVARRO, R., *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*. Aranzadi. Navarra, 2003.

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL. *“Estrategia Española para la activación del empleo 2014-2016”*. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. Madrid, 2014.

TOMÁS JIMÉNEZ, N. *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*. Editorial Comares. Granada 2013.

TOMAS Y VALIENTE, F. *“Legislación liberal y legislación absolutista sobre funcionarios y sobre oficios públicos enajenados: 1810-1822”*. Actas del IV Symposium de historia de la Administración. INAP. 1983.

TORRES, E.B. *Unilateralismo y Negociación Colectiva en la Administración Pública*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima. 2005

TRILLO PÁRRAGA, F. *“El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”*. Revista de Derecho Social. Núm. 57, 2012.

VIDA FERNÁNDEZ, J. *“Derechos a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”*, en *El Estatuto Básico del Empleado Público, comentario sistemático*. AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, JL, Molina Navarrete, C., Olarte Encabo, S., Rivas Vallejo, P.). Comares. Granada, 2013.

VIDA FERNÁNDEZ, R., *“Acoso laboral en las Administraciones Públicas: elementos diferenciadores”*, en la obra *Tratamiento integral del acoso*. AA.VV. Aranzadi, 2014.

VIDA FERNÁNDEZ, R.: *“El contenido de los Convenios Colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”*, en VV. AA., *XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho Del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

VIDA SORIA, J. *Esencia y existencia del Derecho del Trabajo. 1975. Separata del la Revista de Derecho Laboral*, núm. 192, Tomo XLI. Montevideo 1998.

VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2011.

VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 2011.

VIDA SORIA, J. “*Administración laboral en España: Una aproximación crítica de síntesis*”. *Temas Laborales*, V.I, Núm. 100/2009.

VIVERO SERRANO, J.B. “*La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos: Un marco normativo a medio construir y una realidad difícil de conocer*”. Madrid. Grupo Área Pública. Observatorio de la Negociación Colectiva. Universidad de Alcalá de Henares- Comisiones Obreras. 2009.

VIVERO SERRANO, J.B. “*El despido disciplinario en el Sector Público*”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 37, septiembre 2015.

ENLACES DE PÁGINAS WEB

<http://www.ine.es>

<http://www.msssi.gob.es>

<http://www.noticias.juridicas.com>

<https://www.boe.es/diario>

<https://www.seap.minhap.gob.es>

www.minetur.gob.es/es-ES/servicios/cora/Paginas/cora

www.contencioso.es.

<http://baylos.blogspot.com>

<http://carlos-alfonso.com>

<http://ignasibeltran.com>

<http://jesuscruzvillalon.blogspot.com.es>

<http://www.eduardorojotorrecilla.es>

<http://www.ine.es>

<http://www.inap.es>