

EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Volumen I

XIX Congreso Nacional
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social



**INFORMES
Y ESTUDIOS**
RELACIONES
LABORALES



MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

MINISTERIO DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

**Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones**

RET. 09-2.270

El Estatuto Básico del Empleado Público

Volumen I

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Relaciones Laborales Núm. 89

El Estatuto Básico del Empleado Público

XIX Congreso Nacional
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo e Inmigración
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mtin.es

Internet: www.mtin.es

NIPO: 790-09-112-5

ISBN: 978-84-8417-332-8 (Obra completa)

ISBN: 978-84-8417-333-5 (Volumen I)

Depósito legal: M.

Réplica electrónica de publicación en papel

Imprime:

PLAN GENERAL DE LA OBRA

PRÓLOGO

Magdalena Nogueira Guastavino

VOLUMEN I

Ponencia General y Comunicaciones

UN ESTATUTO PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Miguel Cardenal Carro

Ponencia Temática I y Comunicaciones

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO. CONCEPTO Y CLASES DE EMPLEADO PÚBLICO. LA ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

José Luis Goñi Sein

VOLUMEN II

Ponencia Temática II y Comunicaciones

DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

María Luisa Segoviano Astaburuaga

Ponencia Temática III y Comunicaciones

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS TRAS EL ESTATUTO BÁSICO

Juan López Gandía

Resumen y Conclusiones

CRÓNICA DEL CONGRESO

Ángel Arias Domínguez

PRÓLOGO

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
y ex-Letrada del Tribunal Constitucional
Secretaria General de la Asociación Española
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

A Juan RIVERO LAMAS,
Presidente de la AEDTSS

In Memoriam

1. Fruto del devenir de la vida es que a quien escribe estas líneas le haya correspondido prologar la presente obra. Lo que en un inicio se terciaba como una carga, se revela hoy como un gran y sentido honor. Con la publicación de las Actas del XIX Congreso Nacional de la Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado los días 29 y 30 de mayo de 2008 en Badajoz, se cierra un ciclo vital y profesional de esta Asociación. Una asociación que arrancó hace ya años de la brillante idea de ilustres juristas como los Profesores Alonso García, Alonso Olea, González Rothvoss o Pérez Botija (Presidente Provisional de la AEDTSS) o don Gaspar Bayón Chacón (Presidente de la Primera Junta Directiva), quienes la pusieron en marcha hasta su consolidación definitiva con don Manuel Alonso Olea como Presidente.

Tras años de firme y reactivador mandato de una Junta Directiva reelegida unánime y sucesivamente durante años, formada por nombres igualmente internacionalmente conocidos en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como los de don Miguel Rodríguez Pinero y Bravo-Ferrer, don Luis Enrique de la Villa Gil y don Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, y a la que se incorporaría más tarde como Secretario General, don Santiago González Ortega, y doña Lourdes López Cumbre como Gerente, dicha Directiva manifestó su voluntad de deseado relevo.

Celebradas elecciones en el XV Congreso celebrado en Lérida los días 28 y 29 de mayo de 2004, una nueva Junta Directiva salió procla-

mada. Presidida por el Profesor Juan Rivero Lamas contaría con don Santiago González Ortega y don Antonio V. Sempere Navarro como Vicepresidentes, quienes amablemente me ofrecieron acompañarles en la aventura como Secretaria General, en un gesto de dotar al nuevo Proyecto de un relevo generacional y de género, reforzado mediante la posterior incorporación como Gerente a doña Susana Barcelón Cobedo. El mandato de esta nueva Junta vencía, de acuerdo con los estatutos, al transcurrir cuatro años; es decir, en el Congreso que finalmente se decidió celebrar en mayo de 2008.

Juan, el Profesor Rivero, no pudo acudir a su cita en el Congreso de Badajoz, cuyas actas ahora se publican y donde más que probablemente hubiera sido reelegido como Presidente de la AEDTSS. Su grave enfermedad ya nos había privado de su presencia en el Congreso anterior celebrado en Vigo en mayo de 2007. Aunque no así de sus palabras de aliento, de sus nuevas ideas congresuales (el ya conocido Encuentro Euro-mediterráneo al que las distintas Asociaciones participantes ya han acordado bautizar como Encuentro Juan Rivero), ni de la incansable y permanente dirección organizativa hasta que en el último momento el tratamiento terminara por doblar el fuerte ánimo con el que siempre pretendió asistir. No estuvo en Vigo, ni en la sesión de apertura del Seminario que sobre las «relaciones laborales en el sector de la construcción» realizamos en Jaca los días 18 y 19 de septiembre de 2007, pese a intentarlo hasta el último segundo, demostrando con ello su disposición constante para con la Asociación. Exactamente un mes más tarde fallecería en su ciudad querida, Zaragoza, a la que había llegado en los años setenta para ser su primer Catedrático de Derecho del Trabajo y que ya nunca abandonó.

No es este el lugar para detenerme en la figura de nuestro querido Presidente. La reciente publicación del Libro Homenaje «Juan Rivero, *In memoriam*», puesto en marcha por iniciativa de la AEDTSS de la mano siempre paciente y perseverante del Co-Presidente Antonio V. Sempere Navarro y donde se contienen preciosas y sentidas dedicatorias a su persona, excusa cualquier intento de tributo por mi parte y remedia que el mismo pudiera sonar hueco cuando se dispone de tan breves páginas. Pese a ello, no puedo evitar señalar que mi contacto personal y directo con el que fuera nuestro Presidente comenzó con mi incorporación a su equipo y duró los tres últimos años de su vida y que, en su transcurso, el que fuera mi «Presidente» pasó a ser Juan. Juan, entregado a la Asociación en cuerpo y alma, Presidente y Catedrático de la vieja escuela, pero a la vez tierno y amigo. Compartimos pecado venial —al fumar culpablemente, pero sin parar— y más de una risa cuando la tarea, ya culminada, nos permitía relajarnos y confiar en que el nuevo Congreso o actividad saldría con éxito pese a las dificultades. Era un sabio humilde y bueno. Le agradezco, entre muchas otras cosas, su

apoyo personal, pero también el que ofreció para la adopción de medidas no populares a favor del progreso de su querida AEDTSS.

Su muerte puso fin vital y espiritual a un ciclo de la Asociación, aunque el mandato fuera cerrado profesionalmente por el consternado equipo en quien confió. El respeto a su persona llevó a que los miembros de la Junta Directiva optaran por no sucederle en el cargo, sino por concluir la gestión nombrando a los Vicepresidentes como conjuntos Co-Presidentes, correspondiendo a don Santiago González Ortega la organización del Congreso de Badajoz y a don Antonio V. Sempere Navarro las relaciones institucionales y la preparación del homenaje a quien fuera nuestro Presidente. Ambos cumplieron con eficacia y dedicación los mandatos designados. Culminados los objetivos y el mandato electoral del equipo elegido por Juan, el Congreso de Badajoz fue la sede de una nueva votación. El que fuera el equipo del Profesor Rivero Lamas decidió no presentarse a la reelección. Un nuevo equipo liderado por el Profesor don Fernando Valdés Dal-Re y compuesto por don Jesús Cruz Villalón y doña Remedios Roqueta Buj como Vicepresidentes, presentó su candidatura en la que también, de modo ciertamente temerario pero persuasivo, decidieron contar conmigo a modo de enlace entre dos Juntas y para evitar disfuncionales rupturas directivas, siguiendo en este punto el precedente que sentara el continuismo del Profesor González Ortega en dos equipos directivos y que tanto facilitó la labor de la asociación.

Y es este devenir al que aludía en el comienzo de este prólogo, el que hoy me hace escribir estas palabras. Fue Juan Rivero el que ofreció a cada uno de los miembros de la Junta prologar las actas de modo sucesivo. Como último miembro de la Junta Directiva por él Presidida, hoy la tarea asignada necesariamente deviene un humilde, pero sincero homenaje a su persona.

2. El éxito del Congreso de Badajoz que ahora se prologa, en gran parte, fue el homenaje colectivo a la figura de Juan Rivero. El tema elegido: «El Estatuto Básico del Empleado Público» se demostró ciertamente aglutinador. Su organización eficaz por el reciente Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura, Miguel Cardenal Carro y con la inestimable ayuda del Profesor don Francisco Rubio Sánchez, permitió un cierre de ciclo de la AEDTSS exitoso. Desde aquí hacer constar el público agradecimiento de la Junta Directiva. Agradecimiento igualmente a nuestros patrocinadores, sin los cuales el evento no podría haberse celebrado.

Como viene siendo habitual en los últimos Congresos de la AEDTSS, el tema elegido se disecciona doctrinalmente en una Ponencia General, que pretende servir de elemento de encuadramiento, seguida de tres

Ponencias temáticas cuyo contenido procura abordar los aspectos más relevantes de la materia que se suscita en el Congreso.

Siguiendo pautas ya familiares para los asociados, el Ponente General coincide con el Catedrático co-organizador del evento que anualmente promueve la AEDTSS. En esta ocasión, el Profesor don Miguel Cardenal, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura, presentó una ponencia general cuya exposición, no sólo por su contenido, sino por la referencia en cada punto a cada una de las comunicaciones presentadas a la misma, cumplió con solvencia el objetivo perseguido, permitiendo a los asistentes obtener el entero panorama de una norma compleja como lo es el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

Con tal finalidad, si bien después de recordar que esta misma AEDTSS abordó la problemática de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas en el Congreso de Valencia y que muchas de las reflexiones que allí se hicieron han sido acogidas por la nueva norma, el Profesor Cardenal cartesianamente disecciona el EBEP en los tres conceptos que lo definen: el ser un Estatuto, su proclamado carácter de Básico, y su ámbito subjetivo de aplicación, esto es, el «Empleado Público».

Considera el Ponente que el «Estatuto», aun ser una norma importante, no es seguramente la última, pero su carácter formal como tal Estatuto ha permitido al menos ordenar materiales normativos dispersos «hasta ahora en una ya ingobernable constelación de disposiciones», si bien no en su totalidad, destacando en tal sentido la normativa sobre incompatibilidades. Destaca el Ponente las novedades más significativas y su *ratio* común en tanto fijadas al servicio de la eficiencia y el *new public management*. Considera que el EBEP constituye una norma técnicamente mejorable y de enormes problemas interpretativos y aplicativos, ofreciendo un panorama de inseguridad y confusión que se ve incrementado por las diversas remisiones a la legislación laboral y a los convenios. Asimismo califica la norma como «blandita» en una clara referencia al claro carácter de *soft law* que presentan muchas de sus pretendidas prescripciones normativas, lo que a su juicio provoca que este EBEP nazca «con una extraña vocación, casi más pedagógica que normativa».

El carácter «básico» de la Ley 7/2007 resulta consecuencia necesaria de la pluralidad de Administraciones y la distribución competencial entre diversos niveles territoriales y que atiende al panorama al que conduce la segunda generación de Estatutos de Autonomía. A tal fin se disminuye la intensidad normativa de lo considerado básico, lo que da lugar a la apertura de numerosos espacios abiertos a la diversidad normativa y, con ello, a la fragmentación de modelos, sin que además

quede claro en muchas ocasiones qué debe calificarse como tal. En todo caso, como manifiesta el Ponente, la disgregación, consecuencia del ejercicio legítimo por cada Administración de sus competencias, se ve acompañada de necesarios e imprescindibles instrumentos de cooperación y colaboración esenciales para garantizar la coherencia del sistema de empleo público en su conjunto.

En el análisis del concepto de «Empleado público» como último elemento definidor, la conclusión a la que llega el Profesor Cardenal es la de que se trata de una rúbrica ambiciosa, elocuente, pero poco veraz, lo que le lleva a concluir que, en puridad, no nos encontramos ante un Estatuto de los Empleados Públicos, sino ante un Estatuto de la Administración Pública como receptora de servicios socioprofesionales de trabajadores; una norma para el empleador y de gestión del personal.

El planteamiento general bravamente asumido por el Ponente termina cuestionando la necesidad de crear una relación laboral de carácter especial en la que se mixtificaran los caracteres de la relación laboral ordinaria con los principios y parámetros constitucionales exigidos para el empleo público, si bien destacando aquellos aspectos en que la misma, pese a ello, podría ser funcional.

Las comunicaciones presentadas a la Ponencia General, como bien sintetiza el relator general, giran sobre tres bloques temáticos: legislación aplicable, acceso al empleo público y los problemas que se generan con los permisos y la adaptación de las condiciones de trabajo. El Premio de la AEDTSS que anualmente decidió instaurar por vez primera la presente Junta Directiva recayó en este Congreso en la Profesora María de Sande Pérez Bedmar con su comunicación sobre «El impacto del Estatuto Básico en el Empleo Público Local».

3. La Ponencia Temática Primera examina el «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio». El Ponente, José Luis Goni Seín, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra, en un extenso análisis, aborda todos las cuestiones centrales de tan vasto objeto de estudio y que justifica la presentación de veintitrés comunicaciones, la mayor parte centradas en la nacionalidad como condición de acceso al empleo público, pero también relativas a otros temas de enorme interés como los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público, la anulación judicial de los procedimientos selectivos por su incumplimiento, las bolsas de trabajo, la relación temporal del empleado público y las irregularidades en la contratación temporal, los procesos de funcionarización y consolidación, el personal directivo, la libre designación y los problemas del abuso y arbitrariedad en su utilización, la aplicación de incentivos por jubilación a los empleados públicos mayores de sesenta

y cinco años y la problemática de la jubilación parcial, la adaptación del tiempo de trabajo de funcionarias víctimas de violencia de género, o el régimen jurídico del personal docente e investigador de las Universidades Públicas.

El eje central de la exposición del Ponente es el progresivo acercamiento del régimen del empleo público a la legislación laboral, si bien subrayando la ausencia de intención legislativa de aplicar un único régimen jurídico para todos los empleados públicos y la permanencia de dos regímenes: el laboral y el funcionarial, si bien destacando igualmente que la aplicación supletoria del EBEP «a todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación» demuestra su tendencia expansiva y su importancia como norma de referencia para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El grueso de la ponencia examina el ámbito subjetivo de aplicación, partiendo de la base de la existencia de tres grupos diferenciables: aquellos a los que se aplica el EBEP de modo íntegro, la permanencia de regímenes especiales de sujeción y los excluidos. Es especialmente destacable el esfuerzo realizado por dotar de contenido a la definición legal de Empleado Público e identificar las notas definidoras que lo caracterizan, así como el detenido y profundo análisis en la exposición de las cinco categorías de empleados públicos: Funcionarios de Carrera; Funcionarios Interinos; Personal Laboral, Personal Eventual y Personal Directivo Profesional, o su crítica al mantenimiento de una dualidad de regímenes jurídicos (funcionarial y laboral) cuando el EBEP no concreta de modo claro las reglas que permiten identificar correctamente los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por funcionarios y los destinados a personal laboral. Finalmente el Ponente de modo minucioso examina el proceso de selección y la pérdida de la relación de servicio aplicable al ámbito de la relación funcionarial, poniendo de manifiesto que en ambos ámbitos se mantiene el continuismo con respecto a la regulación anterior, aunque deteniéndose en las pocas novedades o reajustes realizados por el EBEP en estas materias.

4. La segunda Ponencia temática versó sobre los «Derechos y deberes de los empleados públicos» y corrió a cargo de la Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, María Luisa Segoviano Astaburuaga. Tras enmarcar sistemáticamente en el EBEP su objeto de análisis y advertir desde el principio de que no todos los derechos se reconocen de forma indiscriminada a los empleados públicos, al concederse alguno sólo a los funcionarios de carrera (derecho de inamovilidad) o regularse de modo diferente según que el titular sea funcionario de carrera, interino o personal laboral (como los derechos retributivos), precisa que tampoco los derechos se agotan en el EBEP en tanto pueden

verse ampliados a través de las normas de desarrollo del EBEP o por la negociación colectiva. Como novedades en el catálogo de derechos, la Ponencia destaca los relativos a la objetividad y transparencia de los sistemas de evaluación, a la protección frente al acoso sexual o moral y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como derechos comunes a todos los empleados públicos.

Tras la introducción general, procede a exponer las distintas clasificaciones susceptibles de realizarse del conjunto de derechos, si bien la Ponencia se decanta por el examen sistemático del catálogo legal. De este modo, comienza con el análisis del derecho a la inamovilidad como condición de funcionario de carrera, comparándolo con la situación anterior EBEP, destacando que constituye la garantía más importante de imparcialidad del funcionario. Sucesivamente examina el derecho al desempeño, a la carrera profesional y la promoción interna —destacando que las futuras leyes de Función Pública opten por una o varias de las modalidades previstas para la promoción (carrera horizontal, carrera vertical, promoción interna vertical y horizontal), así como el mandato dirigido a todas las AAPP de establecer sistemas que permitan la evaluación del desempeño del empleado—, el derecho a percibir retribuciones e indemnizaciones por razón de servicio —distinguiendo los derechos retributivos según el titular del derecho—, el derecho a la participación e información de las tareas a desarrollar, a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional por el ejercicio legítimo de las funciones de empleado público o el derecho a la formación continua. Especial atención se pone a los derechos de corte constitucional reconocidos en el EBPE, poniendo en duda la adecuación constitucionalidad de algunos de los datos que se recaban con frecuencia al futuro empleado público, así como a la valoración indemnizatoria del dano en el caso del acoso.

En el capítulo de derechos examina igualmente el derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, el derecho a la libertad de expresión, el de recibir una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, el derecho a las vacaciones, permisos y licencias, el derecho a la jubilación, a la libre asociación profesional y la cláusula general de cierre, reconociendo el resto de derechos no incluidos expresamente pero que el ordenamiento jurídico reconoce a los empleados públicos. Finaliza la Ponencia con una breve referencia a los deberes de los empleados públicos y los principios éticos y de conducta que inspiran el Código de Conducta.

Esta Ponencia concentra el mayor número de comunicaciones presentadas al Congreso, siendo los temas más tratados los relativos a la conciliación de la vida personal laboral y familiar, el acoso laboral o los

deberes relacionados con el Código de Conducta, si bien los comunicantes han examinado igualmente la violencia de género y el uso del idioma autonómico en aquellas comunidades que cuentan con varias lenguas oficiales. De entre este bloque de comunicaciones no puede dejar de destacarse la relativa a «El código de conducta como fuente ordenadora de la prestación de trabajo del Empleado Público» del Profesor Fernando Elorza Guerrero, quien obtuvo un accésit del Premio de la AEDTSS.

5. La tercera y última Ponencia la afronta el Profesor Juan López Gandía, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Política de Valencia y versa sobre «la negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto básico». Comienza con una Introducción en la que centra al lector sobre el devenir, no siempre pacífico, de la negociación colectiva de los funcionarios públicos como consecuencia de la propia redacción constitucional de los artículos 35, 103, 28.1, 37.1 y 149.1.18 CE y la «negativa» influencia que, a juicio del ponente, ha ocasionado el Convenio 151 de la OIT, que ha servido como parámetro de interpretación del conjunto de preceptos constitucionales y que ha impedido la configuración constitucional de un derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Este derecho, configurado por la doctrina constitucional como un derecho de configuración legal, y que estuvo lastrado inicialmente por la pervivencia de un modelo funcional o administrativo de determinación de las condiciones de trabajo, que tras convertirse en una negociación de tono menor devaluada, va poco a poco superando los prejuicios iniciales a partir de una regulación legal que partiendo de la denominación de participación en las condiciones de trabajo, finalmente se reconoce como negociación en la Ley 7/90 y se ha ido aproximando a algunos aspectos del modelo laboral hasta llegar al EBEP. Modelo legal de negociación que, como es lógico, no deja de tener en cuenta las especialidades derivadas de su ejercicio dentro del seno de las AAPP, como sujeto empleador necesariamente regido por reglas diferentes a las de una empresa privada. Peculiaridades que el ponente analiza para pasar a enmarcar el actual marco legal examinando los aspectos de continuismo así como sus novedades.

A partir de ahí examina el ámbito subjetivo del derecho, la estructura negocial, donde se detiene profusamente al tratarse de una de las especialidades más importantes de la negociación colectiva funcional, lo que la diferencia de la del sector privado al estar limitada por una previa regulación legal que necesariamente predetermina su ámbito y estructura. Sucesivamente se abordan los sujetos negociadores, donde se prevé el monopolio sindical, la composición de las mesas y el contenido de la negociación, con igual detenimiento. Finaliza examinando el procedimiento de negociación y su finalización tanto con acuerdo, a cuya aprobación dedica un epígrafe completo, como sin él, enlazando de este

modo con los procedimientos pacíficos de solución extrajudicial de conflictos y la prórroga del acuerdo anterior hasta que se alcance uno nuevo. La vigencia y duración de los pactos y acuerdos, así como la impugnación, interpretación y aplicación son también objeto de atención por el ponente. Termina la ponencia con el estudio de la negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores y con unas excelentes conclusiones.

Nueve comunicaciones precisaron aún más algunas de las reflexiones realizadas por el ponente en relación con la composición de la mesa de negociación, las materias objeto de negociación, y la problemática formalización de los acuerdos.

6. El libro que ahora se prologa se cierra con las habituales conclusiones que anualmente en cada Congreso son asignadas a un relator general. En esta ocasión es de justicia destacar las precisas conclusiones que, de modo enormemente fiel, realiza el Profesor don Ángel Arias Domínguez.

7. No sería justo terminar este prólogo con la descripción de lo que fue la última tarea profesional de una Junta Directiva que se despide agradeciendo enormemente el apoyo prestado por todos y cada uno de los socios de la AEDTSS. Como Secretaria General de la misma quisiera además mostrar mi agradecimiento personal a cada uno de los miembros de la Junta Directiva con los que compartí estos años de mi vida.

A Juan, a quien no olvidaremos, y cuyo perfil y carácter impregnó el quehacer de este mandato que ahora se extingue. Gracias por aunar un equipo dispar y concentrarlo en unos claros objetivos comunes. A Santiago, por ofrecerme participar en esta aventura y ayudarnos a todos en los inciertos principios. A Tono, por su generosidad, ponderación y saber hacer. Y, permítaseme, de modo especial en esta ocasión, dar las gracias a Susana, a quien en un olvido, fruto del ahogo de mis palabras por la emoción, injustamente dejé de nombrar públicamente en la cena de Badajoz. Gracias Susana por tu alegría, buena disposición permanente y personal amistad. Sin ti el sistemático buen fin de los Congresos anuales no hubiera sido posible (y tú lo sabes bien).

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
Ponencia General	
UN ESTATUTO PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS <i>Miguel Cardenal Carro</i>	25
Comunicaciones a la Ponencia General	
JORNADA DE TRABAJO, PERMISOS Y VACACIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL EBEP. LA PROBLEMÁTICA DEL PERSONAL LABORAL <i>Xavier Boltaina Bosch</i>	111
LOS «OLVIDADOS»: RÉGIMEN APLICABLE AL PERSONAL DE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO NO INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EM- PLEADO PÚBLICO <i>Julio Cordero González</i>	127
EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD <i>Vanesa Cordero Gordillo</i>	145
PERMISOS DEL EMPLEADO PÚBLICO: IMPACTO DE LA LEY 7/ 2007, DE 12 DE ABRIL, EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA <i>Lucia Dans Álvarez de Sotomayor</i>	165
LOS PRINCIPIOS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO: EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS 99 Y 100 EBEP <i>Juan José Fernández Domínguez</i>	181

LAS ADAPTACIONES EN EL PUESTO DE TRABAJO A LAS NECESIDADES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS CON DISCAPACIDAD: CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 59.2 DE LA LEY 7/2007 <i>David Moreno Mendoza</i>	199
TÉCNICA LEGISLATIVA Y PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO. A PROPÓSITO DE LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>María Gema Quintero Lima</i>	221
CRITERIOS DE DESLINDE ENTRE EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: HISTORIA DE UNA TORTUOSA COEXISTENCIA <i>Iván Antonio Rodríguez Cardo</i>	239
EL IMPACTO DEL ESTATUTO BÁSICO EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL <i>María de Sande Pérez-Bedmar</i>	257
EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN RÉGIMEN LABORAL TRAS EL EBEP: ALGUNAS LUCES Y DEMASIADAS SOMBRAS <i>Juan Bautista Vivero Serrano</i>	275

Ponencia Temática I

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO. CONCEPTO Y CLASES DE EMPLEADO PÚBLICO. LA ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO <i>José Luis Goñi Sein</i>	299

Comunicaciones a la Ponencia Temática I

LA RELACIÓN LABORAL TEMPORAL DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>M.^a Carmen Aguilar Martín</i>	387
UNA VÍA DE CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO: LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN <i>María Teresa Alameda Castillo</i>	403
LAS IRREGULARIDADES ESENCIALES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LA LUZ DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS <i>Icíar Alzaga Ruiz</i>	423

	<u>Págs.</u>
LOS LÍMITES EN EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA <i>Raúl Ayuso Mozas</i>	441
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR LABORAL DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS <i>Dulce María Cairós Barreto</i>	461
LIBRE DESIGNACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES <i>Esther Carrizosa Prieto</i>	481
LOS EFECTOS DE LA ANULACIÓN JUDICIAL DE LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS EN EL EMPLEO PÚBLICO <i>Juan Miguel Díaz Rodríguez</i>	497
LA FIGURA DEL CONTRATO INDEFINIDO EN LA ADMINISTRACIÓN: LA CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA DE UNA MALA PRAXIS DE LOS PODERES PÚBLICOS <i>Roberto Fernández Fernández</i>	517
ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LAS BOLSAS DE TRABAJO O LISTAS DE ESPERA <i>Javier F-Costales Muñiz</i>	535
LA APLICACIÓN DE LOS INCENTIVOS POR JUBILACIÓN A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS MAYORES DE SESENTA Y CINCO AÑOS <i>Manuel García Muñoz e Inés de la Escalera Barrera</i>	551
ALTOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ¿UN NUEVO ESPACIO PARA LA LABORALIZACIÓN? <i>Pablo Gimeno Díaz de Atauri</i>	571
EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS AL EMPLEO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL TJCE <i>Francisco Javier Hierro Hierro</i>	591
¿AVANCES HACIA EL FIN DEL ABUSO Y LA ARBITRARIEDAD EN EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN? <i>María Teresa Igartua Miró</i>	611
LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO TEMPORAL EN LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>Nora María Martínez Yáñez</i>	631

	<u>Págs.</u>
JUBILACIÓN PARCIAL Y EMPLEO PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: REFLEXIONES DE <i>LEGE FERENDA</i> <i>Fernando Moreno de Vega y Lomo</i>	653
LA REPARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS EN LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA <i>José Alberto Nicolás Bernad</i>	671
LA ADAPTACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO PARA HACER EFECTIVO SU DERECHO A UNA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL <i>Salvador Perán Quesada</i>	689
LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO <i>Francisco Ramos Moragues</i>	707
LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSPENSIÓN CAUTELAR <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	727
EL DERECHO DE ACCESO DE LOS EXTRANJEROS AL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA <i>María Salas Porras</i>	749
LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO <i>Rodrigo Tascón López</i>	767
ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY 7/2007. LOS CARGOS DE LIBRE DESIGNACIÓN: DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE SU CESE <i>María Dolores Valdueza Blanco</i>	783
EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL EBEP: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA UNA REFORMA NECESARIA <i>Helena Ysàs Molinero</i>	801

Ponencia General

UN ESTATUTO PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

MIGUEL CARDENAL CARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

SUMARIO:

1. UNA INTRODUCCIÓN A LA PONENCIA GENERAL. 1.1. El tema del Congreso. Continuidad y cambios de Valencia/2000 a Badajoz/2008. 1.2. Ponencia general y ponencias temáticas.—2. EL «ESTATUTO». 2.1. Coyuntura y estructura en el EBEP. 2.1.1. Una reforma sin pretensiones de implantar un «modelo constitucional». 2.1.2. Tópicos para una reforma «modernizadora». 2.2. Una Ley para la Administración del *itálica* new public management. 2.2.1. La Comisión de expertos en pos de la Administración del siglo XXI (...). 2.2.2. (...) y el EBEP como transacción con la realidad. 2.3. El EBEP como Ley. 2.3.1. Una norma técnicamente mejorable. 2.3.2. Una norma «blandita».—3. BÁSICO . 3.1. Una disposición «aligerada», haciendo virtud de la necesidad. 3.1.1. Desde la función pública hacia la propia organización. 3.1.2. Una norma para la segunda generación de Estatutos de Autonomía. 3.2. Lo básico y lo importante. 3.2.1. Una «hoja de ruta» añadida al EBEP. 3.2.2. El reformismo no imperativo: apelaciones éticas y denuncias. 3.3. Un reto especial para el desarrollo del EBEP. 3.3.1. El riesgo de la fragmentación. 3.3.2. Instrumentos de cooperación y colaboración.—4. DEL «EMPLEADO PÚBLICO». 4.1. Una rúbrica tan ambiciosa como elocuente ... y relativamente veraz. 4.1.1. Un propósito que alcanza a laborales y estutarios. 4.1.2. Los «agujeros» en el ámbito de aplicación. 4.1.3. ¿Un Estatuto de los «empleados públicos»? 4.2. La convergencia de instituciones en la Ley 7/2007. 4.2.1. Un propósito y sus dificultades. 4.2.2. ¿Qué se entiende por la «convergencia de regímenes» en la Ley 7/2007? 4.3. Influencia del EBEP en los «contratados laborales».—5 . UNA IDENTIDAD PARA EL EMPLEADO PÚBLICO. 5.1. Dos acercamientos diversos a la prestación de servicios en las Administraciones y una incompreensión. 5.1.1. La contraposición de puntos de vista, una encrucijada para el EBEP. 5.1.2. La elección de la Ley 7/2007. 5.1.3. El servicio a los ciudadanos, primer «principio de actuación». 5.2. Un replanteamiento de la igualación de regímenes y otra incompreensión. 5.3. ¿Ni trabajadores ni empresario? 5.3.1. Un «trabajador especial» o «peculiar» como intento de solución. 5.3.2. Un empresario vergonzante. 5.4. *In medio virtus*.

1. UNA INTRODUCCIÓN A LA PONENCIA GENERAL

1.1. El tema del Congreso.

Continuidad y cambios de Valencia/2000 a Badajoz/2008

Los días 19 y 20 de mayo de 2000 se celebró en Valencia el XI Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dedicado a *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*. Apenas ocho años después, debería llamar la atención que nuestro Congreso anual transite por la misma vereda, pero si entonces tanto un fallido proyecto legislativo en ciernes de volver a las Cortes tras las elecciones de aquel mismo año como recientes posicionamientos de la Sala Cuarta justificaron con creces la elección del tema, con igual razón la irrupción en el ordenamiento jurídico de la Ley 7/2007, de 12 de abril, merece el esfuerzo de reflexión y debate propio de este Foro.

El recuerdo de ese precedente no sólo se trae a colación en lo que tiene de indicativo de la trascendencia del objeto elegido como tema del Congreso. También ha de orientar, indudablemente, el enfoque de las sesiones. Sería absurdo ignorar que mucho —casi todo— de lo, a su vez, mucho entonces trabajado, conserva su validez. Las magníficas Ponencias y sus casi sesenta comunicaciones recogieron con precisión los debates hasta entonces suscitados sobre el trabajo en las Administraciones públicas; con esos mimbres asentaron un marco conceptual que continúa siendo la referencia casi una década después, y las imaginativas y decididas propuestas entonces formuladas también constituyen ahora el punto de partida.

El factor claramente diferencial entre aquel momento y el presente radica en la existencia de la nueva norma, y sus contenidos han de ser el centro de atención en los trabajos de este Congreso. La referencia del año 2000 constituirá ahora básicamente un contraste para enjuiciar las opciones asumidas por el legislador, y comprobar en qué medida aque-

llas razonadas propuestas doctrinales han sido o no asumidas. En definitiva, aparece un matiz de enfoque trascendente, pues hoy y ahora no se trata de hablar en general del régimen jurídico de los empleados públicos, como acaecía entonces, sino de la Ley 7/2007.

Toca así recordar, pero no replantear y discutir como si se estuviera ante una tabla rasa, la historia reciente que precede a la Ley 7/2007. El escenario permanece inmóvil en el entendimiento de la «opción genérica» por la función pública a que aludiera la STC 99/1987, de 11 de junio¹, con su cuestionable por simplista interpretación en la Ley 23/1988, de 23 de julio², y la falta de sintonía entre ese marco legal y los datos estadísticos, que muestran el continuo aumento del porcentaje de *laborales* al servicio de las Administraciones públicas³.

Como analizaron con profundidad los trabajos de aquel Congreso, publicados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en su colección de Informes y Estudios⁴, el problema ante el que se situaba a los actores daba lugar a dos tramas, que conservan su interés: funcionarios y laborales permanentemente agraviados por regímenes diversos para la realización de las mismas tareas y un empresario según el artículo 7.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 vinculado *plenamente* por la legislación de trabajo en las relaciones laborales, pero en la práctica sometido a las tensiones derivadas de su condición constitucional, especialmente en el acceso al empleo público⁵, lo que ha forzado interpretaciones jurisprudenciales cuando menos discutibles⁶.

¹ Sobre las cuestiones planteadas en esta Sentencia, como siempre, conviene la remisión a la prestigiosa colección *Jurisprudencia Constitucional de Trabajo y Seguridad Social*, dirigida actualmente por el profesor A. MONTOTO MELGAR, y entonces por el profesor M. ALONSO OLEA, autor de ese comentario en las pp. 167 y ss.

² Por todos, *vid.* J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Hacia un nuevo Régimen Jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, IAAP, 2006, p. 81.

³ Estas cifras actualizadas, por ejemplo, en J. VALLS ARNAU: «Los derechos retributivos (arts. 21 a 30)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 342.

⁴ Ocupando dos gruesos volúmenes, que se han constituido en una referencia ineludible en cualquier trabajo sobre esta materia. Incluye el primero de ellos la ponencia general, a cargo de T. SALA FRANCO, del mismo título que la obra, y la Temática I a cargo de E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas». En el volumen II aparecen las ponencias temáticas de I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. M. GOERLICH PESET acerca de, respectivamente, «Análisis de los derechos colectivos en el empleo público» y «El personal estatutario al servicio de Instituciones sanitarias».

⁵ Sobre ambas cuestiones, T. SALA FRANCO, *op. cit.*, pp. 32-33.

⁶ Paradigma de estos problemas es la diferenciación entre trabajadores indefinidos y aquellos que han alcanzado la fijeza de plantilla. El proceso de evolución en la Jurisprudencia de la Sala Cuarta a ese respecto recientemente, por ejemplo, en L. E. DE LA VILLA GIL: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la*

Pese a los cambios normativos experimentados por la LORAP, a la que entonces se calificaba de «engendro normativo»⁷, tampoco la negociación colectiva ha perdido un ápice de actualidad⁸, lo que no cabe advertir de otros de los temas tratados en 2000, como la huelga de los funcionarios, apagados los ecos despertados por proyectos normativos ya muy lejanos en el tiempo⁹, y, mejor o peor resuelto, lo atinente al personal estatutario de los servicios de salud, una vez aprobada la Ley 55/2003, dedicada a su Estatuto marco¹⁰.

En definitiva, el punto de arranque en esta nueva ocasión es asumir que se *revisita* un tema. Se trata de un fenómeno gratificante pues permite corroborar la validez de los esfuerzos anteriores que sitúan ante un campo ya desbrozado, y en el que apenas han de apuntarse algunos cambios en el estrato sociológico sobre el que ha actuado el Estatuto Básico. En efecto, ha de atenderse sobre todo a la profundización en el proceso descentralizador¹¹, que ha conducido a que la distribución de los afectados por estas disposiciones en los diversos niveles de la Administración haya evolucionado, factor que necesariamente ha de contar con incidencia en su régimen jurídico, en la medida en que las diferentes instancias territoriales tienen fisonomías y consiguientes actuaciones diversas¹².

Seguridad Social, núm. 14, 2007, pp. 4 y ss., e I. ALZAGA RUIZ: «Contratación temporal en las Administraciones Públicas y estado actual de la cuestión: especial referencia al contrato de interinidad y su problemática», en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Jornadas del Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial, octubre de 2007.

⁷ T. SALA FRANCO, *op. cit.*, p. 35.

⁸ En buena medida debido al proceso que culminó con las SSTs de 21 de marzo de 2002, como recuerda M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2007, p. 65.

⁹ En todo caso, sobre esta cuestión, cfr. el reciente trabajo de J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Aranzadi, 2006.

¹⁰ Se plantea ahora la indagación acerca de la incidencia del EBEP en la Ley 55/2003. Al respecto, entre otros, cfr. J. CAYÓN DE LAS CUEVAS: «La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 742/2007.

¹¹ Como advierte el Informe de la Comisión de Expertos a este respecto: «ha tenido lugar un proceso de descentralización sin precedentes» (p. 11), y dos décadas después de la reforma de 1984 se advierte gráficamente que «esta realidad está reventando las costuras de aquella legislación básica» (p. 40). En el mismo sentido, subrayando la obsolescencia de la normativa aplicable, y radicando en ese factor la huida al Derecho del Trabajo, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007 (también en «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia Administrativa*, núm. 36, 2007, pero se cita por la anterior referencia), pp. 28-29.

¹² Muy gráfica esta consideración en la explicación de la propia Exposición de Motivos de la norma: «Ahora bien, en nuestro país específicamente, esta legislación debe tener en cuenta el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar durante las últimas décadas. En virtud de él, la Administración General del Estado es, de los tres

1.2. Ponencia general y ponencias temáticas

Con esa perspectiva, las páginas que siguen asumen el modesto papel que corresponde a la Ponencia general. Precisamente en aquel Congreso comenzaba a implantarse la fórmula que desde entonces mantiene esta reunión anual, y prologaba el profesor DE LA VILLA —entonces Presidente de la AEDTSS— la publicación de los ya aludidos trabajos recordando que «en la nueva metodología de los Congresos Nacionales ... el verdadero protagonismo debe buscarse en las ponencias temáticas»¹³. Dada la continuidad no sólo de tema sino de programa, y salvando la enorme distancia que obviamente me separa de uno de los Maestros de esta disciplina, desearía también imitar al profesor SALA FRANCO, entonces ponente general, asumiendo un papel «muy corto y funcional», frente a las «verdaderas y reales protagonistas», que son las ponencias temáticas, consistiendo el papel de las páginas que siguen en abrir el tema y «situarlo», en la terminología taurina con la que entonces se ilustraba esta división de papeles¹⁴.

Ya se ha aludido a la genérica validez de las reflexiones de 2000. Partiendo de una relevante identidad en el plano fáctico de funcionarios y contratados laborales, a la que venía siguiendo un acercamiento en el plano jurídico¹⁵, se abogaba entonces por la asunción de «tres reglas de oro», que serían la igualdad de régimen para trabajos similares, la equiparación máxima de sus regulaciones —refundición que podría alumbra una regulación unitaria de nuevo cuño, de extensión casi universal—, y el reconocimiento de la existencia de una relación laboral especial¹⁶. Aunque lo merecen sin duda alguna, igual que se parte de las conclusiones entonces alcanzadas, tampoco se va a rescatar aquí la cita bibliográfica detenida de tantas investigaciones previas que condujeron a esos avances como último estadio; disculpen los autores afectados esta singularidad achacable al carácter de la ponencia de un Congreso¹⁷.

niveles territoriales de gobierno, la que cuenta en la actualidad con menor número de empleados. La progresiva y drástica reducción de sus efectivos, unida a los cambios en las funciones que realiza, no puede dejar de afectar a la estructura y articulación de la función pública a su servicio. En paralelo, la emergencia de las Administraciones autonómicas, que hoy cuentan prácticamente con la mitad de los empleados públicos del país, ha hecho aflorar sus propios problemas y necesidades de gestión de personal. Algo semejante puede decirse de las entidades locales, que presentan por lo demás hondas diferencias entre ellas, en las que el número de empleados ha experimentado también un importante crecimiento».

¹³ L. E. DE LA VILLA GIL: «Prólogo», en VV.AA.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, MTAS, 1991, p. 13.

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁵ E. ROJO TORRECILLA, *op. cit.*, p. 139.

¹⁶ SALA FRANCO, *op. cit.*, p. 34. Las apreciaciones del Ponente temático, el profesor E. ROJO TORRECILLA, discurren en parámetros similares.

¹⁷ En todo caso, acompañando a la publicación de esta ponencia las temáticas, en ellas aparecen elencos bibliográficos seleccionados sobre las diversas materias tratadas, al igual

Las tres ponencias temáticas permitirán conocer y discutir en qué medida el EBEP ha asumido esos planteamientos en los principales puntos de su régimen jurídico, lo que sin duda ha ocurrido en un grado relevante¹⁸. Instituciones como el ámbito de aplicación y la adquisición de la condición de empleado público, los derechos y deberes, y las relaciones colectivas, van a ser objeto de atención específica y minuciosa. Se cumple con ello el objetivo planteado por la Asociación al escoger este tema para el Congreso anual, ofreciendo un completo repaso a las cuestiones más sobresalientes del vigente estatus de los empleados públicos. Naturalmente, esta primera intervención no se solapa con aquéllas, y si esta reunión científica asume en su rúbrica una norma tan trascendente como la Ley 7/2007, y además se ha dividido en tres *lotes* su *contenido*, con carácter general, para introducir la materia, las próximas páginas versarán sobre el *continente* en cuanto referente que permita enmarcar algunos aspectos de los aludidos estudios parcelados.

Es decir, esta ponencia no pretende detener su atención de forma singular en ningún particular en concreto de los regulados en el EBEP, pues ya están repartidos, como se ha indicado, en las ponencias temáticas, sino que atenderá a la identidad de esta Ley, a su significado y alcance desde una contemplación global. Es obvio que esa perspectiva no es completamente separable de las que se utilizan para los estudios detallados, pues cuestiones como su rúbrica, el referente constitucional, su inserción en el proceso de reformas de la Administración y especialmente en la acusada descentralización en proceso, y otros de los rasgos principales que han de traerse a colación para hacerse cargo de su fisonomía, son al tiempo inescindibles de los tratamientos concretos dados a las instituciones con las que se relacionan. Ahora bien, así las cosas, cuando salgan a la palestra prescripciones determinadas del EBEP, lejos de todo propósito hermenéutico se buscará, con una finalidad meramente propedéutica —a menudo ilustrando con ejemplos—, la contextualización y explicación de este paso adelante en la historia de la regulación del empleo público en nuestro país que ha constituido la Ley 7/2007.

Este planteamiento es coherente también con el esquema del Congreso. Si se mira la presentación de las actividades, al menos en los

que en los trabajos monográficos sobre el EBEP. Así, cfr., en materia de derecho colectivo y por todos, R. ROQUETA BUJ: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 10, 2006, nota núm. 1; y para aspectos individuales, la que a cada artículo se incluye en VV.AA. (dir. A. PALOMAR OLMEDA y A. V. SEMPERE NAVARRO, coord. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, 2008.

¹⁸ Resulta sin duda gratificante constatar que incluso con esas expresiones mencionadas, como la de «regla de oro», el Informe de los expertos haya incorporado aquéllas consideraciones (cfr. p. 48, sobre la unificación de los regímenes para los empleados que realizan cada tipo de función pública).

primeros dípticos que se remitieron, esta disertación no tiene otro título que Ponencia general. Debe ser entonces una reflexión de conjunto sobre el EBEP. En ese sentido, se ha procurado seguir el propio esquema de temas que sugiere la rúbrica de la norma; qué deriva de su condición de *Estatuto*, en primer término; las implicaciones de su carácter básico, en segundo lugar, y lo relativo al ámbito al que se dirige —el nuevo concepto legal de «empleado público»—, en el siguiente epígrafe. A la vista de las diversas consideraciones que suscita el estudio de esos temas, un último apartado discute las principales opciones adoptadas por el legislador en la caracterización del empleo público.

Antes de comenzar el desarrollo de ese esquema, dejo constancia de una salvedad sobre las fuentes utilizadas. Con carácter principal, se cuenta con dos instrumentos de excepcional valor. Y es que si son ya varios los comentarios generales a esta importante Ley 7/2007 que se encuentran en las librerías, y no pocas tampoco las reflexiones parciales que han encontrado acomodo en las publicaciones especializadas, lo cierto es que para la contemplación aquí buscada son destacadamente útiles una llamativamente extensa Exposición de Motivos y el conocido como Informe de la Comisión de expertos ¹⁹. En realidad, bien mirado, podría incluso considerarse que son dos documentos vinculados, pues con seguridad el primero es inexplicable, tal y como ha sido elaborado, sin el segundo.

En efecto, la Ley cuenta con un bagaje de reflexión previa exclusivamente encaminada a delimitar los contornos de la reforma como del que en pocas ocasiones se ha dispuesto ²⁰, y eso ha permitido —más allá de que las opciones allí sugeridas se hayan acogido con distintas intensidades; se volverá sobre ello—, servirse de un preciso y extenso diagnóstico, de forma que se comprende la singular profundidad y longitud del análisis de ese autoentendimiento que constituye cualquier Exposición de Motivos, obviamente muy deudora del trabajo de brillante nivel intelectual elaborado por la denominada Comisión de expertos. En fin, ambos textos permiten conocer con precisión lo pretendido, el alma que anima cada precepto y su existencia como conjunto, y en ese sentido se parte de considerarlos un referente imprescindible, con el que se mantendrá a lo largo de la exposición un diálogo constante, utilizando extensos pasajes suyos de intento.

¹⁹ Trae causa de la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, que constituía la Comisión y le encargaba: «llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirviera de base para la posterior elaboración del anteproyecto...».

²⁰ Ponderando el valor del Informe y su influencia en la Ley, por ejemplo, R. JIMÉNEZ ASENSIO: «La estructura del empleo público en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, p. 538 y M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», cit., p. 54.

2. EL «ESTATUTO»

2.1. Coyuntura y estructura en el EBEP

2.1.1. Una reforma sin pretensiones de implantar un «modelo constitucional»

Venía siendo un lugar común advertir que el artículo 103.3 CE resultaba uno de los preceptos huérfanos de desarrollo pese al tiempo transcurrido desde la aprobación de la Carta Magna y la trascendencia del precepto²¹. Como se ha señalado, en 1999 se produjo un serio intento con la presentación de un Proyecto de Ley en las Cortes²², pero sólo en la pasada legislatura se consiguió, por fin, alcanzar el Boletín Oficial del Estado.

En cumplimiento del correspondiente compromiso electoral, un laborioso *iter* arrancó, tras haber sido acordado en la Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas de diciembre de 2004²³, con el nombramiento de la comúnmente denominada Comisión de Expertos, cuyo brillante informe y trabajos²⁴, dieron paso ya a un proceso técnico de elaboración de borradores que desembocaron en el Proyecto de Ley²⁵, acompañado de la correspondiente negociación política y con los agentes sociales, que se prolongó durante la tramitación parlamen-

²¹ Destacando este particular en relación con otras regulaciones de la Administración Pública, A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, Aranzadi, 2007, p. 11.

²² Sin perjuicio de que inspire el presente en un número no despreciable de puntos. Son varias las ocasiones que para apuntalar sus opiniones la propia Comisión de expertos se remite al contenido coincidente de ese Proyecto de Ley, aunque en alguna lo utiliza también como contraposición para discrepar; cfr., por ejemplo, para lo relativo al régimen de los directivos (pp. 69 y ss.); periodo de prueba en el sistema de provisión de puestos de trabajo (p. 122); remisión a norma reglamentaria estatal del procedimiento electoral (en contra de esta postura, *vid.* p. 168); número máximo de miembros en las comisiones negociadoras (p. 180); materias negociables (p. 182 y ss.); el régimen jurídico de la situación generada por la falta de acuerdo (p. 189), o la incorporación de lo relativo a la Ley de incompatibilidades con el ánimo de que cuente con una extensión general (p. 208). Con carácter general, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», *cit.*, p. 34.

²³ Sobre estas vicisitudes, A. V. SEMPERE NAVARRO, y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los empleados públicos laborales*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 26 y ss. (se cita por el documento original fotocopiado).

²⁴ Un análisis monográfico del documento en B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia Administrativa*, núm. 29, 2005, pp. 5 y ss. El Anexo II recoge la extensa lista de «Administraciones públicas, entidades y organizaciones que han dirigido sus observaciones a la Comisión»; en los Anexos III y IV se refieren los «Encuentros de trabajo realizados» y las «Jornadas celebradas».

²⁵ Publicados en la web todos los documentos relevantes de ese proceso; *vid.*: [http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/funcion_publica/estatuto_funcion_publica/proceso.html](http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado funcion_publica/estatuto_funcion_publica/proceso.html)

taria²⁶. Presume la Ley de esa amplia participación, declarando la Exposición de Motivos que «el presente texto, que ha sido elaborado tras un intenso periodo de estudio y reflexión, encomendado a la Comisión de expertos constituida al efecto y tras un no menos sostenido proceso de discusión y diálogo con los representantes de las Comunidades Autónomas y de otras Administraciones y con los agentes sociales y organizaciones profesionales interesadas. De uno y otro se deduce la existencia de un consenso generalizado a favor de la reforma y numerosas coincidencias sobre el análisis de los problemas que hay que resolver y acerca de las líneas maestras a las que dicha reforma debe ajustarse»²⁷, pero también es importante reseñar que en una norma de esta trascendencia no se alcanzó el acuerdo entre los grandes partidos nacionales²⁸.

En fin, el culmen de ese proceso es la aquí estudiada Ley 7/2007. Debería poder afirmarse que la existencia de ese Estatuto constituye un hito. Más allá de las discusiones sobre el alcance del *Estatuto de los funcionarios públicos* al que alude el artículo 103.3 CE²⁹, tal y como ha sido finalmente entendido, y sin perjuicio de que naturalmente pudiera experimentar modificaciones con el transcurso del tiempo, habría de constituir una columna principal del ordenamiento, sobre todo de la estructura que asienta la acción de los poderes públicos, y por ello, incorporando definitivamente los numerosos cambios que la Constitución comporta en este punto —frente a la reforma parcial y provisional de 1984—, cabría esperar que fuera una norma tan innovadora como llamada a una cierta permanencia³⁰. Además de obedecer el mandato constitucional, se habría conseguido añadir un mojón más en el que

²⁶ Resumiendo los hitos de ese proceso, *vid.* A. CEA AYALA: «La nueva regulación de las excedencias en el estatuto básico del empleado público, en *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2008, pp. 4-5.

²⁷ El Informe de los Expertos, de forma más cauta, restringe ese consenso amplio a la necesidad de la reforma, admitiendo que en además de esa coincidencia «en aspectos sustanciales del empleo público», se ha acompañado de que afloren «argumentos distintos y aún contrapuestos» (cfr. pp. 14-15).

²⁸ Lo destaca L. ORTEGA ALVAREZ: «Introducción», en VV.AA. (dir. L. Ortega Alvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, p. 24.

Es incontestable esa afirmación no sólo acudiendo a lo votado, sino al tono de la última intervención en el Congreso del portavoz del Grupo Parlamentario Popular: «Finalizo, señor Presidente, reiterando la tristeza por parte del Partido Popular por la falta de talante, que no ha admitido ninguna enmienda y no ha querido saber nada. Yo no sé qué pasaba. Además del Estatuto, ¿había algún problema con los acuerdos del Tinell, o qué? Por lo demás no lo entiendo» (BOCG, núm. 246, 27 de marzo de 2007, p. 12368).

²⁹ Sobre este particular, y la incidencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en su interpretación, cfr. C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 293-294, 2007, pp. 120-121, y A. V. SEMPERE NAVARRO, y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los empleados públicos laborales*, cit., pp. 22-23.

³⁰ Acerca de su contenido mínimo según la 99/1987, de 11 de junio, por todos, cfr. A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, cit., p. 11.

siempre se ha mostrado como dificultoso sucederse de regulaciones monográficas y exhaustivas de la función pública ³¹.

Este carácter «histórico» de la norma ³², de poder admitirse, sin embargo sería casi exclusivamente formal. En absoluto el EBEP constituye una solución de continuidad o una mutación esencial en la regulación del empleo público. Y esto no es sólo, que también, un juicio de valor que se pretende defender en las siguientes páginas, sino que constituye la perspectiva expresamente admitida por el propio legislador, que en la Exposición de Motivos de la norma, género encomiástico por definición, a lo más que llega es a presentar la Ley 7/2007 como «un paso importante y necesario en un proceso de reforma», del que al mismo tiempo se afirma que será «previsiblemente largo y complejo», lo que sitúa ante un eslabón llamado a ser superado ³³. La cadena a la que pertenece, además, es identificada en el mismo párrafo como la pretensión de «adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo, en línea con las reformas que se vienen emprendiendo últimamente en los demás países de la Unión Europea y en la propia Administración comunitaria» ³⁴, objetivo que no es el aludido referente del artículo 103.3 CE.

³¹ Particular también destacado con satisfacción en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007: «De hecho son escasas en nuestro país las ocasiones históricas en las que se ha emprendido y culminado esta tarea, con mayor o menor fortuna. Conviene recordar ahora la regulación o «nuevo arreglo» de los empleados públicos impulsado por el Ministro de Hacienda Luis López Ballesteros, que estableció el Real Decreto de 3 de abril de 1828, precedido de otras normas para los funcionarios de la Real Hacienda. También debe hacerse mención del Estatuto de Bravo Murillo, aprobado por Real Decreto de 18 de junio de 1852, de la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y su Reglamento de 7 de septiembre, que contienen el denominado Estatuto de Maura, y, finalmente, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, articulada por Decreto de 7 de febrero de 1964, en desarrollo de la Ley de Bases 109/1963, de 20 de julio».

³² Así la califica S. DEL REY GUANTER: «Prólogo», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 41.

³³ En opinión de los expertos, sería simplemente su inicio, pues como afirma el Informe (p. 35): «debe además subrayarse que el Estatuto Básico del Empleado Público no puede ser sino un primer peldaño en el camino de la modernización del régimen del empleo público en nuestro país. Un primer paso necesario, puesto que ha de abrir la puerta, hoy semicerrada por una legislación demasiado uniforme, a las reformas posteriores que adopten los legisladores competentes».

³⁴ Con la misma franqueza, en la web del Ministerio se incluye la información y documentación de esta Ley dentro de una batería más amplia de iniciativas englobadas en el *Plan Moderniza* —Plan de Medidas 2006-2008 para la mejora de la Administración— (http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/moderniza.html).

En este sentido se entiende mejor la contraposición entre reformas, que se vinculan a las leyes de los años 60/70 del siglo pasado, y «mejora-modernización», concepto que cuadraría con las normas aprobadas en las últimas décadas [cfr. L. F. MAESO SECO: «El personal directivo: comentarios en torno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del

Un buen ejemplo de este carácter menos «histórico» que lo pretendido del EBEP, entre muchos posibles, se encuentra en la actitud frente a la proliferación de contratados laborales en las Administraciones públicas. Si se considerara ese hito que cambia el rumbo de la normativa sobre empleo público a los estrictos cánones deseados por la Constitución, hubiera afrontado una cierta modificación cuya oportunidad vendría sugerida por la interpretación del Tribunal Constitucional —la propia Comisión de Expertos expresamente señala que «en la práctica no se ha respetado»³⁵—. Nada más lejos de acontecer, y, al contrario, se asume como una mera constatación lo que acaece, advirtiendo pragmáticamente que no puede permanecer huérfano de la regulación precisa³⁶; incluso, ya que se ha aludido a esa Jurisprudencia, lo primero que llama la atención es la supresión del carácter excepcional con que el artículo 15.1-c) LMRFP contemplaba el recurso a este personal³⁷.

Ese enfoque tan escasamente apegado a la coherencia conceptual aparece en otros pasajes de la disposición. Importante es lo relativo a la extensión de la función pública, donde cabría considerar un punto de partida razonable que no sea simétrico al delimitado con carácter general para las tareas reservadas a funcionarios y que cada Administración

Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, p. 114].

³⁵ Cfr. *Informe*, cit., p. 21.

³⁶ Así, sin ambages afirma la Exposición de Motivos que «Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas», para añadir más adelante con claridad que «En fin, la manifestación más significativa de esa tendencia a la diversidad viene siendo el recurso por muchas Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. Si bien por imperativo constitucional no puede ser éste 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, no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente».

Para la doctrina este planteamiento, que es la actuación de los últimos años, merece un reproche contundente. De «acatamiento formal»: «doble moral» y «escape de la doctrina vía las normas de organización», habla A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, cit., p. 13.

³⁷ Aunque no haya sido derogado ese precepto, como recogen las Instrucciones dictadas para la Administración General del Estado y anota A. MONTAÑA MELGAR: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales. (Un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)», en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Jornadas del Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial, Octubre de 2007, p. 5 (se cita por el ejemplar mecanografiado que se distribuyó en la actividad), lo cierto es que el EBEP omite cualquier referencia a limitación funcional como ésa; sobre su alcance, cfr., por todos, L. CORDERO SAAVEDRA, *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, 2003, pp. 47 y ss.

decida al respecto lo que le interese (art. 9.2)³⁸, de acuerdo con el parecer de parte señalada de la doctrina³⁹, y utilizando los criterios provenientes de la Unión Europea para la regulación de la libre circulación⁴⁰, pero junto a ello resulta que la Disposición Adicional 2.^a pone en entredicho la universalidad que a ese posicionamiento debería atribuirse por definición, cuando de lo que se habla es de funcionarios con habilitación de carácter nacional en el ámbito de la Administración autonómica⁴¹.

2.1.2. Tópicos para una reforma «modernizadora»

Sin ánimo de detenerse con detalle en la cuestión, valga con lo señalado para concluir que frente a una posible Ley encaminada al desarrollo de la Constitución en un aspecto pendiente de tanta trascendencia, esa preocupación es secundaria, si existe. Realmente se trata de una reforma más de las relaciones de servicio en las Administraciones públicas, incluso de un calado cuando menos no superior a la de 1984, a la que ya la Jurisprudencia constitucional había atribuido la cualidad de constituir un pseudoEBEP⁴² —igual que a la normativa de 1964,

³⁸ Para la Comisión se trataba de una «cuestión esencial» (p. 51), aunque sobre todo en la dirección apuntada de evitar solapamientos. Sobre los importantes problemas de gestión a que conduce esta opción, cfr. J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones públicas», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, pp. 89 y ss.

³⁹ B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 11, subraya que «resulta imprescindible delimitar con la mayor claridad posible las funciones propias de cada uno de los colectivos de personal»; en el mismo sentido, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública (Régimen estatutario y laboralización)», en VV.AA.: *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Institut d'Estudis Autònoms, 1999, p. 71 y ss.

⁴⁰ Cfr. artículo 57.1, que interpretado conjuntamente con el inciso 4 del mismo artículo conduce necesariamente a dotarle de ese contenido. Sobre la cuestión, en la doctrina, por todos, vid. A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, cit., pp. 27-32 y F. PUERTA SEGUIDO: «El acceso al empleo público», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, pp. 412 y ss.

⁴¹ Cfr. R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 69. Sobre el alcance de esa falta de sintonía, del que pueden derivar importantes consecuencias, por ejemplo, en cuanto al crecimiento del recurso a contratados laborales en la Administración local, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 72.

⁴² Con sinceridad, tampoco oculta la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007 que obviamente no se ha vivido estas tres décadas sin esa legislación básica reclamada por el Constituyente y adaptada a las necesidades y fisonomía de la propia Carta Magna: «Hay

aunque ese postulado se encontraba en entredicho⁴³—. En un proceso de reformas periódicas, aparece la de 2007, y la confluencia de la utilización de esa mítica denominación constitucional no debe conducir a error sobre su alcance verdadero⁴⁴.

Y si en otros momentos el telón de fondo lo han constituido la defunción del corporativismo⁴⁵ o la apertura a la regulación colectiva de las condiciones de trabajo, en los últimos años se trata de modernizar la Administración⁴⁶, en un proceso que cuenta con una vasta reflexión por parte de la doctrina administrativista⁴⁷. La Orden con la que se creó la Comisión de expertos advertía que el Estatuto «debe ser un instrumento

que añadir, no obstante, que después de la Constitución han visto la luz reformas del régimen legal de los empleados públicos que no por parciales fueron de menor trascendencia que aquéllas. Entre ellas destaca la introducida por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, una regulación que tiene ya carácter de legislación básica y que nació con pretensiones de provisionalidad, aunque ha estado en vigor durante más de dos décadas, Ley ésta que ha configurado un modelo de función pública muy distinto a los anteriores, estructurado en torno al puesto de trabajo. Esta reforma fue completada por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y, más tarde, por la Ley 9/1987, de 12 de junio, que regula el sistema de representación de los funcionarios públicos y su participación y negociación colectiva para la determinación de sus condiciones de empleo. Estas tres Normas legales han venido constituyendo hasta ahora el núcleo esencial de la legislación básica del Estado en la materia y, a su vez, han sido modificadas puntualmente, complementadas o desarrolladas por múltiples normas de distinto rango elaboradas por el Estado y por las Comunidades Autónomas».

⁴³ Sobre la importancia a estos efectos de las SSTC 37/2002, de 14 de febrero, y las que han confirmado su tesis, cfr. L. PAREJO ALFONSO: «Límites al desarrollo del estatuto por las Comunidades Autónomas», en VV.AA.: *El estatuto de la función pública a debate*, 2003.

⁴⁴ No se trata de una exageración. Al contrario, en la visión de los Expertos, la refundición, el desarrollo del artículo 103.3 CE ... serían objetivos limitados y poco ambiciosos, que convertirían al EBEP en un texto «sin alma», frente a un panorama en el que lo que realmente se debe perseguir es «la mejora del servicio público» (p. 41).

⁴⁵ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 26, incluye la reforma de 1984 en el exiguo listado de normas —«se pueden contar con los dedos de una mano»—, que han constituido «estatutos generales de la función pública», advirtiendo que «no obstante ser una reforma parcial y en teoría provisional, cambió sustancial y definitivamente algunos de los aspectos nucleares del régimen de nuestra función pública».

⁴⁶ Otros referentes, como el derecho a la buena administración, en J. B. LORENZO DE MEMBELA: «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad Administrativa*, núm. 16 2007, p. 1947 y ss. *Supra* se hizo referencia al *Plan moderniza*, pero es una constante de estos últimos años el impulso de programas y reflexiones de esta naturaleza, existiendo un *Centro de nuevas estrategias de gobernanza pública*. Una explicación de este proceso con sus referencias en la doctrina administrativista en L. F. MAESO SECO: «El personal directivo: comentarios en torno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 147 y ss.

⁴⁷ Entre otros, cfr. VV.AA. (F. A. CASTILLO BLANCO, coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998; VV.AA.: *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, 2004 (que también era un informe de Comisión de expertos, presidida por Sáiz Moreno y creada por Orden de 25 de abril de 2003) o J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (dir), *La Administración Pública española*, INAP, 2002.

legislativo necesario para contar con unas Administraciones Públicas plenamente adaptadas a las complejas exigencias sociales de nuestro tiempo. Asimismo debe responder a «una nueva cultura de gestión de los servicios públicos en la línea de los principios inspiradores de la gobernanza, entendiendo ésta como el modo de gestión característico de nuestra era: principio de la apertura y la transparencia, de la participación».

Con todo, el carácter formal de *Estatuto* si encuentra una repercusión visible en su caracterización como Ley sistematizadora, que ordena materiales normativos dispersos hasta ahora en una ya ingobernable constelación de disposiciones ⁴⁸. Aunque se haya echado en falta de forma unánime la incorporación de alguna materia más —señaladamente, lo atinente a las incompatibilidades ⁴⁹—, un simple vistazo a la extensa disposición derogatoria da fe de la extensión de contenidos reconducidos a un único texto. Este particular también permite valorar la novedad de la norma; temas que han sido fundamentales en otros momentos históricos, sin perder su lugar y trascendencia en la disposición —negociación colectiva, puestos reservados a funcionarios, el acercamiento de regímenes, las constricciones en la regulación salarial—, dejan paso en el orden de la originalidad a otras aportaciones, como, señaladamente, la carrera profesional, evaluación del desempeño y estructuración del empleo público ⁵⁰, o la figura de los directivos ⁵¹.

⁴⁸ Así lo señala la Exposición de Motivos, atribuyéndole constituir una de las causas de la reforma: «La dispersión de la legislación básica en varios textos aconsejaba, desde hace tiempo, su refundición en el marco de un modelo coordinado para las políticas de personal». También advirtiendo la conveniencia de esa tarea, su «gran interés ante el enmarañado panorama legislativo actual, desde el punto de vista de la seguridad jurídica», el *Informe de la Comisión de Expertos*, p. 41.

⁴⁹ B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 51-53, indica los parámetros por los que la Comisión de Expertos consideró que debía discurrir la reforma en este punto. Sobre las razones que seguramente han imposibilitado cumplir este propósito, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 36.

⁵⁰ Instituciones vinculadas y a las que, respectivamente, se atribuye en el Preámbulo la intención de acabar con «la inflación orgánica y la excesiva movilidad voluntaria del personal» y califica como «Elemento fundamental de la nueva regulación».

Los lastres a la productividad y eficacia achacados al sistema vigente de carrera por los expertos, son descritos en B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 25 y ss. Acerca de esa carrera, es clásica la referencia de L. M. ARROYO YANES, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant, 1994. Una ingeniosa categorización de los modelos posibles de acuerdo con el tipo de tarea para cada funcionario en A. PALOMAR OLMEDA: «Derecho a la carrera y promoción interna», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, pp. 206 y ss. Allí mismo, en pp. 223 y ss., subrayando respecto de la evaluación del desempeño que constituye «uno de los elementos ... más novedosos y esperanzadores para los teóricos de la gestión pública».

⁵¹ Encomiásticamente celebrada en la Exposición de Motivos como factor de modernización: «(...) el Estatuto Básico define las clases de empleados públicos -funcionarios de

Son aspectos los mencionados como más originales muy vinculados a esa preocupación por las nuevas maneras de organización y gestión de la Administración. En ese sentido, si se quiere y forzando el paralelismo, esta reforma vendría a suponer algo parecido, en cuanto a la filosofía inspiradora, a la que en el ámbito laboral se experimentó hace década y media. Si entonces se invocaba para las relaciones laborales la flexibilidad como receta frente al desempleo, ahora es la panacea para las necesidades actuales de la Administración —y con más que meras coincidencias en cuanto a las instituciones sobre las que se proyecta⁵², sin perjuicio de que se trate de un proceso que en el ámbito público arranca prácticamente en esas mismas fechas⁵³, y también sin que ello comporte olvidar que entre la empresa privada y la Administración pública siempre existirán diferencias de alcance —.

En definitiva, el Estatuto básico es ni más ni menos que una reforma, que se entiende trascendente y precisa por sus promotores, después de que la legislación aprobada en los años 80 vaya perdiendo su virtualidad ante las modificaciones experimentadas por el sustrato social al que se dirige⁵⁴.

carrera e interinos, personal laboral, personal eventual- regulando la nueva figura del personal directivo. Este último está llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos. Aunque por fortuna, no han faltado en nuestras Administraciones funcionarios y otros servidores públicos dotados de capacidad y formación directiva, conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal, como ya sucede en la mayoría de los países vecinos». Sobre la conveniencia de la implantación generalizada de esta figura, cfr. el Informe de los Expertos, que le dedica su extenso § 25 (pp. 65-70).

Acerca de los antecedentes recientes de esta figura en nuestra Administración, *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 103, y un extenso elenco bibliográfico en L. F. MAESO SECO: «El personal directivo: comentarios en torno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», *cit.*, p. 111, nota núm. 2.

⁵² Por señalar dos ejemplos, glosa algunas novedades de la norma la Exposición de Motivos advirtiendo que «En fin, es preciso flexibilizar las reglas de movilidad funcional y, en su caso, geográfica, del personal por necesidades del servicio, con las oportunas garantías y compensaciones, cuando procedan. A todas estas necesidades responden determinados preceptos de la nueva Ley», y véanse las consideraciones que realiza el Informe de la Comisión de expertos sobre la estructura retributiva de los funcionarios en pp. 157 y ss.

⁵³ A este respecto, interesante la exposición de las reformas acaecidas desde la Ley 22/1993 y su inspiración en M. FÉREZ FERNÁNDEZ: «Planificación de recursos humanos (arts. 69 a 71 EBEP)», en VV.AA. (dir. L. Ortega Alvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, pp. 516 y ss.

⁵⁴ Como señala concluyendo la Exposición de Motivos: «(...) además, desde que se aprobó la legislación de los años ochenta nuestra sociedad y nuestras Administraciones Públicas han experimentado muy profundas transformaciones que, junto a la experiencia acumulada desde entonces, hacían imprescindible una nueva reforma general». Un estudio imprescindible a este respecto, el de F. de MIGUEL PAJUELO, *El nuevo papel de la Administración general del Estado*, 2004.

2.2. Una Ley para la Administración del *new public management*

2.2.1. *La Comisión de expertos en pos de la Administración del siglo XXI (...)*

La expresión utilizada en la rúbrica da nombre a un movimiento de renovación en el ámbito de la Administración ⁵⁵, que cabe identificarlo igualmente en reformas legales de países de nuestro entorno ⁵⁶, y trata de hacerse cargo de una Administración donde las funciones burocráticas y de mera ejecución legal han sido mayoritariamente sustituidas por una amplia y multiforme actividad prestacional ⁵⁷ —se habla de la cláusula del Estado social ⁵⁸—, lo que requiere instrumentos no sólo menos rígidos, sino sobre todo adaptables a modelos y actitudes de las diferentes Administraciones variados, incluyendo la creciente utilización de figuras institucionales de nuevo cuño, algo íntimamente ligado a la búsqueda de flexibilidad ⁵⁹.

⁵⁵ Propuestas que se sostienen fundamentalmente desde el ámbito internacional. Una relación de esos documentos que han influido notablemente, por ejemplo, en la elaboración del Código de conducta, en B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 49.

⁵⁶ Una interesante reflexión sobre esas reformas en diversos países de Europa y la influencia de «los postulados de la nueva gestión pública» en M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 28.

Análisis y cita detallada de documentos de la OCDE a este respecto en C. GALINDO MEÑO: «La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del empleado público», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, p. 207 y ss. Y respecto de otros países de nuestro entorno, cfr. las referencias de M. C. NOGUER PORTERO: «La evaluación del desempeño (art. 20)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pp. 304-305.

⁵⁷ En Expresión del Informe de la Comisión de expertos: «El colectivo de los empleados públicos que existe en el país es muy heterogéneo. La heterogeneidad deriva en gran medida de la diversidad de funciones que tienen encomendadas las Administraciones Públicas en la actualidad —funciones clásicas de soberanía y otras que implican ejercicio de autoridad, prestación de servicios públicos de muy distinta naturaleza, gestión de infraestructuras y bienes públicos, regulación y fomento de la economía, protección del medio ambiente y del patrimonio cultural, etc.—, y de la división de tareas y responsabilidades en el seno de cada Administración» (p. 19).

La relación entre esa mutación y la generalización de contratados laborales, por todos, en J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La movilidad en la función pública: entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*, Cinca, 2004, p. 9, y J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, pp. 43 y ss.

⁵⁸ Cfr. L. ORTEGA ALVAREZ: «Introducción», cit., p. 16.

⁵⁹ Siguiendo de nuevo a la gráfica Exposición de Motivos del EBEP: «De otra parte, la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran. Asistimos hoy, en efecto, a una gradual multiplicación de las formas de

Frente a un razonable monismo del pasado, resulta que un Estatuto moderno ha de contener la aparente contradicción de unificar por definición, al tiempo que da cabida a arquetipos existentes muy diferentes, e incluso a modelos imaginables e implantables en el futuro ⁶⁰, para que, trayendo a colación la expresión de la Exposición de Motivos, la Administración pueda «contribuir al desarrollo económico y social» como tarea que ahora se le asigna. En la lógica económica subyacente, como medio al fin se ordenaría la regulación de los recursos humanos, de forma que la selección y retención de los mejores efectivos, su formación continua, y la existencia de los instrumentos precisos para la gestión de esas personas se constituye en un objetivo ⁶¹.

Como acontecimiento inseparable del descrito se encuentra la concurrencia de la Administración con el sector privado, algo impensable en un pasado no muy lejano. Corolario lógico e inevitable es la necesidad de ser competitiva. El fenómeno de huida del Derecho administrativo ha sido identificado hace tiempo ⁶², y por eso la modernización,

gestión de las actividades públicas dentro de cada nivel territorial de gobierno, que persigue responder adecuadamente a las exigencias que plantea, en cada caso, el servicio eficaz a los ciudadanos. La organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las leyes y reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control. Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público. La correcta ordenación de este último requiere soluciones en parte diferentes en unos y otros sectores y, por eso, la legislación general básica no puede constituir un obstáculo ni un factor de rigidez. Antes al contrario, ha de facilitar e impulsar las reformas que sean necesarias para la modernización administrativa en todos los ámbitos».

⁶⁰ Un ejemplo reciente es el relativo a la importancia concedida a las Agencias estatales. Véase al respecto J. PINAZO HERNANDIS: «El régimen del personal al servicio de las agencias estatales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 720, 2006.

⁶¹ De acuerdo con la Exposición de Motivos del EBEP: «El sistema de empleo público que permite afrontar estos retos es aquel que hace posible atraer los profesionales que la Administración necesita, que estimula a los empleados para el cumplimiento eficiente de sus funciones y responsabilidades, les proporciona la formación adecuada y les brinda suficientes oportunidades de promoción profesional, al tiempo que facilita una gestión racional y objetiva, ágil y flexible del personal, atendiendo al continuo desarrollo de las nuevas tecnologías», y «Para eso, la legislación básica de la función pública debe crear el marco normativo que garantice la selección y la carrera sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad y que establezca un justo equilibrio entre derechos y responsabilidades de los empleados públicos. Además, la legislación básica ha de prever los instrumentos que facultan a las diferentes Administraciones para la planificación y ordenación de sus efectivos y la utilización más eficiente de los mismos».

⁶² Un amplio elenco bibliográfico sobre esta cuestión en J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Hacia un nuevo Régimen Jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, cit., p. 83, nota núm. 258, y pp. 195 y ss.

En el Informe se achaca, en lo que al empleo público concierne, a que la legislación aplicable no se ha adaptado a las transformaciones de la sociedad, lo que aboca a incumplir o utilizar el Derecho privado: «A todas estas transformaciones políticas, económicas y

concepto bajo el que se introducen estas medidas flexibilizadoras, se plantea como la única alternativa a la externalización de los servicios ⁶³: renovarse o morir, en definitiva, y tomar como referente en ese *aggiornamento* la legislación laboral ⁶⁴ —de la misma manera que la entrada de los empleados públicos laborales en la Administración se produjo para dotar de esa flexibilidad al sistema ⁶⁵—, identificando sobre todo sus ventajas en el ámbito de «aspectos relativos al acceso al empleo público, a la carrera profesional, a la asignación de tareas, a la movilidad y al régimen de retribuciones ⁶⁶».

Con todo, el acuerdo sobre los contornos de este proceso no es completo, y frente a quienes perciben una etapa de recuperación de espa-

sociales han tratado de dar respuesta nuestras Administraciones Públicas en el marco de la legislación vigente. No obstante, es posible constatar un conjunto de problemas e ineficiencias que se han producido o agravado en el curso de su aplicación: la práctica inexistencia de planificación estratégica de recursos humanos y la debilidad de los mecanismos de gestión; el aumento de la temporalidad en el empleo público; la desigualdad de condiciones de trabajo de funcionarios públicos y personal laboral, incluso cuando realizan funciones idénticas; la ausencia de un régimen específico para los directivos públicos; la excesiva rigidez de algunos procedimientos de acceso y promoción y la falta de garantías de objetividad de otros; la excesiva movilidad voluntaria interna de los funcionarios públicos, que contrasta con los estrictos límites de la movilidad forzosa y con una reducida movilidad del personal entre Administraciones; la escasa consideración de los resultados y del desempeño en la carrera y en el sistema retributivo de los empleados públicos, etc. Factores, entre otros, que contribuyen a la huida del régimen común por parte de colectivos o sectores determinados de la función pública o al desbordamiento de facto de las previsiones legales de obligado cumplimiento en la práctica administrativa».

⁶³ Cfr. en el Informe de la Comisión de expertos, pp. 22-23, donde como punto de partida se afirma que «se puede pensar que esta gradual equiparación de las condiciones de trabajo de los contratados laborales de las Administraciones Públicas a las de los funcionarios es una de las causas que explican la tendencia o preferencia de algunas de ellas por contratar la prestación de servicios y actividades públicas con empresas privadas.

Este fenómeno conocido vulgarmente como «externalización» de servicios es también característico de nuestro tiempo y constituye, si así quiere entenderse, una fase ulterior de la evolución que el régimen de prestación de los servicios públicos ha experimentado en las últimas décadas».

Es cierto que algunas propuestas maximalistas incluirían en el empleo público a los trabajadores de estas empresas, incluso de cualquier iniciativa privada sustentada con fondos públicos, pero como advierte M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», cit., p. 85, conceptualmente es imposible aceptar ese planteamiento.

⁶⁴ También según advierte la Exposición de Motivos: «La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración». En el extremo, se llega a advertir como primera reflexión en una «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público» que esta norma «implica dar un paso más hacia la identificación de la Administración Pública con la empresa privada» (J. B. LORENZO DE MEMBIELA, cit., p. 1943).

⁶⁵ Se trata de un proceso muy analizado y en el que existe un amplio consenso. Cfr. por todos J. CANTERO MARTÍNEZ, *El empleo público. Entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, 2001, pp. 37 y ss.

⁶⁶ En expresión del Informe de la comisión de Expertos, p. 20.

cios por lo público con normas como el EBEP ⁶⁷, siguen existiendo percepciones de un Estado que ha pasado de ser gestor a subcontratador ⁶⁸.

2.2.2. (...) y el EBEP como transacción con la realidad

Esa perspectiva concede al EBEP un valor singular, pues ofrece en cada una de las modificaciones que introduce, y esto vale tanto para las más grandes como para las de detalle, elementos para un diagnóstico de precisión sobre los males que aquejan a las Administraciones públicas, en aquello que toca —en todo o en parte, frontal o lateralmente—, a su personal, que no es un espacio reducido, por la conexión de la autoorganización con esta materia ⁶⁹. La presentación o desfile de disfunciones es más clara en el Informe de los expertos, del que tan tributaria es la Ley, pero al que ha «traicionado» en algunos particulares ⁷⁰.

A este respecto, es prácticamente unánime salutar con reconocimiento el trabajo realizado por la Comisión ⁷¹, en el que la impronta de una composición mayoritariamente académica es innegable ⁷². Esa caracterización enseña su cara sobre todo en juicios de valor tajantes, a lo que sigue un planteamiento netamente ofensivo sobre las reformas precisas. Retomando la terminología médica antes utilizada, al paciente se le recomendaron tratamientos de entidad, prácticamente de choque, para

⁶⁷ Lo que constituiría la tercera fase de la evolución del modelo de gestión pública postconstitucional; cfr. A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, cit., p. 13.

⁶⁸ Así, W. SANGUINETI RAYMOND: «Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo», en *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007, p. 21. Concretamente sobre las reglas aplicables a las concesiones administrativas y sus repercusiones en el ámbito laboral, vid. recientemente C. MARTÍNEZ MORENO: «Los problemas laborales derivados de los procesos de privatización y descentralización en las Administraciones Públicas», en *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Jornadas del Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial, octubre de 2007.

⁶⁹ Por ejemplo, destacando la necesidad de tener en cuenta esa competencia a la hora de determinar qué sea básico en la regulación de las retribuciones, cfr. F. A. CASTILLO BLANCO: «Los derechos retributivos de los empleados públicos», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, pp. 236-237.

⁷⁰ En este punto cuenta con un singular valor la opinión del Presidente de la Comisión de Expertos, que desde esa perspectiva repasa la Ley en M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., especialmente pp. 34 y ss. El tono es duro (cfr. especialmente pp. 37 y ss.).

⁷¹ Entre los especialistas en esta materia, seguramente el autor más crítico es R. PARADA; cfr., por ejemplo, en su *Derecho del empleo público*, cit., pp. 69 y ss.

⁷² El anexo I del Informe incluye la relación de sus integrantes. Quizá esa vinculación con el ámbito académico era aún mayor en la Comisión que con similar propósito se había nombrado en la anterior legislatura (cfr. J. I. SARMIENTO LARRAURI: «La carrera de los funcionarios en el Estudio del Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2006, pp. 144-145).

recuperar su salud. El resultado final, sin embargo, habida cuenta los «desmarques» aludidos que han afectado a no pocas de las recomendaciones, ha sido más defensivo que ofensivo, no abriendo apenas frentes en los que no fuera inevitable introducirse, y desechando algunas de las propuestas más audaces ⁷³.

Un ejemplo entre muchos que podrían traerse a colación a este respecto es el atinente al ámbito de aplicación. Sin ánimo de entrar en una cuestión que es abordada en una ponencia temática, cabe recordar tanto la contundencia con que se exigía para el buen funcionamiento del sistema que empleados públicos fueran «todos» los que tenían que serlo con una cierta coherencia conceptual ⁷⁴ —acabando con la situación de «islotes» ⁷⁵—, como el poco caso que se ha hecho a los expertos respecto de esta trascendente sugerencia ⁷⁶, y, finalmente, el decepcionado comentario que lo aprobado por las Cortes suscita al presidente de la Comisión ⁷⁷. Y es que, respecto de esta institución —y lo reitero, es un ejemplo extensible, *mutatis mutandis*, a otras —, se ha llegado a advertir que lejos de frenar la huida del Derecho administrativo, incluye la posibilidad de escapar de sí mismo ⁷⁸. En fin, otras limitaciones claras al afán reformista se encontrarían en el impacto sobre los derechos retributivos ⁷⁹, o lo que se ha entendido como la concesión más claudicante,

⁷³ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», cit., p. 54, habla de «valioso diagnóstico», y reconoce que de las «recomendaciones acertadas» que contenía «no todas ... han quedado recogidas posteriormente en la Ley». Con más contundencia aún, cfr. R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 49.

⁷⁴ No deja lugar a dudas el Informe de la Comisión, señalando que «Este ámbito de aplicación debe definirse con cuidado, ya que uno de los objetivos de la propuesta es que, a diferencia del pasado, no existan grupos de empleados que merezcan la condición de públicos exentos de los principios y reglas comunes que deben regirlos, en virtud de artificios jurídicos o formales» (p. 27).

⁷⁵ Cfr. J. GARCÍA MURCIA: «La regulación del trabajo en la Administración Pública: una perspectiva general», en VV.AA. (coord. J. García Murcia): *La regulación del trabajo en las Administraciones Públicas*, 2003, p. 15.

⁷⁶ Por todos, J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones públicas», cit., pp. 54-55.

⁷⁷ Haciéndose eco de la dificultad del profesor SÁNCHEZ MORÓN para reconocer en el producto final lo pergeñado por la Comisión, por todos, C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 118. El parecer por escrito del Presidente de la Comisión en «Prólogo», cit., pp. 35 y ss.

⁷⁸ Este particular con detalle *infra*, en epígrafe 4.1.2.

⁷⁹ Así, en Disposición Adicional Novena y Transitoria Primera. Como advierte M. FÉREZ FERNÁNDEZ: «Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna (arts. 16 a 19)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 269, nota núm. 146, constituiría «la única garantía explícita, que actúa como límite para las leyes de desarrollo».

que es la contenida en la Disposición Transitoria Cuarta, admitiendo un nuevo proceso de consolidación de empleo temporal ⁸⁰.

En la medida en que ese trabajo de los expertos constituía una cosmovisión, y sus propuestas resultaban coherentemente interrelacionadas ⁸¹, los pedazos dejados en el camino han hecho perder inteligibilidad a la reforma, más aún cuando algunas de esas alteraciones ni siquiera son adherencias de origen conocido durante los trabajos parlamentarios, sino que provienen de negociaciones anteriores en ámbitos no públicos ⁸².

El carácter tan dogmático de la inspiración de la reforma, aunque con posterioridad haya debido combinarse con dosis no despreciables de pragmatismo para que pudiera llegar a ser la Ley 7/2007 ⁸³, no deja de suponer también, necesariamente, la asunción de premisas conceptuales, en las que aparece un conflicto sobre el entendimiento de la relación de servicios en la Administración pública según el acercamiento sea desde los principios del Derecho Administrativo o del Derecho del Trabajo.

⁸⁰ «(...) auténtico “Caballo de Troya” que juega como elemento perturbador (cuando no destructor a corto plazo) de todas las potencialidades modernizadoras del EBEP en materia de acceso al empleo público», según R. JIMÉNEZ ASENCIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 89. Véase la consistente crítica de M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 37, y «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 410.

⁸¹ De manera que la fidelidad con que han sido seguidas sus recomendaciones en tantos particulares permite incluso reconstruir con precisión el sentido de preceptos que por malentendidos en la tramitación parlamentaria de otra manera situarían al intérprete ante retos complicados, o que, al menos, dan razón de evidentes faltas de claridad conceptual. Dos claros ejemplo, en la alusión a la «gestión integrada de recursos humanos» que rubrica el artículo 71 EBEP [cfr. sobre el particular J. ALDOMÁ BUIXADÉ: «Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pp. 756-757], o la amplitud de la rúbrica de ese Capítulo I del Título V de la Ley, que con propiedad debería ceñirse exclusivamente al artículo 69 EBEP [así, M. FÉREZ FERNÁNDEZ: «Planificación de recursos humanos (arts. 69 a 71 EBEP)», cit., p. 515].

⁸² La larga gestación y el «diálogo entre numerosos actores» ha llevado a que se acojan demandas «muchas de ellas difícilmente compatibles entre sí» (cfr. R. JIMÉNEZ ASENCIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 82).

Véase, por ejemplo, en un aspecto importante, la desalentadora valoración de M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», cit., pp. 396 y ss., atribuyéndolo al «largo y sin duda difícil proceso de negociación política y sindical».

⁸³ Como advierte el presidente de la Comisión de expertos: «la mejor reforma del empleo público no es la que con más ambición identifica los objetivos, sino la que acierta a encontrar el equilibrio entre los fines y la situación fáctica que pretende ordenar, entre lo que conviene hacer y lo que es posible hacer, razonablemente, en cada momento histórico» («Prólogo», en VV.AA.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, pp. 27-28).

Conviene dejar constancia de este particular, sobre el que se volverá con detalla *infra*.

2.3. El EBEP como Ley

2.3.1. Una norma técnicamente mejorable

Entre los primeros comentaristas del EBEP está siendo frecuente advertir importantes problemas para la interpretación y aplicación de algunas de sus disposiciones ⁸⁴, en un panorama del que se ha señalado que precisa todo lo contrario a inseguridad y confusión ⁸⁵. Las deficiencias en este orden se acentúan en lo que toca a la regulación de los contratados laborales ⁸⁶ y la determinación de la normativa vigente ⁸⁷, y es que las referencias genéricas a compatibilidades entre las disposiciones sustituidas, las aprobadas y la necesidad de futuros desarrollos, han creado un caldo propicio a los equívocos ⁸⁸, que ya exigió para la AGE el dictado de unas razonables aunque en algún punto discutibles Instrucciones ⁸⁹.

Paradigma de esas confusiones lo constituye en lo particular el artículo 11.1, que asume formalmente la distinción entre trabajadores fijos, por tiempo indefinido y temporales ⁹⁰, cuando, como es conocido,

⁸⁴ Incluso advirtiendo que el propio EBEP es consciente y traslada esa impresión al intérprete, A. V. SEMPERE NAVARRO: «Las relaciones de ET y EBEP», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 731, 2007.

⁸⁵ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», cit., p. 72.

⁸⁶ T. SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2007, p. 2119.

⁸⁷ Por todos, cfr. R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 92-93, y C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 135.

⁸⁸ Así, entre otros, M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», cit., pp. 56 y ss.

⁸⁹ Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, publicó unas 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, cuyo apartado 5 señala las normas del EBEP aplicables al personal laboral. Ligando su aprobación a los problemas para determinar el alcance de las derogaciones y su aplicación en el tiempo, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», cit., p. 81.

⁹⁰ Señalando que contaría con una acogida legislativa la construcción jurisprudencial, por todos, C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 139, criticando sin embargo la convalidación de esta actuación antijurídica también incorporada a la Disposición Adicional 15.ª del Estatuto de los Trabajadores (p. 142), postura que ha sido genera-

la segunda categoría se introdujo en el texto articulado con la exclusiva finalidad de dar cabida a los profesores de religión⁹¹, por lo que con razón cabe advertir la ausencia de un pronunciamiento expreso en el EBEP⁹².

En sentido, en un particular especialmente interesante, las diversas remisiones contenidas en el texto legislativo a la legislación laboral y los convenios, que a su vez interaccionan de formas diferentes con la regulación del EBEP⁹³, han alumbrado supuestos tan sorprendentes como que las fuentes sean, con carácter principal, la negociación colectiva, y subsidiariamente lo dispuesto para los funcionarios⁹⁴, y se han planteado discusiones ante los Juzgados de calado, recuperándose a las primeras de cambio una institución, la *norma más favorable*, que parecía relegada sin remisión a la condición de reliquia arrumbada o cuando menos marginal⁹⁵. Con carácter general no es tampoco sencillo determinar la concurrencia de regímenes cómo se soluciona, y más aún en el momento presente, con importantes frentes abiertos a la transitoriedad.

En fin, se podrían traer a colación diversas materias, pero con lo expuesto es suficiente para trasladar la idea —opinión común— del escaso éxito del legislador para elaborar una norma lograda, y por el contrario, con seguridad los próximos años van a requerir más actividad jurisdiccional de la razonable para delimitar los contornos de bastantes de las instituciones y prescripciones de la Ley 7/2007.

lizada en la doctrina (por todos, J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, CEF, 2005, pp. 313 y ss.), que también exigió, cuando menos, un pronunciamiento expreso al legislador sobre esta espinosa cuestión [por todos, J. RIVERO LAMAS: «Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general», en VV.AA. (coord. J. GÁRATE CASTRO): *Las relaciones laborales en las Administraciones locales*, FDGL, 2004, p. 38].

⁹¹ Cfr., explicando la enmienda del Grupo nacionalista vasco en ese sentido, X. BOLTAINA BOSCH: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 189.

Una interesante reflexión sobre el contexto general de las numerosas aportaciones jurisprudenciales al régimen de los empleados públicos posteriormente acogidas por el legislador, el origen de esta nueva categoría y las posibilidades de que, aprobada, «vuele libre», en J. PINAZO HERNÁNDEZ: «Reflexión sobre la tipificación normativa del contratado laboral de tiempo indefinido en el estatuto básico del empleado público», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 746/2008.

⁹² T. SALA FRANCO: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 123.

⁹³ Este particular con algo más de detenimiento en el epígrafe 4.3. En la doctrina, por todos, *vid.* A. V. SEMPÉRRE NAVARRO, y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los empleados públicos laborales*, cit.

⁹⁴ *Vid.* artículo 83 EBEP.

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2008, procedimiento 0000195/2007.

2.3.2. Una norma «blandita»

Curiosamente la espera al Estatuto que reclamara el artículo 103.3 CE no ha hecho crecer en importancia a la norma ahora aprobada, sino que, al contrario, seguramente el avance del tiempo y su propia caracterización han traído consigo que no se la eche de menos con tanta intensidad⁹⁶. En efecto, la centrifugación de la Administración del Estado ha comportado también la fragmentación del modelo, y eso ha de trasladarse a la norma, permitiendo que cada Administración cuente con la autonomía precisa para organizar sus recursos humanos, lo que a su vez lleva a que desde el EBEP sea «escasa la visibilidad final de los modelos de organización» que pueden darse⁹⁷. La contracción de lo básico⁹⁸ responde a una percepción «sustancialmente diferente» a la que existía en la reforma de 1984⁹⁹, porque, en definitiva, «las previsiones constitucionales resultan rebasadas por la realidad actual»¹⁰⁰. Aunque *infra* se tratará monográficamente de esa caracterización como legislación básica de la Ley 7/2007, es oportuno resaltar ahora que no pocas de sus prescripciones son de una imperatividad prácticamente inexistente¹⁰¹, lo que visto desde la perspectiva de su influencia, invita a convenir con quien ha afirmado su muy moderada capacidad de incidir directamente en la realización de cambios de calado¹⁰².

⁹⁶ De hecho, los intentos se sucedieron en la primera legislatura posterior a la aprobación de la CE, siendo el olvido de esta cuestión cada vez mayor desde entonces hasta el intento de 1999. Cfr., recordando esos proyectos de Ley y la correspondiente referencia bibliográfica, J. I. SARMIENTO LARRAURI: «La carrera de los funcionarios en el Estudio del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 143.

⁹⁷ A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, cit., p. 9.

⁹⁸ En expresión de la Exposición de Motivos: «Quiere eso decir que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional».

⁹⁹ C. GALINDO MEÑO: «La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del empleado público», cit., p. 227.

¹⁰⁰ En expresión de B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 7.

¹⁰¹ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», cit., p. 55, habla expresivamente de «blandura legal», advirtiendo del riesgo de que la eficacia final de la norma sea muy limitada ante esos condicionantes derivados de la necesidad de desarrollo. Ya los expertos señalaban que convenía «combinar las normas de obligado cumplimiento con aquellas otras habilitadoras y de carácter orientativo o directivo» (p. 42).

¹⁰² C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 119.

Además, precisamente el transcurso del tiempo acrecentaba la dificultad para la elaboración de la disposición, pues inatacable, utilizando los términos de la Exposición de Motivos, la premisa de que «El artículo 103.3 de la Constitución establece que la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y su artículo 149.1.18.^a atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas», al constatar que «Pese a estas previsiones constitucionales no se ha aprobado hasta la fecha una ley general del Estado que, en cumplimiento de las mismas, regule de manera completa las bases de dicho régimen estatutario», e identificar como causa el que «Esta carencia se explica sobre todo por la dificultad que entraña abordar una reforma legislativa del sistema de empleo público de alcance general, habida cuenta de la diversidad de Administraciones y de sectores, de grupos y categorías de funcionarios a los que está llamada a aplicarse, ya sea de manera directa o, al menos, supletoria», ha de admitirse igualmente que el despliegue del Título VIII de la Constitución suponía el crecimiento de ese óbice añadido para la aprobación del EBEP.

Este Estatuto Básico del Empleo Público tardío nace, por ello, con una extraña vocación, casi más pedagógica que normativa, en algún caso admitida expresamente¹⁰³, y que obedece a un propósito también reconocido por la Comisión de Expertos¹⁰⁴. Son muchos los preceptos que apuntan lo realizable —pero que era factible igual aunque no se dijera—, y que se dedican a indicar las vías que esas potencialidades declaradas, no creadas, pueden recorrer para ver la luz, pero ni se excluyen otros caminos ni los señalados estaban cegados a falta de la referencia legal. Indudablemente el trabajo de los expertos da vida a una norma que rezuma sus reflexiones sobre el deber ser ligado al ya descrito notable afán transformador, pero no puede en muchas ocasiones —y en otras no quiere— imponer esas consideraciones. Así, la Ley 7/2007 constituye una curiosa mezcla entre el estudio sobre la que sería una regulación ejemplar del personal de la Administración, de un lado, y, por otro, una norma que acoge buena parte de esas reflexiones, pero como eso, como buenas ideas, sin añadirles en el camino el marchamo de la obligatoriedad de la Ley, sino manteniendo su identidad de sugerencia.

Magníficos exponentes de la situación descrita aparecen en instituciones trascendentes, como lo son la carrera profesional o la planifica-

¹⁰³ Al referirse a los aspectos relativos a la conducta, la misma Exposición de Motivos indica que «Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora».

¹⁰⁴ En el *Informe*, pp. 34-35, advirtiendo la importancia de las «reformas posteriores que adopten los legisladores competentes», se indica que el EBEP «ha de señalar los límites, cauces y orientaciones de esas reformas». En numerosas instituciones se refiere a la oportunidad de señalar el camino a los legisladores posteriores, hablando, por ejemplo, de conceptos como «normas orientativas que guíen la adopción de decisiones por las Administraciones Públicas que así lo deseen» (p. 81).

ción de los recursos humanos. Ya se ha indicado su relevancia en el EBEP¹⁰⁵. Pues bien, respecto de la primera, más allá de indicar que es un derecho del funcionario de carrera y una genérica definición (apartados 1 y 2 del artículo 16), las importantes y destacadas construcciones que incluye no van más allá de constituir algo en lo que «podrá consistir» esa institución, mediante «la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades» (apartado 3); también merece casi compasión un precepto que advierte algo que las Administraciones «podrán» hacer, y que en su caso, «incluyan, entre otras, algunas de las ... medidas» que regula ese precepto. Es difícil imaginar algo menos coercitivo¹⁰⁶. Esas invitaciones no sólo tienen como destinatarios los legisladores llamados a desarrollar el EBEP en los respectivos ámbitos territoriales, sino que a la negociación colectiva también se le sugiere en alguna ocasión la posibilidad de una singular adhesión al contenido de la Ley 7/2007¹⁰⁷.

Asimismo, ese carácter dogmático del trabajo en que se inspira la norma se refleja en preceptos cuya redacción sorprende. Parece razonable que los expertos recuerden que la agilidad precisa para un proceso de selección frecuentemente ha ido en detrimento de la objetividad en los últimos años, pero llama la atención que a partir de ahí se redacte un precepto afirmando que entre las garantías de los procedimientos de selección ha de encontrarse la «Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección»¹⁰⁸.

Particular conectado con éste es la articulación del EBEP con las diversas normas con las que interacciona. Gráficamente también en este punto lo explica la Exposición de Motivos, advirtiendo que «Debe recordarse que precisa un desarrollo por parte del legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, que habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración

¹⁰⁵ También expresamente ponderado, con reflexiones dedicadas exclusivamente a esa cuestión, en el Informe de la Comisión de expertos; *vid.* pp. 71 y ss.

¹⁰⁶ No obstante, no se ha dejado de hacer, exactamente, lo indicado por la Comisión de expertos, según la cual «el Estatuto Básico del Empleado Público debe contener al respecto muy pocas normas prescriptivas, apenas las imprescindibles para asegurar un mínimo de coordinación entre Administraciones. Su función debe ser, más bien, la de impulsar la buena gestión, reconociendo con gran flexibilidad el instrumental que parece adecuado para ello y la posibilidad de introducir técnicas o modelos innovadores» (p. 72). En definitiva, que «señale a título indicativo los tipos de medidas que, entre otros, pueden contener los instrumentos de planificación, ya se dirijan a dimensionar los efectivos de personal, incluyendo la reasignación de efectivos en su caso, como a la incorporación de recursos adicionales, a mejorar la formación y la capacitación, facilitar la promoción y la movilidad del personal u otros que se estimen apropiados» (p. 73).

¹⁰⁷ Por ejemplo, *vid.* artículo 92.

¹⁰⁸ Artículo 56.2-f).

local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas Leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, Norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de Norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público. Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común». Esta es la resulta de su condición de norma básica, particular del que se ocupa el artículo 6, advirtiendo la necesidad de que las Cortes Generales y las asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas modifiquen sus normas reguladoras de la función pública, y de esa condición trata el epígrafe siguiente, partiendo del segundo término con el que la propia norma describe su objeto.

3. BÁSICO

3.1. Una disposición «aligerada», haciendo virtud de la necesidad

3.1.1. Desde la función pública hacia la propia organización

En varios pasajes de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007 se retoma textualmente una idea que se encuentra en el punto de partida del trabajo de los expertos: el texto legal que se va a elaborar ha de suponer una disminución de la «intensidad normativa»¹⁰⁹. La trascendencia de esa opción ha llevado a que se califique como «uno de los tres ejes que articulan la Ley»¹¹⁰, y es obvio que ese planteamiento comporta una comparación, que naturalmente encuentra como polo de referencia la legislación a la que se sustituye¹¹¹.

Si, como se ha visto, el nuevo enfoque exigido por la diversidad de tareas asumidas por las Administraciones públicas comporta una apues-

¹⁰⁹ Recogiéndose así el consejo de los expertos, para los que antes del EBEP cabía afirmar tanto que «La extensión de la legislación básica actual sobre el empleo público es excesiva y, por ello, demasiado rígida», como que «La legislación básica debe ser reducida y, al mismo tiempo, renovada en su contenido con un objetivo de modernización administrativa» (pp. 39 y ss.)

¹¹⁰ Consideración de M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 31. Por su parte, L. ORTEGA ALVAREZ: «Introducción», cit., p. 23, lo identifica como la «razón prevalente».

¹¹¹ Según la Exposición de Motivos: «la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas (...)».

ta por la diversidad, que quedaría estrangulada si se imponen reglas comunes muy amplias¹¹², a ese requerimiento se une como compañero de viaje la consideración de que también las funciones están repartidas en virtud de la atribución de competencias entre los diversos niveles territoriales, de lo que deriva otra necesidad de abrir espacios a formas de actuación variadas.

En paralelo a ese último plano de índole jurídica, tampoco el EBEP es ajeno a una consideración bastante más contingente —pero desde luego no menos real—: el sentido identitario tan diverso entre las entidades a las que se dirige la disposición debe permitir formas de actuación también variadas, requisito que asimismo es una necesidad considerando que las Administraciones autonómicas y locales cuentan con gobiernos asumidos por opciones políticas de signo diverso, lo que se acompaña también de entendimientos notablemente diferentes de la forma de manifestarse, material y formalmente, la actuación administrativa¹¹³.

Ítem más, las consideraciones efectuadas conducen inmediatamente a la discusión sobre los límites entre las competencias de autoorganización y régimen básico del personal, de titularidad tan diferente como la asignan los artículos 148.1.1.^a y 149.1.18.^a CE. En efecto, si constituye una premisa indiscutible que la regulación ha de ser la mínima indispensable para abrir espacios a las casi libérrimas decisiones de las entidades territoriales sobre el ámbito material en el que quieren proyectar su actuación, es difícil separar ese particular de la forma en que se manifiesta orgánicamente el aparato dispuesto para el mentado actuar, y tal es la autoorganización¹¹⁴, que en una interpretación extensiva permitiría incluso a las Comunidades Autónomas regular numerosos aspectos con repercusión en sus empleados con contrato laboral¹¹⁵. Este derrotero

¹¹² Y que no sólo afecta, por supuesto, a los recursos humanos, sino que la pretensión de formas de gestión cómodas para cumplir los objetivos constitucionales se manifiesta también en la regulación de contratación, presupuestos, patrimonio y organización; cfr. esta consideración en A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, cit., p. 14.

¹¹³ Esta consideración en M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., pp. 26-27.

¹¹⁴ La fricción es más que notable en algunos de los pasajes de la Ley. Por ejemplo, el inicio de la regulación de la *estructuración del empleo público*, contenida en el Capítulo II del Título V, se abre con un pretendido equilibrio: «En el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones Públicas estructuran sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a lo previsto en este Capítulo». En un aspecto tan trascendente como las pruebas selectivas, aludiendo en este sentido a alguna de las prescripciones de la norma, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», cit., p. 409.

¹¹⁵ Este planteamiento en R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 66 y ss., para el que todo lo que carezca de relaciones *ad extra*, entre lo que no se cuenta lo que tiene que ver con alguien que es «sobre todo y ante todo un «empleado público»», constituye «autorganización».

interpretativo se ha subrayado que dota de un singular valor a las previsiones sobre cooperación ¹¹⁶.

3.1.2. *Un norma para la segunda generación de Estatutos de Autonomía*

No son pocos los debates que ya se han dado sobre el texto aprobado a ese respecto ¹¹⁷, pese a que la actuación del legislador habría sido respetuosa con la sensibilidad más acusada que pueda tenerse ante la cuestión autonómica ¹¹⁸, reconocido el amplio margen con que contaba para determinar la extensión de lo básico ¹¹⁹. Un magnífico ejemplo de esa imaginación al servicio de las concepciones más descentralizadoras es la sorprendente combinación de habilitaciones de carácter estatal con selección por las Comunidades Autónomas, y concordantes reglas para convocatoria y provisión de puestos de trabajo, que contiene la Disposición Adicional Segunda ¹²⁰. En expresión de una de las voces más autorizadas en la materia, «el EBEP ha tratado con escrúpulo las competencias de las Comunidades Autónomas admitiendo que sus propias normas conformen auténticos modelos diferenciados y que la normativa básica opere únicamente como el suministro de un conjunto de instituciones comunes con las que es posible la conformación de modelos netamente diferenciados» ¹²¹.

¹¹⁶ A. PALOMAR OLMEDA: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 552.

¹¹⁷ Entre los varios comentarios generales a la Ley 7/2007 ya publicados, el dirigido por S. del REY GUANTER, ya citado, concede en bastantes de sus capítulos un papel preponderante a esta perspectiva, y a él se remite, por tanto, para quien desee un acercamiento particularizado desde este punto de vista.

¹¹⁸ Y además se quiere que quede constancia de esa forma de actuar. Advierte al respecto la Exposición de Motivos expresamente que «el Estatuto Básico pretende ser escrupulosamente respetuoso de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, así como de la autonomía organizativa de éstas y de las Administraciones locales». En la doctrina igualmente se ha identificado «en el texto un pronunciado reconocimiento hacia las Comunidades Autónomas» (J. B. LORENZO DE MEMBIELA: «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 1949).

¹¹⁹ Por todos, cfr. J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, pp. 572 y ss., y J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ: «Las situaciones administrativas», también en esa obra colectiva, p. 634.

¹²⁰ Sobre este particular, que ha suscitado numerosas críticas, por todos, vid. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., pp. 35 y 36, y J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones públicas», cit., p. 58, especialmente nota núm. 18, advirtiendo que pudieron llegar a ser incluso funcionarios autonómicos.

¹²¹ A. PALOMAR OLMEDA: «Artículo 3», en VV.AA. (dir. A. PALOMAR OLMEDA y A. V. SEMPERE NAVARRO, coord. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 44.

En fin, la cercanía de esa discusión con otras coetáneas es manifiesta en la Disposición final Segunda ¹²², que se ha considerado una referencia tan explícita como la que se incluye en la Disposición Adicional Tercera a las instituciones de Navarra y Euskadi, respecto de la cláusula de atribución de competencias que recoge el nuevo Estatuto de Cataluña ¹²³. Podría decirse así que la Ley 7/2007 es, en este sentido, en cuanto normativa básica, una versión necesaria para el panorama al que conduce la segunda generación de Estatutos de autonomía, de manera que el debate sobre el aligeramiento incluye en esa eufemística expresión todos los planteamientos que subyacen en ese proceso desarrollado durante la anterior legislatura ¹²⁴.

La aludida paradoja del Estatuto como referencia única y la ampliitud de los espacios abiertos a la diversidad se muestra aquí en toda su crudeza. La tensión entre la descentralización como objetivo y la unidad como requisito, parece que inherente, al propio concepto de *Estatuto*, encontraría su sorprendente solución en una disposición que con su escasa eficacia homogeneizadora legitima la pluralidad de regímenes entre territorios, avanzando en la juridificación de una realidad socialmente en no pocas ocasiones conflictiva, sea por la comparación entre empleados de diferentes CC. AA., sea tomando como término de referencia también la AGE ¹²⁵. Frente a un problema de ese calado, la previsible «espiral de agravios» cuya existencia y potenciación no ha estado ausente de las consideraciones de los expertos, quizá es un consuelo algo autocomplaciente equilibrarla con un pretendido efecto positivo

¹²² Del siguiente tenor: «Las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución».

¹²³ Vid. R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 64-65, y L. AZEMAR I MALLARD: «Objeto, ámbito de aplicación y Leyes de desarrollo», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pp. 139-143, en relación con el artículo 136 del mentado Estatuto.

Sin realizar esa vinculación, demostrando su «nulo valor» por ser «absolutamente superflua» en materia que, en todo caso, exigiría un pronunciamiento únicamente al alcance del Tribunal Constitucional, cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», cit., pp. 65-66.

En la medida en que ha inspirado otras reformas estatutarias, se trata de un criterio extensible. Cfr. el estado de la situación a ese respecto en A. CEA AYALA: «La nueva regulación de las excedencias en el estatuto básico del empleado público, cit., pp. 6-7.

¹²⁴ Otro aspecto en el que se refleja claramente es en lo relativo a las competencias legislativas sobre empleo público en la Administración local. Cfr. al respecto M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», cit., p. 69.

¹²⁵ R. PARADA, *Derecho del empleo público*, cit., p. 57, afirma contundente que «romper esta uniformidad que garantizaba una cierta igualdad entre los empleados públicos españoles, será una de las finalidades estrella del estatuto Básico del Empleado Público».

que radicaría en su capacidad de generar competencia entre las Administraciones para hacerse con los mejores funcionarios ¹²⁶.

Esta constatación ofrece una visión más cercana de otra asección sorprendente antes relatada. Ya no es sólo que el transcurso del tiempo haya restado trascendencia al Estatuto al que alude el artículo 103.3 CE. Es que el cambio de panorama en la distribución del empleo público —asignación de efectivos con carácter territorial, irrupción y crecimiento de los contratados en comparación con los funcionarios— hace muy discutible que el Estatuto siquiera pudiera ser el que estuviera en la mente del constituyente. Si entonces seguramente se pensaba en un planteamiento similar al del Estatuto de los Trabajadores —*mutatis mutandis*, sin perder la trascendente referencia de la identidad del receptor de los servicios—, que acogiera la completa regulación de la relación de servicios de los funcionarios, ahora de lo que se trata, prácticamente, es de delimitar negativamente los reducidos espacios de cuya regulación se priva a las Comunidades Autónomas. No extraña que algún sector doctrinal se haya negado a identificar en la norma al Estatuto reclamado por el artículo 103.3 CE, calificándolo de «sucedáneo» ¹²⁷.

3.2. Lo básico y lo importante

3.2.1. Una «hoja de ruta» añadida al EBEP

Identificando paradojas, desde cierta perspectiva el aquí alabado informe de la Comisión de expertos si se quiere encerraría también una de calado, trascendente a los efectos de la cuestión ahora abordada. Así, asumiendo la mentada premisa de que son escasos los espacios que corresponden a la legislación básica ¹²⁸, y que además razones políticas y económicas celebran ese designio, sin embargo, al tiempo, puesto a radiografiar la Administración parece no ser capaz prácticamente de dejar un solo tema sin abordar, y por el contrario, aconsejando una

¹²⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 33.

¹²⁷ L. M. ARROYO YANES: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 78 a 84)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pp. 795, nota núm. 702 y 824-825.

¹²⁸ Según el informe de los Expertos, cabe reducirlo a cinco incisos que sólo abarcan las «garantías básicas de los principios constitucionales que rigen el empleo público»; «la igualdad básica de los derechos y deberes de los empleados públicos de todas las Administraciones»; apuntalar las competencias del Estado «relativas a la política económica general y a la estabilidad presupuestaria, sin perjuicio de la colaboración con el resto de administraciones»; «actualizar el modelo de relaciones de servicio y laborales ... para favorecer la modernización del conjunto de las Administraciones públicas» y facilitar la interconexión de los sistemas de empleo (p. 42).

extrema parquedad al legislador, en absoluto renuncia a ofrecer una visión panorámica de lo que constituiría algo así como la Administración perfecta de principio de milenio ¹²⁹.

Ha de respetarse la amplia capacidad de designio correspondiente a las Administraciones autonómica y local; es notable la trascendencia que se debe a la autoorganización ... pero los expertos, si se permite la expresión, no son capaces de dejar de aspirar a que esas Administraciones se diseñen precisamente de la manera que consideran más conveniente, y las antes aludidas diferencias de identidad y posibilidades de gestión diversas ... no dejan tampoco de encontrar constantes referentes en la Ley a lo que debería hacerse, a como habrían de gestionarse esas facultades de autogobierno, y, sorprendentemente entonces, a que en definitiva, aunque sea como un resultado no pretendido, se recupere en buena medida la uniformidad negada como punto de partida.

Así se explica, desde otro punto de vista, la realidad antes aludida del carácter escasamente imperativo de no pocos de los preceptos de esta Ley. Los expertos han distinguido dos planos en su encargo que quizá ya no correspondían al comitente, pues dentro de las bases del régimen estatutario no se incluye una curiosa apelación a la conciencia de las demás entidades territoriales. La reducción de la estructura común al empleo público viene acompañada de esa paradójica proliferación de iniciativas sugeridas, o de preceptos básicos y al tiempo completamente dispositivos ¹³⁰, que provienen de esa concepción general de cómo deben ser las cosas, admitiendo utilizar al respecto un grado de concreción importante en sus propuestas ¹³¹, que constituirían una auténtica «hoja de ruta» ¹³².

¹²⁹ Un magnífico ejemplo viene dado por las consideraciones que realiza sobre el personal directivo, pues tras la extensa explicación del § 25, se concluye que «no obstante, la Comisión ha podido constatar a lo largo de su trabajo que es prácticamente imposible adoptar un estatuto unitario para los directivos públicos (...), por lo que «En consecuencia, la Comisión entiende que el Estatuto Básico del Empleado Público debe limitarse a contemplar la figura de los directivos públicos como una clase de personal, entre las demás, remitiendo prácticamente por entero a las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas la regulación, en su caso, de la función directiva (...).

¹³⁰ El propio Informe advierte de que «De aprobarse, el Estatuto Básico no será sino un primer paso en esa dirección, ya que, por su propia naturaleza y también por el contenido «mínimo» que nos parece debe tener, ha de ser objeto de una legislación de desarrollo muy extensa, de la que dependerá que se extraigan o no todas sus virtualidades» (p. 15).

¹³¹ Casi a continuación de la anterior cita, afirma la Comisión que «El Informe que a continuación presentamos está concebido como un documento de debate que, en su caso, pueda servir para la redacción de un anteproyecto de Estatuto Básico del Empleado Público. Esa es su finalidad y así es cómo se ha planteado nuestro trabajo. De ahí el grado de concreción que tienen la mayoría de las propuestas. Por más que éstas puedan resultar polémicas —y sin duda algunas o muchas podrán dar pie a la discusión—, no hemos querido eludir los problemas o limitarnos a exponer ideas, principios o tendencias generales».

¹³² En expresión de M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 33.

Un ejemplo paradigmático se encontraría en la ordenación del empleo público, el sistema de estructuración del mismo en cuerpos, escalas, clases o categorías y los instrumentos de clasificación de los puestos de trabajo. El espacio dedicado a la cuestión en la norma es muy amplio, pero como «el Estatuto Básico pretende ser escrupulosamente respetuoso de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, así como de la autonomía organizativa de éstas y de las Administraciones locales», en realidad sólo generosamente puede afirmarse que esos artículos son «unos principios y orientaciones muy flexibles», porque lo que ocurre es que «la Ley remite a las leyes de desarrollo y a los órganos de gobierno correspondientes el conjunto de decisiones que habrán de configurar el empleo público en cada Administración»¹³³. Y se trata de una materia, no se olvide, que incluye aspectos como los planes para la ordenación de los recursos humanos¹³⁴, tan ponderados como instrumento imprescindible para la modernización de la Administración por la doctrina científica¹³⁵, y por el informe de los Expertos que anima esta Ley¹³⁶. No es en absoluto el único caso; retomando una institución ya aludida, también de los directivos se ha mostrado la sorpresa por el hecho de que frente a la importancia con que cuenta la cuestión, sin embargo ni siquiera se imponga la existencia de la figura (no ya su contenido)¹³⁷.

3.2.2. *El reformismo no imperativo: apelaciones éticas y denuncias*

Con todo, esta tarea de los expertos, consciente o inconscientemente incorporaba un elemento más de relevancia que apenas ha accedido al resultado final publicado en el diario oficial, y que dotaba de un

¹³³ Los entrecomillados están tomados de la Exposición de Motivos.

Por su parte, el Informe de los expertos, hablando por ejemplo de la provisión de puestos de trabajo, señala que «No todas las propuestas y recomendaciones que sugerimos en el apartado anterior pueden llevarse, sin embargo, al texto del Estatuto Básico del Empleado Público, sea por respeto a la autonomía de las Comunidades Autónomas que deseen regular por ley un modelo propio de carrera o promoción profesional en todos sus aspectos, sea porque lo que es razonable para algunas Administraciones puede ser disfuncional o sencillamente inaplicable en otras, en razón de su dimensión, de las funciones que le corresponden, del tipo de personal con que cuentan, o de otras características».

¹³⁴ Cfr. los términos a los que se alude a ellos en el artículo 69.2 EBEP —«podrán aprobar»; «entre otras algunas de las siguientes medidas», etc.—.

¹³⁵ Vid. A. PALOMAR OLMEDA: «Ordenación de la actividad profesional», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, pp. 429 y ss.

¹³⁶ Valga al respecto con indicar que dedica un epígrafe simplemente a destacar la «Relevancia de la materia» (cfr. pp. 117 y ss.)

¹³⁷ Por todos, L. F. MAESO SECO: «El personal directivo: comentarios en torno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 125-126.

sentido diferente a esas menciones. En efecto, un punto de partida en su forma de atender al estudio, diagnóstico y aportación de soluciones para la organización del personal del sector público de nuestro país es el comportamiento exigible a esas instancias, de lealtad institucional¹³⁸, en un marco de referencia a coordenadas éticas de actuación y respeto a los valores que se suponen a la Administración de un Estado de Derecho¹³⁹, de manera que «si bien el derecho puede contribuir», «la solución está más en el desarrollo de los valores cívicos de la sociedad que en otra cosa»¹⁴⁰.

Ese contexto determina que el análisis de las regulaciones básicas no pueda desligarse de experiencias conexas, para no incurrir en el riesgo de una Ley abstracta y desencarnada de la realidad sobre la que debía actuar¹⁴¹. Así, las continuas referencias a *lo que ocurre*, tantas veces opuesto a lo que ya entonces estaba normado en términos no muy diferentes de los que ahora aprobados¹⁴², se acompañaba de garantías que situarán a los políticos ante sus responsabilidades. Por ejemplo, la apelación en cuanto al personal eventual a que «Debe establecerse que las Administraciones Públicas han de hacer pública periódicamente la información sobre el personal eventual con que cuentan, las funciones que desempeñan y los órganos en que prestan servicio, así como sus retribuciones, con indicaciones comparativas respecto de la última información proporcionada»¹⁴³.

En ese mismo sentido, entonces, las innovaciones modernizadoras y en no pocas ocasiones moralizantes, interpelarían desde la Ley a unos

¹³⁸ Que abarca aspectos muy diversos; por ejemplo, la recíproca que se deben los Gobiernos entre sí y para con el sistema mismo (p. 226), si se quiere que cualquier mecanismo de coordinación funcione.

¹³⁹ *Vid.*, al respecto, el extenso § 95 del Informe de la Comisión de Expertos.

¹⁴⁰ Apreciación del profesor SÁNCHEZ MORÓN en relación con el régimen de selección (cfr. F. PUERTA SEGUIDO: «El acceso al empleo público», cit., pp. 466-467), perfectamente extensible a la mayoría de los ámbitos de esta regulación.

¹⁴¹ De hecho, la Exposición de Motivos, cuando se refiere a la justificación de la aprobación de esta nueva legislación alude con igual importancia a las «muy profundas transformaciones» experimentadas «desde que se aprobó la legislación de los años ochenta» por «nuestra sociedad y nuestras Administraciones Públicas» y «a la experiencia acumulada desde entonces».

¹⁴² Entre muchas, por ejemplo, cabe destacar por su importancia las relativas a los defectos apreciados en la ejecución de las previsiones existentes sobre temporalidad y nombramiento de personal eventual (cfr. pp. 59-65); en materia acceso al empleo público, en el que se denuncia una mecánica que pone «seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías» y que como fenómeno «se está produciendo no obstante las reiteradas sentencias contrarias de nuestros más altos Tribunales y sin justificación jurídica alguna» (p. 90); la desviada utilización de los complementos retributivos (pp. 150 y ss.), o, por último, en lo que toca al «sistema de provisión de puestos de trabajo existente en la actualidad», que «suscita no pocas críticas».

¹⁴³ *Informe*, p. 65.

gestores a los que jurídicamente no quedaba margen para exigir comportamientos determinados.

Descrito este panorama, las resultas se concretan en la regulación de una serie de instituciones que son las básicas, y, sobre todo, la *no regulación pero sí ilustración* sobre no pocas más. Además, si las sorpresas y novedades se almacenan sobre todo en el segundo bloque de materias, resultaría que en el EBEP lo que cabe encontrar es fundamentalmente el intento de aprobar una Ley con alguna innovación trascendente; no deja de ser la regulación básica, aunque a ese respecto hubiera valido una nueva reforma parcial o refundición de lo acaecido desde la «provisional» de 1984¹⁴⁴, pero es sobre todo una identificación de los problemas que aquejan a nuestro aparato burocrático y una propuesta de soluciones, que sitúa a los responsables de acometer su desarrollo en las diversas instancias territoriales frente a toda la opinión pública y sus respectivas comunidades políticas. Nótese que con el alcance de la Disposición Final Cuarta, apartado 3, y habida cuenta el tenor de la Disposición Derogatoria, realmente el impacto de la Ley es reducido y su completa eficacia se somete a la voluntad de aprobar la norma de desarrollo «en cada Administración pública».

Pues bien, entre esos temas importantes pero no tan básicos se observan los ya citados en el epígrafe precedente como novedosos —carrera, evaluación del desempeño, directivos, estructura—, junto a lo que aparece también el intento de atajar males concretos, que básicamente serían tres, uno de ellos asombroso para el estudioso del Derecho del Trabajo. En efecto, es identificado como disfunción el deplorable ejemplo que en materia de temporalidad han dado especialmente algunos empleadores públicos, y en general el sector¹⁴⁵; tampoco sorprende la denuncia sobre los sistemas de acceso al empleo público, y ello aunque no haya sido tan extrema la reforma como pretendían los expertos, que llegaban a proponer responsabilidades personales para los gestores por malas praxis de las ahora mismo no tan infrecuentes¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Así se calificó, y se lamenta que con la experiencia de más de dos décadas en esa consideración, sin embargo se haya incurrido en cierta precipitación en la tramitación de la Ley 7/2007; cfr. J. ALDOMÁ BUIXADÉ: «Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)», cit., p. 740.

¹⁴⁵ Cfr. el Informe del Consejo Económico y Social titulado «La temporalidad en el Sector Público», diciembre de 2004, al que había precedido el año anterior el elaborado por el Defensor del Pueblo con la denominación «Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público».

¹⁴⁶ Por ejemplo, respecto de la «necesidad de abordar el problema de la elevada temporalidad existente en el empleo público» (pp. 59 y ss.), se concluye que «Ha de emitirse informe jurídico preceptivo, por el titular del órgano competente en cada caso, bajo su propia responsabilidad, sobre la imposibilidad legal de prorrogar de manera expresa o implícita el nombramiento de interino o contrato temporal que finaliza. Emitido dicho

Pero considerar algunas manifestaciones de la acción sindical en la Administración pública la causa de ciertos problemas en calado de la ordenación de los recursos humanos en el sector ¹⁴⁷, merece una atención detenida, y luego se volverá sobre ello. Desde luego, no se oculta esta perspectiva al menos en alguna doctrina administrativa especializada en esta materia ¹⁴⁸, ni tampoco el informe de los expertos puede decirse que utilizara expresiones precisamente eufemísticas o que expusiera su parecer en este punto con elipsis ¹⁴⁹, y entre los reproches que se han dirigido a las desviaciones de la Ley sobre el consejo de los expertos, seguramente los más duros se refie-

informe, el titular del órgano de contratación asume 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 de servicio o laboral» (p. 63).

¹⁴⁷ Con denominaciones como «perros de presa» de la negociación colectiva, de la que da cuenta C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 125, o «elemento perturbador de primera magnitud» (R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 55).

¹⁴⁸ Véase el epígrafe de R. PARADA, *Derecho del empleo público*, cit., pp. 61 y ss., significativamente rubricado «Más sindicalismo y empleo público laboral», o A. NIETO GARCÍA, *La nueva «organización» del desgobierno*, Ariel, 1993, pp. 168-169, R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 58-59 (con la rúbrica «El papel de los sindicatos en el sector público: la necesidad objetiva de que reflexionen sobre su función»), y M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», cit., p. 94.

¹⁴⁹ De entrada, sutilmente recuerda que el art. 103.3 CE justificaría «peculiaridades» en el ejercicio de ese derecho que «sin embargo», la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, no ha recogido (p. 162, abriendo el capítulo referente a representación, participación y negociación de los empleados públicos). En materias concretas, *vid.*, por ejemplo, el duro juicio sobre la designación por los sindicatos de los integrantes de algunas comisiones de selección, en p. 99; en idéntico sentido para las de provisión de puestos de trabajo, p. 120; criticando la dinámica de los últimos años en materia salarial, entre otras cuestiones se achaca a la negociación colectiva que «se alcanzan también compromisos que implican la asignación de fondos adicionales sobre la masa salarial, dirigidos a la consecución de determinados objetivos o a mejorar las condiciones de determinados colectivos o ámbitos que se consideran prioritarios, muchas veces primando aquellos grupos que cuentan con mayor respaldo sindical» (p. 149); indirectamente se reprueba que en la negociación salarial se conceda un peso singular a la representación de los empleados, dado que se asume la conveniencia de otorgar mayor relevancia a las otras Administraciones afectadas, además de la general del Estado (p. 155); planteando la reforma del derecho colectivo, se insiste en la necesidad de subrayar los principios que «dejen constancia de las potestades que la Administración Pública tiene en esta materia y que caracterizan y vienen a matizar sus derechos de negociación colectiva, en comparación con el que tienen los trabajadores del sector privado» (p. 164); aunque delicadamente, se sugiere una cierta sospecha sobre el uso y extensión de los créditos horarios, invitando a una mayor transparencia como forma de «control social» (p. 169); se pide reconocer capacidad negociadora a las Juntas y Delegados de personal funcionario, tras afirmar la escasa representatividad de los Sindicatos en determinados ámbitos, y previendo la dificultad de que esa medida fuese viable, se sugiere cuando menos su acceso a las comisiones negociadoras, lo que «permitiría al menos a la representación unitaria de los funcionarios, elegida por todos ellos, estar presente en el ámbito de la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios (pp. 172-173); en fin, se sugiere restringir el ámbito de las materias negociables (pp. 182 y ss.), etc.

ran a las transacciones con los sindicatos ¹⁵⁰. Con todo, en la Ley se han aceptado particulares tan trascendentes como la imposibilidad de pertenecer a los órganos de selección a un título diferente del individual ¹⁵¹, o la necesidad de neutralizar una pretendida amenaza de presión irrazonable sobre los políticos en los procesos de negociación mediante la habilitación para la creación de unas denominadas comisiones técnicas ¹⁵², sin perjuicio de que en compensación se haya permitido de alguna forma la incorporación de los sindicatos a los mentados procesos para la elección del nuevo personal ¹⁵³, o no se haya dado

¹⁵⁰ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», en cit., p. 35, habla inicialmente de forma eufemística de «la presión de entidades y organizaciones determinadas, que limitan el impulso reformista inicial». Respecto de instituciones concretas, por ejemplo, advierte que se ha desoído lo relativo a jornada, vacaciones, permisos o situaciones administrativas, extendiendo lo básico más allá de lo aconsejado, y al tiempo que «se advierte la influencia decisiva de las reivindicaciones sindicales», «el precio puede ser la pérdida adicional de productividad ... justamente el efecto contrario de la reforma impulsada, e inclusive reforzar la ya extendida consideración social del empleo público como un ámbito laboral privilegiado» (p. 36).

En relación con el desarrollo de la norma, del que depende su «éxito o fracaso», se señala que «dependerá en muy buena medida de las relaciones entre las diferentes Administraciones públicas que deben desarrollarlas y aplicarlas y los sindicatos. Aquéllas deberían mantener con firmeza, pese a las ambigüedades de la Ley, las facultades de organización y regulación que les permitan asegurar la productividad y la eficiencia de los servicios públicos. Pues, por importante que sea su función, los sindicatos no tienen legitimidad para aspirar a una especie de coestión de los servicios o de la política de personal, que sin embargo a veces parecen pretender en la práctica». A ello sigue el pronóstico sobre el crecimiento del fenómeno externalizador, que constituiría «en gran medida» un fracaso de la reforma, algo que a la vista de «las concesiones que el Gobierno y la mayoría que le apoya han hecho a favor de los sindicatos en la tramitación del Proyecto de Ley, se trata de un riesgo no inimaginable» (p. 39).

¹⁵¹ Artículo 60.3; sobre esta realidad que «no puede justificarse desde ningún punto de vista», compartiendo el parecer de la Comisión, B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 22.

¹⁵² Tampoco manifiesta la Comisión una imagen muy favorable sobre la actitud de las organizaciones sindicales en los procesos negociales al defender la existencia de estas entidades, acogidas finalmente en el artículo 33.2 EBEP, al indicar que «La razón que justifica esta opción es el hecho de que, en muchos casos, los representantes públicos se ven muy condicionados en la negociación por elementos de carácter político —como, por ejemplo, la tendencia al consenso y a la consecución de acuerdos a toda costa—, de lo que pueden derivar consecuencias no siempre positivas para el interés público o extralimitaciones del marco legal establecido» (p. 175). Existiría una «frecuente y paradójica debilidad negociadora de la parte administrativa» (M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., pág. 39).

¹⁵³ T. SALA FRANCO: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», p. 124, advierte que se ha sustituido el control interno por el externo.

En fin, la nueva regulación lleva a M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 40, a denunciar que «tras una presión continuada los sindicatos han logrado diluir en la ambigüedad» la prohibición, dedicándole más adelante una durísima crítica monográfica a la «enésima y singular concesión a los Sindicatos» («Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», cit., p. 413).

Una propuesta de interpretación en la que la Administración podría designar según la propuesta sindical en C. L. ALFONSO MELLADO: «Informe sobre la posibilidad de que las

acceso directo a las Juntas y delegados de Personal a la negociación colectiva¹⁵⁴.

3.3. Un reto especial para el desarrollo del EBEP

3.3.1. El riesgo de la fragmentación

Como ha habido ocasión de referir, el artículo 6 remite a las leyes de función pública el desarrollo del Estatuto en el ámbito de sus competencias. Dejando de lado el trascendente tema del ámbito de aplicación que aborda detenidamente una de las Ponencias temáticas, el panorama al que van a enfrentarse los diversos órganos legislativos —en algún caso sorprendentemente los ejecutivos¹⁵⁵—, no va a ser sencillo.

En efecto, el mismo margen de libertad otorgado encierra en no pocas ocasiones la duda sobre cuál es exactamente la frontera trazada para la legislación básica, y sin que corresponda ahora repasar materia por materia este particular, en alguna es un problema más que notable, alcanzando el paroxismo de la dificultad el reenvío contenido en el artículo 36.2, que no sólo pone en manos de los negociadores la determinación de la división de la que parte —al menos *prima facie*—, sino

organizaciones sindicales participen en los órganos de selección en el empleo público», en *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2007, pp. 205 y ss.

¹⁵⁴ Lo que, obviamente, afecta a su relevancia en comparación con la importancia en el ámbito laboral de esta representación, como advierte A. J. VALVERDE ASENCIO: «Representación y participación institucional (arts. 39 a 44)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 434.

Sobre las razones de esta postura de los expertos, *vid.* B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», *cit.*, p. 42.

Comentando el cambio de criterio en la negociación con los Sindicatos acerca de esa «tímida legitimación negocial de los representantes unitarios», T. SALA FRANCO: «Los derechos colectivos de los empleados públicos», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 302, nota núm. 7.

Y en fin, sobre las razones por las que la LORAP optó por esa configuración, *vid.* M. RODRIGUEZ PIÑERO: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987», en *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1987, p. 49, y J. RIVERO LAMAS y A. L. DE VAL TENA: «El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *RMTAS*, núm. 68, 2007, p. 213.

¹⁵⁵ Para establecer el régimen jurídico de los directivos, como dispone el artículo 13.1. La explicación de esta singularidad, en M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», *cit.*, pp. 105-106, L. ORTEGA ALVAREZ: «Introducción», *cit.*, pp. 27 y ss., y R. JIMÉNEZ ASENCIO: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro (art. 13)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 241.

que por ello exigirá unos acuerdos donde se manifestarán las tensiones internas, ajenas al objeto de la negociación, que el propio precepto prevé al salvar de esa delimitación «los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública»¹⁵⁶.

Asimismo, el adelgazamiento del Estatuto encierra un problema adicional de calado para el propio objetivo pretendido del tratamiento igual a los «empleados públicos», con independencia del carácter de su vínculo. Es obvio que esa intención es importante en el EBEP¹⁵⁷, y de ella se ocupa el siguiente epígrafe, estudiando lo que esta Ley 7/2007 supone en el proceso de convergencia de los regímenes laboral y estatutario, esto es, en qué medida efectivamente se producen avances significativos en pos de un tratamiento no sólo conveniente, sino preciso para evitar agravios comparativos¹⁵⁸ —aunque, recuérdese, incluso aceptando la convergencia de las regulaciones, es poco conveniente la creciente realización de misiones iguales con modelos de organización diferentes¹⁵⁹—.

Debe destacarse que las piezas de este puzzle tampoco son fáciles de encajar. La regulación del EBEP es todo lo escasa que se ha podido. En ese menguado resultado se ha concentrado la unidad de laborales y funcionarios —sin perjuicio, valga la reiteración, de los colectivos que por diversas razones quedan fuera en mayor o menor medida de su ámbito de aplicación—. Para los funcionarios, existirá una importante normativa autonómica que afectará no sólo a ese ámbito sino también al local, e inmediatamente se producirá la diversificación, pues

¹⁵⁶ Sobre esta problemática, ampliamente, J. MAURI MAJÓS: «Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, pp. 304-308.

¹⁵⁷ En las pp. 23 y ss. del Informe de la Comisión de Expertos, con detalle, las razones que sostendrían que «La solución más adecuada es la elaboración de un Estatuto Básico para todos los empleados públicos»; con más contundencia, en p. 48 se afirma que «La Comisión no considera viable ni oportuno en la actualidad suprimir esa dualidad de regímenes jurídicos, aunque debe aproximarse todo lo posible el contenido de uno y otro».

¹⁵⁸ Detectados por la doctrina; cfr., por todos, J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Hacia un nuevo Régimen Jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, cit., p. 247. También es una preocupación constante de la Comisión de expertos (entre otras alusiones, cfr. pp. 23, 48, 178 ó 224), aunque sus recomendaciones a este respecto tampoco han encontrado completa acogida en el EBEP, como resalta J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones públicas», cit., p. 87.

¹⁵⁹ Consideración que propone C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 117, utilizando gráficamente la expresión «trastorno (afectivo) bipolar» para describir la actuación de la Administración Pública.

la normativa laboral es competencia exclusiva del Estado *ex artículo 149.1.7 CE*¹⁶⁰.

La recurrente apelación a la negociación colectiva como vía indirecta para conseguir disminuir esas divergencias, sin que ello suponga discutir su éxito a este respecto hasta la actualidad, no deja de suponer un parche de resultados inciertos en cuanto ingobernables, ni evita que en la situación descrita se advierta una «incoherencia funcional en el ámbito de la gestión de recursos humanos»¹⁶¹. No obstante, a este respecto conviene también recordar tanto que la consolidación de la negociación «conjunta» refuerza ese efecto colateral¹⁶², como que se ha acogido el consejo de los expertos, que ante la debilitación del acervo básico sugirieron la necesidad de que fuera «posible que las distintas Administraciones Públicas acuerden negociar en común con los sindicatos materias de la competencia de todas ellas —por poner un ejemplo, vacaciones o permisos—, a efectos de unificar u homogeneizar las condiciones de empleo o de evitar la espiral de los agravios comparativos territoriales. En tal caso, podría constituirse una Mesa General (o una composición especial de la ya propuesta) con representantes de todas las Administraciones, estatal, autonómica o local»¹⁶³.

¹⁶⁰ Esta consideración, por todos, en T. SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», cit., pp. 2105-2106, y L. AZEMAR I MALLARD: «Objeto, ámbito de aplicación y Leyes de desarrollo», cit., p. 151.

No obstante, la Comisión de expertos apuesta en su informe por una fórmula un tanto ambigua sobre las posibilidades de desarrollo por las Comunidades Autónomas de los «aspectos comunes»: «Por su propia naturaleza y contenido, el Estatuto Básico debe ser desarrollado, a partir de su aprobación, por las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas que regulen el empleo público. Estas leyes pueden comprender, como hasta ahora, la regulación del estatuto de los funcionarios propios o bien, como es deseable, extenderse también a la regulación de los preceptos comunes a aquéllos y a los empleados públicos con contrato laboral, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de legislación laboral que corresponde dictar al Estado, conforme al artículo 149.1.7.^a de la Constitución, en los demás aspectos no comunes» (p. 33).

¹⁶¹ L. ORTEGA ALVAREZ: «Introducción», cit., p. 18.

¹⁶² Tesis sostenida desde hace más de una década por R. ROQUETA BUI; cfr. «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», cit., p. 31, y la bibliografía allí citada.

Como manifiesta C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 127, es razonable suponer que la Jurisprudencia aceptará ya sin tantas reticencias un modelo de negociación mixta que cuenta con el respaldo legal, en el contexto, además, de advertir un reforzamiento de la autonomía colectiva en el EBEP como fuente reguladora del Derecho del Empleo Público (*ibid.*, p. 119).

¹⁶³ *Vid.*, p. 178.

3.3.2. Instrumentos de cooperación y colaboración

En todo caso, esa disgregación atribuida al «ejercicio legítimo» por cada Administración de sus «legítimas competencias», en la reiterativa terminología del artículo 99 que abre el Título VIII de la Ley dedicado a la *Cooperación entre las Administraciones públicas* ha de acompañarse de esta caracterización de la actuación pública, que cuenta con su consagración constitucional en el artículo 103.1 CE. También con sinceridad en esta ocasión advierte la Exposición de Motivos que «los órganos e instrumentos de cooperación entre las Administraciones Públicas (...) se consideran esenciales para garantizar la coherencia y comunicación del sistema de empleo público en su conjunto».

De entrada, para valorar la trascendencia de esta materia, conviene advertir que se está desarrollando el último «fundamento de actuación» listado en el artículo 1.3 EBEP al definir el objeto de la Ley 7/2007, y la identificación del principio de cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público como tal fundamento de actuación constituye una concreción particular de los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación que, *ex* artículo 103.1 CE, deben presidir la actuación de la Administración Pública.

En este punto, también, la aportación de los expertos ha sido definitiva, y los órganos existentes, de inoperancia acreditada ¹⁶⁴, se han sustituido por la Conferencia sectorial y la Comisión de Coordinación del Empleo público reguladas en el artículo 100 del EBEP ¹⁶⁵.

Ahora bien, la clara toma de conciencia sobre los problemas existentes —v. gr., que «se han de establecer instrumentos de colaboración que faciliten la movilidad voluntaria de los funcionarios entre distintas Administraciones, lo que constituye una justa y extendida reivindicación de los empleados públicos» ¹⁶⁶—, no debe llevar a confusión sobre

¹⁶⁴ Cfr. en el Informe §§ 106 a 108 y J. MORCILLO MORENO: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», en VV.AA. (dir. L. Ortega Alvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, pp. 662-663.

¹⁶⁵ No se puede oponer salvedad alguna a la valoración del propio legislador: «Se ha optado en este caso por suprimir el Consejo Superior de la Función Pública, dada la escasa operatividad que ha tenido este órgano y porque las funciones de que fue dotado hace más de veinte años han sido ya sustituidas en la práctica por la actividad de los órganos de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y por las Mesas de Negociación y otras vías de participación de las organizaciones sindicales. En la Conferencia Sectorial correspondiente y en la Comisión de Coordinación del Empleo Público se prevé la presencia de una representación de la Administración Local que, no en vano, integra en la actualidad aproximadamente la cuarta parte de los empleados públicos».

¹⁶⁶ Así indicado en la Exposición de Motivos. En este punto era más exigente el Informe de los Expertos, que pedía «unas prescripciones mínimas que permitan equilibrar

lo acaecido. Se ha realizado el diagnóstico, sí, pero para la enfermedad sólo se ha indicado el centro médico de atención —la coordinación es «imprescindible»¹⁶⁷—, no se ha dado un remedio. Aunque se han analizado también las razones del fracaso de los anteriores órganos de cooperación¹⁶⁸, nada garantiza que la reforma alcance resultados, y lo creado no deja de ser una mera estructura administrativa, y no, por continuar con el ejemplo propuesto, una regulación del derecho del empleado público para ejercer la movilidad interadministrativa.

Incluso al contrario, hay quien sostiene que, haciendo una vez más de la necesidad virtud, la cooperación se plantea como un recurso al servicio de la autoorganización¹⁶⁹, o se recuerda que «existe un deber general y recíproco de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no es preciso justificar mediante preceptos concretos»¹⁷⁰. Sin ánimo de incidir en reduccionismos simplistas, lo cierto es que la autonomía está consagrada en la norma, y la cooperación se deja a la buena voluntad con que se realicen los trabajos de esos órganos que se crean en el EBEP¹⁷¹, sobre la base de que es una aspiración concretada en el texto legal¹⁷², pero que no añade nada en este orden que no existiera antes, con los frutos ya conocidos, a salvo, claro está, de lo que

la inevitable y deseable diversidad con las exigencias de la coordinación del sistema ... y que faciliten el ejercicio del derecho de los empleados públicos a la movilidad interadministrativa».

¹⁶⁷ «Por lo que se refiere al sistema de empleo público, la exigencia de coordinación ha estado siempre presente desde la creación de las Comunidades Autónomas, máxime si se tiene en cuenta que una parte considerable del personal al servicio de éstas procede de las transferencias del Estado. Pero, en un modelo que ha alcanzado cotas de descentralización tan elevadas como el nuestro y que, como propugnamos en este Informe, debe reducir a un mínimo la legislación básica o común, esa coordinación es sencillamente imprescindible. Cuanto mayor es el volumen del empleo público descentralizado y mayor es el margen de regulación propia de cada Administración, más se advierte la importancia de contar con un esquema de coordinación entre todas ellas que sea adecuado y efectivo».

¹⁶⁸ Más allá de la distinción terminológica entre colaboración y cooperación; *vid.*, al respecto, destacando la trascendencia del cambio de denominación, J. RAMÓN MORERA: «Cooperación entre las Administraciones Públicas (arts. 99 y 100)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 936.

¹⁶⁹ Cfr. A. PALOMAR OLMEDA: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», cit., pp. 554-555.

¹⁷⁰ J. MORCILLO MORENO: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», cit., p. 659.

¹⁷¹ Sin perjuicio de introducir algunos instrumentos que hagan posible esa tarea posterior, como, por ejemplo, lo relativo al Registro que se *exige* a la Conferencia sectorial que establezca en el artículo 71.3. Ya el Informe de los expertos descartó la posibilidad de llevar a término imposiciones en este punto, aún reconociendo que era «una de las sugerencias que con más frecuencia ha recibido esta Comisión» (p. 126), y limitaba la virtualidad del EBEP a impulsar acuerdos y convenios entre administraciones y crear un sistema de homologaciones que los haga viables (p. 127).

¹⁷² Cfr. artículo 84.

toca al proceso de transferencias, en el que la movilidad se enmarca en un contexto con unos referentes bien diversos ¹⁷³.

En fin, en la medida en que el desarrollo en general de la norma cuenta como clave crucial con la «responsabilidad y sentido de Estado», ya se han escuchado pronósticos no excesivamente optimistas ¹⁷⁴.

4. DEL «EMPLEADO PÚBLICO»

4.1. Una rúbrica tan ambiciosa como elocuente ... y relativamente veraz

4.1.1. Un propósito que alcanza a laborales y estatutarios

La Ley 7/2007 no se ocupa del «estatuto de los funcionarios públicos» pedido por el artículo 103.3 CE, o no sólo de él, sino que con más ambición, como es conocido, pretende amparar bajo su paraguas todas las relaciones de servicios recibidas por las Administraciones públicas, aunque sean no bajo especie estatutaria sino en ejecución de un contrato de trabajo ¹⁷⁵.

Desde hace tiempo constituye una afirmación pacífica la apreciación de una convergencia de regímenes jurídicos entre funcionarios y laborales al servicio de las Administraciones públicas ¹⁷⁶, y eso permite ahora pretender la existencia de esa nueva categoría que serían los empleados públicos. Más adelante se analizará si existe ese concepto y cuál sea su alcance, en su caso, pero como declaración de voluntad es indiscutible que la Ley asume un postulado trascendente. En efecto, se acepta esa tendencia de aproximación como un fenómeno positivo, e incluso otorgándole esta especie de marchamo que constituiría su aparición en el mundo legal, se impulsa ese proceso de acercamiento, con un paso tan trascendente como el de aglutinar a estatutarios y laborales, que serían estos empleados públicos a los que se otorga su propio Estatuto ¹⁷⁷. Se estaría abriendo una nueva etapa que superaría los fenóme-

¹⁷³ Sobre esta cuestión, cfr. artículo 88.

¹⁷⁴ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», cit., p. 55.

¹⁷⁵ Sobre las diversas posturas en torno al alcance que debía darse al ámbito subjetivo del Estatuto, por todos, A. V. SEMPERE NAVARRO y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO: «El personal laboral del sector público», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2007.

¹⁷⁶ Por todos, M. J. RODRÍGUEZ RAMOS, *El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1997, y F. CAVAS MARTÍNEZ: «Propuestas para un estatuto básico del empleado público», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, p. 385.

¹⁷⁷ Afirmando ese propósito como algo indudablemente explícito en la Ley 7/2007, y señalando que es una intención también abiertamente reconocida de los representantes

nos tradicionales de convergencia en instituciones, regulación conjunta de alguna, o contemplación de la actuación de la negociación colectiva en esa dirección ¹⁷⁸.

Los términos de esa confluencia también están explicados en la Exposición de Motivos. Para empezar, existe un género que contaría con especies, pues no se niega la «dualidad de regímenes» que excluye la unión absoluta, por otra parte desdramatizada en cuanto que constituye un fenómeno «presente también con unas u otras peculiaridades en la mayoría de los Estados europeos». Precisamente tal dualidad que no se aspira a suprimir por razones tanto de imposibilidad legal como de tradición ¹⁷⁹, es lo que, de forma un tanto alambicada, sostiene la necesidad de esa regulación unitaria, pues la doble vía de prestación de servicios «suscita no obstante algunos problemas jurídicos y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse, en sus aspectos esenciales, por una ley que aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto».

En definitiva, si «el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado», constituiría una «solución transaccional» que sin acabar con la dualidad de regímenes profundiza en el proceso de aproximación con una «unidad parcial» ¹⁸⁰,

del personal que negociaron el texto, cfr. V. MANTECA VALDELANDE: «Novedades y aspectos generales del Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Administrativa*, núm. 15, 2007, p. 1797.

¹⁷⁸ Esa clásica identificación de las tres vías que contribuyen a la aproximación, por ejemplo, en R. ROQUETA BUJ: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», cit., p. 32.

¹⁷⁹ Así, la Comisión de expertos razona la dualidad de regulaciones negando que sea posible irse a ninguno de los polos de la alternativa, pues «la opción de dotar a todos o a la inmensa mayoría de los empleados públicos de un estatuto funcionarial en sentido estricto resulta poco factible. Así lo demuestra la experiencia histórica, no sólo en nuestro país sino en otros de nuestro entorno, ya que incluso en aquéllos que tienen una más acendrada tradición de función pública estatutaria se ha tenido que recurrir para determinadas funciones o tareas a regímenes contractuales, buscando una mayor flexibilidad. De otro lado, la funcionarización generalizada sería poco adecuada y menos aún comprensible en algunos sectores del empleo público, como por ejemplo, las entidades públicas empresariales. Una opción semejante no haría, en la práctica, sino incrementar probablemente las vías de escape del régimen funcionarial», y, de otro lado, «la alternativa consistente en una laboralización general de la relación de empleo público, aún con excepciones y con salvaguarda de sus peculiaridades, que es la que han adoptado algunos países europeos, resulta difícil de proponer en nuestro caso, pues tropieza con los límites constitucionales que hemos avanzado y, más allá de ellos, con una tradición arraigada, que no es posible desconocer y que tampoco resulta útil abolir, en la medida en que el régimen de los funcionarios públicos adquiriera los elementos de flexibilidad hoy imprescindibles» (p. 24).

¹⁸⁰ Explicando así el propósito de la norma, por todos, C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 126.

por lo que la regulación del empleado público surge a partir de la yuxtaposición a la tradicional normativa propia del funcionariado de la que es específica del personal laboral que presta servicios a tan particular empleador¹⁸¹. Sin ánimo de introducir confusión, lo que explica la Exposición de Motivos, y ha de convenirse con ella, es que se regula conjuntamente a los empleados públicos precisamente porque se mantiene la alternativa entre funcionarios y laborales, y esa diversidad aconseja que sea «controlada» tratándose en el mismo texto, sin disquisiciones más profundas al respecto, de forma que, de entrada, la ambición del texto legislativo no es desmedida, pese a lo que la rúbrica legal pudiera inducir a pensar.

4.1.2. *Los «agujeros» en el ámbito de aplicación*

Únase a lo señalado que pese a la contundente insistencia del Informe de los expertos para que en la casa del EBEP entraran todos los empleados públicos, utilizando el concepto más extenso imaginable a este respecto¹⁸², ha sido escaso el pudor con el que se ha permitido que las situaciones que se pretendía reconducir se mantengan, como acreditan, sustancialmente, las Disposiciones Adicionales Primera y Quinta¹⁸³.

¹⁸¹ Al respecto, razona la Exposición de Motivos: «Es más, como la experiencia demuestra y la jurisprudencia de los Tribunales subraya, la relación laboral de empleo público está sujeta a ciertas especificidades y por eso algunos principios, como los de mérito y capacidad en el acceso, y ciertas normas de derecho público, como el régimen de incompatibilidades, vienen siendo de aplicación común al personal estatutario y al laboral. Más aun, la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta este momento, ha tenido como consecuencia una creciente aproximación de las condiciones de empleo que les afectan. Por eso, sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda y siguiendo las recomendaciones de los expertos, conviene regular en el mismo Texto Legal que articula la legislación básica del Estado sobre la función pública aquellas peculiaridades de la relación laboral de empleo público. El presente Estatuto contiene, pues, también las normas que configuran esta relación laboral de empleo público, en virtud de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.7.ª de la Constitución».

¹⁸² Sin perjuicio, por supuesto, de salvedades justificadas, algunas incluso impuestas por la propia Constitución, arranca el Informe de los expertos señalando la «Necesidad de definir el ámbito de aplicación», operación a realizar «con cuidado, ya que uno de los objetivos de la propuesta es que, a diferencia del pasado, no existan grupos de empleados que merezcan la condición de públicos exentos de los principios y reglas comunes que deben regirlo, en virtud de artificios jurídicos o formales. En consecuencia, deben contemplarse dos cuestiones: a los empleados de qué entidades debe aplicarse el Estatuto y si puede o deber haber algún grupo o colectivo de empleados públicos a los que dicho Estatuto no se aplique» (p. 27), a lo que sigue en las páginas siguientes una fundada argumentación de la extensión que debería llevarse a cabo a entidades que hasta entonces han conseguido «huir del régimen del empleo público».

¹⁸³ La primera de ellas admite una aplicación muy parcial a ámbitos determinados —«Los principios contenidos en los arts. 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las

Ya se hizo una breve referencia a este particular, sobre el que conviene incidir ahora para advertir una primera falla trascendente en cuanto al pretendido ámbito globalizador de la norma.

Teniendo en cuenta que la abortada operación se consideraba algo esencial por los expertos, el alcance de la apelación al empleado público en la denominación de la norma puede ser considerado hasta algo inexacto o cuando menos equivoco ¹⁸⁴. En efecto, tras la operación sistematizadora y reunificadora latía también algo más que un maquillaje frente a los tratamientos diversificados. Se pretendía combatir un fenómeno ya aludido, el escapismo practicado de formas y maneras diversas por las Administraciones públicas ¹⁸⁵. Tampoco es el lugar y momento de explicar esos procesos —valga con traer a colación el acaecido en el ámbito de la sanidad pública hace menos de una década, abiertamente debatido en la sociedad ¹⁸⁶—, pero sí de recordar que la eliminación de toda vía de huida contaba con una trascendencia más que notable, pues ante un fenómeno de crecimiento casi exponencial, mezclado con ramificaciones mercantiles y de ingeniería también administrativa, la garantía de que serían fórmulas inútiles para eludir esta Ley constituía un requisito necesario para que su nacimiento no se produjera ya sujeto a importantes amenazas ¹⁸⁷, y el resultado final conduce a concluir contundente-

entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el art. 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica»—. La muy criticada Disposición Adicional Quinta, tanto por su contenido como por su redacción —habrá de dar cobertura a organismos que no son reguladores—, permite incluso que escapen no sólo entidades ahora mismo fuera del EBEP, al prescribir eufemísticamente que «Lo establecido en el presente Estatuto se aplicará a los organismos reguladores de la disposición adicional décima, 1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en la forma prevista en sus leyes de creación».

¹⁸⁴ Quizá excesiva la apreciación aquí propuesta; para M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», cit., p. 54, con menos vehemencia «no se ha logrado del todo», y anima a dar la bienvenida a una norma con la que se pretende establecer un régimen común.

¹⁸⁵ Cfr. especialmente § 7.

¹⁸⁶ Por todos, cfr. A. MONTAÑA MELGAR: «El personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud», en VV.AA.: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, CGPJ, 2000.

¹⁸⁷ Véanse las consideraciones que al respecto realizan los expertos en pp. 29-30 de su Informe, afirmando, por ejemplo, que «Con frecuencia la creación de estas entidades de naturaleza jurídica privada ha tenido por finalidad, precisamente, huir del régimen del empleo público y más en concreto de la función pública en sentido estricto. Pero, sin perjuicio de la flexibilidad requerida, no es aceptable que este tipo de opciones organizativas persiga o tenga como consecuencia la inaplicación de los principios constitucionales».

Ya antes de la proliferación de este tipo de actuaciones se había planteado la problemática de la identificación del empresario y la posibilidad de aplicar la figura del grupo de empresas. Por todos, cfr. T. SALA FRANCO, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, 1989, pp. 74-75, y M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas*, Civitas, 1996, p. 30.

mente al propio prof. SÁNCHEZ MORÓN que «la *huida* del nuevo régimen general del empleo público ha empezado a producirse ya en el mismo texto del Estatuto Básico»¹⁸⁸.

4.1.3. ¿Un Estatuto de los «empleados públicos»?

A la pregunta que se utiliza para titular este epígrafe ya se ha dado una cierta contestación, advirtiendo que en todo caso se plantea como un género con dos especies, y que en realidad se trata de regular en la norma todo lo propio de una de ellas y sólo lo que le diferencia del trabajador común en la otra. Lo que ha de cuestionarse ahora es si el centro de imputación de esta regulación, realmente, son los que prestan servicios o la Administración que los recibe.

Como ha habido ya ocasión de poner de relieve, si algo caracteriza de forma transversal la Ley, es su apuesta por la diversidad¹⁸⁹. Diversidad entre niveles territoriales, diversidad dentro de cada uno de ellos en función de la autoorganización, diversidad derivada de la variedad de entes instrumentales posibles de actuación¹⁹⁰, diversidad para acometer tareas variadas ... Tanta diversidad conduce a que realmente la perspectiva de considerar esta Ley un Estatuto de los empleados públicos no deje de constituir un cierto voluntarismo, en la medida en que son precisas posteriores concreciones de tal calado que darán lugar a diferencias en absoluto desdeñables: si la Ley es un catalizador de la variedad, al mismo tiempo no puede estar creando una categoría común de los «empleados públicos», o desde luego se tratará de un concepto no precisamente colmado de contenido¹⁹¹.

Por el contrario, la exigua consistencia de ese pretendido «empleado público» se sostiene, fundamentalmente, no sobre unos rasgos propios, sino sobre la identidad del empleador; lo que aglutina tanta variedad es que en último término recibe la prestación de servicios una Administra-

¹⁸⁸ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 35. R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 84, confía en los desarrollos autonómicos para reconducir la cuestión.

¹⁸⁹ Objetivo fundamental que sin paliativos dictaminaron los expertos, afirmando en el Informe que «Lo que debe conseguirse es un texto legal que ... abra aquellos espacios a la diversidad que permitan mejorar el funcionamiento de todas las Administraciones», en el contexto de una alusión a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que «se aplican en la elaboración de nuevas normas en la Unión Europea» (p. 41).

¹⁹⁰ Que no se considera un fenómeno a combatir, sino, por el contrario, un signo de modernidad en la evolución de la Administración de las tres últimas décadas; cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 32.

¹⁹¹ Advirtiendo incluso un condicionante constitucional que lleva a la «incoherencia estructural del modelo de empleo», cfr. las consideraciones recogidas en L. ORTEGA ALVAREZ: «Introducción», cit., pp. 20-21.

ción¹⁹². ¿Sería más realista reconocer que es el Estatuto de la Administración como receptora de servicios?

Esta inversión del punto de vista no es un bizantinismo que trate de dotar de relevancia a la contemplación de haz y envés de la misma hoja. Por el contrario, es significativa del trasfondo que late en esta reforma de la función pública y sus aledaños. La preocupación del legislador no transita más que instrumentalmente por lo que sería un Estatuto de los empleados públicos, esto es, sus derechos y obligaciones, sino que se pretende dar un paso en la modernización de la Administración, que tiene en el régimen de sus recursos humanos una de las claves de su actuación.

La Ley 7/2007 en este punto tampoco oculta su complejidad. Al abrirse en el artículo 1.º definiendo su finalidad, advierte que desde luego «El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación» y que «Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», pero junto a esos referentes que agotarían la rúbrica de la norma, sin embargo un apartado 3 del mismo precepto, mucho más extenso que cualquiera de los incisos que le anteceden, proclama que «Este Estatuto refleja, del mismo modo», unos denominados «fundamentos de actuación» que, en su mayor parte, guardarían como mucho una relación tangencial con ese régimen jurídico de los empleados públicos, que propiamente está contenido en el Título III —auténtico Estatuto de los empleados públicos—.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre la verdadera inspiración principal de la norma estudiada, cabe concluir ahora que la equiparación de regímenes como fundamento que podría sostener la categoría de empleado público ha contado con una recepción escasa, y por el contrario, todo lo que pudiera tener de artificial esa categoría lo tiene de real la otra perspectiva aludida, esto es, la intención de ordenar qué pueden hacer las Administraciones Públicas como receptoras de servicios *con independencia* de la variedad de supuestos y regímenes jurídicos en que se relaciona con trabajadores y funcionarios.

Cosa diversa es que el régimen de los empleados públicos de las Administraciones, estatutarios y laborales, en la práctica se venga acercando. Aquí lo que se trata es de poner de relieve la incidencia de la Ley 7/2007 en este punto, mediante la introducción del concepto de emplea-

¹⁹² Las dificultades para encontrar un sustrato común, y por tanto proceder a esa definición del término acuñado, reducido finalmente al desempeño de una función retribuida en el seno de una Administración Pública al servicio de los intereses generales, en X. BOLTAINA BOSCH: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», cit., pp. 158-159.

do público, y no siendo esa su perspectiva e intención, difícilmente podía conducir a tal efecto¹⁹³. Es decir, como se ha afirmado, su denominación sugeriría un contenido que no se ve acompañado por las prescripciones concretas que lo integran, a lo que ahora ha de añadirse que ello es así porque esta disposición no tiene como objetivo contribuir a ese acercamiento, pese, valga la reiteración, a las impresiones que se hayan querido transmitir con la rúbrica de la Ley. Así se explica también la grave quiebra en su coherencia perpetrada respecto de su ámbito de aplicación, muy poco lógica para si se trataba de acercar regímenes en el alumbrado concepto de empleado público, muy lógica si se buscaba mantener la máxima flexibilidad a disposición de las Administraciones Públicas.

Sin ánimo de cargar las tintas, tampoco conviene entonces ocultar la sensación agridulce que provoca la utilización de un concepto que encierra una cierta trampa, pues tras ese señuelo lo que se ha introducido en la Ley 7/2007 es, básicamente, una reordenación del planteamiento de actuación de la Administración e instrumentos con que cuenta, no un acercamiento hacia la unificación de los regímenes de laborales y funcionarios, ofreciéndoles ese Estatuto conjunto. Las propuestas que desde hace tiempo están sobre la mesa tendentes a la unificación de ambas categorías formalmente han tenido cierta acogida, pero materialmente el punto actual no difiere excesivamente del anterior a este rimbombante Estatuto Básico.

4.2. La convergencia de instituciones en la Ley 7/2007

4.2.1. *Un propósito y sus dificultades*

La banalidad a estos efectos de la nueva categoría legal del «empleado público», no impide que se asuma expresamente como objetivo principal —«idea central que subyace al Estatuto Básico», en expresión del Informe—, la aproximación, «en términos razonables y lógicos, de las condiciones de trabajo de los empleados públicos que realizan funciones equivalentes y poseen unas mismas competencias, con independencia del vínculo jurídico que les une a la Administración»¹⁹⁴.

¹⁹³ No es en absoluto una opinión incontrovertida. Por ejemplo, con la autoridad de quien procede, afirma L. E. DE LA VILLA GIL: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», cit., pp. 19-20, que sin perjuicio de que «las diferencias siguen siendo considerables», «el EBEP da un paso relevante hacia la unificación de sus condiciones de trabajo». Sin negar que en instituciones concretas así ocurre, la valoración aquí realizada se refiere a su planteamiento de conjunto, en cuanto apuesta claramente por la diversidad pese a promover una aparente categoría unitaria.

¹⁹⁴ Informe, p. 160. Es tan trascendente esta idea como para que M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., lo constituya en uno de los tres ejes que articulan el nuevo texto legal.

Esa perspectiva también es discutible. Por una parte, como se ha indicado, en el interior del EBEP conviven dos regulaciones —se podría hablar de dos Estatutos—, y en la medida en que la norma es básica, propiamente la regulación de la función pública ni siquiera incluye todo lo que le diferencia o acerca al mundo laboral intradministrativo o al externo, si no sólo lo que «es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas», como advierte la Exposición de Motivos. Y además, incluso desde el estricto punto de vista de los funcionarios, la preponderancia en determinados sectores de sus propios «estatutos» hace que tampoco a esos efectos se pueda hablar de un Estatuto único¹⁹⁵.

En realidad —y es algo ya apuntado al abordar el riesgo de fragmentación—, el propio concepto de Estatuto básico supone el peor instrumento para la búsqueda de la unificación de regímenes o su avance en esa dirección. La interpenetración matemáticamente se expresaría como el máximo común denominador entre laborales y estatutarios. Con idéntico lenguaje, sin embargo, el carácter básico de la Ley hace que lo pretendido con la regulación funcionarial sea el mínimo común denominador posible. Añádase a ello que, como ya se ha indicado, la legislación laboral es competencia estatal, con lo que los acomodos que se lleven a cabo en cada Comunidad Autónoma no van a poder acompañarse de medidas legislativas similares para los *laborales* de ese entorno. En tanto en cuanto esta Ley pretende un «adelgazamiento» del acervo compartido entre los distintos segmentos de la función pública, necesariamente el común con los laborales en el EBEP no puede crecer (con causa en el EBEP, claro, pues otras fuentes de acercamiento pueden existir, y de hecho existen, pero ahora toca examinar la opción de la Ley 7/2007¹⁹⁶).

Ante tantos obstáculos, es tan significativa como razonable la rebaja de la intensidad con que se ha presentado la intención de la norma, que pasa de referirse en el primer Anteproyecto al establecimiento de «las normas comunes aplicables al resto de los empleados de las Administraciones Públicas que presten servicios en régimen de derecho laboral», a una simple «determinación de las normas aplicables» a ese personal en el texto aprobado¹⁹⁷. Igualmente es útil para una composición de

¹⁹⁵ En este sentido, *vid.* A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, cit., p. 19.

¹⁹⁶ En esta dirección discurren las «dos críticas mayores» que T. SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», cit., p. 2119, dirige a la normativa aprobada, recordando que el carácter mínimo de la regulación estatutaria no permite un desarrollo paralelo al funcionarial en el ámbito laboral, unido a la «tendencia autocontenida» hacia la unificación de regímenes, causa de importantes «dudas interpretativas», ya aludidas.

¹⁹⁷ Subrayando este particular, L. AZEMAR I MALLARD: «Objeto, ámbito de aplicación y Leyes de desarrollo», cit., p. 127.

lugar correcta volver la vista a los términos en que se determina la aplicación del EBEP al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Recuérdesse que la inicial redacción propuesta para el precepto —«*el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y del sector público se rige por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan, por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables*»— difiere de la versión finalmente aprobada¹⁹⁸, que invierte el orden en que enumera las fuentes para subrayar como idea-fuerza que el EBEP regula el régimen del personal funcionario y no el del personal laboral, pues este último se rige por la legislación laboral, y las normas del EBEP sólo le son aplicables cuando así lo determina el propio Estatuto, planteamiento incontestable cuando se contempla la utilización del adverbio «además»¹⁹⁹.

En efecto, con razón se ha dicho que la diversidad de reglas es lo más frecuente, y el «objetivo esencial» perseguido es el de «establecer especificaciones y matizaciones respecto al personal laboral público en relación ahora a la normativa laboral general»²⁰⁰.

4.2.2. ¿Qué se entiende por la «convergencia de regímenes» en la Ley 7/2007?

En este punto es oportuno volver la vista a sólidas construcciones que la doctrina ha ofrecido sobre ese proceso de asimilación entre laborales y funcionarios. La mención en la Constitución a la existencia de dos Estatutos, para trabajadores y funcionarios respectivamente, se ha considerado que no constituía un óbice insalvable para ese acercamiento²⁰¹, y de hecho ya se apostó por una categoría generalizada en la Ponencia temática del Congreso de 2000²⁰², ante la que no constituye

¹⁹⁸ Al prosperar las enmiendas núm. 337 y 57 del Grupo Parlamentario Popular.

¹⁹⁹ Sobre el alcance de ese precepto, tomando de allí la idea expuesta, A. V. SEMPERE NAVARRO y J. LUJÁN ALCARAZ: «Artículo 7», en VV.AA. (dir. J. L. Monereo Pérez): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, 2008.

²⁰⁰ S. DEL REY GUANTER: «Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico», cit., p. 100.

²⁰¹ De hecho, para algunos autores ni siquiera la mención a un Estatuto debe identificarse con un concreto texto legal unificador de toda la materia [así, C. ROMERO REY: «Derechos de los empleados públicos», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, cit., p. 179].

²⁰² Esa propuesta en E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas» cit., pp. 138-140. Y que sería perfectamente posible con sus medidas transitorias, como ha acreditado el proceso experimentado por la sociedad estatal de Correos y Telégrafos, S. A. [Sobre los sucesivos pasos dados por el ordenamiento a este respecto, ampliamente, A. V. SEMPERE NAVARRO y J. LUJÁN ALCARAZ: «Artículo 5», en VV.AA. (dir. J. L. MONEREO PÉREZ): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit.]

barrera suficiente oponer la trascendencia concedida a la inamovilidad como sustento de esa divergencia²⁰³, cuando al tiempo se obliga a la readmisión si el despido es improcedente²⁰⁴.

Por el contrario, con razón se ha afirmado que se incurría en un cierto nominalismo pretendiendo unas categorías separadas que, en la práctica, con la introducción de la negociación colectiva en el ámbito estatutario, y los apartamientos de la legislación laboral que se han aceptado como algo natural ante un empresario tan característico²⁰⁵, habrían sido superadas²⁰⁶. Ya poco más que la jurisdicción diferente restaba, y a ese respecto incluso el EBEP contiene algún progreso²⁰⁷, sin que en todo caso tuviera que constituir un valladar infranqueable, como demuestra, por ejemplo, la historia reciente del personal estatutario de los servicios de salud²⁰⁸.

²⁰³ De acuerdo con la Exposición de Motivos: «(...) se incluye un listado de derechos básicos y comunes de los empleados públicos, diferenciando eso sí el más específico derecho de los funcionarios de carrera a la inamovilidad en su condición, que no debe contemplarse como un privilegio corporativo sino como la garantía más importante de su imparcialidad (...)».

Sobre la caracterización de ese derecho, al que tampoco se quiso de forma expresa privar de esa denominación durante la tramitación legal (C. ROMERO REY: «Derechos de los empleados públicos», cit., p. 187), cfr. R. MANZANA LAGUARDA, *Derechos y deberes de los funcionarios*, Tirant, 2006, p. 220.

²⁰⁴ Para R. PARADA, *Derecho del empleo público*, cit., p. 63, incluso es mayor la estabilidad de los laborales.

Ya se ha dicho que constituye «un último bastión cada vez menos diferencial» [J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (Sobre la laborización de alguno de los núcleos duros de la función pública)*], y en este punto la regulación ha sido completamente continuista [M. FÉREZ FERNÁNDEZ: «Pérdida de la relación de servicio (arts. 63 a 68 EBEP)», en VV.AA. (dir. L. Ortega Alvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, p. 503].

²⁰⁵ Reducidos en la opinión común a lo que tiene que ver con el acceso a la condición de trabajador en la Administración pública, aunque aparecen otros frentes si se atiende con detenimiento a la cuestión. Una perspectiva reciente utilizando una formulación pedagógica en J. PINAZO HERNÁNDEZ: «Aplicación del Derecho Laboral Común al denominado sector público», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 699, 2006.

²⁰⁶ J. GARCÍA MURCIA: «La regulación del trabajo en la Administración Pública: una perspectiva general», cit., pp. 20-21.

²⁰⁷ Proponiendo una solución similar a la que se ha arbitrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», cit., p. 52.

En concreto sobre el contenido del artículo 44, y la polémica que ya generaba la opción adoptada por la LORAP, cfr. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO: «Artículo 44», VV.AA. (dir. A. PALOMAR OLMEDA y A. V. SEMPERE NAVARRO, coord. R. Y. QUINTANILLA NAVARRO): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 353; con carácter general sobre la diferenciación jurisdiccional repasando todas las cuestiones relativas a la contratación laboral, A. V. SEMPERE NAVARRO y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Aranzadi, 2003, pp. 39 y ss.

²⁰⁸ Por todos, cfr. E. LASAOSA IRIGOYEN: «Sobre el personal estatutario sanitario y la derogación tácita del art. 45.2 de la LGSS de 1974», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2007 y A. PALOMAR OLMEDA: «El fuero jurisdiccional de enjuiciamiento de las cuestiones de aplicación del régimen estatutario del personal sanitario», *Aranzadi Social* núm. 9, 2005.

Ante ese proceso se sitúa la Ley 7/2007, y se ha valorado positivamente, como se ha indicado, que constituya la primera disposición que de una manera global afronta la regulación conjunta de funcionarios y contratados laborales. Ese dato, desde luego cierto, abre sin embargo un interrogante sobre el enfoque con el que se ha planteado un proceso que venía siendo más un fenómeno natural, en todo caso impulsado por las organizaciones sindicales en la negociación colectiva persiguiendo acabar con los citados agravios comparativos mejorando la situación de ambos colectivos, y que ahora ha llevado al legislador a tener que adoptar un posicionamiento al respecto. A este respecto, el análisis cabe realizarlo en al menos dos planos, que se encuentran relacionados: tanto la caracterización de las instituciones respectivamente trasvasadas, como la influencia de los ordenamientos laboral y administrativo en el impulso de esta peculiar mixtura.

En cuanto a la primera de ellas, el EBEP ha pretendido ofrecer a la Administración las mejores ventajas de cada uno de los regímenes. Reduciendo la cuestión a un esquema cronológico, en primer término la introducción y generalización de laborales ha servido como excusa, por comparación, para flexibilizar las reglas de los funcionarios —hay que evitar la fuga²⁰⁹—, mientras que, al tiempo, a los contratados se pretende extender los perfiles más favorables para la Administración de la relación de servicios funcionarial. Dado ese paso, las Administraciones Públicas cuentan con las ventajas de ambos sistemas: el régimen estatutario es diseñable de forma tan flexible como la legislación laboral, pero sin su carácter estatal puede amoldarse a los deseos y pretensiones de cada una de ellas; si contratan, se encontrarán con un Derecho del Trabajo que no les priva de sus principales prerrogativas recogidas en el régimen estatutario.

De alguna manera la cercanía fáctica puede ser similar o más intensa, pero variando los puntos de encuentro y separación, y sin que las nuevas materias de confluencia generadas por la Ley 7/2007 permitan pronosticar el acogimiento de la razonable propuesta doctrinal, que postulaba que tal proximidad se viese acompañada también por

²⁰⁹ Los expertos rubrican significativamente uno de los epígrafes de su Informe, dentro del primer capítulo —*Por qué un Estatuto Básico del Empleado Público*— con el aserto «La uniformidad y rigidez del régimen jurídico de la función pública ha provocado su sustitución parcial por el derecho laboral y la consolidación de un modelo dual de empleo público».

Descuéntese que en algunos momentos tuvo una incidencia estadística apreciable lo que F. CAVAS MARTÍNEZ denomina la «asalarización» de ciertos trabajadores públicos, refiriéndose a personal que desde una relación funcionarial o estatutaria con la Administración, pasan al ámbito laboral como consecuencia de la privatización de servicios administrativos (cfr. «Propuestas para un estatuto básico del empleado público», cit., p. 388).

una proporcional disminución de la distancia jurídica ²¹⁰. En el EBEP, entonces, la equiparación en buena medida es un simple medio al servicio del fin que con carácter principal persigue, que es dotar de instrumentos flexibles a las Administraciones Públicas, y por eso, como se ha dicho, la recíproca incorporación de instituciones propiciada por la ósmosis, suele suponer elegir en cada caso lo más conveniente para la Administración.

En efecto, en ese acercamiento en las «relaciones individuales» el funcionario ha recibido, sobre todo, la flexibilidad del Derecho del Trabajo, y a la relación laboral se han incorporado factores que garantizan la posición exorbitante de la Administración —acentuados en el EBEP—. Y aunque un funcionario/laboralizado o un laboral/funcionariado dan lugar a imágenes bastante similares, no hay que olvidar que la dirección de los flujos, como tendencia general, ha sido la indicada. Por ello, una consecuencia importante de este proceso será que dadas las posibilidades de diversificación abiertas al régimen funcional, el porcentaje de laborales no continuará creciendo, una vez que, como solicitaba la Comisión de Expertos, se ha operado la «difuminación» de sus diferencias con el resto de los empleados públicos, para que desaparezcán las razones estratégicas de la preferencia por el régimen laboral ²¹¹.

Ese mimetismo en materias claves, como la temporalidad, se ha pretendido sin rubor ²¹². De la misma forma, las clásicas instituciones propias de la función pública, garantes de la imparcialidad y objetividad de la actuación de los funcionarios, son sustituidas por otras que priman la búsqueda de la eficacia de la organización. Un magnífico ejemplo, descontado ya que la inamovilidad no se refiera al puesto de trabajo ²¹³,

²¹⁰ E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas» cit., p. 55.

²¹¹ Cfr. en el Informe, pp. 24-25.

²¹² Reconoce esa vinculación *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», cit., p. 97.

Vid. los supuestos de funcionarios interinos que describe el artículo 10.1 EBEP, sin duda inspirados en la regulación más clásica del artículo 15 ET. Acerca de esa relación y los problemas derivados de acudir a esta institución, remite M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR a su *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, 2006, pp. 280 y ss., al tiempo que critica esta inspiración en el ámbito laboral augurando un incremento de las tasas de temporalidad.

²¹³ Durísima la crítica del Informe de los expertos sobre este particular, en su conexión con la provisión del puesto de trabajo: «Los riesgos de una inadecuada selección por concurso se agravan ante las consecuencias prácticamente irreparables de la misma, ya que hoy en día la remoción del funcionario del puesto que ha obtenido mediante ese procedimiento sólo se puede producir, legalmente, tras un procedimiento largo y complicado, en el que hay que acreditar la concreta falta de rendimiento del empleado, algo que resulta casi imposible en la práctica, máxime en organizaciones donde no existe tradición de evaluación del desempeño. Se produce, pues, una auténtica hipertrofia de la inamovilidad en el puesto de trabajo, situación ésta que es la que conlleva los efectos más perniciosos. Entre

se encuentra en los criterios para la promoción profesional, donde la antigüedad queda completamente desplazada por la indicación de que se debe «valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida», según dispone el artículo 17.1 EBEP ²¹⁴.

Y las instituciones traídas del ámbito laboral no dejan de incorporar matices, como los límites de la negociación colectiva o las materias excluidas del deber de negociar —para las que está en debate, cuando menos, que no se haya producido una ampliación de sus contornos—, que suponen como regla general «condicionar su régimen jurídico» a la satisfacción de la misión de la Administración ²¹⁵. También hay que plantearse hasta qué punto, en realidad y como sucede como en muchos otros ámbitos, no se sustituye el ejercicio de las tradicionales potestades de decisión unilateral por formas participadas de regulación ²¹⁶, pero con tales reservas que el cambio es poco más que, efectivamente, formal. Incluso, ha de dejarse constancia que la incorporación de los «Códigos de conducta» a los que ya se ha hecho referencia no ha dejado de interpretarse como una nueva manera de extraer ámbitos de regulación a la negociación con los empleados públicos ²¹⁷, y que asimismo podría estar dándose una retroalimentación, en la que los límites impuestos a los funcionarios en las instituciones trasvasadas se proyectarían sobre los contratados laborales, siendo oportuno recordar que la

otras cosas, esa garantía prácticamente absoluta de la inamovilidad genera un sentimiento de seguridad, igualmente absoluta, en el puesto, que no contribuye a estimular la iniciativa, esfuerzo y dedicación del funcionario ni a reforzar la capacidad de dirección de los superiores o la de exigir responsabilidades».

Su caracterización como «degradación» del estatuto funcionarial en J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (Sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública)*, EGAP, 2003.

Debe notarse igualmente, al respecto, que expresamente no se quiso alterar este criterio durante la tramitación de la norma; cfr. C. ROMERO REY: «Derechos de los empleados públicos», cit., pp. 187-188.

²¹⁴ Muy crítico con los nuevos sistemas de evaluación del desempeño, por ejemplo, R. PARADA, *Derecho del empleo público*, cit., pp. 72 y ss., quien también recuerda que la referencia de la antigüedad es lo clásico en la función pública (p. 40). En general, todos los métodos que incorporan cierta discrecionalidad, de la que huyó el sistema funcionarial por definición, a un sector de la doctrina le parecen «aterradores», llegándose a hablar de la revitalización del *spoils system*. Por ejemplo, en referencia a los planes de empleo, cfr. I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen funcionarial de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, Civitas, 1995, p. 105.

²¹⁵ J. MAURI MAJÓS: «Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 316-317.

²¹⁶ En expresión de *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», cit., p. 89.

²¹⁷ Así, F. A. CASTILLO BLANCO: «Los deberes de los funcionarios públicos», cit., pp. 389-390.

fiscalización previa y la facultad unilateral de modificación fueron también recomendadas por la Comisión de expertos para el ámbito de los trabajadores²¹⁸.

Al mismo tiempo, la Ley 7/2007 introduce en el ámbito laboral alguno de los aspectos clave del especial sometimiento a tan peculiar empresario. Sin que sea preciso recurrir al concepto de sujeción especial, lo cierto es que el régimen disciplinario muestra un perfil claramente público, y ello en relación con una concepción de los deberes, vinculados a unos *principios éticos* contenidos en el artículo 53, que trascienden el marco sinalagmático para mezclar con la prestación de servicios un principio de «lealtad» con la Administración²¹⁹, de «dedicación al servicio público» y otras expresiones similares utilizadas por el EBEP, que no difiere de lo que en países de nuestro entorno se denomina deber de fidelidad²²⁰, y que guardan relación con la tradicional expresión de «las necesidades del servicio» como regla métrica de la dedicación exigida al funcionario, lejano de derechos, garantías y compromisos contractuales²²¹. No contradiciendo la obviedad de que existe un contrato de trabajo, se afirma que «una de las principales aportaciones del Estatuto Básico del Empleado Público» es «dar cobertura legal a esta relación laboral de carácter especial que se había venido paulatinamente forjando durante todos estos años», expresión con la que se alude, obvio es, a excepciones casi sin todas consistentes en la con-

²¹⁸ T. SALA FRANCO: «Los derechos colectivos de los empleados públicos», cit., pp. 294-295.

²¹⁹ Y no sólo con ella, pues según el artículo 53.3 EBEP, los empleados públicos «Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos».

²²⁰ Una explicación del significado de esta expresión en el ordenamiento alemán y su recorrido histórico en R. PARADA, *Derecho del empleo público*, cit., pp. 28-30. También sobre su configuración en varios países de nuestro entorno, *vid.* J. L. GIL IBÁÑEZ: «Deberes de los empleados públicos. Códigos de Conducta», en VV.AA. (dir. L. Ortega Alvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, pp. 370-371.

Equiparándolo entre nosotros, C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de Estatutos», cit., p. 135. Igualmente prefiriendo esa concepto «tan propio de la función pública profesional en Alemania», que explicaría de forma «más correcta la posición del empleado público en nuestro sistema constitucional», F. A. CASTILLO BLANCO: «Los deberes de los funcionarios públicos», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 366. Sin embargo, se ha seguido el criterio de la Comisión, que apuntaba a la sustitución de ese sustantivo por uno que implicara menor compromiso personal [cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Régimen disciplinario», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 541].

²²¹ R. PARADA, *Derecho del empleo público*, cit., p. 42. En página siguiente, la conexión de esa filosofía con el movimiento romántico, para subrayar la amplitud y profundidad de ese compromiso personal.

cesión de un nivel menor de derechos al trabajador derivado de su sometimiento «en buena parte ... al Derecho público» ²²².

Esta consideración introduce al análisis del segundo plano antes mencionado, el de la confluencia de los dos sectores del ordenamiento, y sobre él se volverá muy pronto, en el epígrafe 5.

4.3. Influencia del EBEP en los «contratados laborales»

Especial interés reviste para este Congreso que en algún momento se centre el análisis en la situación en que quedan los contratados bajo la legislación laboral por una Administración pública tras la Ley 7/2007. Pues bien, la situación es, cuando menos, ambigua, no siendo fácil determinar el alcance de la tautológica fórmula del artículo 2.1 EBEP —se aplica al personal laboral «*en lo que proceda*»— a la vista del artículo 7 EBEP, que con cierta simpleza prescribe la aplicación de «*los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*».

Determinadas especificidades del régimen de los contratados laborales se encuentran diseminadas en el EBEP, aludiendo a cuestiones como la formalización por escrito del contrato y su duración ²²³, o los procesos de selección del personal laboral fijo ²²⁴. Pero donde mayores problemas se presentan, como se ha indicado, es en los casos en que hace falta cohesionar la legislación laboral común con la Ley 7/2007.

Clasificando las diversas relaciones entre el EBEP y la legislación laboral se aprecia una tipología variada, pues no se ha optado, como parecería más razonable y sencillo a priori, por concederle directamente el estatuto de *Lex specialis* ²²⁵. Así, respecto de instituciones trascendentes se remite a «los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos» ²²⁶; a «la legislación laboral, el convenio colectivo (...) y el contrato de trabajo» ²²⁷, o a lo procedente «de conformidad con la legislación laboral» ²²⁸. En ocasiones el EBEP condiciona el reenvío imponiendo alguna determinación —así, por ejemplo, cuando se llama a «la legislación laboral, sin perjuicio de los pre-

²²² Vid. las interesantes consideraciones a este respecto de J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones públicas», cit., p. 49.

²²³ Artículos 8 y 11.

²²⁴ Artículo 61.

²²⁵ C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 181.

²²⁶ Por ejemplo, en el caso de la promoción profesional, regulada en el artículo 19.

²²⁷ Esa expresión, entre otras materias, en lo atinente a retribuciones, *ex* artículo 27.

²²⁸ Así lo dispone para la clasificación profesional el artículo 77.

ceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación», como sucede en negociación colectiva, representación y participación, según el artículo 32, al reafirmarse la posibilidad de negociaciones mixtas —. Respecto de la «situaciones del personal laboral» se invoca el ET y los convenios colectivos, invitando con la intención pedagógica ya comentada a que éstos, si lo desean, «podrán determinar la aplicación» del régimen estatutario «en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores»²²⁹.

Curioso resulta el mecanismo para la provisión de puestos y movilidad de personal laboral, pues el artículo 83 remite a «lo que prevean los convenios colectivos», pero «en su defecto» opta «por el sistema (...) del personal funcionario de carrera». Polémica como ninguna es la previsión sobre jornada de trabajo, permisos y vacaciones del artículo 51 EBEP²³⁰. Y es que el Capítulo V, Título III EBEP, contiene una regulación directamente aplicable pero que es supletoria de lo que determine cada Administración, como ya hubo ocasión de anunciar, de forma que a partir del artículo 48.1 no sólo hay que simultanear dos bloques normativos, sino decidir si las condiciones determinadas para los funcionarios por cada Administración forman o no parte del primero de ellos²³¹, sin perjuicio de que también en este punto los problemas se pretendan considerar solventados con los avances en la homologación de regímenes experimentados vía negociación colecti-

²²⁹ Cfr. artículo 92. Se desecha así también en este punto la propuesta de la Comisión de expertos, que pedía la igualación al no apreciarse razones para el trato diferente y por considerarse una tendencia histórica ya acreditada. Por todos, cfr. F. CASTILLO BLANCO: «Las situaciones administrativas de los empleados públicos», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, pp. 509-510.

²³⁰ «Se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente», señala con fórmula casi críptica. Criticando el apartamiento del consejo de la Comisión en este punto, por todos, cfr. F. A. CASTILLO BLANCO: «Jornada, permisos y vacaciones», en VV.AA. (dir. M. Sánchez Morón): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 325. No obstante, una interpretación teleológica muy razonable de D. MARTÍNEZ FONS: «La regulación de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral de las Administraciones Públicas (art. 51)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pp. 636-637, conduce a entender que la legislación laboral común es subsidiaria del régimen establecido en el EBEP.

²³¹ Ya que con carácter general, sin tal remisión, indudablemente existe una falta de competencia; cfr., por todos, T. SALA FRANCO: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», cit., p. 119. Aun existiendo, y para la prescripción relativa a régimen disciplinario del artículo 93.1, niega cualquier validez a esa pretendida remisión M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», cit., p. 51; en contra, R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 79, y recuérdese la opinión de la Comisión de expertos reflejada en nota núm. 160.

En concreto sobre el contenido de ese precepto, monográficamente, J. B. LORENZO DE MEMBIELA, *Permisos y licencias de los funcionarios públicos*, Aranzadi, 2007.

va²³². En materia disciplinaria «en lo no previsto en el Título VII EBEP» registrará «la legislación laboral»²³³.

No está en el objetivo de esta exposición, como se viene advirtiendo, el análisis detallado de esas regulaciones. Valga por activa con dejar constancia de esa técnica regulatoria, las variadas disposiciones según las materias y las incertidumbres creadas; en el plano material, con seguridad serán contestadas en las ponencias temáticas. Por pasiva, se echa en falta la regulación de algunas, como la aludida externalización de servicios y sus consecuencias, o el recurso a Empresas de trabajo temporal²³⁴.

5. UNA IDENTIDAD PARA EL EMPLEADO PÚBLICO

5.1. Dos acercamientos diversos a la prestación de servicios en las Administraciones y una incomprensión

5.1.1. *La contraposición de puntos de vista, una encrucijada para el EBEP*

Una simple lectura del Estatuto Básico del Empleado Público coloca a las primeras de cambio ante una afirmación que por su contenido, expuesto con sencillez y rotundidad, llama poderosamente la atención. En efecto, como no es infrecuente, el primero de los artículos de la Ley se dedica al «Objeto» de la completa norma, según indica expresamente su rúbrica, y resulta que, como se apuntó, además de «establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos», que sería en sentido estricto lo exigido por el artículo 103.3 CE, a continuación se justifica la ampliación del ámbito de aplicación advirtiendo que «Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», y por último se añade un elemento completamente diferente a los descritos, como serían los denominados «fundamentos de actuación» que «Este Estatuto refleja, del mismo modo», y que contenidos en el artículo 1.3 conforman una lista con una docena de incisos —varios de ellos con múltiples menciones—, abriendo el elenco el «servicio a los ciudadanos y a los intereses generales».

²³² I. GALLEGO CÓRCOLES: «Derecho a la Jornada de trabajo, permisos y vacaciones», en VV.AA. (dir. L. Ortega Álvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, p. 363.

²³³ Artículo 93.4.

²³⁴ Esta apreciación en S. DEL REY GUANTER: «Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico», cit., p. 102, que formula sus propuestas al respecto en pp. 110-111.

Estos principios sitúan al EBEP en un contexto señaladamente más amplio que el esperable para un *Estatuto*, pues hasta el propio precepto los diferencia formalmente como cuestiones diversas en cuanto que constituyen elementos integrantes de la Ley.

Esa singular introducción de una materia diferente se trae a colación para justificar la necesidad de plantearse la cuestión del punto de vista, en orden a enjuiciar el alcance de esta norma, que es lo pretendido en estas páginas²³⁵. En efecto, desde la óptica de un laboralista, el Estatuto Básico del Empleado Público, más allá de polémicas sobre el ámbito de aplicación, la diversificación de regímenes, etc., no deja de constituir otra cosa que, sustancialmente, la regulación de la prestación de servicios en la Administración Pública, y además contemplada, sobre todo, en cuanto que hay una persona que la realiza como medio de vida: con sus obligaciones, a cambio de la correspondiente retribución. Las peculiaridades del empleador, las tareas que puedan realizar los diversos tipos de empleados públicos, y tantas otras singularidades, sin dejar de ser trascendentes, sin restar un ápice de la profundidad con que pueden exigir que se modele el régimen del trabajo público ... son accidentes que dan forma a lo que en esencia es un intercambio entre trabajo y salario.

De hecho, se viene sosteniendo que el artículo 1.3.a) ET «perpetúa la exclusión tradicional de los funcionarios públicos y del personal vinculado a la Administración por una relación estatutaria o administrativa», y tal determinación se califica como *constitutiva*, porque sólo la voluntad de la Ley implica la distinción estando presentes los mismos requisitos²³⁶. Cosa distinta es que además la Constitución pida dos Estatutos, de manera que ni el ET podría acoger la regulación de los funcionarios ni, viceversa, con la otra denominación cabría esa misma regulación general del cualquier trabajo con independencia de la identidad del empresario²³⁷. A partir de ese designio constitucional, parece de sentido común aceptar igualmente que la dualidad de instrumentos ha de acompañarse de diversidad de regímenes; sin embargo, para el laboralista que identifica una exclusión constitutiva en el supuesto de los funcionarios, la determinación de la Carta Magna tiene algo de inescrutable en cuanto a su fundamento y consiguientes consecuencias, y de ahí, como se ha indicado, las propuestas que pretenden superar ese

²³⁵ Muy interesante la apreciación de S. DEL REY GUANTER: «Prólogo», cit., pp. 42-43, acerca de la «disociación ... entre las ópticas doctrinales del Derecho Administrativo y del Derecho del Trabajo».

²³⁶ F. CAVAS MARTÍNEZ: «Propuestas para un estatuto básico del empleado público», cit., p. 382, y M. MOLINA GARCÍA, *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, 2000, pp. 100-101.

²³⁷ Por todos, M. ALONSO OLEA: «Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas», en VV.AA.: *Libro homenaje al Prof. Villar Palasí*, 1989, pp. 52 y ss.

«nominalismo», en una unificación para la que se subraya que lo más importante no es el régimen jurídico elegido sino su contenido ²³⁸, para el que es obvio que se viene postulando el modelo laboral, advirtiendo expresamente la decadencia una facultad soberana del Estado en las relaciones con sus empleados ²³⁹.

Sin embargo, el esquema descrito se altera completamente cuando la misma realidad es contemplada con el ángulo de visión propio del Derecho Administrativo. En este caso lo regulado con carácter principal, y para lo que todo lo demás es propedéutico —lo que constituye la naturaleza de la regulación, y respecto de lo cual el resto de materias no son más que aspectos contingentes, por muy relevantes que sean—, es que se trata de dar forma a una pieza necesaria para el funcionamiento de la Administración Pública ²⁴⁰. El papel que le atribuye la Constitución la constituye en instrumento para realizar el interés general, que tiene «su origen, desarrollo y concreción en el orden axiológico constitucional derivado de la cláusula del artículo 1.1 de la Constitución Española, y por ello, surge la exorbitancia del régimen jurídico de la Administración Pública, que se transmite a todos los medios materiales, jurídicos y personales, de tal manera que nos encontramos ante un personal sometido a un Estatuto, distinto al del resto de los trabajadores debido a su incorporación a la organización administrativa y también a su participación en el poder público» ²⁴¹.

Como se puso de relieve *supra*, no ha desaparecido para los funcionarios completamente ese espíritu romántico de servicio, propio del siglo XIX, al que alude R. PARADA, y el equilibrio entre reglas particulares, prerrogativas funcionales y su contrapartida natural de exorbitantes obligaciones de servicio ²⁴², permanece en alguna medida aunque sea en versiones modernizadas. Incluso a la luz de esas nuevas tendencias gerenciales, la línea de tendencia aludida por los expertos en el Informe es achacar a la legislación sustituida encontrarse «mucho más inclinada

²³⁸ E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas» cit., p. 114.

²³⁹ V. MARTÍNEZ ABASCAL: «La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública», *Revista de Derecho Social*, núm. 7, 1999, p. 215.

²⁴⁰ Entre tantas reflexiones al respecto, con claridad, *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., pp. 25-26; desde la contemplación de la acción administrativa, *el value for money*, se llega a una pieza necesaria para el funcionamiento de ese sistema. Percibiendo ese mismo esquema en una institución tan importante como la ordenación de la actividad profesional, A. PALOMAR OLMEDA: «Ordenación de la actividad profesional», cit., p. 433, para quien no existe otra preocupación que «la mayor eficacia en el servicio a los ciudadanos y aumentar la productividad junto con una posición instrumental ... Se trata (...) de una concepción limitada, situada en torno a sí misma».

²⁴¹ *Vid.* J. FONDEVILA ANTOLÍN: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», cit., p. 581, y la bibliografía allí citada.

²⁴² *Derecho del empleo público*, cit., p. 166.

a la tutela de la posición jurídica individual del funcionario público que a la garantía de las obligaciones del servicios», e invitan a considerar que «Desde hace algunas décadas, el cambio de cultura administrativa», lleva a que se sitúe «ahora centrada en la gestión de los servicios en beneficio del ciudadano»²⁴³.

La contraposición está servida, y si por un lado se ven empleados que hacen lo mismo con diferentes condiciones de trabajo, debiendo ordenarse un conflicto entre intereses naturalmente enfrentados, por el otro se contemplan servidores del interés general, que por tanto comulgan de las mismas aspiraciones que la Administración, a los que cabe recurrir con regulaciones diversas según en cada caso convenga²⁴⁴. Recuérdese que los principios sobre los que se asienta la función pública de carrera son la jerarquía, disciplina, prevalencia absoluta del interés general, continuidad de los servicios y legalidad estatutaria²⁴⁵.

Este panorama puede que permita comprender mejor la anteriormente reseñada aversión a los derechos colectivos en este ámbito, conforme a lo que ha sido una tradición histórica en la función pública²⁴⁶, sin que acabe de encontrarse el perfecto encaje entre la legítima defensa de los intereses de los trabajadores y el respeto a los que deben entenderse como contrapuestos, y que, sin embargo y como se acaba de

²⁴³ Informe, p. 200.

²⁴⁴ Cito nuevamente al profesor C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de Estatutos», cit., p. 135, en un párrafo que entiendo que expresa de forma gráfica la superficie de este problema, y espero que disculpe traer a colación esta confidencia que realiza, en un trabajo que cito reiteradamente por el interés que me ha suscitado su análisis de esta norma.

Comentando el principio de servicio a los ciudadanos, señala: «Yo nunca he visto a ese prototipo de funcionario —insisto en que yo lo soy— que de modo abnegado conduzca su vida con una permanente voluntad de servicio, “fiel” y entregado, al interés general, con olvido de sus propios derechos e intereses cuando aquel actúa como “altar” en nombre del cual ha de llevarse a cabo los sacrificios. Ni lo he visto ni espero verlo. Lo que ha de buscarse es una persona que realice con profesionalidad sus funciones, a cambio del reconocimiento y garantía efectiva de los derechos que tiene como tal prestador de servicios, esto es, como un “trabajador público”...». Siendo así las cosas, ¿qué diferencia a este trabajador (público) de un trabajador (privado)? Obvio es que sólo la invitación a dar la explicación supone, aunque sea implícitamente, asumir que desde otros postulados se está sosteniendo una concepción diversa del funcionario.

²⁴⁵ Recogiendo la tradicional doctrina administrativista, F. A. CASTILLO BLANCO: «Los derechos individuales de los empleados públicos», en VV.AA.; *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 149.

²⁴⁶ Por todos, R. ROQUETA BUI, *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2007, pp. 19 y ss.

En cuanto a las dificultades para admitir la irrupción en nuestro ordenamiento de los derechos colectivos, —«realidad histórica completamente opuesta», como señalan los expertos (p. 47)—, cfr. S. DEL REY GUANTER: «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública», en VV.AA.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, 1990.

indicar, encarnan el interés general²⁴⁷. Todavía hoy se siguen oponiendo «los principios y valores característicos de la función pública» al rol que pueda desempeñar la negociación colectiva en el contexto del empleo público²⁴⁸.

La creación de Administraciones prácticamente de la noche a la mañana fomentó el recurso a estas contrataciones laborales²⁴⁹, pero la experiencia de otros países ha llevado a considerar ese proceso una auténtica plaga que amenaza con devorar los cimientos sobre los que se ha asentado la función pública y con transformar la concepción que tradicionalmente se ha tenido de ella²⁵⁰, o a fijarse en cómo han sido «administrativizados», como efecto del rechazo del colectivo funcional a la «ideología del derecho del Trabajo»²⁵¹.

Habida cuenta este diferente entendimiento de lo que se espera de un empleado público, el pretendido acercamiento de contenidos, la mutua interacción e influencia entre los ordenamientos laboral y funcional, se podría ver como una manifestación tan espontánea como epidérmica, pues no habría alterado un planteamiento bien diverso entre lo que supone un régimen de concesión estatutaria respecto de uno basado en el acuerdo, y ello aunque la característica heteronomía propia de lo laboral y la introducción de una tan *sui generis* negociación colectiva en el ámbito público, pudieran también conducir a un cierto equívoco en este punto²⁵².

²⁴⁷ J. MAURI MAJÓS: «La negociación colectiva (arts. 31 a 38)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 376.

²⁴⁸ Expresión utilizada por M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», cit., p. 39. En el mismo sentido, J. MAURI MAJÓS: «La negociación colectiva (arts. 31 a 38)», cit., p. 376, considera que plantearse la negociación colectiva como algo más que una actividad en el ámbito público es «poco compatible con la posición constitucional de una Administración Pública limitada en su autonomía por normas de derecho objetivo y por las reglas básicas de conformidad del aspecto formal de su actuación —legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad—».

²⁴⁹ I. MARTÍNEZ DE PIÑÓN APARICIO, *El caso de la función pública española: la reforma del régimen funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, Civitas, 1995, p. 13.

²⁵⁰ Cfr. F. PUERTA SEGUIDO: «El acceso al empleo público», cit., pp. 489-490, citando a M. S. GIANNINI, *Derecho Administrativo* (traducción L. I. Ortega Alvarez), MAP, 1991, p. 376.

²⁵¹ Así lo reseña R. PARADA, *Derecho del empleo público*, cit., p. 30, respecto del caso alemán, advirtiendo que «la dependencia del Derecho del trabajo de los agentes públicos es más formal que material, por la aplicación creciente a este colectivo del derecho de la función pública».

²⁵² Definiendo el régimen estatutario y recordando las diferencias señaladas que en materia de negociación colectiva siguen existiendo, *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», cit., p. 87, pese a que haya quedado «impregnada de elementos que provienen de la tradición contractual» y la relación laboral esté «trufada de elementos que provienen del Derecho administrativo de la función pública».

Ante esa tesitura, el EBEP se enfrentaba a la demanda de una mayor reflexión sobre las exigencias que la Constitución de 1978 imponía al empleo público, entre las que se encontraba el reto de la introducción de los derechos sindicales, identificándose concretamente entre los «problemas que deben ser resueltos en sede más teórica» lo relativo a «las condiciones de utilización de los instrumentos a través de los cuales se expresa la defensa de los intereses generales cuya tutela queda atribuida a las Administraciones Públicas»²⁵³. En definitiva, si bien es innegable el proceso de convergencia que se estaba produciendo, la Ley debía asumir qué dirección debía tomar en el futuro, y admitiendo que «Derecho de la función pública y Derecho laboral no pueden permanecer como compartimentos estancos»²⁵⁴, debía señalarse cuál era su relación e importancia en la conformación del régimen del empleo público.

Ya se anunció en el epígrafe 4.2 que la convergencia debía analizarse tanto en lo que toca al trasvase de instituciones —allí se hizo— como en lo atinente a la influencia de los respectivos sectores del ordenamiento implicados, y eso es lo que toca ahora, descritos los pareceres enfrentados sobre lo que constituye un empleado público según las concepciones de los ordenamientos laboral y administrativo y advirtiéndolo de la trascendental importancia de esta cuestión para la evolución del empleo público en el futuro. Hasta ahora, al no existir un planteamiento legal expreso, en cierta manera cada una de esas visiones podía permanecer de espaldas a la otra, señalándose, por ejemplo, lo minoritario que entre la doctrina laboralista podían ser las posturas partidarias de una regulación muy administrativizada²⁵⁵, pero la irrupción del EBEP ha colocado al ordenamiento en la tesitura de pronunciarse al respecto.

5.1.2. La elección de la Ley 7/2007

¿A cuál de esos dos puntos de vista responde el EBEP? La respuesta no puede ser tajante, en el sentido de excluir radicalmente elementos de cualquiera de ambas *sensibilidades* o modelos. Máxime cuando, como hubo ocasión de señalar, a partir un planteamiento bastante dogmático plasmado en el Informe de los expertos, las negociaciones a diversos

²⁵³ Ambas consideraciones en L. ORTEGA ALVAREZ: «Introducción», cit., pp. 13 y 16.

²⁵⁴ J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ambito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones públicas», cit., p. 47.

²⁵⁵ Cfr. una magnífica exposición de este parecer de una parte señalada de la doctrina administrativista, y su «escasa acogida en el debate doctrinal actual en el ámbito iuslaboralista» en E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas» cit., pp. 62-64.

niveles —político, territorial, sindical, etc.— obligan a transacciones más que notables²⁵⁶.

Pero sin duda considera que su regulación es la parte de un todo que es la Administración, y que eso comporta optar por una contemplación mucho más cercana a la del Derecho administrativo. El Título IV de la Constitución la lleva en su rúbrica acompañando al Gobierno, y en el artículo 103, antes de ocuparse del Estatuto básico de los funcionarios, se define la actuación Administrativa y su personificación orgánica, siendo la tercera pata de ese sistema los servidores que precisa, cuyos deberes arrancan de esa relación especial de sujeción en cuyo seno «entran en juego amplias facultades autoorganizativas que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas», en expresión del Tribunal Constitucional²⁵⁷. También en el ámbito laboral se han observado esas relaciones de supremacía, atribuibles al principio de jerarquía, y que llevan a rebasar los poderes normales de un empresario del sector privado²⁵⁸.

Es ilustrativo volver la vista al Informe elaborado por la Comisión de expertos, especialmente a sus §§ 3 a 5, dentro del primer Capítulo de ese documento, dedicado a las razones que hacían necesaria la aprobación de la nueva norma. Pues bien, a este respecto, se parte de que la contraposición con los funcionarios no supone que los laborales no sean empleados públicos, con las exigencias que ello comporta, abriendo así el espacio a diferencias con el «empleo en el sector privado»: «Es este también un axioma universal, aplicable incluso en aquellos países en que las relaciones de empleo público se han laboralizado sustancialmente. Puesto que el empleador público, esto es, la Administración, no es una empresa privada sino que tiene un estatuto constitucional diferente, puesto que su función —y, por ende, la de su personal— es en todo caso la de servir con objetividad los intereses generales y puesto que sus empleados son retribuidos con fondos públicos, forzoso es deducir algunas consecuencias de régimen jurídico aplicables por igual a todos ellos»²⁵⁹.

En lo que aquí interesa, se afirma sin ambages que «Sin duda, la mayoría de los deberes que pesan sobre los funcionarios por su condición y por las funciones que realizan son también exigibles de los

²⁵⁶ Achacando a ese proceso «buena parte de sus incoherencias y limitaciones», C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 119.

²⁵⁷ STC 61/1990, de 29 de mayo, FJ 6.º

²⁵⁸ A. MONTÓYA MELGAR: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales. (Un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)», cit., p. 3, aunque igualmente se haya opinado que es posible acoger ese principio de jerarquía en la subordinación laboral (E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas» cit., p. 86).

²⁵⁹ P. 21.

empleados públicos con contrato laboral que realizan funciones equivalentes, aunque no esté así establecido legalmente de manera expresa»²⁶⁰. Se anuncia así que propiamente al trabajador se le va a asimilar a lo distintivo del funcionario, y, efectivamente, desechadas las alternativas de optar por cualquiera de los polos y por tanto manteniendo el régimen dual, se afirma que «La aprobación de un Estatuto Básico del Empleado Público permitirá, en cambio, reafirmar unos mismos principios y valores esenciales para el conjunto de los profesionales y trabajadores del sector público y, al mismo tiempo, flexibilizar el régimen de los funcionarios públicos en sentido estricto, difuminando sus diferencias con el del resto de los empleados públicos en lo que sea necesario, sin menoscabo de sus rasgos característicos»; desde el punto de vista contrario, entonces, se está afirmando la equiparación del laboral a un funcionario, de manera que, finalmente, la elección entre ambos modelos es algo casi discrecional —habrá ocasión de volver sobre ello²⁶¹—, pero lo que se subraya además es que la equiparación obedece a la fuerza atractiva de esas peculiaridades que, más que hablar de empleado público, llevan a utilizar la expresión «empleo público»²⁶².

Con claridad, en la introducción a la regulación de los deberes, afirman los expertos que «nos parece claro que los mismos deberes básicos deben ser aplicables a los funcionarios públicos y contratados laborales de las Administraciones y Entidades Públicas, regulación que, para estos últimos, *supone complementar la del actual artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores, elaborada más bien desde la óptica de la empresa privada y no del servicio público*. Para nosotros resulta claro que quienes sirven en la misma organización y realizan funciones equiparables no pueden, por principio, sujetarse a deberes básicos diferentes. Por eso, se debe llevar a cabo en el Estatuto la unificación del catálogo de deberes y obligaciones básicas exigibles a todos los empleados públicos, cualquiera que sea su régimen jurídico»²⁶³. Y eso conduce, en expresión de M. SÁNCHEZ MORÓN, a que «el criterio fundamental» en la equiparación de regímenes, «ha sido extender al personal laboral principios y reglas tradicionalmente propios del personal funcionario y no tanto, en cambio, flexibilizar en medida superior a la actual el régimen jurídico de la función pública»²⁶⁴.

²⁶⁰ P. 22.

²⁶¹ «Facultará, en fin, a las diferentes Administraciones y Entidades del sector público la elección del tipo de empleados que prefieran y que se ajuste más a sus necesidades, pero sin el riesgo de recaer en el puro y simple desconocimiento de su condición de empleados públicos y de los derechos y obligaciones que comporta para las dos partes de la relación de empleo» (p. 25).

²⁶² El planteamiento y la expresión en M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», cit., p. 46.

²⁶³ P. 202, el entrecomillado es añadido.

²⁶⁴ «Objeto y ámbito de aplicación», cit., p. 49.

Esta cuestión cuenta con su reflejo, trascendente, en el contenido de las instituciones reguladas en el EBEP. Entre tantos ejemplos que podrían traerse a colación, el régimen disciplinario es sumamente ilustrativo —no en vano la doctrina lo ha calificado como la regulación «sin duda más innovadora de cuantas contiene la EBEP respecto del personal laboral»²⁶⁵—. Pues bien, se trata de una regulación claramente inspirada en el Derecho público, como queda patente en los plazos de prescripción o en los principios recogidos en el artículo 94.1²⁶⁶, y ello pese a que la sugerencia de los expertos claramente discurría en sentido diverso²⁶⁷.

La determinación de los ilícitos discurre por una senda similar. Al indicar el artículo 95.3 algo tan trascendente como las «circunstancias» que la «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» han de tomar en consideración para determinar la gravedad de las faltas, no se acude a valorar la conducta del empleado público, como sería normal en la dinámica contractual y ocurre en materia de poder disciplinario laboral, sino que se ponderan elementos externos como «El grado en que se haya vulnerado la legalidad»; «La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos» y «El descrédito para la imagen pública de la Administración»²⁶⁸.

²⁶⁵ L. E. DE LA VILLA GIL: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», cit., p. 16.

²⁶⁶ Llamativamente incluyendo la presunción de inocencia, cuya aplicación al ámbito laboral se ha descartado, como es conocido, por los Tribunales, tras un azaroso itinerario de la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto [véase A. MONTÓYA MELGAR: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales. (Un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)», cit., p. 25, nota núm. 75, con la oportuna referencia bibliográfica a los comentarios de esas resoluciones en la colección *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*].

En defensa de las razones para recoger ese principio en el EBEP, vid. M. SÁNCHEZ MORÓN: «Régimen disciplinario», cit., pp. 539-540.

²⁶⁷ Como recuerda B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., pp. 52-53, el sistema que se enjuiciaba aplicaba sistemáticamente principios y reglas del Derecho administrativo sancionador general, y por tanto procedentes del Derecho penal, lo que no es idóneo «para asegurar el buen funcionamiento de los servicios de la organización administrativa», que sería su finalidad esencial, no «la garantía de fines públicos o bienes jurídicos de interés general», de manera que se receta «flexibilizar la legislación vigente y aproximarla al Derecho laboral». Vid., a este respecto, en el Informe pp. 214-215, y M. SÁNCHEZ MORÓN: «Régimen disciplinario», cit., p. 536, quien al realizar esa comparación advierte tanto de que «La influencia del régimen sancionador administrativo es mayor de la recomendada», como del peligro de que «el régimen disciplinario del personal laboral se contagiara del excesivo garantismo y las trabas burocráticas de que hasta ahora ha adolecido el de los funcionarios públicos».

²⁶⁸ En cuanto a la contraposición con el sistema propio de la legislación laboral común, por todos, A. MONTÓYA MELGAR: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)», cit., p. 28.

Y es que, como se ha podido afirmar con fundamento, la regulación de los deberes de los funcionarios tiene como objetivo, en primer término, «procurar la satisfacción de los intereses generales dando efectividad a determinados principios constitucionales sobre el funcionamiento de las Administraciones Públicas como son los de eficacia, imparcialidad, jerarquía, respeto a los derechos de los ciudadanos, etc.»²⁶⁹, de forma que éstos son los bienes protegidos con el particular poder sancionador de la Administración. Al abogarse por «el carácter común de los deberes de los empleados públicos» desde la premisa de la equiparación de funciones²⁷⁰, entonces es indudable que el contratado laboral ha absorbido los principios del Derecho estatutario, si no es que ha sido absorbido directamente él como un pseudofuncionario.

Tal es planteamiento por el que discurre el Estatuto sin que sea algo, además, irreflexivo. De esa regulación indistinta, la «general de los deberes básicos de los empleados públicos», advierte la Exposición de Motivos, siguiendo en muchos pasajes el discurso del Informe de la Comisión de Expertos ya aludido, que está «fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta», y sin ambages argumenta que el empleado público es mucho más que un trabajador, pues no sólo responde ante su empresario, sino también ante el ciudadano, debiendo encarnar y manifestar la «cultura de lo público»: «Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Éste, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica «cultura» de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer». En definitiva, se afirma que la «unificación» llevada a cabo en el EBEP ha perjudicado a los laborales pues los deberes de los funcionarios eran, hasta entonces, superiores, dado que los listados en el artículo 5 ET «no se corresponden con las exigencias de funcionamiento de los servicios públicos a las que se orientan las de los funcionarios»²⁷¹, lo que en un plano más general se corresponde con la afirmación de que el EBEP ha acentuado, «si cabe, la impregnación del sentido administrativo o funcional de la relación laboral»²⁷².

²⁶⁹ F. A. CASTILLO BLANCO: «Los deberes de los funcionarios públicos», cit., p. 360.

²⁷⁰ Ibid., pp. 361-362.

²⁷¹ J. L. GIL IBÁÑEZ: «Deberes de los empleados públicos. Códigos de Conducta», cit., p. 372.

²⁷² A. MONTOYA MELGAR: «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales. (Un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)», cit., p. 5.

Ese planteamiento es acompañado por las prescripciones del artículo 52 EBEP, que pide a «Los empleados públicos», entre otras cosas, «velar por los intereses generales» o «actuar con arreglo» a unos «principios» entre los que se incluyen la «integridad», la «dedicación al servicio público», «transparencia», «ejemplaridad», «austeridad», «promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres», ..., y que en la mayoría de los casos van a suponer un compromiso personal que discurre en un plano diverso de lo que serían unas «funciones contratadas» y por tanto retribuidas. Si bien se puede recordar que estos códigos de conducta ética son una moda en nuestro entorno²⁷³, y la preocupación por la cuestión en la doctrina administrativista se percibe desde hace no poco tiempo²⁷⁴, su encaje en los cánones del Derecho del Trabajo es más que complicado, y restar trascendencia a su inclusión quizá no sea más que una manifestación de esa óptica a la que antes se aludió²⁷⁵; por el contrario, se ha afirmado que tal regulación alcanza la entraña del régimen de la función pública, pues es un «vínculo jurídico que viene definido por la satisfacción de los intereses generales»²⁷⁶.

En definitiva, como recuerda el profesor SÁNCHEZ MORÓN, en la introducción del concepto de empleado público no «debe verse ... algún tipo de connotación ideológica o un olvido o menosprecio de la autoridad o de los valores del servicio tradicionales de la función pública, o un intento de primar los aspectos puramente laborales de la relación jurídica de empleo público»²⁷⁷.

²⁷³ C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 135, y J. L. GIL IBÁÑEZ: «Deberes de los empleados públicos. Códigos de Conducta», cit., pp. 378 y ss.

²⁷⁴ Por todos, *vid.* J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ética institucional*, EGAP, 1996.

²⁷⁵ Remito de nuevo a C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., pp. 149-150, que gráficamente descarta la trascendencia de afirmaciones que quedan relegadas a exigencias grandilocuentes y fuera de tono; también es llamativa la forma en que L. E. DE LA VILLA GIL: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», cit., p. 15, se refiere a los «quince (!!)» principios, «de no fácil delimitación entre sí». Sin embargo, recuérdese, para la doctrina administrativista —y eso explica su presencia en la Ley— constituyen el *sumum* de la modernidad; *vid.*, en este sentido, por todos, A. PALOMAR OLMEDA, *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, cit., p. 52, invocando «lo novedoso y comprometido de la fórmula», invitando a «valorar y apreciar los efectos didácticos, proyectivos y educativos» de la norma, y elogiando que «sitúan la actuación de los empleados públicos en un plano diferente», el cual «no es sino la traducción al régimen de personal de los principios que deben inspirar una nueva Administración Pública con mayor vocación de servicio, mayor profesionalidad, mayor proximidad a los ciudadanos, más eficaz y más barata».

²⁷⁶ Cfr. F. A. CASTILLO BLANCO: «Los deberes de los funcionarios públicos», cit., p. 359.

²⁷⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», cit., p. 47.

5.1.3. *El servicio a los ciudadanos, primer «principio de actuación»*

Volviendo al punto de arranque de este epígrafe, esto es, el elemento añadido en el artículo 1.3 al objeto natural de la Ley 7/2007 según su denominación, es significativo que el primer borrador de Anteproyecto de EBEP ²⁷⁸ recogiera esta materia en un Capítulo diverso al del «objeto y ámbito de aplicación». En efecto, reducido el objeto a la definición de lo que estrictamente sería el Estatuto Básico del Empleado Público, el Capítulo II relativo a los principios ordenadores del empleo público y derechos de los empleados públicos incluía en su artículo 9 ²⁷⁹, junto a lo que ahora serían los artículos 14 y 15, un precepto que precediéndole y titulado *Principios ordenadores del empleo público*, contenía un listado similar ²⁸⁰ de lo que en su texto nombraba como *principios generales* ordenadores del empleo público, y que habrían de servir como basamento para «para la legislación de desarrollo de las Administraciones públicas e inspirar la actuación de las mismas».

El cambio de denominación —fundamentos por principios o principios generales es intrascendente, y en cuanto a la ubicación, ambas son convenientes desde ciertos puntos de vista, siendo complicado elegir como más acertada una de ellas ²⁸¹. En efecto, expresan mensajes parecidos con fórmulas diversas. Tanto da la referencia a unos fundamentos de actuación que, necesariamente y aunque no se diga, son de la Administración, unidos como mismo objeto de la regulación a los «estatutos» de los diversos empleados públicos, que constituirían un engranaje de esa acción administrativa, como, en segundo lugar, yuxtaponer en el mismo capítulo al meollo del Estatuto —los «derechos de los empleados públicos»— su contextualización en unos principios ordenadores de la acción administrativa de la que, valga la repetición, no dejan de ser un instrumento, y que por tanto es el referente principal de esta regulación. En definitiva el punto de conexión entre los diversos contenidos del artículo 1 de EBEP requiere entender su inciso tercero con una alambi-

²⁷⁸ Su texto disponible en la web: http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/funcion_publica/estatuto_funcion_publica/proceso.html

²⁷⁹ Dejando de lado, porque no es el objeto de lo aquí tratado, que los ahora definidos como derechos individuales ejercidos colectivamente, entonces sin matices se agrupaban bajo la especie de derechos colectivos. *Id.*, al respecto, las consideraciones que recoge A. PASTOR MARTÍNEZ: «Derechos de los empleados públicos (arts. 14 y 15)», en VV.AA. (dir. S. del Rey Guanter, Coord.: M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pp. 254-255.

²⁸⁰ Tampoco igual, pero sin que el alcance de las modificaciones experimentadas constituya una alteración reseñable de la intención y contenido del precepto.

²⁸¹ Sobre la redacción final, crítico e imputándolo más a «consensos políticos» que al «diccionario de la lengua» o al «consejo de los juristas», M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», cit., p. 52.

cada formulación, pues constituiría «una serie de principios generales ordenadores del empleo público y que, como tales, deben presidir la actuación toda de las Administraciones Públicas en cuanto desarrollada por medio de empleados públicos»²⁸².

En el mismo sentido, fijando la atención en otras instituciones, se ha afirmado que «la trascendencia que el Estatuto otorga a la defensa y promoción de los intereses públicos como prioritarios en la ordenación del personal público», conduce a que se vaya «más allá de lo que en principio podría entenderse como un mero régimen jurídico de *derechos* de los empleados públicos»²⁸³.

Esta constatación retroalimenta alguna de las afirmaciones ya realizadas. La Ley 7/2007 pretende, sobre todo, contribuir a modernizar la Administración, en el contexto de unas teorías de inspiración ideológica y económica determinadas que proponen un modelo de sujeto público y de su relación con la sociedad civil. Ese proceso cuenta también como requisito con la regulación en un determinado sentido de lo que, desde la perspectiva administrativista, nunca ha sido visto como una relación de producción, explicable como un intercambio entre trabajo y salario. Desde el momento en que se intenta comprender así lo que supone esta Ley, se está incurriendo en un error importante de entendimiento porque entre la relación de servicio y el contrato de trabajo las diferencias son de naturaleza, las mismas que hay entre el régimen estatutario y el laboral en el orden conceptual²⁸⁴. Y este Estatuto no busca lo que a algunos efectos podía existir ya o verse ahora incrementado como efecto colateral —por ejemplo, el acercamiento de regímenes; ahora habrá ocasión de volver sobre ello—, sino que en ese complejo proceso de reformas a todos los niveles experimentado por la Administración, uno de sus elementos integrantes, no explicable en si mismo sino en cuanto ordenado al fin de la institución de la que forma parte, también ha de contemplar una relevante mutación en su regulación.

En ese sentido, y sin ánimo de estudiar exhaustivamente esos importantes *fundamentos* listados —recuérdese que el primer Anteproyecto, con un alcance similar aunque ahora no se sea tan explícito, advertía que informarían toda la legislación de desarrollo—, ha de notarse que

²⁸² El entrecomillado está tomado de A. V. SEMPERE NAVARRO y J. LUJÁN ALCARAZ, *op. cit.*

²⁸³ S. DEL REY GUANTER: «Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico», cit., p. 103.

²⁸⁴ Advirtiendo su proyección, por ejemplo, en una institución tan relevante como el sistema retributivo, *vid.* A. PALOMAR OLMEDA: «Los derechos retributivos de los empleados públicos», en VV.AA. (dir. L. Ortega Alvarez): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley/El Consultor, 2007, p. 255.

ninguno de ellos se refiere, por ejemplo, a la equivalencia de la contraprestación percibida por el empleado público, o los derechos contemplados en los artículos 35 y 40.2 de la Constitución. Sin embargo, se trata de materias de una u otra forma conectables generalmente con el artículo 103 CE²⁸⁵, entre las que destaca la que abre el elenco: el *Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales*²⁸⁶, que constituiría efectivamente una consecuencia del artículo 103.1 CE, conforme al cual «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales», y que reiteraría lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 6/1997, de 14 abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado²⁸⁷. De esa referencia se ha afirmado que tanto puede suponer el *interés* de los ciudadanos como el de la Administración en el cumplimiento de políticas gubernamentales, pero en todo caso es utilizado con frecuencia para limitar la interpretación a favor de la libertad en los pleitos «entre funcionarios y sus directivos»²⁸⁸.

Sobre su alcance y valor preponderante, la opinión de la Comisión de expertos no deja lugar a la duda. Tras recordar que «deben aplicarse por igual a las relaciones de empleo de los funcionarios públicos como del personal laboral, pues ninguna diferencia sustancial cabe deducir al respecto», y que «el objetivo último de la reforma que se propone es el de contribuir a la buena administración», sin ambages se escribe que «la Comisión considera que debe destacarse ante todo el principio de servicio a los ciudadanos, que es el que debe regir en todo momento la organización del sistema de empleo público y el comportamiento de sus integrantes. Con ello se quiere significar que todo ese régimen jurídico está destinado a conseguir el mejor servicio posible a los particulares, pues no otra es la razón de ser de las Administraciones Públicas como institución. A este fin se subordinan los derechos e intereses legítimos de quienes forman parte de la organización y no al contrario»²⁸⁹.

²⁸⁵ Por todos, cfr. el comentario a esos principios de A. V. SEMPÉRRE NAVARRO y J. LUJÁN ALCARAZ: «Artículo 1», en VV.AA. (dir. J. L. Monereo Pérez): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*.

²⁸⁶ Así lo señala también la Exposición de Motivos: «El Estatuto Básico del Empleado Público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración», (...) «Las Administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que se va consolidando en el espacio europeo, y contribuir al desarrollo económico y social. Entre esos factores el más importante es, sin duda, el personal al servicio de la Administración».

²⁸⁷ Así, igualmente y para las dos apreciaciones relacionadas, A. V. SEMPÉRRE NAVARRO y J. LUJÁN ALCARAZ, *op. cit.*

²⁸⁸ J. B. LORENZO DE MEMBIELA: «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 1944.

²⁸⁹ P. 45.

No hace falta detenerse en la glosa del resto de principios, cuyos contenidos discurren por parámetros similares, pues es suficiente para concluir qué perspectiva prima en la regulación del empleado público, debiendo destacarse la importancia de esta elección del legislador, que impide señalar, como ha acaecido durante tiempo, que en la convergencia entre funcionarios y contratados laborales «el centro de gravedad se sitúa del lado de lo laboral» ²⁹⁰.

5.2. Un replanteamiento de la igualación de regímenes y otra incomprensión

Reconocer que la óptica con la que se ha contemplado este proceso es divergente ofrece alguna luz nueva para contemplar el fenómeno con todas sus dimensiones. Abstrayéndose incluso de la opción acogida por la Ley 7/2007, difícilmente desde un convencimiento tan distinto sobre el objeto regulado, el proceso de acercamiento va a ser exitoso. En realidad, y como ya ha habido ocasión de advertir, se están dando manifestaciones en aspectos concretos pero se carece de una fuente que alimente un movimiento estructurado y que explique las razones y el fin perseguido con esa pretendida equiparación, y tanto daría que en una regulación concreta prevalezca cualquiera de las dos visiones enfrentadas pues nada impide que ese devenir pueda ser alterado, o se produzcan acercamientos enfrentados dependiendo de cuál sea la fuente —órdenes jurisdiccionales diferentes; negociación colectiva, legislaciones de Comunidades Autónomas con Gobiernos de diferente inspiración política...—

La mera y reiterada advertencia de que dos personas puedan estar realizando las mismas tareas con diferentes regímenes jurídicos, lo que introduce en el terreno del agravio la situación, no debe llevar a obviar las razones de la existencia de esas dos regulaciones diferentes, qué es inherente a cada una de ellas, y, si se ha de elegir alguna, cuál haya de ser.

En ese acercamiento, se manifiesta la incomunicación antes referida. Las perspectivas de la doctrina laboralista y administrativista parecen estar de acuerdo en cuanto observan la confluencia, pero sin embargo esa identificación cuenta con significados diversos, que asumirían los respectivos rasgos propios de una relación marcada por el Derecho del Trabajo o por el Derecho Administrativo. Aunque sea algo sobre lo que ni el Informe de los expertos ni el preámbulo de

²⁹⁰ M. R. ALARCÓN CARACUEL, *La configuración legal de la relación de empleo público. Funcionarios y contratados Laborales*, IEAL, 1987, p. 26.

la Ley se pronuncian, prescindir de cuestionarse la dualidad de regímenes y resolver ese expediente con una vaga alusión a una doctrina constitucional que se considera escasamente imperativa y la constatación sociológica del aumento de empleados laborales²⁹¹, supone tratar la función pública y el régimen laboral como sistemas alternativos por mor de una contingencia histórica sin otra explicación que avatares hoy carentes de sentido, y aunque sea por pasiva se asume una premisa de enorme trascendencia para el alcance del proceso que se está llevando a cabo²⁹².

Incomprensión por incomprensión, tampoco la perspectiva antes señalada con que la visión administrativizadora contempla esta cuestión ayuda al proceso de convergencia. Porque claro, si esa manera de entender la relación de servicios es compatible y hasta la propia del régimen estatutario, concediendo derechos al personal y regulando la forma en que se va a actuar, ¿qué ocurre con el personal laboral? Desde luego, no se puede aceptar que un contrato de trabajo constituya lo mismo que en el ámbito privado, pero es que ni aproximadamente. Y sin embargo, ya en el Congreso del año 2000 se advertía de que los Acuerdos celebrados entre la AGE y los Sindicatos «parecen abonar la tesis de que ambas partes apuestan por el reforzamiento de la visión administrativista de la relación entre Administración y su personal —propia de intereses comunes a las partes— frente a la contractual laboral en la que se pone el acento en la contraposición de intereses existentes entre las partes»²⁹³.

Ya se ha aludido a un ejemplo advirtiendo la sorpresa que provoca, pero ahora se puede reconocer la razón que la sostiene. El sindicalismo como «enemigo» que sin pudor identifican los expertos, o autorizados tratadistas de la función pública²⁹⁴, no deja de expresar cosa diferente de

²⁹¹ «Coexistencia sólidamente arraigada», por ejemplo, es la expresión de B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 13.

²⁹² Particular que, debe recordarse, en absoluto constituye una opinión común. P. ej., en expresión de J. B. LORENZO DE MEMBIELA: «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 1945, «en esencia, y a salvo hechos circunstanciales, por muy graves que sean, la función pública de carrera es la única que puede mantener una organización profesional e independiente, además de imparcial. Confluyen, asimismo, antecedentes históricos y legislaciones europeas».

²⁹³ E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas» cit., pp. 126-127.

²⁹⁴ Se ha hecho referencia a esta cuestión en el epígrafe 3.2.2. Curiosamente, la mejor doctrina laboral identifica en esos fenómenos, en todo caso, un error imputable a las Administraciones y de consecuencias en parte positivas: «Más allá de las críticas a las que se hayan hecho acreedoras las Administraciones Públicas por la facilidad brindada a las representaciones sindicales para conseguir unas reivindicaciones estrechamente ligadas, en ocasiones, a las prerrogativas y potestades públicas, o por el excesivo coste económico de aquéllas, a corto o largo plazo, o por facilitar la normalización de situaciones de hecho

no entender completamente que realmente la «técnica de organización» contratos de trabajo de lugar a relaciones laborales, con su sistema de intereses contrapuestos y la centralidad del concepto de intercambio entre trabajo y salario²⁹⁵.

En efecto, esa tesis que sigue el conocido dictamen del Consejo de Estado de 1960 debe enmarcarse en su contexto, sin concederle un valor absoluto. Y no parece que el EBEP trascienda más allá de identificar en el empleado público bajo régimen laboral algo diferente de una mera oportunidad práctica. Se contempla un régimen que ha sido notablemente más flexible y de ahí su extensión, pero sin entender que en el recurso al mismo haya cosa diferente a que se ha realizado una opción sin otro referente que la condicione que lo que es prácticamente una reliquia histórica —las limitaciones de determinadas tareas a los funcionarios, incomprensibles cuando la inmovilidad es ya *de facto* la misma entre los dos colectivos—.

A este respecto, conviene tener en cuenta que las tensiones que se generan no son ajenas al cambio producido desde 1960. Se puede seguir hablando de modos de gestión diferentes, pero el modelo democrático de relaciones laborales no constituye un elemento marginal, sino que se integra en ese sistema alternativo, y se debe contar con él como factor relevante que caracteriza la técnica de organización respectiva, por lo que esa tacha tan radical que se dirige a manifestaciones de la participación de los trabajadores en la empresa, de las reivindicaciones coherentes con su lugar e intereses en el proceso productivo, del uso de los instrumentos de conflicto colectivo, debe ser igualmente revisitada.

Sin embargo, para la visión administrativista funcionario y trabajador no serían especialmente distintos —de ahí la convergencia de regímenes—, y el segundo vendría a constituir una versión aguada del primero, diseñada en principio para las tareas más sencillas —pero por ello más numerosas—, con menos derechos, mayor flexibilidad, y manteniendo los rasgos del régimen estatutario en aquellos aspectos que la Administración considera que le conviene —por ejemplo, como

aparecidas *extra legem*, apurando el respeto al principio de igualdad en la ley, es lo cierto que las conquistas alcanzadas en punto al reconocimiento de derechos por los funcionarios se han comunicado con rapidez también a los empleados laborales de las diferentes Administraciones Públicas; transferencia que también se registra en sentido inverso, esto es, del sector laboral hacia el funcionarial (J. RIVERO LAMAS y A. L. DE VAL TENA: «El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», cit., p. 230).

²⁹⁵ Expresando esa caracterización como técnicas de organización del Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, valga la referencia al ya citado trabajo del profesor M. ALONSO OLEA: «Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas».

se ha indicado, las asombrosas reglas en materia disciplinaria, o, precisamente no modificadas en el EBEP, las que rigen para las incompatibilidades—. En la capacidad de adaptación se van dando pasos hacia que todo el monte sea orégano, y por ejemplo, y es algo trascendente, se generaliza la vía ya algo explorada de denominar altos directivos y aplicar su régimen a supuestos diferentes de los que define el correspondiente Real Decreto ²⁹⁶; en este caso, ya no es que gestores de la sanidad pública puedan acceder a esa condición ²⁹⁷, es que cada órgano de Gobierno indicará quienes son susceptibles de estar sometidos al Real Decreto 1382/1985 sin otro límite —al menos hay que suponer que ese se mantiene— que el fraude de Ley.

Llegados a este punto es oportuno cuestionarse si se quiere adelantar más en ese «doble fenómeno de interinfluencia» ²⁹⁸. Para avanzar en esa dirección, es necesaria una delimitación conceptual previa más precisa sobre el alcance de la operación, que a su vez facilite la opción, porque la relativa comunicación de contenido en las instituciones no resuelve un previo, que es el acercamiento a la temática, para delimitar hasta dónde puede llegar el acercamiento padecido por el personal laboral que se viene rigiendo «por ciertas normas de Derecho público» sin desnaturalizar su vínculo, e, igualmente, de qué forma la introducción de instituciones laborales en la función pública ha de limitarse para no entrar «en contradicción con las propias bases teóricas y conceptuales que fundamentaron en el siglo pasado la construcción de la especial naturaleza estatutaria o unilateral de la relación funcional» ²⁹⁹.

²⁹⁶ Llamando la atención sobre esa remisión, por todos, *vid.* T. SALA FRANCO: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», *cit.*, pp. 118-119, y advirtiendo los problemas que generará al constituir dos tipos de directivos («Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2007, p. 2108). No obstante, L. F. MAESO SECO: «El personal directivo: comentarios en torno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», pp. 171-172, sostiene que no necesariamente deberá constituirse una relación laboral especial, pues las normas autonómicas sobre organización podrían llevar a escapar de esa pretendida imposición.

²⁹⁷ Comentando un supuesto de esa ampliación del ámbito del Real Decreto 1382/1985, A. DE VAL TENA: «Extinción del contrato de alta dirección por desistimiento empresarial: el cese del Director Gerente de un hospital público y la pretendida limitación de las indemnizaciones», en *Aranzadi Social*, núm. 2, 2006.

²⁹⁸ L. E. DE LA VILLA GIL: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *cit.*, p. 3.

²⁹⁹ J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones públicas», *cit.*, p. 46.

5.3. ¿Ni trabajadores ni empresario?

5.3.1. Un «trabajador especial» o «peculiar» como intento de solución

La dicotomía reseñada obliga a situar entonces el lugar en que quedan los contratados laborales en el sistema del empleo público, que, como se ha indicado, es mucho más *público* que *empleo*³⁰⁰. Aceptándose el apartamiento de la regulación laboral común, se propone la creación de una relación laboral especial³⁰¹, que, simplificando una vez más, supondría la suma de una relación laboral ordinaria y ciertos principios constitucionales que de forma incontestable no cabe eludir, principalmente los relativos al acceso al empleo³⁰².

Este punto de partida introduce cierto desaliento sobre las expectativas que cabe esperar de semejante acercamiento. En efecto, no habrá probablemente un concepto en el Derecho del Trabajo más discutido que el de relación laboral especial, o, lo que es peor aún, ni si quiera debatido, pues mayoritariamente se asume un completo escepticismo sobre su capacidad para expresar algo que aglutine a los supuestos que el legislador ha considerado como tales, y al final entre desviación del régimen común y declaración formal no existe una correlación necesaria³⁰³. Si se parte de que constituye poco o nada más que una denominación meramente formal, que anuncia la voluntad del ordenamiento de apartar las relaciones laborales de un determinado sector productivo o un colectivo de trabajadores de las normas generales, sustituyéndolas por otras³⁰⁴, se abre el camino a una desviación de la intensidad que se desee, pese a la apariencia de un soporte conceptual. De hecho, esa misma caracterización, ya vigente para los profesionales sanitarios en

³⁰⁰ Advirtiendo que «pesa mucho más el carácter público», R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 66.

³⁰¹ Por todos, recientemente, lo defiende T. SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», cit. No se trata de una propuesta que no cuente ya con un largo recorrido en la doctrina laboralista (por ejemplo, cfr. J. P. LANDA ZAPIRAIN, S. COLLADO LUIS, K. SANTIAGO REDONDO y R. TENES ITURRI, *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, 1993, p. 30).

³⁰² Así, cfr. C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 179.

³⁰³ Por ejemplo, proponiendo que al no existir declaración formal la «naturaleza» es la de «relación laboral sometida a un régimen específico», para añadir que el elevadísimo número de relaciones laborales de este tipo elimina cualquier «reserva a la hora de admitir que es ésta sin duda la más importante relación laboral sometida a un régimen jurídico específico de cuantas se conocen y regulan en el ordenamiento español vigente», L. E. DE LA VILLA GIL: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», cit., p. 3.

³⁰⁴ Sobre esa cuestión, A. MONTOYA MELGAR: «Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador», *REDT*, núm. 109, 2002, p. 11.

formación³⁰⁵, se ha propuesto para otras vinculaciones singulares dentro del género empleo público, como la de los docentes universitarios³⁰⁶, o los contratos temporales³⁰⁷.

En este caso, los expertos daban las razones y puntos en los que convenía el apartamiento, y sugerían abiertamente la utilización de esa «marca»³⁰⁸. Ni el resultado final ha hecho caso ajustado del concreto alcance de las excepciones o elusiones del régimen laboral común, ni se ha utilizado esa denominación. En la medida en que, como se ha indicado, la modulación del régimen laboral se intenta sostener sobre las exigencias constitucionales, hay que subrayar tanto la variabilidad de esos pretendidos requerimientos en la interpretación de los Tribunales³⁰⁹ —y se ha opinado que ha sido la principal vía de equiparación, por encima de las disposiciones legales y la negociación colectiva³¹⁰—, como que en tantas materias que no guardan relación con esas pretendidas exigencias el EBEP también se haya desviado del régimen común.

Se traen de nuevo a colación estas consideraciones para poner de relieve que la estructura conceptual sobre la que se asienta el régimen laboral de los trabajadores al servicio de la Administración soporta prácticamente cualquier cosa, pues en definitiva se va a aludir a un empresario que es «muy peculiar» o términos de referencia similares, cuya vaguedad queda constituida en el canon con el que medir la oportunidad e intensidad del alejamiento del régimen laboral común. De ahí a considerar que todo es argumentable, y que por tanto el recurso a los conceptos de relación laboral especial o con peculiaridades, las exigencias de la Administración como empresario, etc., son meros *flatus vocis*, puede que no exista ya distancia reseñable.

³⁰⁵ Por todos, cfr. E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ: «La especialidad de dos relaciones laborales especiales. Especialistas en Ciencias de Salud y Abogados», en *RGDTSS*, núm. 13, 2007.

³⁰⁶ Cfr. C. MOLINA NAVARRETE: «Una nueva e inaudita relación laboral especial: el régimen de contratación del personal docente e investigador tras la LOU», en *RTSS*, núm. 257-258, 2004.

³⁰⁷ Un elenco de esas posturas en A. V. SEMPERE NAVARRO, y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los empleados públicos laborales*, cit., p. 197.

³⁰⁸ Hasta en tres ocasiones, llegando a una de las conclusiones «formales» la utilización de la expresión «relación laboral especial» (pp. 55, 131 y 223; la conclusión en 235).

³⁰⁹ Que abarcaría tanto a los cambiantes criterios sobre el alcance de la preferencia por el modelo funcional como las «contradicciones» con que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene resolviendo la tensión entre los ordenamientos administrativo y laboral (ambas cuestiones en el Informe de la Comisión de Expertos, pp. 21 y 54, respectivamente). En la doctrina, hablando de «numerosos vaivenes y vacilaciones», por todos, A. V. SEMPERE NAVARRO, y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *Los empleados públicos laborales*, cit., p. 13.

³¹⁰ C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», cit., p. 180.

Sin ánimo de ser nuevamente reiterativo, admitida la diversidad con una justificación abierta que legitima ampliamente las alteraciones respecto del régimen laboral común, y extendiéndose éstas, como ocurre en la Ley 7/2007, con una intensidad tan importante y una inspiración fundamentalmente tributaria de los planteamientos propios de la relación estatutaria, el acudimiento al Derecho del Trabajo y sus instituciones no se sustenta en consideraciones diversas que la eficacia y posibilidades de gestión que ofrece, no en el modelo de relaciones empresario/trabajador que le es propio, de manera que se buscan formalmente trabajadores, pero sustancialmente servidores públicos.

5.3.2. *Un empresario vergonzante*

Y si la caracterización de los contratados laborales como trabajadores es susceptible del comentario referido, curiosamente —aunque seguramente sea lo más lógico—, tampoco el paradigma propio del Derecho del Trabajo se considera oportuno que lo encarne la Administración como empresaria.

De nuevo es obligado volver la vista a los fundamentos de actuación del artículo 1.3, que, con otros preceptos del EBEP, compone un panorama en el que destaca la insistencia en el carácter ejemplar del empleador, que se somete a una actuación transparente hasta el extremo³¹¹, y de otro lado considera que parte de las instituciones propias de las Leyes laborales constituyen un instrumental indigno de ser utilizado³¹². Como en un régimen estatutario, se conceden las reglas que no dejan de constituir una cierta autoimposición.

³¹¹ Llegando a considerarse extraño que se proyecte esa exigencia incluso a instituciones como la negociación colectiva, con la que parece que guardaría escasa relación (cfr. en este sentido J. MAURI MAJÓS: «Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 304).

³¹² Según ya pusieran de relieve los Expertos en su Informe: «el Estatuto debe recalcar que la Administración (...) no puede concertar contratos, pactos y condiciones que sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, según el principio general que se toma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 4). Estas condiciones derivan necesariamente del estatuto constitucional de la Administración que, incluso en su función de «empleador», no puede desconocer sus diferencias con el empresario privado, ya que toda su actuación está vinculada a las exigencias del interés general y porque está obligada a respetar la igualdad de los ciudadanos» (pp. 55-56).

Algunas de estas medidas, con sentido del humor, le hacen recordar al prof. MONTAÑA MELGAR la expresión «patrono modelo» que contuvieran algunas normas en los orígenes de la legislación social [«Las Administraciones Públicas como empresarios laborales. (Un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)», cit., p. 5].

Sin ánimo de ser exhaustivo, ni siquiera de abundar en cuestiones que se tratan con detalle en las Ponencias temáticas, la perspectiva planteada se observa en materias tan importantes como, por ejemplo:

- la facultad de no readmitir tras una extinción calificada como improcedente³¹³, visión que se proyecta en general sobre las extinciones³¹⁴;
- el intento que concreta el artículo 10.4 de acabar con la escandalosa tasa de temporalidad en las Administraciones³¹⁵, a lo que se une la limitación de la duración de los procesos selectivos establecida en el artículo 70.1;
- el control impuesto por el artículo 12.2 sobre el número y retribución del personal eventual³¹⁶;

³¹³ Artículo 96.2. Argumentan los expertos, como recuerda B. MARINA JALVO: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 35, que admitir «la facultad de despedir a los empleados sin causa objetiva y legalmente prevista choca abiertamente con los principios de interés público y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho que rigen la actuación de la Administración (...) el despido sin causa de quien ha accedido al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, supone una vulneración flagrante de tales principios». Esta manera de entender el despido es ajena a su significación en el ordenamiento laboral, pues la improcedencia no es un juicio sobre la inexistencia de la causa; igualmente cuando se propone la figura de la nulidad para los contratos celebrados irregularmente («La figura y las consecuencias del despido improcedente resultan igualmente inapropiadas si, por el contrario, la Administración contrata al margen de los principios de igualdad, mérito y capacidad, de buena administración o de interés público, o sin causa alguna), tampoco se está siendo coherente con las categorías propias del contrato de trabajo; de hecho, los expertos hablan de «una causa de extinción de la relación laboral ... previa anulación del contrato correspondiente» (ambas cuestiones en el Informe, pp. 140-141).

En todo caso, como advierte T. SALA FRANCO: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», cit., pp. 125-126, los términos del EBEP, en cuanto a la calificación y ámbito al que se reservan las medidas, no son coincidentes a las recomendaciones de los expertos.

³¹⁴ Un análisis interesante sobre esta misma cuestión en lo que toca al periodo de prueba en X. BOLTAINA BOSCH: «El periodo de prueba en los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas: órgano competente para establecer la superación o no del mismo», *Aranzadi Social*, núm. 16/2007.

³¹⁵ Sutilmente la Comisión de expertos (p. 49) subraya que la alta tasa de temporalidad en el «sector público» es «menos aún» (justificable).

³¹⁶ En expresión de la Exposición de Motivos «el Estatuto refuerza las garantías de transparencia en lo relativo al número y retribuciones del personal eventual...». Advirtiendo la importancia de que se diferenciara con claridad los puestos de trabajo a cubrir por este personal, *vid.* el Informe de la Comisión de expertos, p. 49, y sobre el decepcionante resultado final, extensible a las medidas propuestas sobre temporalidad, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Prólogo», en VV.AA. (dir. M. SÁNCHEZ MORÓN): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 37 y ss., y J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones públicas», cit., pp. 104-105.

Cfr. sobre el estado de la cuestión, con abundante aparato doctrinal, J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Hacia un nuevo Régimen Jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 45 y ss. y 128.

- el rigor extremo que se quiere imponer en la preservación de los principios de mérito y capacidad, compatible con determinadas medidas de acción positiva ³¹⁷;
- el empeño en la integración de minusválidos o el respeto a la igualdad ³¹⁸.

Con todo, al mismo tiempo se le pide que sea exigente con los empleados públicos, a fin de que el empleado público sea un instrumento adecuado al servicio de la construcción y transmisión de la imagen de la Administración acorde con los valores constitucionales. Entre tantos ejemplos que podrían traerse a colación, puede que el más ilustrativo sea el atinente a la evaluación del rendimiento, que deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento, porque como enfatiza la Exposición de Motivos, «la continuidad misma del funcionario en su puesto de trabajo alcanzado por concurso se ha de hacer depender de la evaluación positiva de su desempeño, pues hoy resulta ya socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente, no atiendan satisfactoriamente a sus responsabilidades» ³¹⁹.

³¹⁷ Así calificadas por los Expertos en su Informe, pp. 93-94. Una explicación de las innovaciones introducidas con este ánimo en la misma Exposición de Motivos: «En materia de acceso al empleo público ha sido preocupación esencial garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección. Ello no es, por cierto, incompatible con unas mayores posibilidades de apertura de nuestro empleo público a ciudadanos que carezcan de la nacionalidad española, en aplicación del Derecho comunitario o por razones de interés general, ni con la necesaria adopción de medidas positivas para promover el acceso de personas con discapacidad. En particular se hace hincapié en las garantías de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, para asegurar su independencia en el ejercicio de las potestades que les corresponden y de ahí, que, como es regla en otros ordenamientos, se establezcan determinados límites a su composición. A ello se añade el criterio favorable a la paridad de género, en coherencia con la mayor preocupación actual de nuestro ordenamiento por garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres».

³¹⁸ Cfr., entre otros, artículos 59 y 60.1.

³¹⁹ Con todo, lo que sin duda esta medida supone de cara a buscar el mejor funcionamiento de la Administración y un modelo de responsabilidad, cuenta como contrapartida con la crítica desde las perspectivas más arraigadas en el acervo conceptual clásico, que subrayan como la evaluación —un derecho del empleado público— puede traer como efecto lo que antes se reservaba a las infracciones graves o muy graves, sin las garantías, por tanto, que asistían al funcionario cuando lo aplicado era el derecho disciplinario (J. B. LORENZO DE MEMBIELA: «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 1953).

5.4. *In medio virtus*

La Ley 7/2007 ha dado acogida, entonces, a un grupo de cuestiones más o menos pendientes en la que se consideraba inaplazable reforma del sistema de empleo público³²⁰. Sin ánimo de ser reiterativo, se trae el dato de nuevo a colación para señalar que la utilización del *nomen iuris* constitucional ha sido más casual que otra cosa, y que lo pretendido no gira principalmente en torno a la determinación de cuál sea el contenido de la relación de servicios. La búsqueda de flexibilidad con el recurso a la contratación laboral, la pretendida normalización que comporta la expresión empleado público como superación de la de funcionario, el intento de que el régimen de los servidores públicos acompañe la transformación experimentada en tantas dimensiones por la Administración —territorial, política, prestacional—, y otros de los objetivos mencionados en las páginas precedentes son legítimos, pero no se alcanzan dando vida a un Estatuto básico del empleado público, ni, desde la contemplación contraria, su regulación constituye ese Estatuto, aunque pueda incidir o precisarlo en alguna de sus materias.

Si se quiere dar a luz un verdadero Estatuto del empleado público, la línea de salida es, necesariamente, adoptar una decisión sobre la situación en que han de quedar las relaciones entre las regulaciones laborales y funcionariales. Al respecto, se ha indicado con razón que se puede optar básicamente por cualquiera de ellas, o mantener la dualidad³²¹, cual ha sido el criterio de la Ley, pero propiciando la profundización en el acercamiento de regímenes.

En este punto es donde se podría plantear la verdadera necesidad y utilidad de un Estatuto como régimen jurídico del empleado público. Si las distinciones acaban siendo poco más que *nomen iuris*, si se ha conseguido un acercamiento en lo visible tan notable, ¿no es posible igualmente la aproximación en el propio concepto unitario de empleado público? A tal efecto lo que habría de fusionarse, más allá de la denominación utilizada, es el diferente acercamiento a estas relaciones con que el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo contemplan la cuestión. Si se utiliza el cauce de las relaciones laborales, la regulación no puede seguir pensando que se encuentra básicamente ante una materia prácticamente organizativa, ni estos empleados son los tradicionales «servidores públicos» sobre los que se ha asentado el régimen de la función pública; el recurso al Derecho del Trabajo no puede ser un mero mecanismo que no altere el trasfondo de una relación estatutaria subyacente, convinién-

³²⁰ C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de Estatutos».

³²¹ C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de Estatutos», cit., p. 123.

do entonces un acercamiento en las metodologías y conceptos utilizados por el Derecho administrativo y el ordenamiento laboral.

En este sentido, las opciones sobre la pervivencia y extensión de la dualidad de regímenes deberían ser consecuentes con sus respectivos contenidos. Si se apuesta por mantener ambos, una mínima lógica pide que además de reservar a uno de ellos los actos de autoridad, exista una clara delimitación global de tareas asumibles, coherentes con contenidos diversos: una relación de servicios más garantista y unilateral para un funcionario que, por otro lado, cuenta con una capacidad reivindicativa menor, frente a un trabajador limitado por el mínimo indispensable en su condición de tal, pues que la Administración vele por el interés general puede implicar algunas alteraciones, pero no desnaturaliza su caracterización empresarial. En este sentido, deberían revisarse bastantes de las especificidades que se han permitido so pretexto de la identidad del empresario, y desde luego no pocas de las que incorpora la Ley 7/2007.

Distinto es que, con buena lógica también, se quiera alumbrar un tercer género que formalice jurídicamente ese acercamiento tan celebrado. Sin renunciar a la variedad que reclama el EBEP³²², es posible buscar un punto de equilibrio aceptando que la función económico-social de esta relación no es el servicio al interés general ni un intercambio entre trabajo y salario, sino que el vínculo entre la Administración y sus empleados asume ambas causas. En fin, precisamente alguno de los intentos de explicación de las relaciones laborales especiales en nuestro país ha discurrido por esta senda, tratando de ver en ellas una intersección entre el Derecho del Trabajo y otro sector del ordenamiento, hasta el punto de dar lugar efectivamente a una causa del contrato mixta³²³.

³²² Así, según la Exposición de Motivos: «(...) la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran. Asistimos hoy, en efecto, a una gradual multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas dentro de cada nivel territorial de gobierno, que persigue responder adecuadamente a las exigencias que plantea, en cada caso, el servicio eficaz a los ciudadanos. La organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las leyes y reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control. Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público. La correcta ordenación de este último requiere soluciones en parte diferentes en unos y otros sectores y, por eso, la legislación general básica no puede constituir un obstáculo ni un factor de rigidez. Antes al contrario, ha de facilitar e impulsar las reformas que sean necesarias para la modernización administrativa en todos los ámbitos».

³²³ Sobre esa propuesta como explicación de las relaciones laborales, cfr. M. CARDENAL CARRO: «A los quince años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta», en *Aranzadi Social*, 2000-V. Entre otros trabajos recientes acogióndola, por ejemplo, cfr. P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 256-257.

Se trataría de buscar un punto medio entre las dos visiones descritas. Y frente al riesgo antes señalado de recurrir a un concepto evanescente de relación laboral especial, la explicitación exacta del bien alternativo protegido permite determinar el alcance preciso para el apartamiento del régimen ordinario de los contratos en los que se intercambia trabajo y salario. En la medida en que sustancialmente se pretende flexibilizar la función pública, dejar de lado nominalismos y utilizar preferentemente esta senda hacia la verdadera unidad en el régimen del empleado público, con sus muchas ventajas, supondría alumbrar un verdadero Estatuto Básico del Empleado Público.

Comunicación a la Ponencia General

JORNADA DE TRABAJO, PERMISOS Y VACACIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL EBEP. LA PROBLEMÁTICA DEL PERSONAL LABORAL

XAVIER BOLTAINA BOSCH

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona
Profesor de la Escuela de Administración Pública de Cataluña

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PROBLEMÁTICA APLICATIVA DEL ARTÍCULO 51 DEL EBEP AL PERSONAL LABORAL COMO PUNTO DE PARTIDA DEL ESTUDIO.—3. NORMA APLICABLE A LA JORNADA DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.—4. RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE A LOS PERMISOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 4.1. Los permisos de los empleados públicos de la Administración según el artículo 48.1 del EBEP. En especial, su aplicación al personal laboral. 4.2. Los permisos de los empleados públicos de la Administración según el artículo 48.2 del EBEP. En especial, el personal laboral.—5. RÉGIMEN DE PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL Y POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO SEGÚN EL ARTÍCULO 49 DEL EBEP.—6. RÉGIMEN DE VACACIONES SEGÚN EL ARTÍCULO 50.—7. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) de conformar un conjunto de reglas jurídicas aplicables a todo el personal al servicio de la Administración, al configurar un concepto jurídico tal como el de «*empleado público*» ha obligado a un profundo replanteamiento por parte del operador jurídico a la hora de concretar la norma aplicable en según que casos, cuando el EBEP prevé expresamente, o se deduce de forma indirecta, que rige las relaciones de funcionarios y trabajadores, esto es, los dos colectivos numéricamente más significativos del empleo público en España.

Aunque son muchos los aspectos complejos, incluso conflictivos, que se han derivado de la entrada en vigor del EBEP, el gestor de recursos humanos ha debido enfrentarse, desde el primer momento, a uno que quizá cualitativamente no era el de mayor trascendencia, pero que sí lo es desde el punto de vista de tal gestión, porque afecta a determinados derechos que, en su aplicación, no permitían una demora en el tiempo a la espera de interpretaciones —doctrinales o judiciales— que dieran seguridad al operador jurídico.

El objetivo de esta comunicación es plantear precisamente los conflictos sobre qué norma es aplicable en cuanto a uno de esos aspectos, el regulado en el Capítulo V del Título III del EBEP sobre jornada, permisos y vacaciones, cuando el afectado es funcionario de una Comunidad Autónoma o Corporación Local o cuando se trata de personal laboral, en general.

Debe tenerse en cuenta, en primer término, el conflicto normativo que se ha derivado al considerar los artículos 47 a 50 como norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos y las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen respecto a estas materias, pues en algunos supuestos es dudoso que constitucional-

mente pueda considerarse como básico alguno de sus preceptos —caso manifiesto del art. 48.2, referido a días de libre disposición—; en segundo lugar, y de manera especial, creemos que es importante analizar el alcance del artículo 51 del EBEP, que considera de aplicación el Capítulo V al personal laboral, sin perjuicio también de la legislación laboral correspondiente, lo que supone en la gestión de los recursos humanos públicos un grave conflicto sobre cuál norma prevalece y sí, indirectamente, el EBEP comporta la inaplicación o no de la regulación del ET y convenio colectivo de la Administración Pública respectiva en cuanto a jornada, permisos y vacaciones.

Esta comunicación no pretende, pues, analizar el contenido sustantivo concreto de la jornada, los permisos y las vacaciones regulados en el Capítulo V, sino establecer cuál es la norma aplicable en cada supuesto, según se trate de funcionarios o trabajadores, planteando la colisión del EBEP como norma básica, la normativa de las Comunidades Autónomas ya existente, los límites que el Tribunal Constitucional ha planteado sobre qué materias pueden considerarse o no como bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, en mayor extensión, valorar qué alcance aplicativo para el personal laboral supone el Capítulo V a partir de los términos ambivalentes del artículo 51 del EBEP.

2. LA PROBLEMÁTICA APLICATIVA DEL ARTÍCULO 51 DEL EBEP AL PERSONAL LABORAL COMO PUNTO DE PARTIDA DEL ESTUDIO

Debe indicarse que la dicción literal del artículo 51 del EBEP es la que ha llevado, en gran medida, a los conflictos que luego trataremos. Un precepto que ha carecido de real debate parlamentario y, por consiguiente, de difícil comprensión en aquello que pueda suponer en cuanto a su aplicación al personal laboral.

Cuando el artículo 51 EBEP afirma que *«para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente»*, se introduce una distorsión en el marco de las relaciones laborales, pues parece yuxtaponer —cuanto menos aparentemente— el EBEP y la *«legislación laboral correspondiente»*.

No nos parece coherente esta interpretación, pero también es difícil de entrever cuál ha sido la voluntad última del legislador. Nuestro parecer es que el artículo 51 pretende aplicar al personal laboral aquellos permisos, vacaciones o jornada que expresamente no queden circunscritos al personal funcionario, pero no asume la voluntad de

extender incondicionalmente a todos los trabajadores los artículos 47 a 50 del EBEP. Interpretación que, somos consciente, no es la asumida por muchas Administraciones Públicas, que han generalizado la aplicación de estos preceptos a todos los colectivos afectados ¹.

En primer término, creemos que a lo largo del EBEP, cuando éste ha pretendido que una norma o precepto, capítulo o título, sean aplicables a todo el personal —con independencia de su régimen jurídico— así lo ha hecho. Sorprende, en consecuencia, que en el caso concreto del Capítulo V del Título III no sea así si la voluntad de extensión fuera la deseada ². Nos parece esta la conclusión más lógica y, por ello, en cuanto al personal laboral —como luego tendremos ocasión de señalar— creemos que sólo habría dudas en cuanto a la aplicación del artículo 49, rechazando los otros preceptos del referido Capítulo V.

No obstante, es cierto que los términos confusos del artículo 51 han dado pie al conflicto. El legislador ha sido poco cuidadoso. De entrada, porque la copulativa « y » lleva a todo tipo de confusión, pues parece yuxtaponer el régimen del EBEP y el de la « *legislación laboral correspondiente* » —que, hemos de entender, incluye a la negociación colectiva, bajo el riesgo de considerar en caso contrario que el EBEP ha declarado fuera del sistema jurídico cualquier regulación convencional sobre la jornada, permisos y vacaciones de los trabajadores, conclusión que nos parece rechazable de plano—. Por otro lado, porque si nos atenemos a la dicción literal, no tiene sentido que el artículo 51 se refiera al régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral cuando, de hecho, en todo momento, los artículos 47 a 50 se refieren al funcionariado y no dan pie, estos preceptos, a ninguna ambivalencia subjetiva. Esta razón ha llevado a algunos intérpretes jurídicos a defender que todos los preceptos analizados son aplicables al personal laboral, pues en caso contrario el artículo 51 derivaría en un

¹ La instrucción de 5 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública (BOE 23-6-2007) considera que los artículos 48 a 51 son de aplicación común al personal funcionario y laboral de la Administración General del Estado.

² Así, por citar diversos ejemplos, el derecho a la carrera profesional y a la promoción interna en todo momento viene referido al funcionariado, excepto en el artículo 20 que, al fijar la evaluación del desempeño, se refiere a los empleados de la Administración; idéntica conclusión en cuanto al régimen retributivo; en cuanto a la negociación colectiva, se señala que tal negociación, la representación y la participación de los empleados públicos con contrato laboral se rige por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son aplicables (art. 32); en el derecho de reunión parece claro que como tal precepto se aplica a trabajadores y funcionarios, en tanto que los preceptos anteriores referidos a la negociación colectiva, con alguna excepción, lo son únicamente a los funcionarios; el código de conducta es aplicable a todos los empleados públicos, sin distinción, porque así claramente lo manifiesta el EBEP.

precepto absurdo³. A nuestro entender, sin embargo, creemos que un análisis detallado de precepto por precepto nos permite dudar de tal conclusión, y en este sentido vamos a desarrollar el siguiente planteamiento.

3. NORMA APLICABLE A LA JORNADA DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La jornada de trabajo aparece regulada, brevemente, en el artículo 47, al señalarse que *«las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial»*.

No parece que este precepto suponga una especial dificultad aplicativa a los funcionarios de las diferentes Administraciones Públicas (autonómicas y locales, en especial), dados sus términos amplios. Quizá acaso puede dudarse sobre la vigencia de algunas normas —especialmente, en el ámbito local— que remiten la jornada en cómputo anual a lo previsto para la Administración del Estado, pero en general, parece pacífico entender que cada entidad podrá fijar una jornada general y especial, según sus necesidades y que se ha habilitado las fórmulas funcionariales a tiempo parcial, hasta el momento nada claras en el panorama jurídico del empleo público (cuanto menos en el estatal o local).

En cuanto a la aplicación del artículo 47 al personal laboral, nuestro parecer es que aunque pudiera haber un pronunciamiento favorable al mismo, en nada el precepto ha modificado el régimen jurídico que se deriva del ET y de los convenios colectivos de cada Administración.

En este sentido, puede deducirse que las Administraciones pueden continuar rigiéndose por la normativa laboral del ET y por aquello que hayan concretado en su negociación colectiva, en base al siguiente marco:

— Las Administraciones Públicas no pueden fijar unilateralmente la jornada general de sus trabajadores, porque tal como especifica el artículo 34.1 del ET, la duración de aquélla será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, con un máximo de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

³ Criterio que, aunque nosotros rechazamos, también tiene su propia lógica, no tanto por el respeto del sistema normativo (derecho funcional/derecho laboral) sino por la absurdidad que supondría un artículo 51 del EBEP que deviene inoperante si se acepta nuestro razonamiento.

La diferencia de expresión entre el EBEP (que se refiere a « *jornada general*») y el ET (que cita la « *jornada ordinaria*») no nos parece suficientemente significativa para deducir que el EBEP haya creado una especie de concepto diferente de jornada para los trabajadores de la Administración.

— Tampoco creemos posible que el artículo 47 del EBEP ampare, en estos momentos, una posible fijación de « *jornadas especiales*» por parte de las Administraciones. Entendemos que este concepto del EBEP no se puede superponer al que propiamente fija el ET. En este sentido, corresponde al gobierno central instituir ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran. Acaso, si se puede hablar de jornada especial de trabajo para el personal laboral, únicamente se podrá predicar para los supuestos reglamentariamente previstos en la norma actual ⁴. Por el contrario, una Administración, al amparo del artículo 37 del ET puede, ya sea a través de convenio colectivo o en su defecto a través de acuerdo con la representación del personal laboral, establecer una « *distribución irregular*» de la jornada a lo largo del año, que deberá respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanales previstos por la Ley.

— Asimismo, ninguna novedad, desde la óptica laboral, implica el artículo 47 del EBEP en cuanto a la jornada de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial. Aunque el precepto supera la limitación que jurisprudencialmente se había fijado para los funcionarios, en el supuesto del derecho laboral ya se había instituido la fórmula del contrato de trabajo a tiempo parcial si la prestación de servicios es para un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (art. 12 ET). En esta regulación tiene lógica la vigencia plena en las Administraciones Públicas del contrato de trabajo a tiempo parcial de relevo y, por supuesto, el contrato a tiempo parcial fijo cuando se formaliza para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa (art. 12.3 ET), que debe complementarse con el contrato de trabajadores fijos-discontinuos para llevar a cabo trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad de la Administración (art. 15.8 ET).

⁴ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, modificado por los Reales Decretos 295/2002, de 22 de marzo, y 294/2004, de 20 de febrero, así como el más reciente Real Decreto 902/2007, de 6 de julio.

4. RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE A LOS PERMISOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Este ha sido uno de los más relevantes elementos de distorsión en la aplicación del EBEP, tanto para el personal funcionario, como para el personal laboral o también el estatutario de los servicios de salud. Para el supuesto del personal laboral, el conflicto surge si se insiste en que el precepto regulador de los permisos (art. 48) se extiende incondicionalmente a los trabajadores de la Administración, bajo el amparo del artículo 51 del EBEP.

Distinguiremos en esta interpretación del artículo 48 dos apartados, en función de su redacción diferenciada: artículo 48.1 y 48.2.

4.1. Los permisos de los empleados públicos de la Administración según el artículo 48.1 del EBEP. En especial, su aplicación al personal laboral

El artículo 48.1 señala que « *las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes...* ».

Diversos son los parámetros de interpretación que pueden plantearse:

— En primer lugar —por el cual apostamos, pese a que no sea mayoritario entre las interpretaciones doctrinales— que el artículo 51 EBEP aunque obligara a una aplicación de los artículos 48 a 50 a todos los empleados —independientemente de su régimen jurídico—, esta interpretación sólo sería válida si los preceptos específicos de aplicación se refirieran al colectivo afectado.

Por ello, nos parece evidente que se produce una colisión entre la dicción literal del artículo 48.1 del EBEP, que afirma que « *las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos* » y el régimen jurídico del artículo 37.3 del ET, que señala un régimen de permisos « *previo aviso y justificación* » que permite la ausencia del trabajador, con derecho a remuneración, por los motivos y el tiempo fijado en la norma laboral, así como los regulados en los apartados 4 a 7 del mismo precepto estatutario laboral, régimen de permisos que puede ser mejorado por la negociación colectiva laboral.

— Por otro lado, todo el artículo 48.1 se refiere, sin ningún tipo de expresión ambivalente —lo cual no acontece en el art. 49— al funcio-

nario público y en ningún momento emplea el término « *trabajador*» o «*empleado público*»⁵.

— Finalmente, y en ello parece haber un consenso generalizado, debe destacarse que el artículo 48.1 no ha fijado lo que en derecho del trabajo se conoce como derecho necesario mínimo —lógica de imposible traslado al régimen funcionarial—. Dos consideraciones pueden plantearse al respecto:

a) El primer párrafo del artículo 48.1 indica que las « *Administraciones públicas determinan los supuestos de concesión de permisos...*». Por tanto, hay una remisión a lo que prevea cada Administración, sea la estatal, la autonómica o la local. Y mientras en el primer caso creemos que el artículo 48.1 es de clara aplicación al funcionariado estatal⁶, no así lo entendemos en la autonómica, la local y el personal laboral en general.

b) El artículo 48.1 EBEP funciona «*en defecto de legislación aplicable...*». Es decir, el listado del artículo 48.1 del EBEP sólo tiene sentido desde la perspectiva de inexistencia de legislación.

Debe destacarse que el precepto carece de rigor jurídico de una manera muy destacada y denota la ausencia de reflexión previa por parte del legislador, por una razón muy sencilla: no hay régimen aplicable a empleado público español, sea estatal, autonómico o local, que no haya previsto el régimen de sus permisos. Dando por bueno que el funcionariado estatal se rige ya por el artículo 48.1, no podemos concluir lo mismo en cuanto al resto; el funcionariado autonómico cuenta con sus respectivas leyes de empleo público y en las entidades locales es de aplicación todo el conjunto normativo derivado del Estado y de la Comunidad Autónoma y, si así es, de su propia negociación colectiva; y en cuanto al personal laboral, es evidente que el régimen de permisos se sitúa en el ET y en la negociación colectiva laboral.

Este poco rigor nos puede permitir concluir que, de hecho, el artículo 48.1 EBEP se configura como un precepto informador, orientador o pedagógico para las Administraciones autonómicas y locales, y para

⁵ Así, entre otros ejemplos, el artículo 48.1.f) afirma que «*la funcionaria también podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido...*»; el artículo 48.1.g) señala que por nacimiento de un hijo prematuro: «*la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias...*»; el artículo 48.1.h) indica que por razones de guarda legal: «*cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años...*»; idéntica expresión aparece en el artículo 48.1.i) al señalar que: «*por ser preciso atender al cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción...*».

⁶ En este sentido puede consultarse el apartado 7.º de la Instrucción de 5 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, en relación a la Administración General del Estado.

el personal laboral, de por donde el legislador estatal desea que, en el futuro, se dirija la regulación de los permisos de los funcionarios y, si acaso, de los trabajadores de las Administraciones Públicas, pero en ningún caso impone. Así, toma todo su sentido, entre otras, la Instrucción para la aplicación del EBEP a la Generalitat de Cataluña, según la cual: «*dado que la Administración de la Generalitat de Catalunya dispone de legislación específica propia aplicable al régimen de permisos, debe continuar aplicándose la referida normativa en los términos previstos. Consecuentemente, no resulta de aplicación en esta materia la regulación prevista en el artículo 48.1 del EBEP*»⁷; o los «*Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración local*» dictados por el MAP en marzo de 2008⁸ en cuya virtud tales permisos son establecidos en defecto de legislación aplicable, entendiéndose como tal legislación también a «*los acuerdos, convenios u otros instrumentos negociales*».

En cuanto al personal laboral, el artículo 48.1 debería interpretarse, a nuestro juicio, en función de los siguientes criterios:

— La legislación aplicable al personal laboral continua siendo la del ET y la de los convenios colectivos^{8bis}, tanto si estos permisos son mejores como si son peores, pues no hay que olvidar que la negociación colectiva puede haber fijado condiciones mejores a las que el propio artículo 48.1 EBEP señala, pero también que la legislación laboral sea ya o lo sea en el futuro mejor, o diferente, a la del EBEP, sin que sea razonable entender que en función de una condición mejor, se puede optar entre el EBEP o el ET/convenio colectivo. Un ejemplo de ello es que el artículo 48.1 EBEP no fija ningún permiso por matrimonio, como sí hace el ET, y no podemos deducir que este permiso haya desaparecido del régimen laboral.

— El artículo 48.1 EBEP puede asumir, en todo caso, una función orientadora de la negociación colectiva, en el caso del personal laboral, o de la legislación de función pública autonómica futura, para el personal funcionario, con todos los inconvenientes que ello puede suponer desde la perspectiva de la distribución de competencias en el ámbito de la función pública, pues para bien o para mal, el Estado condicionará de manera determinante cualquier cambio normativo futuro al arrastrar a

⁷ Instrucciones de la Secretaría de Administración Pública y Modernización de la Conselleria de Governació de la Generalitat de Catalunya, de junio de 2007. En el mismo sentido, puede consultarse el apartado 5.º de la Instrucción de la Dirección General de la Función Pública de Cantabria (BOC 26-11-2007).

⁸ Criterios (sin fecha) dictados conjuntamente por las Direcciones Generales de la Función Pública y de Cooperación Local del Ministerio para las Administraciones Públicas.

^{8bis} En el mismo sentido, el apartado 2.6 de los Criterios del MAP de marzo de 2008, que remite a la negociación colectiva de cada entidad local.

las Comunidades a dar por bueno el artículo 48.1 EBEP y, en todo caso, mejorar lo que el fije, pero limitando su margen de maniobra, razón por la que nos parece muy criticable la técnica legislativa aplicable a este precepto.

No obstante, algunas voces han defendido que el artículo 48.1 se configura como un derecho necesario mínimo para el personal laboral, de tal manera que sea aplicaría como norma mínima, y no lo sería si el ET o el convenio colectivo fijan una condición mejor o dan pie a una interpretación más favorable.

4.2. Los permisos de los empleados públicos de la Administración según el artículo 48.2 del EBEP. En especial, el personal laboral

Discrepamos sobre la aplicación del artículo 48.2 del EBEP al personal funcionario autonómico y local, así como al personal laboral, aunque este criterio no haya sido asumido por las instrucciones interpretativas del Estado y de algunas Comunidades Autónomas. Pese a lo cual, entendemos que se dan los siguientes argumentos en cuanto a una negativa para su aplicación:

— Considerar que para el personal funcionario el artículo 48.2 es una norma de carácter básico no guarda ningún tipo de lógica con lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha fijado como tal para el funcionariado y a más colisiona con la lógica del EBEP, que flexibiliza aspectos que hasta el momento eran básicos, como las retribuciones complementarias o la carrera administrativa. Sorprende, pues, que sea básico el número de días de libre disposición y en cambio no lo sea el listado de faltas graves del funcionariado o que el EBEP permita una amplia flexibilización en las retribuciones complementarias o en los modelos de carrera de los funcionarios, precisamente por haberse limitado en gran medida aquello que se considera básico.

— En el ámbito estrictamente laboral, es difícil de aceptar el nacimiento de un derecho a días de libre disposición completamente ajena a la lógica del derecho laboral.

En primer lugar, porque a lo largo del ET no hay ningún precepto que fije un derecho de este tipo y así resultaría que en tanto el artículo 48.1.k) del EBEP (que establece seis días por asuntos particulares) continúa no siendo aplicable al personal laboral —en base al criterio que hemos defendido en las líneas anteriores— sí surgiría un derecho a días de libre disposición en base a un concepto como el de antigüedad.

En segundo término, y nos parece más relevante aún si cabe, que toda la lógica del artículo 48.2 es ajena a la normativa laboral. Así, porque en el ámbito de las relaciones laborales una traslación del artículo 48.2 no tiene sentido con la primera de las afirmaciones, cual es que «*además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública*» se tendrá derecho a días adiciones por cumplir trienios. En todo caso, en cada Administración será la negociación colectiva la que deberá fijar los días de permiso por las razones que crea convenientes, incluso asimilables en su concepto a los días de libre disposición, pero no será la Administración unilateralmente la que lo determine.

Igualmente, porque este añadido del artículo 48.2 se sustenta en un concepto plenamente funcional, como es el del trienio. En un momento en que los convenios colectivos —cuando menos, los sectoriales privados— han ido suprimiendo el concepto retributivo vinculado a la antigüedad, tiene una difícil asunción que el artículo 48.2 instituya un permiso para el personal laboral ya no vinculado a la antigüedad sino al cumplimiento de «*trienios*». ¿Qué sucedería si la Administración carece de convenio colectivo y, por tanto, no retribuye por trienios, como sucede en especial en pequeños o medianos municipios? ¿cuál sería la situación si el concepto es otro, como el quinquenio o cualquier otro de parecido? ¿o si hay una limitación en el cobro de trienios?

Una interpretación voluntarista supondría deducir que allí donde el EBEP se refiera a trienios hay que interpretar «*servicios prestados*» o «*antigüedad*»; pero la aplicación al personal laboral es inverosímil si tenemos en cuenta que no hay norma de derecho del trabajo que obligue al reconocimiento de servicios prestados en otras Administraciones —como si acontece para el funcionariado—: ¿debe extenderse también la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, y el Real Decreto 1461/1982 al personal laboral para dar lógica al artículo 48.2? Añadiríamos, además, que si los trienios reconocidos como laboral derivan del mantenimiento de derechos fijados por la subrogación del artículo 44 ET —que en ningún caso se aplicaría a los funcionarios— la disfunción sería máxima, al otorgar un mejor derecho a los trabajadores afectados.

Únicamente una voluntad unificadora de un permiso de este tipo para funcionarios y laborales justificaría la aplicación del artículo 48.2 a los trabajadores; pero en este caso, el EBEP debería haberse referido a los empleados públicos y no sólo a los funcionarios y debería haber usado expresiones y conceptos jurídicos trasladables al régimen laboral, como si ha efectuado, por ejemplo, en el artículo 20 ó 31.1, o haber distinguido entre unos y otros colectivos, como es el caso del artículo 19 ó 27 del EBEP, por citar unos ejemplos concretos.

5. RÉGIMEN DE PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL Y POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO SEGÚN EL ARTÍCULO 49 DEL EBEP

Creemos que el carácter básico del precepto y el propio contenido de los permisos allí regulados, hacen del 49 un artículo aplicable a todo el personal funcionario de las Administraciones Públicas sujetas al EBEP. Mayor dificultad tendrá esa regulación cuando algunas normas autonómicas han establecido derechos de mayor alcance, como así sucedió en Cataluña en cuanto al permiso de paternidad —de un mes—, que ha obligado a reformas urgentes de la ley autonómica para adaptarse a aquello que era discordante con la regulación básica del artículo 49, aún en el caso de que en otros aspectos fijara una condición mejor⁹.

En cuanto a su aplicación al personal laboral, debemos destacar que las dudas surgen por la dificultad interpretativa en el alcance aplicativo del artículo 49, dadas las expresiones utilizadas. Debe destacarse que, a diferencia de los otros preceptos estudiados, en el encabezamiento del artículo 49 no se refiere a los funcionarios como tales.

Así, en tanto que el artículo 47 regula « *la jornada de trabajo de los funcionarios públicos*», el artículo 48 a los « *permisos de los funcionarios públicos*» y el artículo 50 a las « *vacaciones de los funcionarios públicos*», el artículo 49 se titula « *permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género*». *Prima facie* puede deducirse una aplicación al personal y, así, daría algún tipo de sentido —aunque fuera muy limitado— al artículo 51 del EBEP. Además, la redacción inicial del artículo 49 señala que « *en todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas*», por lo que no se instituye como un precepto supletorio, como si sucede en el artículo 48.1 EBEP.

No obstante, un posterior análisis detallado de cada uno de los permisos nos permite llegar a otra conclusión, que implicaría su no extensión al personal laboral.

⁹ La Ley 6/2006 de conciliación de la vida familiar y laboral de los funcionarios catalanes estableció un permiso de paternidad de un mes, a disfrutar una vez finalizado el periodo de descanso de 16 semanas —con carácter general— del progenitor o progenitora. Sin embargo, aunque la ley estatal ha establecido uno de 15 días —por tanto, de peor condición— permitía ser disfrutado a partir del nacimiento del hijo, norma básica que contradecía la regulación autonómica, lo que obligó a una reforma legal de urgencia para evitar las disfunciones que inmediatamente surgieron.

Así, el artículo 49.a), regulador del permiso por parto, se refiere a la funcionaria, y no a la empleada pública, o a la funcionaria o trabajadora, como sería lógico para evitar dudas; el artículo 49.b) regula el permiso por adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, refiriéndose también a la elección del funcionario, pese que posteriormente hable del progenitor; y finalmente, el artículo 49.c) regulador del permiso de paternidad también viene referido al personal funcionario, como idéntica dicción se utiliza en el artículo 49.d) al referirse al permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria.

6. RÉGIMEN DE VACACIONES SEGÚN EL ARTÍCULO 50

Entendemos que el artículo 50 se aplica indistintamente a los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, aunque no deja de sorprender que ostentando el carácter de norma básica, la única referencia es a los días de disfrute (22 días hábiles) y que el sábado no se considerará como hábil, obviando cualquier otra referencia.

Más compleja nos parece su aplicación al personal laboral. Su extensión a este colectivo puede suponer una mejora o una peor condición, según el caso, ya que la negociación colectiva puede haber mejorado la regulación legal que aparece en el ET —y que no ha sido derogada formalmente para el personal laboral de la Administración— pero también puede suponer un detrimento del marco normativo protector que fija esta norma laboral.

Debe destacarse, en este sentido, que el ET afirma que corresponde al convenio colectivo o al contrato individual fijar el periodo de vacaciones anuales que en ningún caso será sustituible por compensación económica —limitación esta última que no aparece en el EBEP—, instituyendo un periodo mínimo de 30 días naturales.

Por el contrario, el EBEP fija 22 días hábiles y considera que no son tales los sábados. Es sorprendente el carácter minucioso de prever 22 días y definir qué es y qué no es hábil. Obviando que el EBEP parece no tener cuenta que los sábados pueden ser días laborables para un trabajador, nada más indica en cuanto a las vacaciones. La conclusión de que en cuanto a este aspecto se aplica el EBEP, quedando derogado el artículo 38.1 *in fine* del ET, pero en cambio todo el restante artículo 38 queda vigente —porque fija un régimen protector mejor que el EBEP— es de difícil encaje en nuestro sistema jurídico, además de resolver que el EBEP siempre debería ser aplicable en cuanto a los 22 días hábiles salvo que el convenio colectivo fije una condición mejor o la surrealista situación de que según el caso, el convenio colectivo que fije

un mes natural de vacaciones puede ser mejor o peor que el EBEP según el supuesto que se aplique ¹⁰.

7. CONCLUSIÓN

Como hemos señalado, entendemos que el Capítulo V del Título III del EBEP es un ejemplo —no el único— de mala técnica legislativa, que a la hora de su aplicación al personal de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, en especial, así como al personal laboral, ha sido y seguirá siendo fuente de controversia. En todo caso, del planteamiento que hemos efectuado en los apartados anteriores entendemos que una interpretación cohonestada del carácter básico del EBEP y de la legislación autonómica y local, y de la laboral, daría como resultado el siguiente esquema aplicativo:

— El artículo 47 EBEP podría ser de aplicación a todo el personal funcionario y laboral, tanto de las Comunidades Autónomas como de las Corporaciones locales, porque no introduce en el ordenamiento jurídico ninguna novedad, excepción hecha de la posibilidad de recurrir al funcionariado a tiempo parcial, hasta ahora vedado en algunas normas, como es el caso de los entes locales.

— El artículo 48.1 EBEP no sería aplicable al personal funcionario de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales si existe legislación para el mismo, lo cual es lo más común. En cuanto al personal laboral, entendemos que prevalece la legislación laboral y los convenios colectivos, por lo que no le sería de aplicación.

— En cuanto al artículo 48.2, tenemos serias dudas sobre el carácter básico de este precepto, por lo que poniendo duda este alcance, creemos que no debería ser aplicable al funcionariado autonómico y local. No obstante, si se acepta este carácter, cuando menos entendemos no extensible al personal laboral, ya que la regulación de unos días de libre disposición vinculados a los trienios consolidados es del todo ajeno al derecho laboral.

— El artículo 49 sería un precepto básico aplicable a todos los funcionarios sujetos al EBEP, pero no así al personal laboral que se regiría por la legislación laboral y, en su caso, por los convenios colectivos.

¹⁰ Si el artículo 50 del EBEP se aplica al personal laboral, ¿puede considerarse derogado un convenio colectivo que fije un mes natural de vacaciones —es decir, con una condición mejor que los 30 días naturales mínimos que fija el art. 38.1 ET—. Para el año 2008, un mes natural de vacaciones en julio es de mejor condición que el artículo 50 EBEP; en el mes de agosto, un mes natural de vacaciones es peor que 22 días hábiles.

— Finalmente, el artículo 50 supone su aplicación al personal funcionario y, en cuanto al personal laboral, pese a que se trata de un precepto de baja altura —sólo regula el número de días de vacaciones— creemos que su aplicación debe cohonestarse en todo caso con el artículo 38 del ET.

Todo lo dicho, sin embargo, supone referirnos de nuevo al artículo 51 ET, cuya pésima redacción hace poner en tela de juicio la aplicación coherente del Capítulo V del Título III al personal laboral; pero asumiendo que la voluntad del legislador es que, de algún modo, los artículos 47 a 50 son también aplicables a los trabajadores públicos, según los casos, lo serían con los matices y particularidades que hemos expuesto, a nuestro juicio, a lo largo de esta comunicación.

Comunicación a la Ponencia General

LOS «OLVIDADOS»: RÉGIMEN APLICABLE
AL PERSONAL DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR
PÚBLICO NO INCLUIDAS EN EL ÁMBITO
DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO
DEL EMPLEADO PÚBLICO

JULIO CORDERO GONZÁLEZ

Profesor Asociado (6H) del Departamento de Derecho del Trabajo
y Trabajo Social. Universidad de Salamanca.
Profesor colaborador de la E.U. de Relaciones Laborales de Zamora

SUMARIO:

I. DE LA HOMOGENEIDAD A LA PERPLEJIDAD. «UN GODOT QUE NO HA LLEGADO».—II. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EBEP: INCLUSIONES, EXCLUSIONES Y «OLVIDOS».—III. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PERSONAL DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO CON PERSONALIDAD JURÍDICA PRIVADA Y SU CONSECUENCIA.

«La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

(Art. 103.3, Constitución Española, 1978)

I. DE LA HOMOGENEIDAD A LA PERPLEJIDAD. «UN GODOT QUE NO HA LLEGADO» ¹

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), tiene por objeto «establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación. Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas» (apartados 1 y 2 del art. 1 EBEP).

En palabras de la Comisión para su estudio y preparación, «el Estatuto debería aplicarse, en principio y salvo las excepciones contempladas más adelante, a todos los empleados de todas las administraciones públicas, organismos y entes que componen el sector público» ². Esta idea se trasladaría al acuerdo básico entre el gobierno y los sindicatos, publicitado formalmente en junio de 2006 mediante una comparecencia

¹ Afortunada expresión incorporada a la rúbrica del trabajo de L. MARTÍN REBOLLO: «El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 174 (2007), pp. 129-159.

² AA.VV.: *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP, Madrid, 2005, versión electrónica (www.map.es), p. 27.

solemne presidida por el Presidente del Gobierno. Se destacaban diez puntos de consenso y en primer lugar que el anteproyecto de EBEP contenía «un modelo homogéneo de función pública para todos los empleados, respetando las competencias autonómicas y locales “para mejorar los servicios”»³. En esta breve expresión podemos encontrar algunas de las claves que manejaremos en este primer acercamiento; el loable deseo de homogeneidad tenía que lidiar con la heterogénea naturaleza de las administraciones públicas y de los empleados públicos afectados, con las exigencias constitucionales respecto a sus funciones y en relación con la compleja distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, el Estatuto pretendía su aplicación, veremos más adelante en qué medida lo ha conseguido, a las distintas entidades del sector público clasificadas, atendiendo a su naturaleza económica en: sector público empresarial, sector público empresarial y sector público fundacional⁴. Desde el punto de vista subjetivo se ocuparía de las relaciones funcionariales y de carácter laboral. Todo ello respetando el carácter básico de su intervención respecto al régimen estatutario de sus funcionarios conforme al artículo 149.1.18.^a de nuestra Carta Magna pero que no tenía porqué atenderse respecto al personal laboral al servicio de las administraciones públicas al disponer el Estado de competencia exclusiva para ese título competencial («legislación laboral», art. 149.1.7.^a CE). Por lo demás, respondía al mandato del artículo 103.3 CE y habría de respetar los principios y contenidos mínimos allí establecidos.

Quizá convenga detenerse brevemente sobre algunas de este cúmulo de heterogeneidades. El propio carácter básico no es predicable únicamente de esta norma por lo que habrá que acudir a otras para conocer la totalidad de las bases del marco regulador conforme al artículo 149.1.18.^a CE. En esta situación están, al menos, la Ley 53/1984, de Incompatibilidades (indicado expresamente en su Disposición Final 3.^a) o algunos preceptos de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (*ex* Disposición Adicional 3.^a). Estas normas plantean algunas contradicciones conceptuales con el EBEP por haber sido concebidas con una finalidad muy concreta, incompatibilidades, o por la necesidad de adaptación a la inversa debido a su origen laboral, prevención de riesgos laborales.

Si el EBEP se ocupa de las bases del régimen estatutario, resultan obvias: a) la posibilidad de que se dicten para las diversas administraciones implicadas normas sobre los aspectos no básicos, y b) la necesi-

³ L. MARTÍN REBOLLO: «El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado», cit., pp. 153-154.

⁴ Clasificación concebida en el artículo 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria referida al sector público estatal.

dad de leyes que «desarrollen» los aspectos básicos. En la expresión del profesor MARTÍN REBOLLO se identifica al EBEP con el conocido «no personaje» teatral (Godot) y el lapso de tiempo de espera con la imposibilidad de aplicación directa e inmediata de la Ley hasta que se dicten sus normas de desarrollo y complementarias. Sin la «llegada» de estas anunciadas normas bastantes bloques normativos se aplicarán de forma muy limitada y no se establecen plazos que condicionen su pronta adopción...

El EBEP también tiene por objeto «determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas» (art. 1.2 EBEP); este personal se regirá, «además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan» (art. 7 EBEP). Esta equívoca expresión permite afirmar que los preceptos que se apliquen a una parte o a todo el personal laboral al servicio de las administraciones públicas supondrán un ejercicio del título competencial «legislación laboral» conforme al artículo 149.1.7.^a CE, y mayoritariamente tendrán la doble naturaleza, laboral y estatutaria, puesto que no se aplicarán en exclusiva a los trabajadores vinculados mediante un contrato de trabajo. Las relaciones entre ambos cuerpos normativos son en este punto variadas y complejas, se produce entre ellos un juego de remisiones cruzadas de variado alcance que impedirán atinar de modo sencillo con el derecho aplicable⁵. En posiciones extremas, el operador jurídico se verá obligado a aplicar ambos bloques normativos de modo «acumulativo» y no «sucesivo» o de «mínimos» mejorables por el otro⁶.

El conjunto de normas del EBEP aplicables al personal laboral configura, al menos materialmente, una nueva relación laboral especial para los empleados públicos con un vínculo contractual de carácter laboral. Así lo ha entendido la doctrina⁷ y lo declara la Exposición de Motivos del EBEP cuando indica «El presente Estatuto contiene, pues, también las normas que configuran esta relación laboral de empleo

⁵ Una primera detección de los principales puntos críticos en A. S. EMPERE NAVARRO y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO: «El personal laboral del sector público», *Aranzadi Social*, núm. 14/2007, versión electrónica (www.westlaw.es), apartado 1.1.

⁶ Referido al tiempo de trabajo, *vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 128, y T. SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *Actualidad Laboral*, núm. 20/2007, versión electrónica (www.lalecy.net), apartado XVI.

⁷ De modo señalado, encuentra el fundamento de la naturaleza especial de la relación en varios principios constitucionales que así lo exigen para defender los intereses de los ciudadanos (principio de igualdad de trato) y los de la propia Administración Pública (principio de eficacia de la Administración): T. SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *Actualidad Laboral*, núm. 20/2007, versión electrónica (www.lalecy.net), apartados I, II y III.

público» aunque la norma no recoge esta declaración expresamente en su articulado.

Para la Comisión, «la extensión del alcance del Estatuto a relaciones de empleo tan distintas en términos funcionales y a un conjunto tan amplio de Administraciones y Entidades, lleva aparejado necesariamente dotar de la flexibilidad necesaria (sic) al régimen común de empleados públicos». Puede coincidir en esa afirmación, sin embargo, el panorama descrito no permite concluir que esa flexibilidad, en su «traducción» al texto legal, conduzca a su aplicación «sin esfuerzo y sin dificultad a todos esos casos»⁸.

Frente al intento de dotar de cierta homogeneidad a la regulación del empleo público nos encontraremos con situaciones como la que describo para ilustrar la paradoja aplicativa: dos trabajadores del sector público pertenecientes a la misma u otra administración pública o a una entidad dependiente de ellas que realicen exactamente las mismas funciones en relación al mismo ámbito temático podrían estar vinculados mediante relaciones jurídicas absolutamente diferentes en cuanto a su naturaleza aunque en ambos casos las funciones desempeñadas fueran «intrínsecamente administrativas, como, por ejemplo, la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público»⁹. La relación jurídica de uno de ellos podría ser de naturaleza funcionarial, con aplicación «plena» del EBEP y la del otro de carácter laboral con una sociedad mercantil de capital íntegramente público a la que, como estudiaremos, se le aplicaría de modo muy limitado y verdaderamente insuficiente el EBEP.

II. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EBEP: INCLUSIONES, EXCLUSIONES Y «OLVIDOS»

Se trata en este momento de conocer a qué empleados públicos se aplica el EBEP, o bien suponiendo que a todos ellos, cómo se construye legalmente la noción de empleado público. Desde esta noción será posible avanzar hacia la concreción del alcance de su aplicación a cada uno de los colectivos del EBEP.

El ámbito de aplicación diseñado por el EBEP permite su consideración desde el punto de vista objetivo, qué administraciones públicas

⁸ Vid. AA.VV., *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 30.

⁹ Ejemplos utilizados para justificar la necesidad de aplicación de los principios y reglas del EBEP a estas situaciones en AA.VV., *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 30.

deben respetar el EBEP, y subjetivo, qué personas, más bien relaciones jurídicas que les vinculan a las administraciones públicas, al servicio de dichas administraciones estarán amparadas por esta norma.

Ámbito objetivo (o institucional) de aplicación. Inclusiones, exclusiones y olvidos.

El ámbito objetivo se articula desde el artículo 2 EBEP, que prevé su aplicación en las siguientes administraciones públicas:

- Administración General del Estado.
- Las administraciones públicas de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.
- Las Administraciones de las Entidades Locales.
- Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.
- Las Universidades Públicas.

En esta primera aproximación podemos encontrar ámbitos en los que «los poderes» del legislador estatal son sustancialmente distintos. Probablemente esa razón permite asumir el carácter básico (conforme al art. 149.1.18.^a CE) respecto de todas las administraciones territoriales incluida la Administración General del Estado y, en este momento lo adelantamos, respecto al conjunto del personal al servicio de todas las administraciones públicas con independencia de la naturaleza de su vínculo con ellas, ya funcional, ya laboral. Este carácter básico (o «marco») obligará a dictar normas legales para su desarrollo en el ámbito estatal y autonómico respondiendo al mandato del artículo 6 EBEP. Mandato, por otra parte, difícilmente fiscalizable al no establecerse un plazo para su ejecución efectiva.

Entre las administraciones territoriales se menciona por algunos autores¹⁰ la ausencia injustificada a las administraciones forales por no estar incluidas en puridad entre las «Administraciones de las Entidades Locales».

¹⁰ En AA.VV.: *Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo*, cit., p. 51. Sin embargo, esta laguna se cubre parcialmente mediante la Disposición Adicional Tercera del EBEP que respeta escrupulosamente su singular marco competencial respecto de las «Instituciones Forales» con mención expresa de la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española, sus normas de desarrollo específico y la necesidad de su interpretación conjunta junto al artículo 149.1.18.^a CE. Puede que el equívoco devenga de una falta de rigor terminológico de la citada D.A 3.^a EBEP, aunque materialmente pueda deducirse que también se refiere al personal de las administraciones forales.

Los principales problemas de definición de ámbito se situarán en el apartado cuarto de esta relación al poder huir de su aplicación las llamadas «Administraciones independientes» que podrían estar «vinculadas» pero no serían «dependientes» de las administraciones públicas anteriores¹¹. En este sentido, la Disposición Adicional quinta extiende la aplicación de un modo *sui generis* 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 de Estado (LOFAGE)¹². Se aplicará el EBEP en la forma prevista en sus leyes de creación frente a su inicial inclusión directa en el Primer Borrador del EBEP (art. 2.2). Para la Comisión encargada de realizar el informe previo al EBEP resultaba sintomática de la «tendencia de huida del régimen general de la función pública que las leyes de creación de algunas de estas entidades o autoridades independientes (...) atribuyan a su personal, incluido el superior o técnico, el carácter de empleados públicos laborales, cuando las funciones que se les asignan son típicamente administrativas»¹³. Parece que el EBEP ha optado por no frenar ni esta ni otras manifestaciones de la tendencia a la huida de las normas administrativas.

A salvo de lo indicado, el rasgo claramente definitorio será su carácter jurídico público, serán organismos, agencias y entidades de derecho público y no de derecho civil o mercantil. Es preciso trascender a algunas denominaciones equívocas que aun así tienen personificación de derecho público como determinadas entidades públicas empresariales o las llamadas *fundaciones públicas sanitarias*. Habrá que acudir a la legislación aplicable o a sus normas reguladoras o de creación para definir la verdadera naturaleza de su personificación.

Respecto a parte del personal de las administraciones públicas recogido en el artículo 2 del EBEP, se matiza la aplicación general y directa del Estatuto. Es el caso del personal investigador (art. 2.2 EBEP) para el que se podrán dictar normas singulares; el personal docente (universitario y no universitario) y el personal estatutario de los Servicios de Salud (art. 2.3 EBEP) para los que se excluye expresamente la aplicación del grueso del capítulo dedicado al «Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna» y a «La evaluación del desempeño» (salvando los arts. 20, 22.3, 24 y 84). Merecería un capítulo aparte el difícil

¹¹ AA.VV.: *Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo*, cit., p. 50.

¹² No todos los organismos y entidades detallados en ese apartado tienen el carácter de reguladores, sólo respecto de estos operará esta peculiar aplicación, *vid.*: M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 57.

¹³ AA.VV.: *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 28.

encaje competencial respecto al personal funcionario de las Entidades Locales (art. 3 EBEP), en general, y para los funcionarios con habilitación de carácter estatal (Disposición Adicional segunda EBEP), en particular¹⁴.

El EBEP ha evitado incluir un precepto destinado a las administraciones excluidas de su ámbito de aplicación. Sí figuraba en el texto conocido como Primer Borrador un precepto con esa rúbrica y de contenido similar pero no idéntico al artículo 4 EBEP; el Segundo Borrador «corregiría» el título del precepto cambiándolo por el definitivo «Personal con legislación específica propia». Únicamente se produce una exclusión plena a la aplicación del EBEP al personal laboral de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (art. 5.2 EBEP).

Para otros variados colectivos detallados en el artículo 4 EBEP se deja al arbitrio de su legislación específica la aplicación del EBEP a sus relaciones, bien por exigencias constitucionales de adopción mediante ley orgánica o por la oportunidad justificada de su regulación diferenciada. Esta exclusión justificable, pero encubierta, ampara a la totalidad del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al personal retribuido por arancel, al del Centro Nacional de Inteligencia y al del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito; y únicamente al personal militar de las Fuerzas Armadas, al personal funcionario de las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas, a los Jueces, Magistrados y Fiscales y demás personal de la Administración de Justicia. De ello debemos deducir que el EBEP se aplica, con las salvedades que indicaremos al abordar el ámbito de aplicación desde el punto de vista subjetivo, al personal laboral y no militar de los colectivos últimamente indicados. Se mejora en este punto la redacción del Primer Borrador porque éste incluía a todo el personal de los colectivos mencionados en el artículo 4 sin distinguir en función de la naturaleza de su actividad o su relación jurídica.

Por el contrario, no parece posible que a todos los colectivos «excluidos» se les aplicara de modo supletorio el EBEP, conforme al artículo 2.5 EBEP, si su legislación específica no lo indica expresamente porque, según mi modesto juicio, indirectamente se defraudarían las razones que justificaron la «no aplicación directa» del Estatuto¹⁵. El

¹⁴ En extenso, M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 62 a 77. Muy crítico y clarificador desde el punto de vista de las competencias autonómicas, AA.VV.: *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 52 a 60.

¹⁵ Parece posicionarse en sentido contrario la autorizada opinión de M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 59.

EBEP sí contiene una previsión expresa de su aplicación supletoria al personal funcionario de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (art. 5). Como ya se ha defendido, al no realizar esta precisión para su personal laboral habremos de entender que no se aplica el Estatuto como norma supletoria.

Llegando al capítulo de los «olvidos», debemos aclarar primeramente que el término se usa en sentido impropio al estar las entidades aludidas mencionadas en el EBEP. La regulación se produce de soslayo, en la sombra, a través de una cláusula residual, con una mención indirecta que nos obliga a indagar para su concreción; estas circunstancias sí pueden ayudarnos a desentrañar el sentido del empleo del término. Huyamos también nosotros de la oscuridad: nos referimos a lo dispuesto por la Disposición Adicional primera. Así, a las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2 del EBEP se les aplicarán únicamente los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP. Por otra parte, la disposición final primera EBEP, apartado 1, extiende el régimen de incompatibilidades al personal de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios «cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por 100 de subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas». Más adelante retomaremos este criterio de aplicación normativa respecto de las fundaciones.

Conforme a todos los indicios, las entidades referidas son las entidades del sector público con personificación jurídico privada. Sin perjuicio de ulteriores matizaciones, estas entidades están representadas básicamente por las sociedades mercantiles en cuyo capital participen total o mayoritariamente las administraciones públicas y las fundaciones públicas o en mano pública. Este tipo de entidades ocupan un papel cada vez más relevante incluso en la realización de funciones administrativas. En muchas ocasiones su propia creación tiene como finalidad no declarada huir precisamente de la aplicación del régimen de empleo público y de la propia función pública en sentido estricto. Así lo afirmaba la Comisión para el estudio y preparación del EBEP en su informe. Abogaba la precitada Comisión por extender el ámbito de aplicación del EBEP a estas entidades ¹⁶. Algunos de los argumentos en esta dirección eran coincidentes con los expuestos para las entidades públicas de carácter empresarial (entidades públicas empresariales, organismos públicos, etc.): la aplicación de esta norma no supondría una novedad absoluta ya que la legislación estatal (y autonómica) sobre estas entidades prevé expresamente la aplicación de algunos principios de naturaleza pública («funcionarización» de la relación laboral en entidades «públi-

¹⁶ AA.VV.: *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 28 a 30.

cas»?) como los relativos a la selección del personal (convocatoria pública y respetando los principios de igualdad mérito y capacidad), los controles de carácter presupuestario o del sometimiento limitado al derecho de la competencia ¹⁷ vinculado a la contratación pública administrativa.

La legislación estatal sobre Fundaciones permite la constitución de estas entidades por la administración pública pero, entre otras exigencias, obliga a que la selección de su personal se sujete a los principios de igualdad, mérito y capacidad y a la oportuna publicidad de la convocatoria.

El Informe de la Comisión recurría a aspectos sustantivos, esto es, a la verdadera naturaleza material de las actividades desarrolladas por las sociedades mercantiles que constituyen el sector público empresarial. Reservaba la aplicación íntegra del EBEP para las sociedades dedicadas a funciones intrínsecamente administrativas como la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público porque sus empleados pertenecen de facto, en términos materiales o sustantivos al sector público. Coincidió con su argumentación sustentada adicionalmente en la aplicación de estos mismos criterios para la aplicación de las normas de contratación pública a las sociedades creadas por una Administración (y bajo su control mediato o inmediato) para satisfacer necesidades de interés general (art. 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ¹⁸ (LCAP) en la redacción dada por la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007).

De hecho, responde al concepto comunitario de «organismo de derecho público» que «levanta el velo» en relación con las entidades de derecho privado con personalidad jurídica propia, «creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general» y «que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público» [arts. 2.1 y 1.3.b) LCAP] ¹⁹. Si bien, la aplicación del marco

¹⁷ Vid. STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de junio de 2007, en la que aboga por una aplicación singular del marco normativo regulador por actuar la sociedad mercantil como una Administración subordinada, en su actuación, al cumplimiento de fines de interés general que tiene encomendados.

¹⁸ Adopta la forma de Texto Refundido aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

¹⁹ De obligada consulta a estos efectos la Resolución de 2 de abril de 2007, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica el Acuerdo de la Junta

regulador se supedita a la celebración de contratos que superen unas determinadas cuantías.

Por lo expuesto, entendía que no habría de aplicarse el EBEP a las entidades dedicadas a la producción de bienes y servicios de modo semejante a la empresa privada con la única reserva de la observancia de los principios de publicidad e igualdad en la contratación del personal.

Resulta evidente para todos que el EBEP no asumió ninguno de los postulados del Informe de la Comisión aunque el artículo 2.1 del Primer Borrador no parecía diferenciar las entidades del sector público a que se aplicaba en función de la naturaleza de su personificación. Se aplicaba a «los organismos públicos y entidades, vinculadas o dependientes de las mismas» en referencia a las administraciones territoriales citadas con anterioridad para incluir una disposición adicional primera con una redacción muy similar a la del EBEP. En palabras de otro, «el resultado final no puede ser más frustrante, dado que esta es una “vía de escape” de la regulación más o menos uniforme del empleo público que puede afectar a colectivos muy numerosos»²⁰. Esta vía, como todas las que permanecen abiertas, seguirá evacuando relaciones desde el ámbito funcional hacia relaciones laborales amparadas testimonialmente por el derecho laboral especial que pretende regular el empleo público. Desde experiencias anteriores puede aventurarse que las Administraciones ansiosas de actuación libérrima, no sometida a límites legales, generen soluciones de organización para convertir a esta, ahora limitada, vía de escape en un paso franco de generosas dimensiones. Esta huida queda protegida por las enormes dificultades para obtener información sobre el número y las circunstancias de los trabajadores que desempeñen sus funciones en estas entidades. Como únicos mecanismos de control quedarán, en el mejor de los casos, la presencia en el patronato o en los órganos de administración de la oposición política y la complicada actuación de los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores.

Ámbito subjetivo (o personal) de aplicación. Los empleados públicos del EBEP

La construcción en sentido estricto de la noción de empleado público se elabora en el artículo 8 EBEP: «Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al

Consultiva de Contratación Administrativa por el que se adoptan criterios interpretativos para la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE 88 de 12-4-2007).

²⁰ AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo*, cit., p. 53.

servicio de los intereses generales». El mismo precepto clasifica los empleados públicos en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual. Ya el artículo 1, apartados 1 y 2 del EBEP, en la determinación del objeto de la norma, y el artículo 2, apartados 1 y 2 del EBEP, en la concreción de su ámbito de aplicación, hacían referencia a los funcionarios públicos y al personal laboral al servicio de las administraciones públicas como destinatarios.

La Exposición de Motivos del EBEP contempla el recurso a la contratación de personal por las administraciones públicas con arreglo a la legislación laboral como manifestación más relevante de la tendencia a la diversidad en la actuación y organización administrativa. No desconoce que un porcentaje muy significativo de los empleados públicos tiene la condición de personal laboral. Este tipo de contratación permite mayor flexibilidad e introducir algunos criterios de gestión de personal de la empresa privada. No oculta que la dualidad de regímenes plantea algunos problemas jurídicos y de gestión de personal que deben afrontarse en un ley que «aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto» para resaltar algunos aspectos relativos a la selección de personal, incompatibilidades, negociación colectiva, etc. Por estas razones se propone regular las peculiaridades de la relación laboral de empleo público, todo ello, sin merma de la legislación laboral general en lo que proceda (¿?). Añado yo, difícil empresa para tan menguadas y heterogéneas filas.

No da noticia, sin embargo, de que el personal laboral supera ya en número al personal funcionario en las administraciones locales ²¹ y ello sin contar el personal laboral al servicio de estas administraciones que desarrolle su actividad en las sociedades mercantiles del sector público local y en sus fundaciones públicas o en mano pública. Esta situación no parece del todo compatible con el imperativo constitucional, también enunciado en la Exposición de Motivos del EBEP, de ser considerado como excepción al principio general de que los puestos de trabajo en el sector público han de ser desempeñados por funcionarios (conforme al pronunciamiento determinante del Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1987, de 11 de junio, que declaró inconstitucionales varios preceptos de la Ley 30/1984 por esta causa).

El EBEP, en supuesta aplicación del imperativo constitucional, reserva a los funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que im-

²¹ Los datos proceden del Boletín Estadístico del Registro Central de Personal de julio de 2007 y pueden consultarse en www.map.es. Sitúan al personal funcionario en unos 210.000 y al personal laboral en más de 364.000. Datos incluso menos representativos (correspondientes a enero de 2007) aparecen brevemente glosados en L. MARTÍN REBOLLO: «El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado», cit., p. 135.

pliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas (art. 11 EBEP). No contempla ningún medio para la determinación de esas funciones y, muy al contrario, deja en manos de las leyes de desarrollo de cada Administración Pública el establecimiento de los términos de esta previsión. En la práctica, cada administración pública tiene un muy amplio margen de libertad para determinar qué puestos de trabajo reserva al personal funcionario aunque no estará a salvo de una muy probable e interesada judicialización del asunto. Esta indeterminación va nuevamente en contra de la seguridad jurídica de administraciones y administrados.

Los puestos de trabajo no afectados a la realización de esas funciones podrían ser ocupados por personal laboral y se les aplicará el EBEP y el resto de normas aplicables conforme a lo indicado fundamentalmente en su artículo 7. La normativa aplicable a la nueva relación laboral especial de empleo público estaría constituida por ²²:

- Las normas contenidas en los preceptos del EBEP que así lo dispongan. El marco regulador derivará de la adición de los diversos preceptos que no se apliquen en exclusiva a los funcionarios públicos y, por tanto, sean comunes a ambos tipos de empleados públicos. En numerosos supuestos esta operación se complicará debido a las referencias cruzadas entre apartados del propio EBEP y por la presencia de disposiciones concurrentes de la normativa laboral o de la negociación colectiva.
- La normativa laboral común (en la que están incluidos los convenios colectivos que entendemos se citan expresamente a mayor abundamiento).

Ni siquiera este limitado y complejo marco regulador se aplicará a los empleados del sector público de las entidades previstas en la disposición adicional primera del EBEP.

En conclusión, el EBEP no se aplica ni a todas las administraciones públicas y entidades del sector público ni a todos los que materialmente son empleados públicos *ex artículo 8 EBEP*. El concepto de empleado público del artículo 8 EBEP entra en abierta contradicción con lo establecido por la disposición adicional primera del EBEP. La mayoría de los trabajadores, vinculados mediante relaciones de carácter laboral, de las entidades del sector público con personalidad jurídica privada son materialmente empleados públicos *ex artículo 8 EBEP* pero no se les

²² Habría que añadir con T. SALA FRANCO («Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», cit., versión electrónica) el contrato individual de trabajo y la costumbre local y profesional con base en el artículo 3.1.c) y d) ET.

aplica este Estatuto o, mejor, de forma injustificada se les aplica de forma insuficiente.

La complejidad en la determinación del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del EBEP se debe condimentar con el no menos intrincado alcance de la aplicación de esta norma en el tiempo (trasitoriedad, aplicabilidad directa o necesidad de incorporación a normas de desarrollo, etc.). Las enormes dificultades aplicativas han obligado a elaborar diversas instrucciones, informes y a adoptar acuerdos sobre aspectos generales y específicos (especialmente régimen de permisos del personal laboral) para su aplicación tanto en el ámbito estatal como en el ámbito autonómico²³. Entre todas estas herramientas de aplicación destacan los Criterios para la aplicación del EBEP a la Administración General del Estado²⁴ (Secretaría General para la Administración Pública) y a la Administración Local (elaborados conjuntamente por las Direcciones Generales de la Función Pública y de Cooperación Local del Ministerio de Administraciones Públicas). Estos documentos constituyen una herramienta de necesaria consulta para el operador jurídico porque aunque algunos han sido objeto de publicación oficial carecen de carácter normativo (aunque pudieran vincular a los órganos administrativos en su actuación *por mor* de los principios de jerarquía y competencia).

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PERSONAL DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO CON PERSONALIDAD JURÍDICA PRIVADA Y SU CONSECUENCIA

Como se ha dicho, el EBEP no se aplica con carácter general al personal de las entidades del sector público con personalidad jurídica privada por no contemplarse estas entidades en el ámbito de aplicación objetivo del EBEP (art. 2.1). Este personal estará vinculado en todo caso mediante una relación de carácter laboral en respuesta a su propia naturaleza.

²³ También se elaboró con el mismo objeto en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria y fue objeto de publicación oficial la *Instrucción de la Dirección General de Función Pública para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria*. BOC de 26 de noviembre de 2007.

²⁴ Publicados en BOE 150 de 23-6-2007 mediante Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

La Disposición Adicional primera dispone la aplicación de algunos de los principios contenidos en el EBEP a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto (art. 2.1 EBEP). Remata este requisito con la exigencia de «que estén definidas así en su normativa específica». Este último requisito podría hacernos pensar que sólo las entidades en las respectivas normas se identifiquen como pertenecientes al «sector público» en cada uno de los ámbitos daría lugar a la aplicación de los principios descritos. Esta nueva indeterminación puede salvarse al entender que si materialmente forman parte del sector público estarían dentro del ámbito de aplicación del EBEP.

Pero, ¿a qué concretas entidades habrá de aplicarse lo previsto en la disposición adicional primera? Como también hemos apuntado, estas entidades pertenecen a la administración instrumental o institucional. Habrá que acudir a las normas de organización y funcionamiento de las administraciones públicas (Ley General Presupuestaria y Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración de la Administración General del Estado y las que tengan similar objeto en cada una de las comunidades autónomas). Concretamente, siguiendo en este punto la aplicación de estas normas formalizada en los Criterios interpretativos emanados del Ministerio de las Administraciones Públicas:

- Las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen total o mayoritariamente las entidades estatales, autonómicas o locales.
- Las fundaciones que, o bien se constituyen con una aportación mayoritaria de las entidades estatales, autonómicas o locales, o bien su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado por bienes o derechos aportados o cedidos por las citadas entidades locales.
- Los consorcios de los que formen parte estas entidades que, de acuerdo con sus estatutos, adopten la forma de sociedad mercantil.

Estos criterios de determinación parecen mucho menos adecuados que los empleados por el artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas²⁵ que ya hemos glosado. La aplicación de los mismos criterios en todos los ámbitos simplificaría:

Al personal de estas entidades se les aplicarán exclusivamente los deberes de los empleados públicos incorporados al extraño código de

²⁵ La modificación resulto obligada por las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en especial, las de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005, *Comisión c. España*).

conducta (arts. 52 a 54 EBEP), los principios rectores del acceso al empleo público (art. 55 EBEP) y, el conjunto de acciones positivas reguladas para las personas con discapacidad en relación al empleo público (art. 59 EBEP).

A salvo de estas previsiones se aplicará a sus relaciones laborales el derecho del trabajo común con lo que se habrá propiciado la anunciada triple huida: no se aplica la regulación funcionarial ni la regulación laboral especial de empleo público e incluso se utilizará la propia condición material de administración pública para evitar la aplicación íntegra del derecho del trabajo común. Esta última operación podría contar con el desafortunado apoyo del singular código de conducta que, curiosamente, sí se integra en estas relaciones laborales y configurará la prestación debida del «no empleado público».

En fin, el acabóse...

Comunicación a la Ponencia General

EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

VANESSA CORDERO GORDILLO

Investigadora Programa V Segles Universitat de València
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO.—III. LOS CUPOS DE RESERVA. 1. El porcentaje aplicable. 2. Reglas aplicables a las plazas reservadas.—IV. ADAPTACIONES DE LAS PRUEBAS.—V. ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD FUNCIONAL.—VI. ADJUDICACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.

I. INTRODUCCIÓN

La integración laboral de las personas con discapacidad no sólo debe ser una realidad en el sector privado sino también en el sector público. Mal pueden exigir los poderes públicos que las empresas cumplan con sus obligaciones en materia de empleo de personas con discapacidad¹, si las propias Administraciones Públicas no predicán con el ejemplo y no favorecen el acceso al empleo público de este colectivo.

En este sentido, resulta paradójico que, cuando se aprobó la LISMI, la obligación de reserva del 2 por 100 de los puestos de trabajo para personas con discapacidad (art. 38.1), no vinculara a las Administraciones Públicas sino sólo a las empresas públicas y privadas². La única referencia al empleo público se prevé en el artículo 38.3 de dicha norma, que viene a reconocer a las personas con discapacidad el derecho a ser admitidos en condiciones de igualdad en las pruebas selectivas para el ingreso en los Cuerpos de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Administración Local, Institucional y de la Seguridad Social.

Como consecuencia de ello, en el ámbito estatal, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública no estableció, inicialmente, ninguna reserva de plazas a favor de las personas con discapacidad para acceder al empleo público. No obstante, con la modificación operada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, se añade

¹ Singularmente la obligación prevista en el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI), que exige a las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores que, de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad.

² Lo que, en opinión de A ZNAR LÓPEZ, M.; AZUA BERRA, P. y NIÑO RÁEZ, E.: *Integración Social de los Minusválidos. Comentarios a la Ley 13/1982, de 7 de abril*, Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1982, p. 139, representa un «deplorable ejemplo» para los empresarios privados, aunque no justifique el eventual incumplimiento por parte de éstos.

una Disposición Adicional 19.^a a la Ley 30/1984, disponiendo que: «En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente».

Este desarrollo reglamentario se produjo con el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, cuyo artículo 19 reguló las reglas aplicables al acceso de las personas con discapacidad al empleo público en dicho ámbito ³.

No obstante, pese a estos avances, el panorama era desolador, tanto por el incumplimiento de la reserva de plazas como por el hecho de que el número de aspirantes era muy reducido y las plazas reservadas no se cubrían por personas con discapacidad. Así lo reconoce de manera expresa la Exposición de Motivos de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, afirmando que, de las 94 plazas reservadas convocadas por el Estado en los años 2000 y 2001, únicamente se cubrieron diez.

Por otra parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ⁴, prohíbe la discriminación, tanto directa como indirecta y el acoso, entre otros motivos, por razón de discapacidad; permite la adopción de medidas de acción positiva e introduce la noción de ajustes razonables, esto es, la adopción de

³ Ahora bien, ya antes de la modificación de la Ley 30/1984 por la Ley 23/1988, los Reales Decretos reguladores de las ofertas de empleo público recogían diferentes medidas de accesibilidad de las personas con discapacidad en el empleo público. Así, el Real Decreto 152/1985, de 6 de febrero, que aprueba la oferta de empleo público para 1985, ya preveía la posibilidad de establecer adaptaciones de tiempo y medios para la realización de las pruebas selectivas, o una reserva de plazas en las convocatorias de personal laboral que permitiera alcanzar progresivamente el 2 por 100 de la plantilla de personal laboral. Vid. ROSÓN, T.: «Política y medidas pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público, regulación general de las mismas y su inclusión en las convocatorias de pruebas selectivas en la Administración General del Estado» en REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público. 1985-1999*, 13.^a edición, Madrid, REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: 2002, disponible en línea http://sid.usal.es/docs/F8/FDO9692/acceso_empleo.pdf, pp. 28-29.

⁴ DO L 303, de 2 de diciembre de 2000.

«las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación» (art. 5), lo que vincula también al sector público (art. 3).

Por estas razones, la Ley 53/2003 modifica la Disposición Adicional 19.^a de la Ley 30/1984 para elevar el porcentaje de reserva del 3 al 5 por 100, y se aprueba el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, normas que constituyen el sistema vigente de acceso al empleo público de las personas con discapacidad en el ámbito de la Administración General del Estado.

Ello se completa con la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), que también contiene algunas previsiones relativas a las personas con discapacidad cuyo ámbito de aplicación es más amplio que el de la Administración General del Estado ⁵.

Este marco normativo ha posibilitado una mejora en los niveles de acceso al empleo público del colectivo en los últimos años, experimentándose un incremento progresivo del número de plazas reservadas y un aumento considerable del número de personas con discapacidad aprobadas en los procesos selectivos ⁶.

Partiendo de lo anterior, el objetivo de la presente comunicación es el análisis de las diferentes medidas que existen en la legislación vigente para favorecer el acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

II. LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

El artículo 23.2 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, añadiendo

⁵ Vid. artículos 2-7 EBEP.

⁶ Tal y como se desprende de los datos contenidos en MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Informe sobre acceso de personas con discapacidad al empleo público*, junio de 2006, disponible en línea http://www.infodisclm.com/documentos/empleo/informe_discp_empleo_06.pdf, p. 33, relativos a las ofertas de empleo público de los años 2003, 2004 y 2005. Por ejemplo, en el año 2005, aprobaron 124 personas con discapacidad en el turno libre y 76 en promoción interna, lo que representa un 5,03 y un 2,40 por 100, respectivamente, del total de personas aprobadas.

el artículo 103.3 CE que dicho acceso debe producirse de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Desde esta perspectiva, las medidas de acción positiva y, en particular, los cupos de reserva a favor de las personas con discapacidad, podrían chocar frontalmente con los principios de acceso al empleo público consagrados en la CE.

No obstante, la adopción de medidas de acción positiva de esta clase encuentra su fundamento en otros preceptos constitucionales. En concreto, en el caso de las personas con discapacidad, el artículo 49 CE establece la obligación de los poderes públicos de realizar «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos», entre los cuales se encuentran el derecho al trabajo (art. 35.1) y el propio derecho del artículo 23.2. Junto a ello, el artículo 9.2 CE contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan la igualdad real de los individuos y los grupos, precepto que, puesto en conexión con el artículo 49, legitimaría la adopción de medidas de acción positiva a favor de las personas con discapacidad y, entre ellas, la reserva de plazas en el empleo público.

Así lo ha entendido el TC, en su sentencia 269/1994, de 3 de octubre, en relación con la reserva de plazas para personas con discapacidad en el acceso a la función pública canaria ⁷. En primer lugar, el Alto Tribunal entiende que la medida no es discriminatoria pues la prohibición de discriminación del artículo 14 CE «impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos», entre los cuales cabe

⁷ La Consejería de la Presidencia del Gobierno Autónomo de Canarias convocó pruebas selectivas por el sistema de concurso-oposición para cubrir 189 plazas de Administradores Generales, de las cuales 94 correspondían al turno restringido y 95 al turno libre de las que, a su vez, seis plazas quedaban reservadas a personas con discapacidad. Concluido el proceso selectivo, la demandante de amparo obtuvo una puntuación total de 6,34 puntos, ocupando el puesto 189 de la lista total. Por su parte, otro aspirante, que tenía la condición de persona con discapacidad, superó las pruebas con una puntuación superior a 5 pero inferior a la de la demandante (de 6,07), ocupando el puesto 195 y no obteniendo ninguna de las plazas ofertadas. El aspirante con discapacidad impugnó la propuesta del Tribunal calificador por la existencia de seis plazas reservadas a personas con discapacidad, siendo estimado su recurso. Como consecuencia, el opositor con discapacidad es nombrado para cubrir la plaza dejando sin ella a la demandante de amparo. La Resolución administrativa es confirmada en vía jurisdiccional razón por la cual interpone recurso de amparo por vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE, vulneración que se habría producido, a su juicio, por haber sido privada de una plaza a favor de otro concursante con puntuación inferior a la suya acogido a la reserva de plazas para personas con discapacidad.

incluir, por cuanto la lista del artículo 14 CE no es cerrada, la discapacidad (si bien la sentencia habla de minusvalía física). Precisamente porque la discapacidad constituye un factor de discriminación, tanto el legislador como la normativa internacional han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida en muchos aspectos de la vida social, y que están conectadas genéricamente con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE y, más específicamente, con el artículo 49 CE. En consecuencia, la reserva porcentual de plazas para el acceso a la función pública no vulnera el artículo 14 CE y además constituye un cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE.

Por otra parte, respecto al derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad del artículo 23.2 CE, el TC estima que este derecho tampoco resulta vulnerado por la reserva de plazas. Según el Alto Tribunal, el artículo 23.2 CE establece una serie de límites positivos y negativos al legislador para la regulación de las pruebas de selección y la determinación de los méritos y capacidades a tener en cuenta. Los límites positivos consisten en la obligación de implantar requisitos de acceso que, «establecidos en términos de igualdad, responden única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad». En cuanto a los negativos, se prohíbe que la regulación de las condiciones de acceso «se haga en términos concretos e individualizados, que equipalen a una verdadera y propia acepción de personas». Partiendo de ello el TC considera que, con la reserva de plazas, no se ha producido una valoración como mérito de una condición personal del sujeto, sino que se ha intentado promocionar la inserción profesional de sujetos que tienen especiales dificultades para acceder a un empleo, lo cual no sólo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva. Asimismo, la reserva de plazas no restringe el derecho de los que opositan por el turno libre y tampoco exime a los sujetos favorecidos por la reserva de acreditar su aptitud, superando las pruebas, siendo adjudicadas las plazas reservadas por estricto orden de puntuación ⁸.

⁸ Si bien esta STC ha recibido críticas por parte de algunos autores por la falta de profundidad de sus argumentos al no entrar a valorar los requisitos de las acciones positivas tales como la situación de infrarrepresentación del colectivo en el contexto en que se adopta la medida, su temporalidad o su proporcionalidad. Vid. GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 204; SIERRA HERNÁIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, p. 189.

III. LOS CUPOS DE RESERVA

1. El porcentaje aplicable

El artículo 59.1 EBEP establece que «En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁹, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales en cada Administración Pública».

La novedad de este precepto es que extiende la obligación de reservar un cupo no inferior al 5 por 100 a todas las Administraciones Públicas, convirtiéndose de esta forma en una norma de carácter básico. No obstante, su incidencia es relativa pues el citado porcentaje ya existía tanto en el ámbito de la Administración General del Estado (Disposición Adicional 19.^a de la Ley 30/1984 en la redacción dada por la Ley 53/2003)¹⁰ como en muchas CCAA, algunas de las cuales prevén un porcentaje incluso superior al del EBEP¹¹.

⁹ Este artículo entiende por personas con discapacidad aquéllas que tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, así como los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

¹⁰ También existen cupos de reserva a favor de personas con discapacidad en la legislación específica aplicable a determinados cuerpos de funcionarios. Es el caso del artículo 301.8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (introducido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre) que prevé la reserva de un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes en las convocatorias para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal para ser cubiertas por personas con discapacidad; el artículo 11.2 del Acuerdo de 27 de marzo de 2006 por el que se aprueba el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (BOE de 5 de abril de 2006) establece la reserva de un 10 por 100 de las plazas convocadas para su provisión por personas con discapacidad con grado igual o superior al 33 por 100; o el artículo 30.6 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que dispone que en las convocatorias para la selección de personal estatutario se reservará un cupo no inferior al 5 por 100, o al porcentaje que se encuentre vigente con carácter general para la función pública, de las plazas convocadas para ser cubiertas entre personas con discapacidad.

¹¹ Así el Decreto 54/2006, de 22 de junio, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCM de 26 de junio de 2006) prevé un cupo mínimo del 6 por 100 (art. 4). En otras CCAA el porcentaje alcanza el 7 por 100, como en la Disposición Adicional 12.^a de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de normas reguladoras de la Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 31 de julio de 1990); la Disposición Adicional 7.^a del

Asimismo, de conformidad con la Disposición Adicional 1.^a EBEP, esta norma también se aplica «en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». Ello significa que las empresas públicas¹², las cuales ya estaban obligadas a contar con al menos un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad en virtud del artículo 38.1 LISMI, deberán reservar un 5 por 100 de las plazas vacantes como medio para conseguir dicho objetivo. Ahora bien, el artículo 38.1 LISMI establece tal obligación para las empresas públicas y privadas que cuenten con 50 o más trabajadores, por lo que no queda claro si el artículo 59.1 EBEP resulta aplicable a todas las empresas públicas con independencia de su plantilla o únicamente a aquellas que tengan 50 o más trabajadores.

A mi juicio, cabe entender que el artículo 59.1 EBEP vinculará a todas las empresas públicas cualquiera que sea el número de trabajadores en su plantilla. Si bien podrán acudir a las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva cuando concurran los requisitos previstos legalmente¹³.

Por otra parte, el precepto no efectúa distinciones respecto a las personas con discapacidad que pueden beneficiarse de la reserva de plazas, a diferencia de lo que hacen algunas normas autonómicas las cuales, dentro del porcentaje de reserva, realizan una reserva específica de plazas para personas con discapacidad que tenga su origen en retraso mental, debido a que estas personas se encuentran con mayores dificultades para acceder al empleo público¹⁴. No obstante, con carácter nove-

Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia (DOG de 13 de junio de 2008). Por último, el porcentaje más elevado se prevé en el artículo 46.2 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León (BOCyL de 31 de mayo de 2005), el cual establece la reserva de un porcentaje no inferior al 10 por 100.

¹² Según la instrucción 4 de la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de aplicación del Estatuto Básico en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE de 23 de junio de 2007), por entidades del sector público estatal hay que entender las comprendidas en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 24 de noviembre, General Presupuestaria, entre las cuales se encuentran las sociedades mercantiles estatales.

¹³ Vid. artículo 38.1 párr. 2.º LISMI y Real Decreto 364/2005, de 25 de abril.

¹⁴ Es el caso del artículo 5.4 del Decreto 54/2006, de 22 de junio, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCM de 26 de junio de 2006); el artículo 2.1 de la Ley 12/2001, de 29 de noviembre, de acceso de las Personas con Discapacidad a la Función Pública de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM de 14 de diciembre de 2001); el artículo 3 del Decreto 47/2003, de 22 de abril, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 29 de abril de 2003); el artículo 2.2 del Decreto 36/2004, de 16 de abril, por el que se regula el acceso, la promoción interna y la provisión de puestos

doso, el Real Decreto 248/2009, de 27 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2009 en la Administración General del Estado, prevé la reserva de un 7 por 100 de las plazas ofertadas para ser cubiertas por personas con discapacidad y, dentro de ese 7 por 100, un 2 por 100 se reserva a personas con discapacidad intelectual.

2. Reglas aplicables a las plazas reservadas

El porcentaje del 5 por 100 se aplica sobre el total de plazas convocadas en la oferta de empleo público y no en cada una de las convocatorias¹⁵. En consecuencia, el hecho de que no exista ninguna plaza reservada en una convocatoria concreta no significa necesariamente que la Administración Pública en cuestión incumpla el mandato legal. Por ello, para facilitar el control del cumplimiento de la reserva, es importante que las plazas reservadas a personas con discapacidad queden claramente explicitadas en la correspondiente oferta de empleo público¹⁶, lo que no siempre ocurre¹⁷. Igualmente, en cada convocatoria deberán especificarse de forma detallada las plazas reservadas de conformidad con lo dispuesto en la oferta de empleo público¹⁸.

En el ámbito estatal, las reglas aplicables a las plazas reservadas para personas con discapacidad se regulan en el Real Decreto 2271/2004, en virtud del cual dichas plazas podrán convocarse conjuntamente con las plazas ordinarias o mediante convocatoria independiente (art. 2.2).

de trabajo de personas con discapacidad en la función pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears (BOIB de 27 de abril de 2004); el artículo 3.2 del Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía (BOJA de 22 de mayo de 2006); o el artículo 25 del VI Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalitat de Cataluña para el periodo 2004-2008 (DOGC de 24 de mayo de 2006).

¹⁵ BOLTAINA BOSCH, X.: «El acceso al empleo público fijo y temporal de las personas discapacitadas. Una aproximación a la normativa estatal y autonómica en España», en *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, núm. 28, 2005, disponible en línea <http://www.grupcies.com/Html/boletin28.html#20>, p. 3.

¹⁶ REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta aplicación de las medidas relativas al acceso de las personas con discapacidad al empleo público*, Madrid, REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: 2003, disponible en http://www.cedd.net/docs/ficheros/200406220022_24_0.pdf, p. 8.

¹⁷ A título de ejemplo, el Real Decreto 248/2009, de 27 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2009, precisa las plazas reservadas a personas con discapacidad en los diferentes cuerpos y escalas, tanto para personal de nuevo ingreso como para promoción interna (Anexos I y II). En cambio, en las ofertas de empleo público aprobadas por las Corporaciones Locales no es habitual que se especifiquen las plazas reservadas.

¹⁸ REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta... op. cit.*, p. 12.

En el primer caso, las pruebas selectivas tendrán el mismo contenido para todos los aspirantes, con independencia del turno por el que se opte. Sin embargo, para que la reserva no quede vacía de contenido deben aplicarse una serie de medidas complementarias, además de las adaptaciones de tiempo y medios a las que se hará referencia con posterioridad. Así, debe tenerse en cuenta que el cupo de reserva implica que las personas con discapacidad que concurran a las pruebas selectivas por dicho cupo sólo compiten entre sí y no con el resto de aspirantes del turno general ¹⁹. De ahí que el Real Decreto 2271/2004 establezca que durante el proceso selectivo se dará un tratamiento diferenciado a los dos turnos respecto a las listas de admitidos, llamamientos a los ejercicios y relación de aprobados (art. 3.3).

En este sentido, en los procesos selectivos con un elevado número de participantes, es práctica habitual que los Tribunales calificadores, a la vista del número y nivel de conocimientos de los aspirantes, fijen una puntuación mínima de corte para entender superados los ejercicios por encima del nivel medio de conocimientos. Pues bien, en ese caso, para que la reserva no quede privada de eficacia, es necesario que dichas puntuaciones sean distintas para cada uno de los turnos ²⁰. Ahora bien, será necesario en todo caso que los aspirantes con discapacidad superen las pruebas selectivas, no siendo suficiente con obtener la puntuación más alta entre quienes participan por el turno de discapacidad, pues así lo impone el respeto a los principios de mérito y capacidad ²¹.

¹⁹ REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta...*, *op. cit.*, p. 19. Así lo señala la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7487).

²⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: *Informe especial al Parlamento de Andalucía sobre Discapacitados y acceso al empleo de las Administraciones Públicas*, BOPA, núm. 111 de 23 de diciembre de 2004, p. 6724; REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta...*, *op. cit.*, p. 19. Además, así lo ha reconocido la jurisprudencia pues, como declara la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de octubre de 2007: «Las personas con discapacidad, como ya se ha puesto de manifiesto, tienen que someterse al proceso selectivo y han de superarlo con el mínimo establecido en la convocatoria (calculado de la manera aritmética que ha sido expuesta). Sin embargo, para ser definitivamente nombrados, el resultado de sus calificaciones únicamente tiene que ser contrastado con el que hayan obtenido los aspirantes que hayan acudido al proceso selectivo a través del mismo cupo de plazas reservadas». En el mismo sentido se manifiestan las SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 2005 (JUR 2005, 116617) y de 27 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 17341), o la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Aragón, de 16 de mayo de 2005 (JUR 2005, 195791).

²¹ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Islas Baleares, de 17 de octubre de 2007 (JUR 2008, 41264); STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de la Región de Murcia, de 18 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 16248); STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 29 de noviembre de 2000 (JUR 2001, 110252).

Únicamente al finalizar el proceso se elaborará una lista única con todos los candidatos que hayan superado las pruebas, ordenados por la puntuación total obtenida, con independencia del turno por el que hayan participado (art. 3.3).

Por otra parte, el Real Decreto 2271/2004 introdujo dos medidas relevantes para otorgar mayor eficacia a la cuota de reserva. Por un lado, si algún aspirante con discapacidad que participe en las pruebas por el turno de reserva supera los ejercicios, pero no obtiene plaza y su puntuación es superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación en este último sistema²². Por otro lado, si las plazas reservadas que hayan sido cubiertas por personas con discapacidad no alcanzan la tasa del 3 por 100 de las plazas convocadas, las plazas no cubiertas se acumularán al cupo del 5 por 100 de la oferta siguiente, con el límite máximo del 10 por 100 (art. 3.2)²³.

Respecto a las convocatorias independientes, restringidas para personas con discapacidad, el artículo 4 del Real Decreto 2271/2004 dispone que tendrán el mismo contenido y grado de exigencia que las realizadas en convocatorias ordinarias. Esta posibilidad de realizar convocatorias independientes para personas con discapacidad se deduce también del artículo 61.1 EBEP, el cual excepciona del principio general del carácter abierto de los procesos selectivos lo establecido para la promoción interna y las medidas de discriminación positiva, que son únicamente las contenidas en el artículo 59 en relación con las personas con discapacidad²⁴.

No obstante, resulta cuestionable que el nivel de exigencia sea el mismo en todo caso. En particular, a las personas con discapacidad intelectual, aun con las adaptaciones precisas, les resulta muy difícil, por no decir imposible, superar las pruebas memorísticas que suelen utilizarse en la práctica totalidad de los procesos selectivos (por ejemplo exámenes tipo test), las cuales además no sirven para valorar la aptitud para desempeñar muchos puestos de trabajo²⁵. De ahí que las normas autonómicas que establecen una reserva específica de plazas para per-

²² Supuestos que se han producido en la práctica como los enjuiciados por la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 3 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 57042), o la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Galicia, de 27 de febrero de 2002 (JUR 2002, 136787).

²³ En opinión de BOLTAINA BOSCH, X.: «El acceso al empleo público...», *op. cit.*, p. 3, dicho porcentaje del 10 por 100 actuaría como límite máximo posible de discriminación positiva.

²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007, p. 403.

²⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: *Informe especial al Parlamento...*, *op. cit.*, p. 6749.

sonas con discapacidad que tenga su origen en retraso mental hayan previsto también procesos selectivos independientes en los que el contenido de las pruebas se dirige, fundamentalmente, a comprobar que los aspirantes poseen los repertorios básicos de conducta y los conocimientos imprescindibles para el desempeño de las funciones propias de los puestos de trabajo ²⁶. En definitiva, se trataría de otorgar prevalencia a los ejercicios de carácter práctico ²⁷.

Por otra parte, la reserva de un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes para personas con discapacidad resulta aplicable también en las convocatorias de acceso por promoción interna, siendo de aplicación lo dispuesto para el sistema de acceso libre respecto a la confección de listas de admitidos, llamamiento a los ejercicios y listas de aprobados. Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto para el sistema de acceso libre, en el de promoción interna las plazas reservadas que queden desiertas no se acumulan al cupo de la oferta siguiente sino que se acumulan a las del turno ordinario de promoción interna (art. 5).

En cuanto a las convocatorias de personal temporal, la obligación de reserva se extiende también a este tipo de convocatorias, si bien con dos condiciones: que incluyan fase de oposición y que se convoquen veinte o más plazas en un mismo ámbito de participación (art. 6.1) ²⁸. Respecto a la exigencia de que la convocatoria incluya fase de oposición, no se entiende muy bien por qué cuando el sistema de selección sea el concurso no puede aplicarse la reserva, sistema que por lo demás suele ser habitual en este tipo de convocatorias ²⁹. Y en relación al número mínimo de plazas convocadas, se justifica por la imposibilidad de calcular una plaza o más aplicando un 5 por 100 sobre un número inferior a 20. Sin embargo, ello también puede reducir las posibilidades de las personas con discapacidad, pues no es usual la convocatoria de 20 plazas o más de personal temporal en las pequeñas y medianas administraciones ³⁰. Por ello, una solución podría ser sumar las plazas de convocatorias sucesivas y, si alcanzan 20 plazas o más, efectuar la reserva, o bien redondear las fracciones por exceso, de tal manera que siempre hubiera una plaza reservada ³¹.

²⁶ Vid., la normativa citada en la nota 14.

²⁷ En este sentido, el DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: *Informe especial al Parlamento...*, *op. cit.*, p. 6750, entiende que se debería eximir a estas personas de cualquier ejercicio teórico y que los ejercicios a realizar fueran exclusivamente de carácter práctico.

²⁸ En estos casos, como señala BOLTAINA BOSCH, X.: «El acceso al empleo público...», *op. cit.*, p. 6, parece que la reserva no se computaría anualmente sino en cada convocatoria.

²⁹ BOLTAINA BOSCH, X.: «El acceso al empleo público...», *op. cit.*, p. 6.

³⁰ BOLTAINA BOSCH, X.: «El acceso al empleo público...», *op. cit.*, p. 6.

³¹ ABAD MARCOS, E. O.: *Régimen de acceso a las funciones públicas para los discapacitados: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, p. 294. La técnica del redondeo se utiliza en algunas normas autonó-

Igualmente, las plazas reservadas no cubiertas en estas convocatorias se acumularán a las libres.

IV. ADAPTACIONES DE LAS PRUEBAS

Junto a los cupos de reserva, otra medida para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el acceso al empleo público es la realización de las adaptaciones de tiempo y medios que resulten necesarias en las pruebas selectivas. Así lo establece expresamente el artículo 59.2 EBEP, en virtud del cual «Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo».

Esta materia también es objeto de regulación en el Real Decreto 2271/2004³². De conformidad con dicha norma, en las convocatorias se indicará expresamente la posibilidad de solicitar adaptaciones así como que la petición deberá formularse en la solicitud de participación en las pruebas (art. 8.2), con independencia de que el aspirante participe en las mismas por el turno de reserva o por el turno libre³³. En esta petición el candidato deberá concretar cuáles son sus necesidades específicas, es decir, las adaptaciones que solicita y las razones justificativas correspondientes³⁴.

Las adaptaciones pueden ser de dos clases, de medios y de tiempos. Las primeras consisten en «la puesta a disposición del aspirante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnologías asistidas que precise para la realización de

micas, aunque no referida a convocatorias de personal temporal, sino en general a las ofertas de empleo público. Por ejemplo, el artículo 1.2 del Decreto 153/1993, de 30 de diciembre, de acceso y provisión de puestos de trabajo para las personas con minusvalía en la Función Pública Regional (Murcia) (BORM de 22 de enero de 1994), o el artículo 3 del Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía (BOJA de 22 de mayo de 2006).

³² Los mismos criterios se adoptan en el Acuerdo de 2 de abril de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial.

³³ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de marzo de 1998 (RJCA 1998, 846).

³⁴ REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta...*, op. cit., p. 11. La importancia de concretar la adaptación que se solicita se pone de manifiesto con la lectura de las SSTSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 de junio de 2005 (JUR 2005, 207202) y de 17 de enero de 2005 (JUR 2005, 77762), que tienen su origen en sendos recursos interpuestos por la misma persona en relación a dos procesos selectivos distintos. Mientras que la primera deniega la ampliación de tiempo solicitada, la segunda sí la concede. La diferencia es que en el primer caso el recurrente no concretó el tiempo adicional que precisaba y en el segundo sí.

las pruebas en las que participe, así como en la garantía de la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde éstas se desarrollen» (art. 8.4) ³⁵.

Las adaptaciones de tiempos consisten en la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios (art. 8.3). Para facilitar la labor de los órganos de selección a la hora de conceder estas adaptaciones se ha aprobado la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de las personas con discapacidad. En dicha Orden se incorpora un baremo de adaptaciones de tiempos, según deficiencias y grado de minusvalía reconocido para pruebas orales y/o escritas cuya duración sea de 60 minutos, con adaptaciones que van desde 15 minutos a 1 hora de tiempo adicional.

Para valorar la procedencia de las adaptaciones solicitadas, el apartado 4.2 de la Orden, respecto a las adaptaciones de tiempos, requiere que los candidatos aporten junto a la solicitud el certificado acreditativo de la/s deficiencia/s que han dado origen al grado de minusvalía reconocido.

Asimismo el artículo 8.5 del Real Decreto 2271/2004 establece que se solicitará al candidato el correspondiente certificado o información adicional. Y, sin perjuicio de lo anterior, los órganos de selección podrán requerir un informe o la colaboración de los órganos técnicos de la Administración laboral, sanitaria o de los órganos competentes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (art. 8.2).

En todo caso, hay que tener en cuenta que no se trata de conceder privilegios sino de compensar las desventajas que puedan tener los aspirantes con discapacidad para la realización de las pruebas, de tal manera que puedan participar en condiciones de igualdad con los demás aspirantes. De hecho, la no realización de la adaptación para aquellas personas con discapacidad que así lo precisen, colocaría a éstas en una situación de desigualdad efectiva en relación al resto de candidatos ³⁶. Si bien debe existir congruencia entre la adaptación y la naturaleza del ejercicio para el que se solicita, a fin de no desvirtuar el sentido de la prueba ³⁷.

³⁵ Como ejemplos de este tipo de adaptaciones pueden citarse la asistencia de intérpretes de lenguas de signos, la ampliación de la letra del examen, la celebración de las pruebas en edificios y aulas accesibles, libres de barreras arquitectónicas, el empleo del sistema Braille, etc.

³⁶ FERNÁNDEZ-CUERVO ARROYO, A.: «Análisis de la aplicación de las medidas por las diversas Administraciones Públicas en sus procesos de selección», en REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público. 1985-1999*, 13.^a edición, Madrid, REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: 2002, disponible en línea http://sid.usal.es/idos/F8/FDO9692/acceso_empleo.pdf, p. 88.

³⁷ REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta...*, op. cit., p. 17.

Por último, aunque la norma guarde silencio al respecto, la decisión sobre la concesión o denegación de las adaptaciones debería comunicarse a los interesados con carácter previo a la fecha del examen, para evitar que la persona se presente al mismo sin saber si va a disponer o no de dichas adaptaciones. Y en caso de denegación el Tribunal deberá motivar de manera suficiente su decisión ³⁸.

V. ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD FUNCIONAL

El artículo 56.1.b) EBEP enumera, entre los requisitos generales para participar en los procesos selectivos, «poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas», requisito que se corresponde con el anterior de no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones [art. 30.1.d) Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964] ³⁹.

Por su parte, el artículo 59.1 EBEP establece que las personas con discapacidad que participen por el cupo de reserva han de acreditar su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas.

En cuanto al momento en que debe producirse la citada acreditación, el artículo 38.3 LISMI establece que debe producirse con carácter previo al inicio de las pruebas. No obstante, esta exigencia de acreditación previa puede implicar una negación del principio de igualdad en los procesos de selección para el acceso a la función pública que el mismo precepto proclama, puesto que, con carácter general, la acreditación de los requisitos exigidos en la convocatoria (por ejemplo, la titulación requerida), se produce una vez finalizado el proceso selectivo y superadas las pruebas ⁴⁰.

De todas formas, en el ámbito estatal, en relación al personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, la Disposición Adicional 19.^a de esta Ley remite al desarrollo reglamentario la acreditación de la compatibilidad para el desempeño de las funciones. Este

³⁸ ABAD MARCOS, E. O.: *Régimen de acceso...*, op. cit., p. 310; REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta...*, op. cit., p. 18.

³⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Acceso al empleo público...», op. cit., p. 403. En REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta...*, op. cit., p. 13, se recomienda la sustitución de la fórmula tradicional «no padecer enfermedad o defecto físico» por la de «poseer la capacidad funcional».

⁴⁰ CASADO PÉREZ, D.: «Introducción. El programa pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público del Real Patronato», en REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público. 1985-1999*, 13.^a edición, Madrid, REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: 2002, p. 11. Especialmente crítica se manifiesta ABAD MARCOS, E. O.: *Régimen de acceso...*, op. cit., p. 263, tanto si el informe acreditativo de la capacidad funcional se exige en un momento anterior o posterior.

desarrollo se encuentra en el Real Decreto 2271/2004 que únicamente prevé la necesidad de acompañar un informe expedido por el órgano competente en la materia, que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto o puestos solicitados, en los supuestos en que el interesado, una vez superado el proceso selectivo y obtenida plaza, solicite la adaptación del puesto o puestos de trabajo correspondientes. Con la importante matización de que dicha compatibilidad deberá valorarse teniendo en cuenta las adaptaciones que puedan realizarse en el puesto de trabajo (art. 10.1).

En cambio, en algunas normas autonómicas se exige a los aspirantes con discapacidad que acrediten su capacidad funcional para el desempeño de los puestos de que se trate con anterioridad al inicio de las pruebas⁴¹.

En todo caso, en el tema de la acreditación de la capacidad funcional para el desempeño de las funciones correspondientes debe tenerse presente una cuestión fundamental y es que para valorar dicha capacidad funcional han de tenerse en cuenta las adaptaciones razonables que pudieran realizarse en cada caso concreto. Asimismo, es preferible, para garantizar que las personas con discapacidad sean admitidas en condiciones de igualdad con el resto de aspirantes, que la acreditación de este requisito sea exigible con posterioridad a la realización de las pruebas selectivas, una vez superadas éstas y obtenida la plaza⁴².

Igualmente, deberá velarse por que no se produzcan exclusiones injustificadas basadas en informes sobre compatibilidad, máxime cuando el candidato ya ha demostrado su aptitud, para el desempeño del puesto, mediante la superación de las pruebas⁴³.

⁴¹ Así el artículo 3 del Decreto 36/2004, de 16 de abril, por el que se regula el acceso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la función pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears (BOIB de 27 de abril de 2004); el artículo 5.2 del Decreto 43/1998, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 2/1987, de 30 de marzo, respecto al sistema de acceso de personas con minusvalía para la prestación de servicios en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC de 1 de mayo de 1998).

⁴² En REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: *Pautas para una correcta...*, *op. cit.*, p. 10, entre las pautas que recomienda observar se encuentra la improcedencia de exigir previamente documentos relacionados con la discapacidad a las personas afectadas, salvo la aportación del certificado de minusvalía a efectos de la exención de tasas.

⁴³ Como señala ABAD MARCOS, E. O.: *Régimen de acceso...*, *op. cit.*, p. 308, si el contenido de las pruebas se adapta suficientemente a las funciones del puesto al desempeñar, cabe presumir que quienes las superan con mayor puntuación serán los candidatos más idóneos y desempeñarán sus tareas con diligencia y profesionalidad. También C ASADO PÉREZ, D.: «Introducción. El programa...», *op. cit.*, p. 11, considera que las pruebas selectivas «han de suponerse más conclusivas que cualquier apreciación de gabinete».

Supuesto distinto es el caso de las pruebas físicas o médicas previstas en algunas convocatorias como parte integrante del proceso selectivo. En tales casos, siempre que las pruebas sean razonables, exista adecuación entre su contenido y las funciones de los puestos de trabajo a desempeñar y su superación se exija a todos los aspirantes, no podrán tacharse de discriminatorias ⁴⁴.

VI. ADJUDICACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

Una vez superadas las pruebas selectivas y obtenida plaza, el Real Decreto 2271/2004 contiene dos previsiones más. La primera es la posibilidad de solicitar la alteración del orden de prelación para la elección de las plazas dentro del ámbito territorial determinado en la convocatoria ⁴⁵. Esta posibilidad únicamente se reconoce a las personas con discapacidad que hayan participado en el proceso selectivo por el turno de reserva, no si lo han hecho dentro del turno de acceso general.

La modificación del orden de prelación deberá estar debidamente justificada por razones de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas ⁴⁶. La decisión corresponderá al órgano convocante y, de ser afirmativa, deberá limitarse a realizar la mínima modificación necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona con discapacidad (art. 9) ⁴⁷.

⁴⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2372). ABAD MARCOS, E. O.: *Régimen de acceso...*, op. cit., p. 290.

⁴⁵ El Acuerdo de 2 de abril de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, contiene la misma previsión en relación a los procesos selectivos para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal.

⁴⁶ Vid. la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6940) que confirma la SAN de 15 de marzo de 2001 (JUR 2001, 105053), en la que se considera ajustada a Derecho la adjudicación de una plaza determinada dentro del ámbito territorial de Navarra a una persona con discapacidad que participa por el turno de reserva, con preferencia respecto a otros aspirantes del turno libre que habían obtenido puntuación superior, por tratarse de la única plaza que podía ser desempeñada por dicha persona dentro de ese concreto ámbito territorial.

⁴⁷ Similar previsión se contiene en algunas normas autonómicas como en la Disposición Adicional 7.^a del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia (DOG de 13 de junio de 2008); el artículo 2 del Decreto 47/2003, de 22 de abril, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 29 de abril de 2003). Sin embargo, en algunos casos se otorga preferencia de manera automática a las personas con discapacidad que participen por el turno de reserva en la elección de las vacantes ofertadas sobre los aspirantes aprobados por el turno libre, como en la Disposición Adicional 12.^a de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de normas reguladoras de la Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 31 de julio de 1990); el artículo 8 del Decreto 66/

La segunda previsión se refiere a la posibilidad de solicitar la adaptación del puesto de trabajo, cuestión ésta a la que también hace referencia el artículo 59.2 EBEP, según el cual: «Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer (...) las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad». La petición de adaptación deberá formularse en las solicitudes de adjudicación de destino correspondientes a pruebas de nuevo ingreso o promoción interna, y en las de participación en procesos de provisión, no distinguiendo, a diferencia del supuesto anterior, si la persona con discapacidad ha participado en el proceso selectivo por el turno de reserva o no. Asimismo, como se señaló con anterioridad, el interesado deberá aportar un informe del órgano competente en la materia que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones del puesto, valorada teniendo en cuenta las adaptaciones que se puedan realizar en él (art. 10.1).

1999, de 9 de marzo, de acceso a la función pública de las personas con discapacidad (Cataluña) (DOGC de 22 de marzo de 1999); o la Disposición Adicional 7.^a del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de la Comunidad Foral (Navarra) (BON de 1 de septiembre de 1993), si bien en este caso la preferencia se concede con independencia del turno por el que se acceda.

Comunicación a la Ponencia General

PERMISOS DEL EMPLEADO PÚBLICO:
IMPACTO DE LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL,
EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO:

I. LA CONFIGURACIÓN ABIERTA DE LOS PERMISOS EN EL EBEP.—II. LA INTERPRETACIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.—III. LA DESIGUAL RECEPCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PERMISOS EN LA LEGISLACIÓN AUTÓNOMICA.

1. Como se sabe, uno de los principales objetivos que se había marcado el legislador con la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), consistía en aproximar —en la medida de lo posible— el régimen jurídico «de todos los empleados públicos, ya tengan la condición de funcionarios o de contratados laborales»¹. Por ello mismo, y tras advertirse en su Exposición de Motivos acerca de la conveniencia de «regular en el mismo texto legal... aquellas peculiaridades de la relación laboral de empleo público»², el EBEP, ha articulado ciertas normas que configuran esta concreta relación laboral, en virtud de las competencias que le otorga el artículo 149.1.7.^a de nuestra Constitución Española. Teniendo en cuenta, además, que resultaba igualmente necesario «contar con Estatuto Básico de baja intensidad normativa, susceptible de ser adaptado por la legislación de desarrollo a las características propias de cada Administración»³, en él se compele al legislador estatal y al de las respectivas Comunidades Autónomas a «aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones»⁴. Precisamente una de las materias sobre las que interviene de lleno el EBEP es la relativa a los

* *Abreviaturas más utilizadas*: AGE, Administración General del Estado; AH, Antecedente de Hecho; BIB, Bibliografía Aranzadi (soporte informático); BOE, Boletín Oficial del Estado; DO, Diario Oficial; EDJ, El Derecho Jurisprudencia (soporte informático); ET, Estatuto de los Trabajadores; FD, Fundamento de Derecho; JUR, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (soporte informático); LMRFP, Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; RJ, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; RTC, Repertorio del Tribunal Central de Trabajo; SAN, Sentencia de la Audiencia Nacional; STS, Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ, Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.

¹ Cfr. VV.AA.: *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Instituto Nacional de la Administración Pública (Madrid, 2005), p. 128.

² Cfr. su párrafo undécimo.

³ Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia Administrativa*, núm. 36 (2007), p. 12.

⁴ Cfr. su Exposición de Motivos, párrafo duodécimo.

permisos, introduciendo modificaciones de diverso alcance, que no sólo inciden en la legislación estatal anterior, sino también en la normativa autonómica aplicable.

I. LA CONFIGURACIÓN ABIERTA DE LOS PERMISOS EN EL EBEP

2. Sin duda, los principios que han inspirado la redacción del EBEP se han dejado sentir de forma muy señalada en la configuración del derecho a los permisos de los empleados públicos; tema de cuyo desarrollo se ocupan los artículos 48, 49 y 51 del EBEP, ubicados a su vez en el Capítulo V de su Título III. Con carácter previo, conviene llamar la atención sobre la regulación confusa y deslavazada de que adolecen los preceptos recién citados, lo que ha venido provocando no pocas divergencias interpretativas en la normativa de desarrollo del EBEP, tanto estatal como autonómica. Ello se debe, por un lado, a la articulación simultánea de dos catálogos independientes de permisos, que —con arreglo a criterios poco claros— se encuentran recogidos en dos larguísimos preceptos: los artículos 48 y 49 del EBEP. Pero es que, por otro lado, y aunque resulte paradójico, dichas divergencias se han acentuado aún más por la indefinición del artículo 51 del EBEP, cuya excesiva brevedad no permite concluir con certeza en qué medida aquellos permisos pueden considerarse aplicables al personal laboral al servicio de las administraciones públicas. De lo que no cabe ninguna duda, como se verá a continuación, es que las distintas posibilidades interpretativas que resultan de la lectura sistemática de los tres preceptos a que acaba de hacerse referencia, permiten considerar el régimen de permisos del EBEP como un régimen abierto.

3. En efecto, el artículo 48 del EBEP —bajo la rúbrica «permisos de los funcionarios públicos»— comienza por establecer una regla general, a cuya virtud son «las Administraciones Públicas [las que] determinarán los supuestos de concesión de permisos de los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración». Tanto es así, que el catálogo de permisos a que se refiere seguidamente dicho precepto sólo parece tener virtualidad «en defecto de legislación aplicable». Ante esta circunstancia —y con carácter supletorio, pues—, el artículo 48.1 del EBEP prevé que «los permisos y su duración se[an], al menos, los siguientes»: 1) de dos a cinco días (en función del grado de parentesco y de la localidad donde acaeciese el suceso), por accidente, enfermedad grave o fallecimiento de un familiar⁵; 2) de un día, por traslado de

⁵ Según su apartado a), si cualquiera de estas eventualidades la sufriera un «familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad», el funcionario tendrá derecho

domicilio en la misma localidad ⁶; 3) por el tiempo que se determine, para realizar funciones sindicales o de representación del personal ⁷; 4) del día o días en que el funcionario concurrese a exámenes o pruebas de aptitud finales ⁸; 5) del tiempo necesario para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto ⁹; 6) de una hora diaria de ausencia al trabajo, por lactancia de un hijo menor de doce meses ¹⁰; 7) de dos horas diarias de ausencia al trabajo —sin menoscabo alguno en sus retribuciones—, por el nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa debieran permanecer hospitalizados después del parto ¹¹; 8) por el tiempo que se determine, por razones de guarda legal de un menor de doce años o de persona que requiera especial dedicación ¹²; 9) por el plazo máximo de un mes, para el cuidado de un familiar de primer grado y por razones de enfermedad muy grave ¹³; 10) del tiempo indispensable para el «cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la concii-

a tres o cinco días hábiles de permiso, en función de que el suceso se hubiese producido en la misma o distinta localidad, respectivamente. En cambio, si el vínculo familiar se encuadra «dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad», el permiso en cuestión será de dos o cuatro días, cuando se produzca en la misma o distinta localidad, también respectivamente. En este sentido, véase una reciente STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Cantabria, de 14 de septiembre de 2007 (JUR 23733, 2008), en la que se niega que el EBEP admita la «posibilidad de disfrutar de tres días de permiso por fallecimiento de familiar dentro del primer grado de consanguinidad acaecido mientras [la recurrente] disfrutaba de vacaciones» (FD 1.º, párrafo cuarto).

⁶ Véase su apartado b).

⁷ Véase su apartado c).

⁸ Véase su apartado d).

⁹ Véase su apartado e).

¹⁰ Véase su apartado f), en el que se evidencia una sustancial mejora respecto de la legislación anterior, pues hasta ahora el artículo 30.1.f) de la LMRFP reconocía este permiso «por lactancia de un hijo menor de nueve meses». También por vez primera, se prevé la posibilidad de sustituir el tiempo de lactancia «por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente».

¹¹ Véase su apartado g). De esta forma, la actual regulación duplica la duración que el citado permiso preveía el artículo 31.1.f.bis de la LMRFP. Correlativamente a este derecho, el precepto contempla además la posibilidad de que la funcionaria (o el funcionario) pueda solicitar una reducción de la jornada de trabajo «hasta un máximo de dos horas, con disminución proporcional de sus retribuciones». Repárese en que lo característico de estas interrupciones denominadas «permisos» es que «solamente afectan al deber retributivo del empresario, lo que permite separarlas netamente de la figura de la suspensión de la relación jurídica en su integridad» [cfr. A. MONTÓYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 27.ª edición, Tecnos (Madrid, 2006), p. 441].

¹² Véase su apartado h). En el supuesto señalado, el funcionario tendrá derecho a la «reducción de su jornada, con la disminución [proporcional] de sus retribuciones».

¹³ Véase su apartado i). En este caso, el derecho se traduce en una «reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada laboral con carácter retribuido». Para un análisis detenido de todos estos permisos, con numerosas interpretaciones jurisprudenciales, véase E. SÁNCHEZ TORRES, «El régimen de permisos y vacaciones de los empleados públicos (arts. 48 a 50)», en S. DEL REY GUANTER (Director), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley (Madrid, 2008), p. 571 y ss.

liación de la vida familiar y laboral»¹⁴; y 11) de seis días, por asuntos particulares¹⁵. Al margen de todos estos permisos, y con independencia de los días de libre disposición que cada administración pública pueda reconocer a sus empleados, el artículo 48.2 del EBEP introduce un nuevo permiso, que consiste en el «disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido, a partir del octavo».

4. Como su propio título indica, el artículo 49 del EBEP se ocupa de los «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género». Más en concreto, establece los supuestos y las condiciones de ejercicio del permiso por parto; del de adopción o acogimiento (tanto preadoptivo como permanente o simple); del permiso de paternidad; y del concedido en los supuestos de violencia contra la mujer funcionaria¹⁶. En sustancia, la regulación que efectúa dicho artículo 49 mejora puntualmente la contenida en la LMRFP¹⁷. Claro que la razón principal de que estos permisos se hayan ubicado en un precepto independiente no puede ser tanto la naturaleza de aquéllos —pues es obvio que alguno de los permisos incluidos en el artículo 48.1 del EBEP también se dirigen a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral— como la vinculación que respecto a estos cuatro concretos permisos tendrán las distintas administraciones públicas. Y es que a diferencia del artículo 48.1, que tiene carácter de norma básica, y por tanto opera de forma supletoria (en defecto de legislación aplicable, recuérdese), debe predicarse en cambio la directa e inmediata aplicabilidad del artículo 49 del EBEP, sobre la base de que impone a las administraciones públicas la obligación de que observen «en todo caso» la relación de permisos que en él se contiene, así como las condiciones para su ejercicio; condiciones a las que por cierto atribuye el «carácter de mínimos».

¹⁴ Véase su apartado j).

¹⁵ Véase su apartado k). A esta larga lista de permisos bien puede añadirse, entre otros, el contemplado por la Ley 39/2007, de 19 noviembre (BOE de 20 noviembre), de la Carrera Militar, pues su artículo 134.2.a) prevé que «los periodos de formación militar, básica y específica, y de formación continuada... serán considerados como permiso regulado en el artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril ».

¹⁶ Véanse sus apartados a), b), c) y d), respectivamente. En relación con el permiso de paternidad —ampliado a quince días—, la Disposición Transitoria sexta del EBEP insta a las administraciones públicas a que progresivamente vayan aumentando la duración del mismo, «hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas de este permiso a los seis años de entrada en vigor de este Estatuto ».

¹⁷ Y que, a excepción de sus apartados 3 y 5, continúa vigente, según resulta de lo dispuesto en la Disposición Final cuarta, en relación con la Disposición Derogatoria única. A su vez, estas previsiones traían causa de la trasposición a su articulado de buena parte de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (BOE de 23 de marzo), para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

5. Los problemas interpretativos se intensifican si de lo que se trata es de precisar el ámbito subjetivo de los artículos 48 y 49 del EBEP; y más concretamente, cuando se pretende determinar la eventual aplicabilidad al personal laboral de cada uno de los permisos a que se refieren dichos preceptos¹⁸. En efecto, el artículo 51 del EBEP se limita a afirmar que «para el régimen de permisos... del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente». Como puede comprobarse, la redacción del precepto adolece de un laconismo e imprecisión tales que no permite ofrecer una respuesta inequívoca en relación con el régimen de permisos aplicable al personal laboral¹⁹. Y lo cierto es que tampoco ayuda a despejar la cuestión lo dispuesto en el artículo 7 del propio EBEP, a cuyo tenor «el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». De entrada, y dado el tenor literal de la norma, los permisos incluidos en el artículo 49 del EBEP —circunscritos a aquellos que tratan de facilitar la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, así como a los motivados por razón de violencia contra la mujer— podrían considerarse directamente aplicables al personal laboral, aun cuando resulta claro que en principio están dirigidos a los funcionarios públicos²⁰. Y ello, porque su concesión está prevista «en todo caso»; y por tanto, también en aquellos casos en que los sujetos incurso en alguna de las situaciones contempladas por dicho artículo 49 estuviesen vinculados —mediante un contrato de trabajo— a cualquiera de las administraciones públicas incardinadas dentro del ámbito de aplicación del tantas veces citado EBEP²¹.

¹⁸ Según el artículo 11 del EBEP, «es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas». Respecto de éstos, las administraciones públicas son verdaderos empresarios laborales; o con más precisión, en palabras de J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X. M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), p. 122, «empresarios laboralmente peculiares, en la medida en que carecen... de verdadera libertad de contratación laboral».

¹⁹ Con poca fortuna, el artículo 51 no consigue llevar a término la recomendación relativa a que el EBEP «debería recoger y consolidar, a través de un listado único de derechos, de aplicación general», la progresiva «tendencia a la unificación de los derechos básicos de todos los empleados públicos» (cfr. VV.AA.: *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 128).

²⁰ Sosteniendo su aplicabilidad «a favor de todos los empleados públicos», cfr. I. GALLEGO CÓRDOLES, «Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones», en L. ORTEGA ÁLVAREZ (Director), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley (Madrid, 2007), p. 341.

²¹ Según el artículo 2 del EBEP, dichas administraciones son las siguientes: «la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las Entidades Locales; los Organismos Autónomos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia; las Universidades Públicas».

Sin embargo, y en congruencia con lo expuesto hasta ahora, los términos en que está redactado el artículo 51 del EBEP no parecen tener la entidad suficiente como para concluir que el régimen de permisos previsto en el artículo 48 del EBEP resulta aplicable al personal laboral al servicio de las administraciones públicas; o al menos, no directamente. De otra forma, carecería de sentido incluso el propio artículo 51, pues es obvio que al legislador le hubiese bastado con sustituir la referencia hecha a los «funcionarios públicos», por la más amplia «empleados públicos» (fórmula ésta de la que, por cierto, se sirve en otras muchas ocasiones)²². Por el contrario, el artículo 48 habla deliberada e insistentemente de los permisos de las «funcionarias» y «funcionarios» públicos, empezando por el propio título del precepto en cuestión. Con ellos como principales destinatarios, la regla general que se desprende del artículo 48.1 del EBEP —recuérdese— es que sean las correspondientes administraciones públicas las encargadas de determinar el régimen de permisos a que tienen derecho los funcionarios; o lo que es lo mismo, «los supuestos de concesión... y sus requisitos, efectos y duración». Y visto que el catálogo de permisos que establece a continuación, aun con carácter de mínimos, sólo entra en juego «en defecto de legislación aplicable», éste no puede considerarse directamente extensible al personal laboral al servicio de las administraciones públicas, sobre todo porque dichos empleados cuentan con su propia normativa reguladora; normativa —al fin y al cabo— que es la misma que la del resto de trabajadores por cuenta ajena: el Estatuto de los Trabajadores y el convenio colectivo aplicable²³.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los supuestos y la duración de los permisos fijados en el Estatuto de los Trabajadores pueden ser mejorados por convenio colectivo²⁴, nada impide su posterior equiparación a los de los funcionarios públicos, por el cauce de la negociación colectiva; algo que, por lo demás, es la dinámica que se ha venido siguiendo hasta ahora. Y así lo reconoce la propia Exposición de Motivos del EBEP, cuando afirma que «la negociación colectiva de los funcionarios públicos y del personal laboral... habrá de contribuir finalmente a concretar las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la

²² Sin ir más lejos, inmediatamente a continuación; en el Capítulo VI, relativo a los «deberes de los empleados públicos».

²³ O dicho con más rigor, «la relación laboral permane[ce] sujeta, de modo principal, a lo que disponen las normas estatales y las procedentes de la autonomía colectiva » [cfr. J. GÁRATE CASTRO, *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo. Concepto, partes y modalidades del contrato de trabajo, salario, poder disciplinario del empresario y extinción del contrato de trabajo*, Netbiblo (A Coruña, 2007), p. 15]. Téngase en cuenta, por lo demás, que al personal laboral estatutario de los servicios de salud le será de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (BOE de 17 de diciembre), por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

²⁴ En este sentido, y entre otras muchas, véase una STCT de 22 de octubre de 1981 (RTCT 531).

Administración, como ya sucede en la actualidad»²⁵. Repárese, además, en que el artículo 37.1.m) del EBEP menciona precisamente los permisos como una de las materias que «serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso»²⁶. Pues bien, sobre la base de cuanto acaba de decirse, no parece un exceso concluir que el artículo 51 del EBEP —con su imprecisa fórmula «se estará»— vincula principalmente a las partes intervinientes en la negociación colectiva. Admitir lo contrario —la directa aplicación del Capítulo V del Título III del EBEP al personal laboral de las administraciones públicas—, no sólo obligaría al interprete a la tediosa tarea de tener que «simultanear dos bloques normativos (cosa muy disfuncional)»²⁷, sino que también, y de algún modo, terminaría propiciando el uso de la «técnica del espiguelo» que, como se sabe, «consiste en romper la indivisibilidad interna del precepto (ley o convenio)..., eligiendo de una u otra fuente de derechos aquellos preceptos aislados que pudieran mejorar los de la otra fuente y los preceptos de ésta que mejoraran aquélla»²⁸.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

6. Sea como fuere, lo cierto es que el alcance del artículo 51 del EBEP resulta confuso y por tanto susceptible de muy diversas interpre-

²⁵ Cfr. su párrafo decimotercero.

²⁶ En muy parecidos términos, véase F. A. C. ASTILLO BLANCO: «Jornada, permisos y vacaciones», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Director): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova (Valladolid, 2007), p. 331. Por vez primera, se admite la «posibilidad de negociar en una misma Mesa [de negociación] las condiciones de empleo comunes al personal funcionario y al personal laboral» (cfr. Exposición de Motivos, párrafo trigesimoprimer). «Es más, está expresamente previsto que para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación » (cfr. artículo 34.1 del EBEP).

²⁷ Cfr. A. V. SEMPERE NAVARRO y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, «El personal laboral del sector público», en *Aranzadi Social*, núm. 14 (2007), BIB 2007/1814.

²⁸ Cfr. una reciente SAN de 25 de enero de 2008 (EDJ 11467), FD 2.º, párrafo tercero. La cuestión allí controvertida se centraba en determinar precisamente si el personal laboral de AENA tenía o no derecho a los dos días adicionales de libre disposición al cumplir el sexto trienio —ex artículo 48.2 del EBEP—, «además de los permisos regulados en el Convenio Colectivo de aplicación» (AH 5.º). Pero la Sala de lo Social concluyó que para determinar la aplicación global de la norma más favorable habrán de tenerse en cuenta ambos bloques cerrados (permisos y vacaciones del Convenio Colectivo de AENA y permisos y vacaciones del Estatuto Básico) como conjuntos comparables, sin posibilidad de fracturadas parciales o «espiguelos» de las disposiciones que integran ambos [bloques] (FD 2.º, párrafo tercero).

taciones. Tanto es así que, apenas unos días después de la publicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas salía al paso de las primeras dudas aplicativas, a través del Acuerdo de 20 de abril de 2007, sobre el permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo por paternidad²⁹. Más en concreto, las consultas que este órgano había recibido versaban sobre la posibilidad de «acumular»³⁰ el disfrute sucesivo de los quince días del permiso de paternidad —reconocido en el artículo 49.c) del EBEP y en el artículo 47.b) del II Convenio Único para el personal laboral de la AGE—, con los trece días de suspensión del contrato de trabajo por paternidad — *ex* artículo 48.bis del Estatuto de los Trabajadores—, lo que supondría un total de veintiocho días consecutivos de permiso. Sin embargo, el citado Acuerdo rechaza tajantemente esta posibilidad, declarando que «el permiso de paternidad del Estatuto Básico del Empleado Público sustituye al permiso de paternidad en el II Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado»³¹. Y ello, argumentando que el EBEP «contiene una regulación integral, formulada con pretensiones de generalidad, del régimen del personal al servicio de la totalidad de las Administraciones Públicas»³², que le lleva a reivindicar la «prevalencia del [propio EBEP]... sobre las previsiones que en esta materia puedan tener otras normas legales o convencionales»³³.

7. Poco después, aparecía en el panorama legislativo estatal la 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 públicos³⁴. Las Instrucciones que en ella se contienen, se dirigen a lograr una «actuación coordinada y homogénea de los responsables de la gestión de los recursos humanos»³⁵. Con este fin, la citada resolución trata de delimitar, por un lado, los «preceptos del EBEP que están en vigor y por tanto [que] son directamente aplicables en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos», y aquellos otros «de la normativa de la función pública que permanecen vigentes hasta que se apruebe la... Ley de Función Pública de la AGE»³⁶; y por otro, ciertas «materias del régimen de función pública respecto de las cuales el Estatuto introduce algunas novedades».

²⁹ El texto íntegro de este Acuerdo puede consultarse en la página del propio Ministerio, http://www.map.es/documentacion/funcion_publica/estatutobasico/paternidad

³⁰ Cfr. su Preámbulo, párrafo primero.

³¹ Cfr. su inciso I.

³² Cfr. su inciso II, párrafo séptimo.

³³ Cfr. su inciso II, párrafo noveno.

³⁴ BOE de 23 de junio.

³⁵ Cfr. su Preámbulo, párrafo primero.

³⁶ Cfr. su Preámbulo, párrafo segundo.

des»³⁷. Pues bien, hasta la promulgación de la anunciada Ley de Función Pública de la AGE, la Instrucción número 7 declara que «se añaden... nuevos supuestos de permisos, que son *comunes* para el personal funcionario y el personal laboral»; permisos, en definitiva, que coinciden íntegramente con los enumerados en los artículos 48 y 49 del EBEP, con carácter de mínimos³⁸, y a los que la Instrucción número 1 de la Resolución de 21 de junio de 2007 les atribuye —también con notoria indefinición— la virtualidad de ser «directamente aplicables»³⁹.

8. En realidad, la redacción de esta Instrucción número 7, en relación con la número 1, «no es [lo] suficientemente clara y explícita»⁴⁰ como para concluir la inmediata aplicabilidad al personal laboral de la AGE y de sus organismos autónomos de los permisos que en ella se relacionan. Es más, la extensión a estos empleados públicos de los permisos del artículo 48 del EBEP podría considerarse parcialmente contradicha, al menos en lo que respecta a los días por asuntos particulares y a los días de libre disposición (también conocidos como «moscosos»), que contemplan los artículos 48.1.k) y 48.2 del EBEP, respectivamente. Se trata de otro reciente Acuerdo de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas —suscrito con fecha de 29 de febrero de 2008⁴¹—, en el que una vez más se reconoce

³⁷ Cfr. su Preámbulo, párrafo tercero.

³⁸ Nótese que la Instrucción número 7 habla de que «se añaden» nuevos supuestos. Por este motivo, y aun cuando el catálogo de permisos que en ella se contiene no hace referencia a los consignados —a su vez— en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 48.1 del EBEP, éstos deberán considerarse igualmente aplicables, en virtud del artículo 30.1 y 2 de la LMRFP; preceptos a los que no alcanza, recuérdese, la Disposición Derogatoria Única del EBEP.

³⁹ Cfr. su inciso 1.º Asimismo, aunque con dudosísima técnica legislativa, esta Resolución, de 21 de junio de 2007, aprovecha para corregir un clamoroso olvido: la tradicional licencia por matrimonio —de quince días—, reconocida por el artículo 71.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. En realidad, la licencia en cuestión había desaparecido de raíz por obra del apartado a) de la Disposición Derogatoria única del EBEP; algo que no pasó desapercibido a los sindicatos, cuyas críticas provocaron incluso una nota de prensa en la que el Ministerio de Administraciones Públicas se apresuraba a desmentir la desaparición de la referida licencia por matrimonio. Y ello, argumentando que el apartado tercero de la Disposición Final cuarta —según la cual «se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto— garantizaba el mantenimiento de «la situación actual en todas las Administraciones, sin ninguna reducción de los beneficios de los trabajadores» (http://www.map.es/prensa/notas_de_prensa/notas/2007/05_2007_05_08.html). En cualquier caso, el apartado c) de la Instrucción número 7 declara ahora que «sigue siendo de aplicación... la licencia de quince días naturales en caso de matrimonio».

⁴⁰ Cfr. F. A. C. ASTILLO BLANCO: «Jornada, permisos y vacaciones», en M. SÁNCHEZ MORÓN (Director): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 325, nota 6.

⁴¹ El texto completo de este Acuerdo puede consultarse asimismo en la página del Ministerio: http://www.map.es/documentacion/funcion_publica/estatutobasico/acuerdoCS-Part48/

que «la interpretación y aplicación de ambos preceptos viene suscitando dudas a los responsables de la gestión de los recursos humanos sobre qué reglas deben aplicarse para su concesión»⁴². Pero lo verdaderamente importante aquí es que, después de precisar que los «días por asuntos particulares» y los «días de libre disposición» [del artículo 48 del EBEP] tienen la misma naturaleza»⁴³, parece que deja fuera de su ámbito de aplicación al personal laboral. Así se deduce del apartado I de dicho Acuerdo, donde —bajo el título «ámbito subjetivo»— se puntualiza que «el permiso de seis días del artículo 48.1.k) podrá ser concedido a los funcionarios de carrera y a los funcionarios interinos, así como al personal eventual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.5 del EBEP»⁴⁴; mientras que «los días adicionales previstos del apartado 2 del artículo 48 no podrán ser concedidos al personal eventual dado que no se considera adecuado a la naturaleza de su condición»⁴⁵.

III. LA DESIGUAL RECEPCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PERMISOS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

9. Así las cosas, y pese a haber transcurrido ya un año desde la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, es innegable que las previsiones relativas a los permisos de los empleados públicos continúan suscitando problemas interpretativos, que —al mismo tiempo— generan un buen número de disposiciones complementarias. Al intrincado panorama legislativo estatal debe añadirse la paulatina aparición de diversas disposiciones autonómicas⁴⁶, las cuales —en cumplimiento de la tarea encomendada por la citada Ley, consistente en desarrollar el EBEP— «habrán de aprobar o modificar las Leyes de función pública de sus Administraciones»⁴⁷. Es más, todas las divergencias interpretativas sobre la aplicabilidad de los preceptos del EBEP, relativos al ejercicio del derecho a los permisos de los empleados públicos, se están trasladado inevitablemente (y en muy distinta forma) a la legislación de aquellas Comunidades Autónomas que ya han dado los primeros pasos en la dirección marcada por el EBEP.

10. Buena muestra de ello es la primera —y que conozca, hasta la fecha, la única— norma autonómica de función pública que ha incluido

⁴² Cfr. su Preámbulo, párrafo tercero.

⁴³ Cfr. su inciso I, párrafo primero.

⁴⁴ Cfr. su párrafo tercero.

⁴⁵ Cfr. su párrafo cuarto.

⁴⁶ Véase I. GALLEGO CÓRCOLES: «Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones», en L. ORTEGA ÁLVAREZ (Director): *Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 341 y 342.

⁴⁷ Cfr. Exposición de Motivos, párrafo duodécimo.

las directrices básicas del EBEP, en materia de permisos. Nos estamos refiriendo a la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, tras la redacción dada por la reciente Ley 13/2007, de 27 de julio⁴⁸. En la parte expositiva de esta última, el legislador autonómico no justifica los motivos que le han llevado a realizar la reforma en cuestión. De hecho, únicamente menciona el EBEP para advertir de que con su promulgación «los poderes públicos de Galicia deben... comenzar inmediatamente a aplicar una serie de medidas urgentes para la mejora y la racionalización del empleo público autonómico»⁴⁹. Sin embargo, es evidente que el régimen de permisos que configura no sólo coincide íntegramente con los dos catálogos que con carácter de mínimos se recogen en los artículos 48 y 49 del EBEP⁵⁰, sino que además parece seguir el criterio marcado en las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la AGE y sus organismos públicos; a excepción, claro está, de la común aplicabilidad que dichas Instrucciones establecen para el personal funcionario y el personal laboral, pues la citada Ley de Función Pública de Galicia guarda absoluto silencio sobre ello. Ante esta circunstancia, sólo puede concluirse la plena vigencia al respecto de su artículo 3.3, en virtud del cual «el personal laboral se regirá por la legislación laboral y por los preceptos de esta ley que le sean de aplicación».

11. Muy parecida resulta ser la interpretación que de los artículos 48, 49 y 51 del EBEP realiza la Instrucción 2/2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en la Comunidad Autónoma de Extremadura⁵¹. En consonancia también con el criterio mantenido por el legislador estatal —que, como se ha visto, decreta la común aplicabilidad del régimen de permisos contenidos en los artículos 48 y 49 del EBEP al conjunto de empleados públicos de la AGE y de sus organismos autónomos—, asume sin el menor reparo que «el EBEP añade... nuevos supuestos de permisos que son comunes para todos los empleados públicos, personal funcionario y personal laboral»⁵²; aunque sin matizar si para la extensión de dichos nuevos permisos al personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura deberá mediar o no la vía de la negociación colectiva. Sobre la base de estos

⁴⁸ DO de Galicia, de 27 de agosto.

⁴⁹ Cfr. su Exposición de Motivos, párrafo tercero.

⁵⁰ Se trata de una regulación ciertamente generosa, pues la norma introduce incluso nuevos supuestos de permisos, como es el caso del derecho a «ausentarse para acompañar a las revisiones médicas a los hijos e hijas y las personas mayores a su cargo por el tiempo necesario» [cfr. su artículo 70.1.m)]; y al mismo tiempo, amplía la duración de los ya existentes, como ocurre con el permiso de paternidad, que «tendrá una duración de veintinueve días naturales» [cfr. su artículo 70.4.c)].

⁵¹ El texto íntegro de la referida Instrucción puede consultarse en <http://www.feccoo-extremadura.org/servlets/VerFichero?id=2077>

⁵² Cfr. su apartado A), *in fine*.

nuevos permisos, la Instrucción extremeña precisa los términos en que debe quedar actualizado el régimen de disfrute de aquéllos; materia esta que se encuentra regulada en el Decreto 95/2006, de 30 de mayo⁵³, sobre regulación de la jornada y horario de trabajo, licencias, permisos y vacaciones del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. En este sentido, y en la medida en que dicha norma contiene preceptos que igualan e incluso mejoran lo dispuesto en los artículos 48 y 49 del EBEP, es lógico que alguno de ellos conserve su vigencia⁵⁴.

12. Con mayor rigor, a mi juicio, la Instrucción de 23 de noviembre de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria⁵⁵, también realiza su particular interpretación sobre el alcance de los artículos 48, 49 y 51 del EBEP, pero ajustándose al tenor literal de la norma. Así pues, tras afirmar que el EBEP «regula los permisos de los funcionarios públicos en los artículos 48 y 49»⁵⁶, acto seguido reconoce el carácter supletorio del artículo 48.1, en la medida en que dicho precepto establece los permisos «que serán de aplicación “en defecto de legislación aplicable”»⁵⁷. Pues bien, visto que la administración cántabra cuenta con su propia normativa reguladora, la presente Instrucción rechaza expresamente el catálogo de permisos que ofrece el artículo 48.1 del EBEP y ordena «continuar aplicando la normativa propia existente»⁵⁸. Por los mismos motivos —esto es, porque así se deduce de la letra del precepto en cuestión—, entiende que «el artículo 49 [del EBEP] establece que “en todo caso” se concederán unos determinados permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razones de violencia de género»⁵⁹. Sin embargo, de entre todos ellos, únicamente explicita la extensión al personal laboral del permiso por paternidad, que tendrá una duración de quince días⁶⁰. Al margen de lo anterior, el derecho al disfrute de los días de libre disposición a que se refiere el artículo 48.2 del EBEP —los cuales también aquí «habrán de recibir el mismo tratamiento o régimen jurídico de los “moscosos”»⁶¹— es «apli-

⁵³ DO de Extremadura de 1 de junio.

⁵⁴ Es el caso, por ejemplo, del permiso «de un día natural, en los supuestos de fallecimiento de familiares en tercer grado de consanguinidad», que reconoce el apartado 3.º del artículo 11.b) del Decreto 95/2006, de 30 de mayo; precepto respecto del cual la citada Instrucción autonómica establece que «sigue vigente en sus propios términos».

⁵⁵ BO de Cantabria de 26 de noviembre.

⁵⁶ Cfr. su Instrucción Quinta, párrafo primero.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Cfr. su Instrucción Quinta, párrafo segundo.

⁶⁰ Concretamente, en el párrafo sexto de la Instrucción Quinta, pues afirma literalmente que «este permiso es aplicable tanto a personal funcionario como laboral».

⁶¹ Cfr. su Instrucción Quinta, párrafo séptimo.

cable tanto a personal funcionario de carrera, como a funcionario interino, así como a personal laboral»⁶².

13. En fin, la diversidad de matices en el régimen de permisos del EBEP también ha propiciado que la Comunidad de Madrid elaborase su propia Instrucción de 31 de julio de 2007, relativa al régimen de licencias, permisos y vacaciones, aplicable al personal funcionario y al personal laboral al servicio de la administración de la Comunidad de Madrid⁶³. Según ésta, las modificaciones introducidas por la Ley 7/2007, de 12 de abril, hacían preciso «determinar los efectos concretos que esta nueva regulación ha de tener respecto del sistema de permisos»⁶⁴. Aunque lo cierto es que los términos en que se expresa —delimitando el alcance del art. 51 del EBEP— no contribuyen a despejar la cuestión, pues se limita a señalar que «en todo aquello no afectado por el Capítulo V del Título III del Estatuto Básico del Empleado Público continúa en vigor la normativa hasta ahora aplicable»⁶⁵. En cambio, «y al disponerse en la Administración de la Comunidad de Madrid de una regulación propia de esta materia»⁶⁶, rechaza expresamente la aplicabilidad del régimen de permisos contenido en el artículo 48.1 del EBEP. No ocurre lo mismo con la regulación que de los días de libre disposición efectúa el apartado 2 de este mismo artículo 48, pues declara que el mismo «resulta directamente aplicable»⁶⁷ tanto al personal funcionario como al laboral⁶⁸. Por lo demás, téngase en cuenta que el régimen de permisos, *ex* artículo 49 del EBEP, se considera asimismo «directamente aplicable, tanto para el personal funcionario de la administración y servicios como para el personal laboral, con el carácter de condiciones mínimas»⁶⁹. Y todo ello, por cuanto supone una evidente «mejora respecto del régimen convencional vigente en la materia»⁷⁰.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Cuyo texto íntegro puede consultarse en la página oficial de la Comunidad de Madrid: http://www8.madrid.org/edu_rrhh/informacion/regimenlicenciasPAS/instrucc31072007funcPub.pdf

⁶⁴ Cfr. su Preámbulo, párrafo tercero.

⁶⁵ Cfr. su Instrucción Primera, apartado 2.

⁶⁶ Cfr. su Instrucción Segunda, párrafo segundo.

⁶⁷ Cfr. su Instrucción Tercera, párrafo segundo.

⁶⁸ En todo caso, nótese que el personal funcionario podrá disfrutar de dichos días «de forma adicional a los días de permiso por asuntos particulares y a los días adicionales por servicios prestados que se regulan en el artículo 18... del Acuerdo Sectorial del Personal Funcionario de Administración y Servicios» (*ibid.*), mientras que el personal laboral «tendrá derecho al disfrute de estos días adicionales como días de libre disposición en función de los criterios de antigüedad anteriormente descritos» (*ibid.*).

⁶⁹ Cfr. su Instrucción Cuarta, párrafo primero.

⁷⁰ Cfr. su Instrucción Cuarta, párrafo tercero.

Comunicación a la Ponencia General

LOS PRINCIPIOS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO: EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS 99 Y 100 EBEP

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

1. SOBRE LA NECESIDAD DE ACTUAR LOS PRINCIPIOS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO.—2. COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 99 Y 100 EBEP: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS E IMPLICACIONES GENERALES.—3. EL EJERCICIO DE LA COOPERACIÓN A TRAVÉS DE LA CONFERENCIA SECTORIAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA COMISIÓN DE COORDINACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO. 3.1. La Conferencia Sectorial de Administración Pública. 3.2. La Comisión de Coordinación del Empleo Público.

1. SOBRE LA NECESIDAD DE ACTUAR LOS PRINCIPIOS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

Muy pronto en el tiempo, el Tribunal Constitucional sentó —y desde entonces repite continuamente— que el deber general de colaboración «se encuentra implícito en la propia forma de organización del Estado que se implanta en la Constitución»¹, reconociendo así que el tránsito de un Estado centralizado a otro casi federal debía tener lugar sobre los principios de lealtad y solidaridad (arts. 2 y 138.1 CE), acuñados en Alemania (*Bundestreue*) para reflejar no sólo una forma política de actuar —aun cuando ésta sea su sustancia fundamental—, sino también las importantes implicaciones jurídicas que conllevan².

Del reconocimiento al máximo nivel a su reflejo en la práctica distaba un largo trecho. Así, y en una primera etapa, la carencia de instrumentos (en ocasiones) y la insuficiencia (casi siempre) de voluntad de cooperación provocó una excesiva conflictividad entre el Estado y determinadas Comunidades Autónomas: lo importante, en tal momento, era afirmar las cuotas respectivas de poder, sin importar la integración de las partes en el todo o que un boicot en los cauces de relación pudiera poner en peligro el sistema diseñado³.

El siempre relativo asentamiento del modelo descentralizado perfilado en la Norma Fundamental permitió seguir avanzando en su concreción, para entender que el ejercicio «participado» por las Comunidades Autónomas del poder central o estatal no debía ser planteado sólo res-

¹ STCo 12/1982, de 4 de mayo.

² PALLARÉS SERRANO, A.: «El concepto de coordinación en nuestro ordenamiento jurídico: diferenciación con el concepto de cooperación y colaboración y relación con el concepto de integración», en *REDA*, núm. 131, 2006, p. 22.

³ TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid (Tecnos), 1988, p. 186 y ss.

pecto a la potestad legislativa, sino también afectar a la ejecutiva, aun cuando todavía no adquiriera contornos precisos «y se limitara a un requerimiento difuso de relación positiva —ya no sólo negativa, a situar en el respeto a las competencias respectivas— de colaboración, cooperación o coordinación en la línea iniciada por la evolución misma del propio Estado autonómico» ⁴.

Al punto llega la evolución que, avanzados los años ochenta, las implicaciones de la declaración inicial alcanzaron un sentido más concreto: «la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que las diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa que debe predicarse no sólo de cada Administración sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones» ⁵, para así evitar reduplicaciones innecesarias e incluso actuaciones contradictorias derivadas de un entendimiento aislacionista del criterio competencial o de actitudes de abierta rivalidad ⁶.

A partir de ese momento las medidas de cooperación, coordinación, antes consideradas —a lo sumo— como «aconsejables» o «deseables» ⁷, pasan a ser valoradas como una «vía natural» ⁸ e, incluso, a requerir e imponer su presencia de considerarlas necesarias ⁹ para lograr la cohesión institucional ¹⁰.

El dibujo final estaba asentado sin mayor interés y mérito, pues desde el momento en que —en 1988— se decidió afrontar de manera abierta la cuestión (hasta ese momento siempre lo habían sido *obiter dictum*) ¹¹

⁴ PAREJO ALFONSO, L.: «El Gobierno de la Nación y los Gobiernos de las Autonomías territoriales; un problema de articulación», en *DA*, núm. 215, 1998, p. 143.

⁵ STCo 27/1987, de 27 de febrero.

⁶ BALLESTEROS MOFFA, L. A.: «Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa, cooperación y límites a la disponibilidad», en AA.VV. (C HINCHILLA MARTÍN, C., Coord.): *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas), 2004, p. 212.

⁷ SSTCo 77/1984, de 3 de junio y 56/1986, de 13 de mayo; aun cuando la tendencia persiste, según muestra la STC 399/1993, de 12 de noviembre.

⁸ STCo 133/1990, de 19 de julio.

⁹ SSTCo 227/1988, de 28 de noviembre; 17 y 149/1991, de 31 de enero y 4 de julio o 36/1994, de 10 de febrero.

¹⁰ Cohesión institucional entendida como «aquel conjunto de reglas, valores, principios y actitudes de las distintas instituciones públicas y de los diferentes niveles de gobierno y administración, relativas a sus relaciones recíprocas, que permiten un regular y ordenado funcionamiento de todos ellos para la consecución de los fines que constitucionalmente le están atribuidos», SÁNCHEZ MORÓN, M.: «La coordinación administrativa como concepto jurídico», en *DA*, núms. 230-231, 1992, p. 13.

¹¹ Referencias que, ciertamente, «no sólo sirven para descargar tensiones internas: contienen un mensaje que el legislador presente y futuro entiende, aunque uno y otro lo valo-

o de forma puntual, dispersa si no abiertamente imprecisa), quedó claro que la importancia y la necesidad de vincular la actuación de todas las Administraciones a través del recíproco apoyo y mutua lealtad exigía acudir a la cooperación y coordinación como fórmulas normales de relación tanto a nivel general (art. 32 LRJPAC) como, sobre todo, a nivel sectorial, donde su actuación puede ser mucho más incisiva.

Así, en materia de empleo público, al ser el personal al servicio de las Comunidades Autónomas aproximadamente la mitad del total de los funcionarios y trabajadores de la Administración, y provenir una gran parte de ellos las transferencias del Estado, y teniendo en cuenta la cuarta parte que ocupan las Administraciones Locales, la colaboración resultaba imprescindible de pretender alcanzar el consenso en materias tan importantes como las retribuciones contenidas en las Leyes de Presupuestos del Estado, la movilidad voluntaria, la negociación de condiciones laborales o, en general, la mejora del régimen y prácticas de gestión de personal. Tal era, por otra parte, la impresión sobre la cual actuó el Informe de la Comisión de Expertos: «cuanto mayor es el volumen del empleo público descentralizado, y mayor es el margen de regulación propia de cada Administración, más se advierte la importancia de contar con un esquema de coordinación entre todas ellas que sea adecuado y efectivo».

Más aún, al rasgo de necesaria procedería añadir el de urgente, pues a una normativa básica estatal ciertamente prolija y demasiado exhaustiva no era infrecuente que las Comunidades Autónomas respondieran con una preocupante falta de información y escasa vocación de admitir fenómenos de movilidad entre los empleados de unas y otras Administraciones.

De ahí que, además de las modificaciones normativas recogidas en el EBEP, sean tan o más necesarios los cambios en la gestión, «estableciendo unas pautas diferentes de actuación en las que la posición estanca deje pasar a otra de recíproca transparencia con la seguridad de que esta última no se convierte en una vía de agua para ingerencias constitucionales ilegítimas»¹².

Abandonar, en suma, la visión ya anacrónica de habilitar el campo necesario para que cada Administración pudiera realizar su propio modelo de función pública y, por contra, crear un espacio común de

ren, quizá, de modo diferente», TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador», en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1993, p. 105. Pero nada más convendría añadir.

¹² PALOMAR OLMEDA, A.: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Estatuto del Empleado Público*, Valladolid (Lex Nova), 2007, p. 552.

colaboración que coadyuvara al ejercicio de las competencias atribuidas a cada una; completando, de este modo, y de forma proporcional, la mayor autonomía de cada Administración en la ordenación de su personal con una cooperación más intensa entre ellas, destinada a resolver los eventuales problemas en beneficio de los destinatarios directos (empleados públicos) e indirectos (ciudadanos) del sistema ¹³.

2. COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 99 Y 100 EBEP: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS E IMPLICACIONES GENERALES

En tanto el artículo 99 EBEP establece el principio de cooperación como piedra axial en el modelo de relaciones interadministrativas, y luego el artículo 100.2 acude al de coordinación como labor a desarrollar por la Comisión, cabría pensar que, o bien se acogen los dos, o bien los términos son equivalentes... Y probablemente ninguna de las dos impresiones es correcta.

Sabido es que el artículo 149.1.18.º CE confiere al legislador estatal competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones, dentro de las cuales queda comprendida «la fijación de medios que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» ¹⁴.

Con tal título habilitante, bien podía optar por la cooperación sólo, o acompañarla de la coordinación, pero lo cierto es que, habida cuenta la falta de claridad y precisión de la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a delimitar ambos principios (o el deber de colaboración), resulta difícil aventurar —a la espera del desarrollo reglamentario— cuál ha sido su intención en este caso en concreto, pues si bien todos responden (incluso el de «auxilio mutuo») «a una interdependencia entre los entes públicos que ha de resolverse mediante el acceso de los unos a la esfera jurídica de los otros, realizando en el entorno de la misma una prestación o prestaciones en beneficio de su titular» ¹⁵, su incidencia en la práctica será distinta en función del ámbito donde actúen y de la mayor o menor resistencia de las partes (o la posibilidad de

¹³ MORCILLO MORENO, J.: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», en AA.VV. (ORTEGA ÁLVAREZ, L., Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados), 2007, p. 666.

¹⁴ STCo 32/1983, de 28 de abril.

¹⁵ MORREL OCAÑA, L.: «Una teoría de la cooperación», en *DA*, núm. 240, 1994, p. 51.

llegar a acuerdos sobre cómo hayan de conducirse los vínculos entre las distintas instancias competentes¹⁶) y, por tanto, el recurso a una u otra (o a las dos) variará según sea preciso el recurso a técnicas en rigor diversas, por su capacidad de penetración diferente:

1. Mientras la cooperación es el campo del acuerdo en pie de igualdad, de la participación, del *government by persuasion*¹⁷, lo cual impide que una de las partes imponga a la otra su criterio¹⁸ y sea precisa la codecisión¹⁹, la coordinación entraña un cierto poder de imperio que sitúa a la entidad coordinadora en una posición de supremacía²⁰.

Precisamente por tal motivo cabe defender una escala en la incidencia de los sistemas de relación. La cooperación, o la colaboración, en tanto términos y técnicas virtualmente equiparables (de utilizar la última acepción en sentido propio) han de constituir «un *prius* lógico y jurídico»²¹, a partir del cual siempre procederá intentar las fórmulas flexibles bilaterales²², y sólo cuando la actuación requerida no pueda llevarse a través de tales vías, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, cabrá acudir al Estado y a la coordinación como sujeto y forma de integrar intereses distintos²³.

Sirva tal argumentación para sostener que el término «coordinación» utilizado por el legislador en el artículo 100.2 EBEP lo ha sido en un sentido atécnico o, por lo menos, con el alcance que le dio la primera doctrina del Tribunal Constitucional, «es decir, aquélla cuyas claves de producción son etéreas, pues ninguna de las Administraciones implicadas cuentan con una competencia (no porque no la tenga, sino porque no se habilita *ad hoc*) capaz de inducir las o establecerlas, y tampoco el resultado de la coordinación la puede mermar o condicionar»²⁴. O eso, o

¹⁶ PAREJO ALFONSO, L.: «Las relaciones entre las Administraciones Públicas en el Título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en AA.VV.: *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración*, Barcelona (IEA), 1993, p. 31.

¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1991, p. 939.

¹⁸ MENÉNDEZ REXACH, A.: «La cooperación, ¿un concepto jurídico?», en DA, núm. 240, 1994, p. 13.

¹⁹ AA.VV. (DOMINGO ZABALLOS, M. J., Coord.): *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, Cizur Menos (Thomson/Aranzadi), 2003, pp. 1045 a 1047.

²⁰ STCo 214/1989, de 21 de diciembre.

²¹ STCo 106/1987, de 25 de junio.

²² STCo 102/1995, de 26 de junio.

²³ STCo 243/1994, de 21 de julio.

²⁴ PAREJO ALFONSO, L.: «Examen específico del Proyecto de Ley del Estado sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Las relaciones interadministrativas», en AA.VV.: *Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, Barcelona (IEA), 1992, p. 70.

sería incomprensible que el principio de base fuera el de cooperación, al órgano superior de la Comisión no se le atribuyeran expresamente funciones de coordinación y éste principio reaparezca en el nivel inferior, concedido, además, a un órgano con competencias que —según podrá comprobar el lector— se han querido expresamente recortar respecto de su proyecto original.

2. Aun cuando el respeto a las competencias de las demás Administraciones territoriales constituye un elemento común a ambos principios, su impacto real será distinto según actúe uno u otro. La cooperación no supone un límite a las competencias de los cooperantes, teniendo precisamente como extremo de incidencia la titularidad de aquéllas; aun cuando —y como es lógico— si las partes acuerdan implantar determinadas opciones organizativas o modo de ejercicio quedarán limitadas de hecho —y puede que de derecho— las facultades de disposición de aquél a quien han sido atribuidas²⁵. Por el contrario, «parece evidente que si la coordinación implica la facultad de decidir, es imposible respetar escrupulosamente las competencias de las entidades coordinadas»²⁶.

Las afirmaciones precedentes llevan a una conclusión clave: la cooperación será siempre posible, lo contemple o no la norma; por el contrario, y habida cuenta la coordinación, como la jerarquía, supone un ejercicio de mando (aun cuando sus técnicas de desarrollo sean distintas, pues la jerarquía se opone a la autonomía²⁷, mientras la coordinación encuentra su campo propio de aplicación en la toma de decisiones que implican respeto a la libre determinación de los obligados²⁸), sólo podrá ser utilizada en los supuestos y mediante los procedimientos establecidos en una ley, para así hacer compatibles la unidad y la descentralización²⁹.

Una nueva prueba de que en el empleo público la coordinación no supera el marco de la cooperación.

3. Resulta lugar común contraponer ambos principios considerando a la coordinación como algo imperativo, frente a la esencial voluntariedad de la cooperación. Así la primera vendría a ser concebida como un instrumento «forzoso», en tanto vía para lograr la armonía entre unidad y competencia «evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema»³⁰; para conseguir, además, la necesaria

²⁵ STCo 214/1989, de 21 de diciembre.

²⁶ MENÉNDEZ REXACH, A.: «La cooperación, ¿un concepto jurídico?», cit., p. 13.

²⁷ STCo 4/1981, de 2 de febrero.

²⁸ GALLEGO ANABITARTE, A., y otros: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Madrid (Marcial Pons), 2000, p. 138.

²⁹ STCo 76/1983, de 5 de agosto.

³⁰ SSTCo 32/1983, de 28 de abril; 80/1985, de 4 de julio, o 27/1987, de 27 de febrero.

rapidez y eficacia en la actuación administrativa mediante la coherencia, estructura adecuada y actuación sincronizada de fines y medios (competencias, funciones, atribuciones y órganos), así como para alcanzar la máxima economía en la gestión.

Por su parte, y según sostiene la mayor parte de la doctrina, «la voluntariedad en el caso de la cooperación, frente a la imposición en la coordinación..., es, por sí mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica una y otras fórmulas»³¹.

Con todo, las afirmaciones precedentes han de ser convenientemente matizadas en un doble sentido. En primer lugar, para corregir a cuantos aluden a una «coordinación voluntaria», lo cual no deja de ser «un error de concepto que muestra el arrastre histórico del Voto Particular contenido en la STCo 27/1987, de 27 de febrero»³², pues si se pierde el elemento de mando, la diferencia con la cooperación se difumina³³. Tal es lo que ocurre con el término coordinación establecido en el artículo 100.2 EBEP que, por tanto, ha de juzgarse utilizado en sentido impropio o atécnico.

En segundo término, procederá matizar que «en ningún caso la cooperación es voluntaria... El denominado “carácter voluntario” de la cooperación supone que las actividades que necesariamente han de realizar las entidades que cooperan para obtener la integración no están sometidas a la imposición unitaria por parte de la organización superior»³⁴.

De modo que la voluntariedad no deja de ser un «tópico» cuyo fundamento radica —probablemente— en el hecho de tener al convenio como su técnica típica, y querer fundar éste sobre la autonomía de la voluntad; «olvidando, empero, que las Entidades públicas carecen de aquélla y están sometidas a la ley»³⁵. También por la debilidad de su fuerza vinculante al mayor nivel, en tanto su vulneración sólo determina la inconstitucionalidad si provoca una «invasión competencial» capaz de infringir el bloque de constitucionalidad³⁶.

Así lo reconoce la Exposición de Motivos LRJPAC: «la cooperación es un deber general, la esencia del modelo de organización terri-

³¹ SSTCo 214/1989, de 21 de diciembre, o 331/1993, de 12 de noviembre.

³² Error que, por cierto, sólo se sigue en la STCo 214/1989, de 21 de diciembre. CARBALLEIRA RIVERA, M.^a T.: «La cooperación interadministrativa en la Ley de Bases de Régimen Local», en *REALA*, núm. 257, 1993, p. 55.

³³ STCo 102/1995, de 26 de julio.

³⁴ STCo 32/1983, de 28 de abril; en igual sentido, por ejemplo, SSTCo 152/1982, de 20 de julio; 86/1985, de 10 de julio, o 17/1991, de 31 de enero.

³⁵ MENÉNDEZ REXACH, A.: «La cooperación, ¿un concepto jurídico?», cit., p. 41.

³⁶ SSTCo 155/1985, de 15 de noviembre, o 194/1994, de 28 de junio.

torial del Estado autonómico, que se configura como un deber recíproco de apoyo y mutua lealtad, que no es preciso que se justifique en preceptos y que no puede imponerse, sino acordarse, conformarse, siendo el principio que, como tal, debe presidir el ejercicio de competencias compartidas o de las que se ejercen sobre un mismo espacio físico». De descender de las declaraciones a la articulación positiva, cabría vertebrar la economía interna del artículo 4 LRJPAC atendiendo a una doble dimensión. Por una parte, «negativa», asentada en los principios de lealtad constitucional y solidaridad (arts. 2 y 138.1 CE), «como corolario del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones»³⁷, a cuyo tenor o exigencia las distintas Administraciones deberán abstenerse o no hacer nada, en el ejercicio de sus competencias, que pueda lesionar los intereses comunes a la totalidad del sistema, de su unidad; e, incluso, nada que pueda lesionar verdaderos intereses legítimos de las otras partes o entidades que lo integran. Por otra, «positiva», de conformidad con la cual Estado y Comunidades Autónomas han de ejercer sus propias competencias en beneficio recíproco cuando ello resulte necesario para que cualesquiera de ellos puedan satisfacer eficazmente los cometidos que constitucionalmente le han sido asignados.

En este último aspecto donde cabe apreciar el «desfallecimiento del legislador»³⁸, y la consiguiente ausencia de un marco general en el cual las instancias territoriales pudieran, al ejercer sus propias competencias, participar en la ponderación de la totalidad de los intereses públicos y, en particular, de los encomendados al Estado. Deberes de información y asistencia (este último bastante inconcreto en el párrafo 4.º del precepto) es a lo máximo a que se ha llegado como vías de cooperación, siempre sin perjuicio de cuanto a nivel sectorial se pueda alcanzar de más.

3. EL EJERCICIO DE LA COOPERACIÓN A TRAVÉS DE LA CONFERENCIA SECTORIAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA COMISIÓN DE COORDINACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

Varias razones contribuyeron a que el órgano supremo del anterior sistema, el Consejo Superior de Función Pública, «pasara sin pena ni gloria»³⁹. En primer lugar, el gran número y elevado rango de sus miem-

³⁷ STCo 25/1981, de 14 de julio.

³⁸ PAREJO ALFONSO, L.: «Las relaciones entre las Administraciones Públicas en el Título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en AA.VV.: *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración*, cit., p. 32.

³⁹ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público* (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), Valladolid (Lex Nova), 2007, p. 107.

bro hizo que sus reuniones fueran ocasionales, cuando posibles, y ni siquiera su Comisión Permanente sirviera para revitalizarlo. En segundo término, las funciones encomendadas eran muy moderadas, casi simbólicas, limitándose a emitir informes, a veces preceptivos pero nunca vinculantes, o a formular propuestas siempre demasiado abstractas. En fin, en su origen cabe ver reflejadas las dudas y desconfianzas sobre un sistema autonómico con pocos años de rodamiento, así como la búsqueda de un cauce —entonces inexistente— para la participación sindical en la determinación de condiciones de trabajo; disipadas las primeras con el asentamiento del Estado descentralizado, que incluso lleva a crear órganos de similar naturaleza en las Administraciones territoriales, y abierta la vía de la negociación colectiva, pocas razones quedaban para su mantenimiento.

Adoptada la decisión de eliminarlo, preciso será entrar a valorar si el EBEP contiene previsiones suficientes para proporcionar un «nuevo panorama» o, por el contrario, se trata de «más de lo mismo»⁴⁰.

3.1. La Conferencia Sectorial de Administración Pública

Configurada como «órgano de cooperación en materia de administración pública» (más precisa hubiera sido una referencia directa al empleo público, como labor fundamental de la Conferencia, que, por lo demás debería haber sido denominada de «Administraciones Públicas»), fue creada en 2003 y, por emplear términos suaves, tuvo «una vida poco activa»⁴¹, a pesar de la firme defensa realizada en el Informe de los Expertos, presentándola con una realidad que cuenta ya «con un rodaje y un sustrato de cultura administrativa que le permite constituirse en un foro de debate político y de conjunción de voluntades, idóneo para los fines que se pretenden».

La naturaleza jurídica de las Conferencias Sectoriales, como instrumento de colaboración, quedó sentada en el fundamental pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el artículo 8 del Proyecto de LOAPA⁴², más tarde artículo 4 de la Ley de Proceso Autonómico de 1983 y con escasas novedades recogido su tenor en el artículo 5 LRJPAC: órgano que no pertenece a ninguna de las Administraciones llamadas a integrarlo, sino que es multilateral, de ámbito estrictamente sectorial y claramente político (aun cuando una primera impresión pudiera llevar a encontrarle un componente administrativo), «expresión de un Estado

⁴⁰ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público*, cit., p. 108.

⁴¹ PALOMAR OLMEDA, A.: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», cit., p. 557.

⁴² STCo 76/1983, de 5 de agosto.

compuesto, llamado a tratar de hacer efectivo el principio de colaboración a nivel gubernativo»⁴³.

Afirmando lo anterior, poco más aporta el artículo 100.1 EBEP, salvo el enunciado de sus integrantes y el necesario respecto a la competencia de otras Conferencias Sectoriales u órganos equivalentes. De tan parca regulación, que remite en su mayor parte a la normativa general sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas, varios datos adquieren significativa importancia.

1. En la composición, tres cobran singular relieve⁴⁴. De un lado, y por fin, se da cumplida respuesta a lo previsto en la Disposición Adicional 14.^a LRJPAC y se incluye a las ciudades de Ceuta y Melilla. De otro, va a estar presente la Administración Local, a través de los representantes designados por la Federación de Municipios y Provincias; sorprendiendo tal inclusión — pese a su anuncio, e insistencia en la necesidad por la Comisión de Expertos—, por cuanto altera el régimen general previsto en la LRJPAC, el cual sólo contempla representantes estatales y autonómicos (art. 5.3), admitiendo, no obstante, la creación de órganos análogos en ámbitos específicos (art. 5.7) o la posibilidad de invitar a sus reuniones a las Entidades Locales a las cuales pudiera afectar la materia de su ámbito sectorial (art. 5.8). Por tal razón, no cabe pronunciarse sobre si habrá de estar formada continuamente por las tres Administraciones territoriales o, por el contrario, la composición tripartita tendrá lugar —según indicara la Comisión de Expertos— sólo cuando los asuntos a decidir afectaren al menor nivel. En fin, el apartamiento de los sindicatos trae causa en la apertura y consolidación de la vía para su participación «natural», la negociación colectiva.

Siendo esta última decisión plausible, obsérvese cómo es la única ausencia respecto del anterior Consejo, y que, en consecuencia, el defecto del excesivo número de componentes persiste para ser funcionalmente operativa, por lo cual el avance a su través parece más que dudoso, sin que, por sí misma, ciertamente, «deba esperarse un avance sustancial en la consolidación de las relaciones cooperativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De otros factores y circunstancias dependerá, verdad es, que ese proceso se produzca»⁴⁵.

2. Su organización y funcionamiento atenderá a cuanto se establezca «en el correspondiente acuerdo de institucionalización y en su

⁴³ PALOMAR OLMEDA, A.: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», cit., p. 557.

⁴⁴ MORCILLO MORENO, J.: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», cit., pp. 667 y 668.

⁴⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Las Conferencias Sectoriales y los Consorcios en las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en AA.VV.: *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración*, cit., p. 43.

reglamento interno»; ajustándose su convocatoria a lo previsto en el artículo 5.4 LRJPAC, la periodicidad a cuanto estimen conveniente los partícipes y los acuerdos a lo previsto en el artículo 5.5 LRJPAC. Sabido es, respecto a esta última cuestión, cómo el apartado 8.º de los Pactos Autonómicos fijó que el funcionamiento había de aparecer fundado sobre el consentimiento de las partes, debiendo adoptar las decisiones por unanimidad; también que aquéllos contemplaban la posibilidad de introducir el principio de mayoría. Este último dato, u opción, desde luego desnaturalizaría su carácter (al perder el rasgo de colaboración voluntaria y permitir la alteración del sistema de asignación de competencias, sólo factible de ostentar la potestad de decidir sobre el derecho a la participación de otros ⁴⁶), motivo por el cual cabe esperar la inclinación a favor de la unanimidad, dado el intento original de convertir el órgano en un lugar para la consecución de líneas de actuación comunes.

3. La falta de especificación de sus funciones concretas suscita también algunos interrogantes de interés. En primer lugar, y a pesar de la supresión —por reforma de 1999— relativa a la finalidad de «intercambiar puntos de vista, examinar en común los problemas de cada sector y las medidas proyectadas para afrontarlos y resolverlos», no cabe duda de que ésta seguirá siendo su principal misión ⁴⁷. En segundo término, y si bien el legislador desoyó el consejo de la Comisión de Expertos en orden a una escueta inclusión, para potenciar y difundir su uso, de convenios de colaboración (art. 6 LRJPAC) y planes y programas conjuntos de actuación (art. 7 LRJPAC), no cabe seguir que la cooperación querida es sólo «orgánica», pues la falta de mención no conlleva su apartamiento, al ser de aplicación la normativa básica sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas, pudiendo acudir a tales técnicas sin mayor problema ⁴⁸. Por último, la atribución de competencias no se hace de forma incondicional, sino que exige no perjudicar las competencias de otras Conferencias Sectoriales u órganos equivalentes (como pudiera ser, entre otras, la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, creada por Ley 16/2003, de 28 de mayo, cuyas funciones —art. 35— quedan ceñidas a un ámbito personal muy concreto); ahora bien, en este ambiente de multiplicación burocrática, y para conseguir la necesaria coherencia: ¿será necesario crear nuevos órganos para coordinar a los distintos coordinadores?, o ¿adquirirá la Conferencia Sectorial tal labor?

⁴⁶ TORNOS MAS, J.: «Las Conferencias Sectoriales», en *DA*, núm. 240, 1994, pp. 75 y 82.

⁴⁷ FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Madrid (Marcial Pons), 2000, p. 50.

⁴⁸ MORCILLO MORENO, J.: «Cooperación entre Administraciones Públicas», cit., p. 671.

3.2. La Comisión de Coordinación del Empleo Público

Reiteradamente alabada su labor por la Comisión de Expertos, destacando sus logros (medidos en términos de acuerdos) en materia de movilidad, acceso a la función pública en los Estados miembros de la UE o reconocimiento de los servicios prestados en diferentes Administraciones, prosigue su andadura esta Comisión (modificando su denominación de «Función Pública» por «empleo público») con la esperanza de avanzar sobre las misiones de coordinación más concretas que, en su momento, le fueron asignadas respecto al Consejo Superior de la Función Pública, situadas —entonces— sólo en formar el plan de empleo público y proponer las medidas precisas para ejecutar lo establecido en las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Su parca regulación en el artículo 100.2, 3 y 4 EBEP suscita —según ocurría con la Conferencia Sectorial— diversas cuestiones de interés:

A) El sencillo equilibrio (en cifras) entre Estado y Comunidades Autónomas queda trastocado al incorporar a los representantes de la Administración Local, abriendo alternativas muy variadas: a) Composición con igual número de miembros por el Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, llevando a un tripartismo que haría peligrar la preeminencia del primero y, a la postre, privar a la Comisión de eficacia. b) Establecimiento de paridad formal entre los representantes del Estado, por una parte, y las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, por otra, lo cual podría suscitar las reticencias de las segundas, y más si la presidencia sigue siendo otorgada al Secretario de Estado para las Administraciones Públicas. c) En el tintero queda también decidir cuántos y cuáles serán los órganos directivos de la política de recursos humanos de la Administración General del Estado necesarios para cubrir cualquiera de los parámetros anteriores, pues la referencia a «titulares de órganos directivos», en tanto segunda línea en el organigrama político, es tan amplia como imprecisa; además, si seguirá siendo tónica la presencia de un representante por cada Comunidad Autónoma y si será menester otro para Ceuta y para Melilla; por último, y en cuanto no dejan de ser meras cábalas, elucidar cuanto sucede con la Administración Local, atendiendo, en particular, a dos datos.

En primer lugar, la asistemática remisión a una regulación reglamentaria de desarrollo que, si puesta en conexión con la obligatoria consulta a las Comunidades Autónomas, no se sabe si sólo hace referencia a este extremo, la designación de los representantes de las entidades menores —según aquí se ha sostenido—, o al conjunto de la labor, que acentuaría un carácter de coordinación en sentido estricto, como poder de decisión último ubicada en el Estado.

B) En cuanto a su funcionamiento hace, el escueto apartado 4.º del artículo 100 EBEP únicamente contempla que la Comisión elaborará sus propias normas de organización y funcionamiento. Previsión lógica tras la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 1 y 2 del artículo 23 LRJPAC⁴⁹, considerando dichos apartados como no básicos y, por consiguiente, de aplicación sólo a los órganos de la Administración del Estado, pudiendo ser invocados únicamente de manera supletoria en los órganos mixtos. Por tal motivo, y en principio, cobrarán todo el protagonismo las previsiones contenidas en los artículos 22.2 y 26.2 LRJPAC.

C) Advertidos sobre el peligro de que su articulación y régimen de actuación acabe convirtiéndola, más pronto que tarde, «en otro organismo inoperante, dada la fuerte tendencia a la gestión independiente por parte de las Comunidades Autónomas»⁵⁰, cabe observar con cautela o prevención el importante recorte de competencias específicas que contiene el artículo 100 respecto a su precedente contenido en las letras b), c), d), e) y h) del artículo 100 del Proyecto de Ley.

Desaparecen así las menciones expresas a los procedimientos técnicos destinados a asegurar el cumplimiento de los principios generales establecidos en el EBEP y a proponer medidas para ejecutar lo previsto en el mismo; a formular propuestas de convenios y acuerdos a la Conferencia; a adoptar acuerdos en el ámbito de sus competencias, y en cuantas le delegue aquél órgano del cual depende; a llevar a cabo el seguimiento de los acuerdos y convenios celebrados por la Comisión y de la Conferencia Sectorial; a la postre, y también, a adoptar en el marco de sus títulos habilitantes cuantas otras iniciativas considerare necesarias.

Obvio resulta que tal omisión no es importante, pues siempre cabrá alcanzar idénticos objetivos por vía de remisión a la normativa general (sea directamente o por delegación), pero sí resulta significativa una «poda» al parecer llamada a convertirlo en un órgano estrictamente técnico, y muy alejado de la coordinación que se le atribuye como genitivo, subordinado, además, a quien ha de ejercer la cooperación al máximo nivel⁵¹.

Procede, así, leer bajo estas claves las competencias residuales que permanecen:

a) La relativa a «impulsar las actuaciones necesarias para garantizar la efectividad de los principios constitucionales en el empleo público».

⁴⁹ STCo 50/1999, de 6 de abril.

⁵⁰ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público*, cit., p. 108.

⁵¹ Sobre tales implicaciones, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «Comentario al artículo 100 EBEP», en AA.VV. (M. ONEREO PÉREZ, J. L., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleo Público*, Granada (Comares), 2008 (en prensa).

blico» es la portadora de un potencial más importante. Nada más y nada menos que pretende seguir con la lucha por garantizar la igualdad, mérito y capacidad —también el de publicidad con carácter instrumental— en el momento de entrar o moverse en el trabajo al servicio de la Administración. Difícil reto (que suena mucho a burocrático y a creación de nuevas prebendas), cuando acusaciones sobre «nepotismo», «clientelismo político o sindical», tergiversación interesada de la contratación temporal⁵², oposiciones y pruebas restringidas, funcionarizaciones, consolidaciones de empleo (fenómenos, estos últimos, identificados por el Tribunal Constitucional como transitorios —y, en cuanto tales, incapaces de constituir un índice significativo en los sistemas de reclutamiento—, pero que, lejos de tal han resultado ser estructurales⁵³) y un largísimo etcétera han llevado a un indeseable «desgobierno»⁵⁴ frente al cual sólo un acto de fe podría hacer creer en mejoras notables cuando el «impulso» (léase constatación y propuesta de reacción) corresponde a este órgano «menor».

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», significa reconocer el instrumento más habitual para articular la colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas, pero no por ello pacífico⁵⁵, dada la tentación frecuente del Gobierno central de imponer técnicas cooperativas en la regulación sectorial extralimitándose de su marco de actuación⁵⁶.

Respetuoso con la doctrina constitucional, el legislador acertadamente distingue según los proyectos afecten a la normativa básica o a otra sin tal carácter. En el primero de los casos es preceptiva su solicitud por imperativo de la ley (a riesgo de nulidad) y no vinculante por mor del artículo 83 LRJPAC; en segundo será facultativa su petición, «consecuencia de la propia decisión de la Administración Pública que lo solicitase»⁵⁷, imperativa la emisión si lo requiere, pero igualmente no vinculante para quien ha de decidir al final.

⁵² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid (CEF), 2005, p. 21 y ss.

⁵³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La movilidad en la función pública: entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*, Madrid (Cinca/Fundación Sagardoy), 2004, p. 75 y ss.

⁵⁴ NIETO GARCÍA, A.: *La «nueva» organización del desgobierno*, Barcelona (Ariel), 1996, p. 32 y ss.

⁵⁵ SSTCo 11 y 56/1986, de 28 de enero, y 13 de mayo; 18 y 227/1988, de 13 de octubre y 29 de noviembre; 149/1991, de 4 de julio; 146/1992, de 16 de octubre; 243/1993, de 15 de julio; o, por no seguir, 36/1994, de 10 de febrero.

⁵⁶ SSTCo 13/1992, de 6 de febrero, o 191/1994, de 23 de junio.

⁵⁷ PALOMAR OLMEDA, A.: «Cooperación entre las Administraciones Públicas», cit., p. 562.

c) Por último, «elaborar estudios e informes sobre el empleo público» sirve para mostrar su carácter eminentemente técnico, permitiéndole tomar la iniciativa en la elaboración de cualquier ensayo relacionado con el trabajo al servicio de las Administraciones. Desde tal posición, cabe rogar que, a diferencia de cuanto ocurre con otros muchos de análoga naturaleza, sirva con objetividad a fines tan nobles y no acabe siendo un «botín» para encargos bien retribuidos a científicos o técnicos próximos a los miembros de la Comisión, cuyo mayor mérito radica en la fidelidad y no en la sabiduría o esfuerzo desinteresado ⁵⁸.

Añade el precepto la obligación de remitir los resultados a las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa de Negociación de las Administraciones Públicas. La crítica formulada por un sector de la doctrina, para el cual el imperativo debería quedar ceñido a los estudios vinculados con la operatividad de aquéllas ⁵⁹, ha de ser salvada tomando en consideración cómo en el empleo público casi todo es negociable, de manera formal o informal, y que todos los datos, por ajenos que aparentemente resulten al cometido sindical, puedan llevar a conformar un criterio más sólido por informado.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laborización de alguno de los «núcleos duros» de la función pública)*, Santiago de Compostela (Escuela Gallega de Administración Pública, 2003, pp. 146 y 192.

⁵⁹ PALOMAR OLMEDA, A.: «Cooperación entre Administraciones Públicas», cit., p. 563.

Comunicación a la Ponencia General

LAS ADAPTACIONES EN EL PUESTO DE TRABAJO A LAS NECESIDADES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS CON DISCAPACIDAD: CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 59.2 DE LA LEY 7/2007

DAVID MORENO MENDOZA

Investigador Programa Nacional FPU Ministerio de Educación
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—2. EL ARTÍCULO 59.2 *IN FINE* DE LA LEY 7/2007 DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. 2.1. La significación de «las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad». 2.2. Su desarrollo en la normativa de la Administración General del Estado. 2.3. Normativa de la Administración autonómica. 2.4. Contenido de la Negociación Colectiva.—3. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL ARTÍCULO 59.2 DE LA LEBEP: ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL EMPLEADO PÚBLICO CON DISCAPACIDAD.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Constituye el objeto de estudio de la presente comunicación el análisis jurídico de la significación, contenido y virtualidad práctica del vigente artículo 59.2 *in fine* de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, LEBEP) en virtud del cual se consagra que «cada Administración Pública adoptará» una vez se haya «superado» el proceso selectivo «las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad». Por ende, teniendo en cuenta la delimitación del objetivo de la comunicación, no se abordará el comentario sobre las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios «en el proceso selectivo», porque se considera una cuestión más estudiada; habiéndose procedido al comentario objeto de la comunicación por considerarse de mayor trascendencia aplicativa en la actualidad en relación con la anterior normativa del sistema español de empleo público. Con la finalidad de valorar la determinación de esta condición de empleo de los empleados públicos con discapacidad se reflexionará sobre su desarrollo en la legislación de la Administración General del Estado y de las Administraciones Públicas autonómicas y sobre el contenido de la negociación colectiva. Atendiendo a la limitación de espacio que debe respetar la comunicación, se ha seleccionado para su comentario la normativa estatal, autonómica y convencional de mayor interés en materia de adaptación del puesto de trabajo de los empleados públicos con discapacidad, habiéndose centrado el estudio en la normativa más reciente, para analizar su adecuación al mandato del artículo 59.2 *in fine* de la LEBEP. Finalmente, se comentarán los problemas prácticos de aplicación de dicho mandato en conexión con otras instituciones relevantes del régimen jurídico de los empleados públicos reguladas en la LEBEP, especialmente atendiendo a la configuración de la evaluación del desempeño y sus efectos en los empleados públicos con discapacidad.

2. EL ARTÍCULO 59.2 *IN FINE* DE LA LEY 7/2007, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

2.1. La significación de «las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad»

Para valorar la trascendencia del artículo 59.2 *in fine* de la LEBEP, de acuerdo con los cánones hermenéuticos ex artículo 3.º1 del Código Civil español, debe atenderse a que la adopción de «las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad» se impone —por medio de la utilización del «cada» y del «adoptará»— a todas las Administraciones Públicas, una vez la persona con discapacidad haya superado el proceso selectivo y ostentase la condición de empleado público con discapacidad «considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», en aplicación del artículo 59.1 LEBEP. Atendiendo a la finalidad de la LEBEP, puede afirmarse sin error, a nuestro entender, que nos hallamos ante uno de los «principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público»¹ en el ámbito de la ocupación de las personas con discapacidad. En este sentido, cabe afirmar que este precepto de la LEBEP contiene un mandato que es «común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas» y que también resulta de aplicación «al personal laboral a su servicio». Para adquirir cabal conocimiento de la significación y contenido del artículo objeto de estudio, es necesario tener en consideración la razón jurídico-social de su génesis. Las adaptaciones de referencia constituyen la recepción legal de las reivindicaciones del «sector» de la discapacidad, que reclamaban —en palabras de la profesora Doctora Casas Baamonde— la necesidad de «cambiar (...) el contenido de las normas y de las políticas legislativas (...) con el fin de asegurar la efectividad y exigibilidad de los derechos de las personas con discapacidad»². En el ámbito de las personas con discapacidad en su condición de empleados públicos nos hallaríamos ante uno de los resultados constatables de la propugnada «consideración de la discapacidad en toda acción pública»³, pudiendo ser incardinable en una de las «políticas de atención especial a las personas con discapacidad»⁴ y sub-

¹ Cfr. *Exposición de Motivos* de la LEBEP.

² CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Prólogo» a: DE LORENZO GARCÍA, R.; CAYO PÉREZ BUENO, L. (Dirs.): *Tratado sobre Discapacidad*. Thomson, Aranzadi. Navarra, 2007, p. 43.

³ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Prólogo»..., *op. cit.*, p. 47.

⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*. Documentos 10/2003 del Real Patronato sobre Discapacidad. Madrid, 2003, p. 15.

sumible en el denominado «Derecho Social de las Personas Discapacitadas»⁵; máxime teniendo en cuenta que a tenor de lo establecido en el artículo 2.f) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ello constituye uno de los principios de «Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad» y «en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».

Con este espíritu de «la protección de los discapacitados»⁶, y siendo innegable «la importancia que adquiere la Administración Pública como empleadora»⁷, en el propio «Informe de la Comisión del EBEP» se explicitó que «en la línea de fomentar la práctica de acciones positivas que favorezcan la igualdad de oportunidades, cada Administración, en el marco de su potestad organizativa, debería prever la adopción de medidas de adaptación y ajustes razonables a las necesidades de las personas con discapacidad en el desarrollo del proceso selectivo, así como posteriormente en el lugar de trabajo»⁸. Sobre la base de tales consideraciones, debe argumentarse que la significación del nuevo artículo 59.2 *in fine* de la LEBEP debe inferirse de la finalidad de las «medidas de acción positiva»⁹ previstas en el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad (en adelante, RD 2271/2004), puesto que está plenamente vigente, porque no ha sido

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.: «El derecho a la protección de las personas con minusvalías»; en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Comares. Granada, 2002, p. 1782.

⁶ PARADA, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 139.

⁷ ITURRI GÁRATE, J. C.: «Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad»; en HERNÁNDEZ VITORIA, M. J.; TORRES ANDRÉS, J. M. (Dirs.): «Derecho laboral del siglo XXI». Consejo General del Poder Judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118. Madrid, 2007, p. 310.

⁸ AA.VV.: *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*. Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2005, p. 88.

⁹ Cfr. CANO GALÁN, Y.: «Política sobre discapacitados», en S. EMPERE NAVARRO, A. V. y cols.: *Políticas sociolaborales*. Tecnos, 3.^a ed. Madrid, 2005, p. 239. Cfr. TORRES LÓPEZ, M.^a A.: «Derecho Administrativo. Régimen jurídico administrativo de las personas con discapacidad», en ALCAÍN MARTÍNEZ, E.; GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, J.; MOLINA FERNÁNDEZ, C.: (Coords.): *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*. Comares. Granada, 2006, pp. 218-220.

derogado en virtud de la disposición derogatoria única de la LEBEP; por lo que cabe interpretar que será de aplicación a los procedimientos de acceso al empleo público y provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad previstos en la LEBEP, aunque siendo supletorio a tenor de su disposición adicional única para el sector público no incluido en el ámbito de aplicación descrito en su artículo 1.2.

A los efectos de comprender el alcance y contenido de las citadas adaptaciones en el puesto de trabajo es relevante partir de los antecedentes normativos que recuerda el propio RD 2271/2004 en su «Exposición de Motivos» a cuyo tenor se expresa que el «nuevo marco jurídico derivado de la promulgación y consiguiente transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación» —que también tiene entre sus destinatarios a las personas con discapacidad— dispone medidas contra la discriminación y garantiza la igualdad efectiva de oportunidades. Y, precisamente para ello se promulgó el RD 2271/2004, cuyo fin es fomentar la práctica de acciones positivas que favorezcan y garanticen la igualdad de oportunidades y combatan la discriminación por motivos de discapacidad «en la esfera del empleo público» regulando «la adopción de diversas medidas de adaptación y ajustes razonables a las necesidades de las personas con discapacidad en el desarrollo del proceso selectivo y en el lugar de trabajo». En aras de hacer efectivo dicho objetivo, debe advertirse por su importancia jurídica que el RD 2271/2004 configura —en los términos empleados por éste— la «obligación» que tiene «la Administración» consistente en «proceder a la adaptación de los puestos de trabajo que solicite el candidato, en cualquier procedimiento de adjudicación de puestos». Y, no únicamente se consagra tal obligación¹⁰, sino que, además, se regula «la aplicación de otras medidas que tienen por objeto favorecer la integración de las personas con discapacidad, mediante la facilidad de acceso a la formación, la posibilidad de realizar cursos específicos para personas con discapacidad con especiales dificultades para integrarse en el puesto de trabajo o para promocionar en puestos ordinarios, o proyectos especiales de apoyo a la integración». Para hacer realidad las dignas finalidades del RD 2271/2004, su artículo 10 referente a la «adaptación de puestos» especifica en su primer apartado que «en las solicitudes de adjudicación de destino correspondientes a pruebas de nuevo ingreso o promoción interna y en las de participación en procesos de provisión, los empleados públicos con discapacidad podrán pedir la adaptación del puesto o de los puestos de trabajo correspondientes. A la solicitud se

¹⁰ Cfr. GANZENMÜLLER ROIG, C.; ESCUDERO MORATALLA, J. F.: *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Bosch. Barcelona, 2005, p. 367.

deberá acompañar un informe expedido por el órgano competente en la materia, que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto o los puestos solicitados. En cualquier caso, la compatibilidad con el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo se valorará teniendo en cuenta las adaptaciones que se puedan realizar en él». Su apartado 2 determina que «el Ministerio u organismo al que esté adscrito el puesto de trabajo será el encargado de la valoración, la realización y la financiación de las adaptaciones necesarias para la incorporación del empleado discapacitado, sin perjuicio de las subvenciones u otro tipo de ayudas que se puedan aplicar a esta finalidad». También, cabe tener presente, a los efectos de dotar de contenido al artículo 59.2. LEBEP que en el RD 2271/2004 se prevén «otras medidas favorecedoras de la integración» y, en concreto el artículo 11 sobre la «formación» determina, en su apartado primero, que «entre los criterios de valoración que se establezcan para la participación en los cursos de formación de empleados públicos que realicen las organizaciones del sector público estatal se incluirá el de estar afectado por una discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por 100». Además, su apartado 2 concreta que «para el desarrollo de dichos cursos, se realizarán las adaptaciones y ajustes razonables necesarios para que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad en los procesos formativos». Los participantes deberán formular la petición concreta en la solicitud de participación y la Administración resolverá sobre la conveniencia de dicha adaptación, que sólo podrá denegar cuando suponga una carga desproporcionada». Su apartado 3 establece que «la Administración podrá realizar cursos de formación destinados únicamente a personas con discapacidad. Estos cursos, que habrán de ofrecerse en condiciones de accesibilidad, estarán dirigidos bien a la formación de los trabajadores para el mejor desempeño de su puesto de trabajo bien a la formación para apoyar la promoción desde puestos de trabajo reservados para personas con discapacidades específicas». Un comentario particular merece el RD 2271/2004 en lo referente a su artículo 12 en el que se prescribe que «la Administración fomentará la realización de convenios o contratos con personas físicas o jurídicas, incluidas las asociaciones representativas de los distintos tipos de discapacidad, que estén orientados a la realización de proyectos de empleo con apoyo o de cualquier otro tipo, siempre que su finalidad sea facilitar la integración en el ámbito del sector público estatal de las personas con discapacidad que presentan especiales dificultades para la plena incorporación al puesto de trabajo». A nuestro entender, la finalidad del citado artículo guarda una íntima conexión —en lo que a su espíritu respecta— con el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, que regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento del empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Sería positivo que en un

próximo futuro las Administraciones Públicas promoviesen proyectos de empleo con apoyo —si bien configurados para la ocupación pública—, especialmente, para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades puesto que «el empleo con apoyo proporciona una asistencia personal y adaptaciones del lugar de trabajo para tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad en el mundo del empleo»¹¹. En este sentido, existen diversas iniciativas en algunas ejemplares normativas sobre la materia de determinadas Administraciones autonómicas y en algún convenio colectivo del personal laboral (*vid. infra*, 2.3 y 2.4).

Como fundamentos jurídicos de la obligación de las Administraciones Públicas de realizar las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo público cabe interpretar, por ende, que tal mandato deriva de lo establecido en el artículo 3.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, dado que está incluido en su ámbito de aplicación la ocupación referente al «sector público» incluyéndose «los organismos públicos». Ahora bien, singular atención debe prestarse a su artículo 5 referente a los «ajustes razonables para las personas con discapacidad» ya que determina que «a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables». Lo cual significa que «los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario». Pero, debe tenerse en cuenta que «la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades». Además, para comprender debidamente el contenido del artículo 59.2 LEBEP también debe tenerse en consideración el antecedente de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, de Empleo público de discapacitados que ya en su «Exposición de Motivos» especificaba que la Directiva 2000/78/CE comentada «obliga a que nuestra legislación prohíba la discriminación en el empleo por varios motivos, entre los que se incluye la discapacidad, promueva medidas positivas de igualdad de oportunidades y la adopción de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo en

¹¹ *Vid.* COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: *Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea: el Plan de Acción europeo 2008-2009*. COM (2007) 738 final. Bruselas, 26 de noviembre de 2007, p. 9.

todo tipo de ocupación, incluida la integrada en la Administración pública»¹². Otro fundamento legal que permite realizar una interpretación lógica de la finalidad del artículo 59.2 LEBEP sería la vigente Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos cuyo artículo 37.bis.2 prescribe «adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación»; si bien se consagra que «salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario» especificándose, a estos efectos que «para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa».

Por consiguiente, atendiendo a las exposiciones de motivos y articulado comentado, tanto de la normativa directamente aplicable a la ocupación pública —como es el supuesto de la Directiva 2000/78/CE y de la Ley 53/2003—, como teniendo en cuenta el valor interpretativo que ofrece el artículo explicitado de la Ley 13/1982; sobre la base jurídica de todos estos antecedentes normativos se puede constatar la funcionalidad del RD 2271/2004 y que su interpretación conjunta e integrada dota de contenido práctico al artículo 59.2 *in fine* LEBEP, siendo éste, en todo caso el mínimo legal que a modo de principio general debe inspirar las diversas medidas de adaptación y ajustes a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades y combatir la discriminación por motivos de discapacidad «en la esfera del empleo público»¹³. En consecuencia, el contenido del artículo 59.2 *in fine* LEBEP debería integrarse, en todo caso, con las diversas medidas de adaptación y ajustes a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo del RD 2271/2004; porque éste constituye el marco jurídico resultante de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva referenciada¹⁴

¹² Cfr. F. D.º Quinto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 9021/2007, de 19 de diciembre de 2007.

¹³ Cfr. LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. Manual Práctico de la Función Pública*. Thomson, Aranzadi. Navarra, 2005, p. 121.

¹⁴ Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó.: «Igualdad de trato y protección de trabajadores minusválidos (Directiva 2000/78/CE)», en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *La trasposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*. MTAS, Colección informes y estudios, serie general, núm. 17. Madrid, 2005, p. 251, y pp. 260-261.

«en la Administración Pública»¹⁵, incluso por lo que respecta a las medidas específicas de formación profesional que tiene entre sus destinatarios a las personas con discapacidad, y que dispone medidas contra la discriminación y garantiza la igualdad efectiva de oportunidades¹⁶. Por todo ello, cabe colegir que «la sensibilización de la Administración Pública hacia estos colectivos se evidencia en el RD 2271/2004», siendo una prueba de ello el que «sobre estos antecedentes se han modificado diversos textos en la protección de la discapacidad que en lo que a función pública se refiere, destacamos la nueva redacción del artículo 37 y la introducción de otro nuevo, el artículo 37 bis de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, en prevención de discriminación por dicha condición»¹⁷.

Sin duda, podría afirmarse que el artículo 59.2 *in fine* LEBEP es un precepto que establece la obligatoriedad de la adopción de medidas que revisten una notable imprecisión y que por ende queda por aclarar quién se encargará de determinar en cada caso cuáles son los ajustes razonables que hay que adoptar y qué procedimiento hay que seguir y qué plazo hay para hacerlo. En todo caso, cabe interpretar que «no se está aludiendo únicamente a ajustes físicos del entorno de trabajo, sino a ajustes que faciliten la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, incluida la promoción profesional. Se abre, pues, un nuevo y amplísimo abanico de actuaciones (...)»¹⁸. En definitiva, cabe estimar que debiera tenerse en consideración, a los efectos de su interpretación, el contexto normativo vigente en materia de adaptaciones en el puesto de trabajo de las personas con discapacidad en el empleo público. La importancia de adaptar eficientemente el puesto de trabajo a las necesidades de los empleados públicos con discapacidad la estimamos crucial a los fines de coadyuvar a que este colectivo de empleados públicos puedan desempeñar efectivamente sus funciones o tareas ex artículo 14.b) LEBEP y para que no sean discriminados por razón de discapacidad, especialmente, por lo que respecta a la virtualidad de la discriminación indirecta ex artículo 14.i) LEBEP. Además, no resulta nada desdeñable la conexión lógica de la finalidad del artículo 59.2 LEBEP con el derecho del empleado público con discapacidad a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo

¹⁵ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 74.

¹⁶ Cfr. LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: «El acceso y la provisión de...», *op. cit.*, p. 415. Cfr. MARTÍNEZ RIVERO, Á.: «El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico público», en DE LORENZO GARCÍA, R.; CAYO PÉREZ BUENO, L. (Dir.): «Tratado...», *op. cit.*, p. 563.

¹⁷ LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: «El acceso y la provisión...», *op. cit.*, p. 416.

¹⁸ Cfr. QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad», en VALDÉS DAL-RÉ, F.: (Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 235.

ex artículo 14.1 LEBEP y restante normativa concordante sobre la materia. En efecto, existen fundamentos legales en el ordenamiento de la prevención de los riesgos laborales para dotar de mayor efectividad si cabe al contenido del artículo 59.2 *in fine* de la LEBEP, siendo destacable que la definición del contenido del perfil profesional de cada puesto (69.2.a LEBEP) y sistema de organización del trabajo (69.2.b LEBEP) son medidas para la ordenación de los recursos humanos imprescindibles «para hacer real el principio de adecuación de la persona al puesto»¹⁹. Por consiguiente, el empleador público deberá «adaptar el trabajo a la persona» ex artículo 15.1.d) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), máxime ante la discapacidad²⁰ de los empleados públicos. No cabe duda de que «la aplicación del principio de adaptación del trabajo a la persona»²¹ debe respetarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1 LPRL sobre la protección de trabajadores especialmente sensibles debiéndose garantizar «de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo». Y, a tal fin, deberá tenerse en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptarse las medidas preventivas y de protección necesarias.

Finalmente, a los efectos de la posible determinación del contenido potencial del artículo 59.2 *in fine* de la LEBEP en materia de adaptación de puestos de trabajo en personas con discapacidad²² resulta de interés la enmienda número 251 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria-Nueva Canarias al Proyecto de LEBEP²³, mediante la cual se proponía, justificándose en «trasponer y desarrollar de forma completa la Directiva 2000/78/CE» la adición de un nuevo Capítulo VII con un artículo nuevo, dentro del Título III denominado «artículo 55. Igualdad de trato en el empleo público». Debe destacarse que en el artículo 55.3 se pre-

¹⁹ Cfr. FÉREZ FERNÁNDEZ, M.: «Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna», en DEL REY GUANTER, S.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. La Ley. Madrid, 2008, p. 297.

²⁰ Cfr. MORALES ORTEGA, J.: «Los destinatarios de la política de empleo», en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Dir.): *Lecciones de Derecho del empleo*. Tecnos, 2.ª ed. Madrid, 2006, pp. 306-307.

²¹ MARTÍN VALVERDE, A.: «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 114, 2002, p. 827.

²² Vid. FERRERA, A.; TORTOSA, L.; GARCÍA, C.; PAGE, A.: «Análisis y adaptación de puestos de trabajo en personas con discapacidad», *MINUSVAL*, núm. 111, IMSERSO, 1998, pp. 18-20.

²³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A, núm. 94-9, de 24 de noviembre de 2006, p. 118.

tendía establecer que «la Administración Pública debe adoptar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de la persona con discapacidad y los requerimientos del puesto de trabajo o de formación, que le permita acceder al empleo, desarrollar su prestación de servicios, así como su promoción y formación profesional, salvo que estas medidas le supongan una carga excesiva». Asimismo, su artículo 55.4 especificaba que «las medidas adecuadas para superar la desventaja en la que se encuentran las personas con discapacidad en relación a otras personas pueden ser, entre otras, las siguientes: a) Eliminación de barreras físicas, del transporte, tecnológicas y de la comunicación y comprensión, que impidan o dificulten el acceso de las personas con discapacidad a los lugares de trabajo o a los centros de formación o la movilidad o la comunicación dentro de los mismos. b) Adaptación de los equipos de trabajo, tales como mobiliario, máquinas, ordenadores o dispositivos informáticos o elementos tecnológicos y de la sociedad de la información a las personas con discapacidad de cualquier tipo. c) Instalación de programas informáticos y de comunicación adecuados para su utilización por dichas personas. d) Adopción de métodos de trabajo y normas internas que sean, no sólo respetuosas con el principio de igualdad, sino que incentiven la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación hacia las personas con discapacidad». Y, de acuerdo con su artículo 55.5 se propugnaba que «en el caso de que la persona con discapacidad o los representantes legales del personal soliciten la instalación o puesta en práctica de las medidas a que se hace referencia en el apartado anterior, la Administración competente está obligada a su adopción o, en caso contrario, a justificar a la persona con discapacidad y a los representantes legales del personal que las mismas suponen una carga excesiva. En caso de falta de acuerdo entre el trabajador y la empresa, resolverá el órgano directivo superior al que resolvió denegar las medidas, previo informe de la Inspección de Servicios». Y, para lograr la efectividad real del contenido del artículo se dedicaba su apartado sexto con la previsión relativa a que «se dotarán las correspondientes partidas presupuestarias para hacer frente a las medidas de adaptación dirigidas a eliminar barreras y superar las desventajas de estas personas con discapacidad en el ámbito de la función pública».

2.2. Su desarrollo en la normativa de la Administración General del Estado

Además de los fundamentos jurídicos comentados, existe normativa específica para la Administración General del Estado que contiene previsiones sobre la materia. Debe remarcarse que estando derogado el artículo 43 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que aprobó el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración

General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, en aplicación de la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 2271/2004, ello permite observar la progresiva sensibilización de la Administración General del Estado sobre la adaptación del puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad, porque la vigente normativa refuerza la obligación de la Administración de efectuar las adaptaciones comentadas, que la anterior normativa no contemplaba con el tenor de la actual redacción del artículo 59.2 *in fine* LEBEP.

En el ámbito de las otras medidas integradoras de los empleados públicos con discapacidad debe destacarse la Resolución de 14 de noviembre de 2007 por la que se publica el «Acuerdo de modificación del IV Acuerdo de Formación Continua en las Administraciones Públicas de 21 de septiembre de 2005». En su artículo 15.4, regulador de las acciones formativas, se establece que «la Comisión General para la Formación Continua potenciará todas aquellas iniciativas que, adaptando metodologías y horarios, tiendan a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral así como la participación de empleados públicos con cualquier tipo de discapacidad y otros colectivos que puedan tener mayores dificultades en la realización de las actividades formativas que se realicen dentro de este Acuerdo».

También por su actualidad es reseñable el Acuerdo de 2 de abril de 2008, del Consejo General del Poder Judicial, que modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio de 1995, de la Carrera Judicial ²⁴, y cuyo artículo único añade al Título I del Reglamento de Carrera Judicial un Capítulo II, que lleva por título «Ingreso en la Carrera Judicial de las personas con discapacidad», debiendo comentarse que en virtud de su artículo 8: «una vez superado el proceso selectivo, las personas que hayan sido admitidas en la convocatoria en plazas reservadas a personas con discapacidad podrán solicitar a la Comisión de Permanente del Consejo General del Poder Judicial la alteración del orden de prelación para la elección de plazas, por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deberán ser debidamente acreditadas. La Comisión Permanente decidirá dicha alteración cuando se encuentre debidamente justificada, y deberá limitarse a realizar la mínima modificación que fuere necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona discapacitada». Asimismo, el artículo 11 establece que «entre los criterios de valoración positiva que se establezcan para la participación en cursos de formación realizados por el Consejo General del Poder Judicial, se incluirá la acreditación de la discapacidad. Para el desarrollo de dichos cursos, se realizarán las adaptaciones y ajustes

²⁴ BOE, núm. 88, de 11 abril de 2008.

razonables que fueren necesarios para que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad en los procesos formativos. Las personas participantes deberán formular la petición concreta en la solicitud. El órgano convocante resolverá sobre la conveniencia de dicha adaptación, que sólo podrá denegar cuando suponga una carga desproporcionada».

Hasta la fecha no se han hallado más disposiciones vigentes de actualidad que desarrollen, en cierta forma, el significado del artículo 59.2 *in fine* LEBEP en el ámbito de la Administración General del Estado; no obstante, a la vista de los incipientes resultados, sería necesario resaltar que debería configurarse una normativa garante de la efectiva adopción de las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad; debiendo operar únicamente ante causas justificadas la excepción de las cargas desproporcionadas, máxime en el caso de la Administración Pública que debe regirse, además de por la normativa analizada, por el artículo 49 de la Constitución Española²⁵, siéndole, por tanto, exigible un mayor deber de aplicación restrictiva de la excepción a la realización de las adaptaciones comentadas, a diferencia de los empleadores privados.

2.3. Normativa de la Administración Autonómica

Dado que la LEBEP pretende ser respetuosa de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, así como de la autonomía organizativa de éstas y de las Administraciones locales, puede argumentarse que sobre la base de la finalidad del artículo 59.2 LEBEP, cabe interpretar que éste se remite a las «leyes de desarrollo» y a los órganos de gobierno correspondientes el conjunto de decisiones que habrán de configurar el empleo público en cada Administración. Por ende, se estima que las leyes de las distintas Administraciones tienen un margen amplio en la configuración legal de las adaptaciones comentadas, siendo deseable que se respete el espíritu del precepto para no generar los litigios que se han venido interponiendo ante la jurisdicción social y contencioso-administrativa en orden a determinar el alcance y contenido del deber de la Administración de adaptación de los puestos de trabajo del empleado público con discapacidad²⁶.

²⁵ Cfr. ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ed. Ibidem. Madrid, 1999, p. 107.

²⁶ *Vid.*, v.gr., Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social) de 27 de julio de 2007 (JUR 2008/24437). Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo, núm. 1 de Cuenca, de 29 de octubre de 2007 (JUR 2008/94661). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de diciembre de 2006 (JUR 2007/163468). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Ya existía cierta normativa autonómica loable anterior al RD 2271/2004, v.gr., el Decreto 66/1999, de 9 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre acceso a la función pública de personas con discapacidad y de los equipos de valoración multiprofesional²⁷; el Decreto 36/2004, de 16 de abril, que regula el acceso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la función pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares²⁸; o el Decreto 93/2006, de 9 de mayo, que regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía²⁹.

Entre la normativa y criterios asimilables de reciente aprobación que cabe comentar por su ejemplar tratamiento de la cuestión atendiendo a la finalidad del artículo 59.2 *in fine* LEBEP, podemos señalar, v.gr., el Acuerdo de la Consejería de Interior de las Islas Baleares de 22 de febrero de 2008³⁰, en el que se reitera que una vez superado el proceso selectivo se realizarán las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad, pero siendo destacable que en su apartado segundo se acuerde promover la inserción laboral de las personas que por su tipo de discapacidad tienen «especiales» dificultades para conseguir un puesto de trabajo. Lo cual es remarcable por amparar a las discapacidades que generan mayores dificultades a los empleados públicos que las padecen. Asimismo, destacamos la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía³¹, en cuyo artículo 5.2 se declara que «en la organización y gestión de los servicios públicos se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad». Y, el acuerdo de 20 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el «Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013»³², en el objetivo 2.6, referente al «empleo público» se pretende «garantizar el acceso al empleo público de las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades, teniendo en cuenta sus necesidades específicas»; siendo el organismo responsable la «Dirección General de Función Pública». En la Comunidad Autónoma de La Rioja, su Decreto 22/2008, de 29 de febrero, que aprueba la «Oferta de Empleo Público

Madrid (Sala de lo Social) de 4 de diciembre de 2006 (JUR 2007/163519). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) de 28 de junio de 2006 (JUR 2006/236109). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2006 (JUR 2006/272821).

²⁷ D.O. de la Generalidad de Cataluña, núm. 2852, de 22 de marzo de 1999.

²⁸ B.O. de las Islas Baleares, núm. 58, de 27 de abril de 2004.

²⁹ B.O. de la Junta de Andalucía, núm. 96, de 22 de mayo 2006.

³⁰ B.O. de las Islas Baleares, núm. 30, de 1 de marzo de 2008, p. 49.

³¹ B.O. de la Junta de Andalucía, núm. 215, de 31 de octubre de 2007.

³² B.O. de la Junta de Andalucía, núm. 7, de 10 de enero 2008.

para el año 2008»³³ prevé que se adoptarán medidas de adaptación y ajustes razonables a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo, para garantizar así la igualdad de oportunidades y combatir la discriminación por motivos de discapacidad «en la esfera del empleo público».

Sobre la base de la prevención de riesgos laborales y para dar cumplimiento al artículo 25.1 LPRL, determinadas Comunidades Autónomas, como es el caso, v. gr., de Murcia, mediante su Resolución de 14 de febrero de 2008 del Servicio Murciano de Salud³⁴ determina una serie de medidas para (art. 1.1) «regular el procedimiento a seguir para resolver las situaciones de los trabajadores que requieren de una adaptación de sus condiciones de trabajo o de una reubicación en otro puesto distinto, por ser especialmente sensibles a los riesgos derivados de su puesto de trabajo o que por problemas transitorios de salud no pueden desempeñar adecuadamente las funciones propias de su puesto». Pero, resulta criticable que no contemple medidas específicas para dar cumplimiento a lo establecido en la LEBEP en su artículo 59.2. En un sentido similar, destaca la Orden de 19 de junio de 2007, por la que se regula el procedimiento de adaptación del puesto de trabajo por motivos de salud en el ámbito funcional docente no universitario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón³⁵.

En todo caso, consideramos que la significación del artículo 59.2 LEBEP reforzará la posición subjetiva del empleado público con discapacidad ante cualquiera que sea la diversa tipología de normativas y disposiciones de desarrollo de la cuestión y la Administración deberá fundamentar mayormente si cabe su denegación de las adaptaciones que requiera atendiendo a su discapacidad, sobre la base de las consideraciones razonadas.

2.4. Contenido de la Negociación Colectiva

Partiendo de la idea-fuerza de que la negociación colectiva constituye un mecanismo jurídico eficiente para dar adecuada respuesta a las peculiaridades y necesidades de los trabajadores discapacitados, en general, y de los empleados públicos con discapacidad, en particular, pudiendo interpretarse que está legalmente habilitada ex artículos 31.1), 2) y 7); 32 y, en concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.1.c) LEBEP, para establecer mecanismos que permitan garantizar la efectividad y determinación de la condición de trabajo del artículo

³³ B.O. de La Rioja, núm. 31, de 4 de marzo de 2008.

³⁴ B.O. de la Región de Murcia, de 11 de marzo de 2008.

³⁵ B.O. de Aragón, núm. 83, de 13 julio de 2007.

lo 59.2 LEBEP; por consiguiente, podría encauzarse en aras de implantar los métodos adecuados en la adaptación de puestos de trabajo. Cabe considerar viable potenciar la negociación colectiva como instrumento imprescindible para desarrollar en la práctica la significación del artículo 59.2 LEBEP, teniendo como líneas fundamentales de actuación, entre otras, la plena adaptación de los puestos de trabajo y la adopción de medidas de seguridad adecuadas a cada caso concreto ³⁶; con el objetivo de reforzar una política preventiva en materia de seguridad y salud laborales ³⁷ que realmente haga efectiva la «integración de colectivos merecedores de especial atención» ³⁸, para contribuir a la plena integración social y laboral de las personas afectadas de discapacidad ³⁹. A estos efectos, el citado artículo 37.1.c) de la LEBEP incluye en la esfera de lo negociable las normas que fijen los criterios generales en materia de provisión ⁴⁰, y, por ende, podría ser objeto de negociación colectiva el desarrollo eficiente de las adaptaciones de los puestos de trabajo en la provisión de puestos de trabajo de empleados públicos con discapacidad.

La negociación colectiva puede mejorar el régimen legal de medidas favorecedoras de los discapacitados ⁴¹ y, en este sentido, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de acuerdo con su artículo 42, relativo al «fomento de la igualdad en la negociación colectiva» facultaría expresamente a que los convenios colectivos puedan incluir «medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de —a los efectos estudiados— «discapacidad». Además, atendiendo a las conclusiones y propuestas de la Comisión de seguimiento del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva «en materia de trabajadores/as con discapacidad», en las «propuestas dirigidas a los poderes públicos en relación a las políticas públicas de empleo para las personas con discapacidad» y, en particular, «en relación al empleo público» se afirma que se debe promover «la adaptación de los puestos de trabajo y del entorno laboral, eliminando barreras y facilitando la integración en el puesto de trabajo de las personas con discapacidad, tanto si ésta es sobrevenida como si

³⁶ Cfr. Tuset del Pino, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*. Aranzadi. Navarra, 2000, p. 206.

³⁷ *Ibidem*, p. 178.

³⁸ *Ibidem*, p. 179.

³⁹ Cfr. Dilla Catalá, M.^a J.; Arroyo González, M.; Cueva Puente, C.; Sobrino González, G.: «Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva», en V Aldés Dal Ré, F.: (Dir.): «Relaciones laborales de...», *op. cit.*, p. 329.

⁴⁰ Vid. Roqueta Buj, R.: *El Derecho de negociación colectiva en el estatuto básico del empleado público*. La Ley, Madrid, 2007, pp. 317-318.

⁴¹ Cfr. Fernández Fernández, R.; Tascón López, R.; Álvarez Cuesta, H.; Rodríguez Hidalgo, J. G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*. Universidad de León. León, 2005, p. 168.

ya existía en el momento de entrada en el empleo»⁴². Objetivos que pueden cumplirse por medio de la negociación colectiva de los funcionarios públicos y del personal laboral, en los términos que contempla la LEBEP, que debería contribuir finalmente a concretar las condiciones de empleo de todo el personal discapacitado al servicio de la Administración. En materia de prevención de riesgos laborales, aunque la realidad deja mucho que desear, por lo que se refiere a las normas paccionadas, al carecer éstas de alguna referencia explícita sobre la prevención y protección de los trabajadores discapacitados, siendo criticable que no contengan previsiones específicas en relación con la prevención y protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, entre los que se encuentran los que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial⁴³. No obstante, a los efectos analizados, resulta evidente que el colectivo de los discapacitados, por sus propias características, está integrado por sujetos que pueden estar especialmente expuestos a los riesgos laborales⁴⁴; y, por consiguiente, en materia de salud laboral, el artículo 37.1.j) de la LEBEP, dado que da una nueva redacción a la letra i) del artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en la que se alude a las materias en que «así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales», todo ello alienta a que actualmente resulte más conforme con las llamadas a la autonomía colectiva que efectúa la LPRL, dado que las disposiciones de ésta tienen el carácter de normas mínimas mejorables por la negociación colectiva a tenor de su artículo 2.2⁴⁵. Y, en consecuencia, por medio de la habilitación legal comentada también podría darse eficaz cumplimiento al artículo 59.2 de la LEBEP, si bien en el ámbito específico de la prevención de riesgos laborales de las personas con discapacidad.

En la realidad convencional analizada, hasta el momento, convenios colectivos tan significativos con el II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado para los años 2006-2008⁴⁶ han sido criticados por la doctrina por caracterizarse porque las referencias a la adaptación de condiciones de trabajo para nuevos contratados discapacitados es prácticamente nula a tenor de su

⁴² AA.VV.: *Negociación colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad. Informe aprobado por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo para la Negociación Colectiva el día 26 de enero de 2006*. MTAS, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 75. Madrid, 2006, p. 64.

⁴³ Cfr. DILLA CATALÁ, M.^a J.; ARROYO GONZÁLEZ, M.; CUEVA PUENTE, C.; SOBRINO GONZÁLEZ, G.: «Los trabajadores discapacitados...», *op. cit.*, p. 348.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 349 y 362.

⁴⁵ Cfr. ROQUETA BUJ, R.: «El Derecho de negociación colectiva en...», *op. cit.*, p. 357.

⁴⁶ BOE de 14 de octubre de 2006.

artículo 30, aunque sí contemple, en cambio, la asignación de nuevas tareas para el trabajador con discapacidad sobrevenida ⁴⁷; aunque «realmente no es adaptación de condiciones de trabajo, sino asignación de nuevas funciones en atención a la nueva situación de «capacidad disminuida» o «aptitud disminuida» del trabajador» ⁴⁸. En cambio, existen loables convenios colectivos, como, por ejemplo, el «VI Convenio colectivo único de ámbito del personal laboral de la Generalidad de Cataluña para el periodo 2004-2008» ⁴⁹. Su modificado artículo 25.2 establece un sistema de acceso específico para aquellas personas con un grado de discapacidad, «derivada exclusivamente de retraso mental igual o superior al 25 por 100, que puedan desarrollar las tareas propias del puesto de trabajo sin necesidad de una supervisión o soporte constantes una vez superado el periodo de adaptación». Si bien prescribe que una vez «superado el periodo de adaptación, si el trabajador/a presenta disfunciones reiteradas en el ajuste al puesto de trabajo, los/las profesionales en materia de inserción sociolaboral de la Dirección General de Función Pública podrán orientar los cambios de puesto de trabajo que favorezcan una integración óptima». Ejemplar resulta ser también, v.gr., el convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès para los años 2006-2009 ⁵⁰, en cuyo anexo 3 se regula un «Programa de igualdad para el personal con discapacidad o necesidades especiales», llegando incluso a crear un «programa para personas con discapacidad intelectual límite, con creación de plazas adaptadas a esta discapacidad», con el objetivo de asegurar la igualdad de oportunidades de las personas discapacitadas, contemplada en la legislación vigente y para cumplir su fin se acuerdan relevantes medidas logísticas necesarias en cada caso, siendo la Comisión Paritaria de Igualdad el órgano de velar por la adaptación de los puestos de trabajo a las personas con discapacidad o con «necesidades especiales» procurando que se adapten a «todas las discapacidades»; y prestando preferente atención a les «diferentes discapacidades» de «personas con deficiencias que hasta ahora no han podido superar el sistema selectivo». Ello se justifica considerando que «esta medida permitiría la incorporación de trabajadores/as con deficiencia psíquica, intelectual y sensorial». En concreto se acuerda que el Ayuntamiento eliminará progresivamente las barreras arquitectónicas y de comunicación situadas en los centros de trabajo,

⁴⁷ Cfr. DILLA CATALÁ, M.^a J.; ARROYO GONZÁLEZ, M.; CUEVA PUENTE, C.; SOBRINO GONZÁLEZ, G.: «Los trabajadores discapacitados...», *op. cit.*, p. 336.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 343 y 362.

⁴⁹ Resolución TRE/2206/2007, de 11 de junio, por la que se dispone la inscripción y la publicación de varias modificaciones y del incremento salarial para el año 2007 del Texto Articulado del VI Convenio Colectivo único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalidad de Cataluña. *Vid.*: las modificaciones del «ANEXO 2». D.O. de la Generalidad de Cataluña, núm. 4927, de 17 de julio de 2007.

⁵⁰ D.O. de la Generalidad de Cataluña de 17 de mayo de 2007.

cumpliendo con la normativa vigente sobre accesibilidad. Además, los programas de trabajo o contenidos, así como los diversos materiales que se entreguen a los trabajadores y trabajadoras se adaptarán a las «diversas discapacidades o necesidades especiales», teléfonos, sillas, ordenadores, etc. Y, en caso necesario se buscará la ayuda técnica para la adaptación del lugar de trabajo. Siendo de relevancia que se acuerde que «el tiempo de descanso dentro de la jornada laboral se acomodará al personal con discapacidades o necesidades especiales si así lo solicita y lo requiere. Y, para que todas estas medidas no sean un «brindis al sol» se establece que «para que puedan ser efectivas las adaptaciones del lugar de trabajo el Ayuntamiento deberá prever una partida presupuestaria suficiente».

3. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL ARTÍCULO 59.2 DE LA LEBEP: ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL EMPLEADO PÚBLICO CON DISCAPACIDAD

Dado que la evaluación del desempeño regulada en el artículo 20 LEBEP deberá ser objeto de desarrollo por el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, que habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales; consideramos trascendente comentar que advirtiéndose que «los criterios establecidos para la evaluación del desempeño son inseguros, confusos y potencialmente contradictorios e injustos»⁵¹; tal y como consagra el artículo 20.2 LEBEP, el sistema de evaluación del desempeño debe adecuarse a criterios de no discriminación y deberá aplicarse sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos. Por consiguiente, y como ejemplo de adaptación de las pautas de trabajo cabría entender, v.gr., la necesidad de adaptar el cálculo del rendimiento debido o el ritmo de trabajo a la persona con discapacidad puesto que «la obligación debe ahora extenderse a otras instituciones que, aun cuando no contemplan una referencia específica, se verán sin duda afectada por el carácter genérico de la obligación»⁵² de las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

⁵¹ PARADA, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 73.

⁵² Cfr. ESTEBAN LEGARRETA, R.; NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo», en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*

En todo caso, cabe comentar que, de conformidad con el artículo 37.1.d) de la LEBEP, podrá ser objeto de negociación «las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño». Y, por ende, sería la negociación colectiva mecanismo idóneo para configurar de manera adaptada a la discapacidad de los empleados públicos el procedimiento de medición y valoración de su conducta profesional y el rendimiento de sus resultados. Por tanto, a la autonomía colectiva le corresponde acordar los efectos generales de dicha evaluación, puesto que la ordenación de la evaluación del desempeño no está sometida a una reserva de Ley. Así que, a las Mesas de negociación que se constituyan en el ámbito de cada Administración Pública les corresponderá negociar todas estas cuestiones, respetando en todo caso las prescripciones de la LEBEP ⁵³.

Habiéndose criticado las «dificultades prácticas que presenta una aplicación correcta de la evaluación del desempeño» ⁵⁴, y dado que incidirá en la carrera profesional de los empleados públicos con discapacidad, debería configurarse un procedimiento que respetando la no discriminación, especialmente la indirecta, por razón de discapacidad garantice una aplicación adecuada de la evaluación del desempeño, estimando necesario que ello sea objeto de la debida atención en la normativa de desarrollo del régimen jurídico del empleo público en las Administraciones Públicas, sobre la base de los razonamientos argumentados en la presente comunicación.

Social. MTAS, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, núm. 69. Madrid, 2005, p. 575.

⁵³ ROQUETA BUJ, R.: «El Derecho de negociación colectiva en...», *op. cit.*, p. 319.

⁵⁴ GALINDO MEÑO, C.: «La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en O RTEGA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 242.

Comunicación a la Ponencia General

TÉCNICA LEGISLATIVA Y PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO. A PROPÓSITO DE LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

Profesora Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE PARTIDA.—II. LA TÉCNICA LEGISLATIVA DEL DERECHO TRANSITORIO DE LA LEY 7/2007. 1. El punto cero del tránsito que opera la LEBEP y los distintos tipos de problemas transitorios que se plantean. 2. Las Disposiciones Transitorias de la LEBEP y los principios de solución de los problemas transitorios en sentido amplio. 3. La conservación de «derechos adquiridos» en la LEBEP.—III. OTRAS INSUFICIENCIAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA CON REPERCUSIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO TRANSITORIO.—IV. VALORACIONES FINALES.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE PARTIDA

En esta comunicación se ha de partir de una intuición inicial, a saber, la de que el legislador, a pesar de que está regulando el (un) estatuto básico del empleado público, que se inserta en el ámbito material del Derecho Administrativo, en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, publicada en el BOE de 13 de abril de 2007 (en adelante, LEBEP), se observan algunas disfunciones, resultado de vacilaciones en clave de técnica legislativa. Aparentemente, estas vacilaciones —se podría entender que— se derivan del hecho de que este legislador se enfrenta a dos complicaciones inherentes al proyecto que acomete. En primer lugar, ha de abordar las vicisitudes ligadas a la necesidad de hacer un estatuto básico, que establezca las condiciones comunes del personal al servicio de las Administraciones Públicas; pero sin que se trate de un diseño cerrado, sino susceptible de desarrollo por las Comunidades Autónomas. Estas, junto con el legislador central, tienen atribuidas constitucionalmente competencias en el ámbito de la relación funcional percibida desde una óptica de un gobierno multinivel¹, en la que, aparentemente, lo que prima es una solución transaccional².

En segundo lugar, el legislador estatal se enfrenta a las vicisitudes ligadas al hecho mismo de que con la nueva regulación se trata de

¹ CASTILLO BLANCO, F. A.: *El estatuto básico del empleado público: ¿hasta dónde las bases?* Ponencia del III Congreso Nacional de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo; Granada, 8 y 9 de febrero de 2008 (<http://www.uclm.es/ceuro-peos/aepda/actividades/congresos/congresoIII/ponencias.asp>).

Véase también, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Capítulo primero. Objeto y ámbito de aplicación», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*. Valladolid, Lex Nova, 2008, p. 25 y ss.

² MOLINA NAVARRETE, C.: «Aspectos laborales del estatuto básico del empleado público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», en *RDTSS-CEF*, 2007, núm. 293-294, p. 126 y ss.

ofrecer una regulación homogénea para el personal laboral y el funcio-narial, con la finalidad de superar la dualidad de regímenes que carac-teriza el sistema español (mixto) de la función pública ³.

Como consecuencia de estos dos condicionantes, parece que la téc-nica legislativa general, y la de Derecho Transitorio, son muy confusas e incorporan algunos elementos discutibles desde una aproximación estrictamente de técnica jurídica. Planteamientos estos que habrán de ser refutados o confirmados, después de una aproximación al ámbito del diseño legislativo del tránsito de normas.

II. LA TÉCNICA LEGISLATIVA DEL DERECHO TRANSITORIO DE LA LEY 7/2007

1. El punto cero del tránsito que opera la LEBEP y los distintos tipos de problemas transitorios que se plantean

La alteración de la realidad jurídica a través de nuevas realidades jurídicas, se ha de situar en un punto concreto del eje temporal. Y ese punto se denomina *punto cero del tránsito*. Que no es sino la localiza-ción del momento preciso en que se ha producido la sucesión normativa. Es evidente que la determinación del punto cero constituye una opera-ción necesaria en la medida en que se establece así una frontera que permite encuadrar los hechos de la realidad en los supuestos fácticos, bien de la nueva norma, bien de la norma anterior. Y hace posible localizar la existencia del problema intertemporal y calibrar sus contor-nos. Es decir, el problema intertemporal depende, tanto en su existencia como con la extensión que presente, del momento en que se produzca el punto cero de la sucesión normativa. En efecto, en los tránsitos nor-mativos, al margen que quién sea el sujeto que los realiza y cuál sea el contenido concreto del mismo, ese punto cero es un elemento primor-dial, porque marca el momento en que se ha de entender —mas o menos idealmente dependiendo del tránsito concreto— que la nueva norma entra con plenos efectos en el ordenamiento jurídico y releva a la an-terior, que sale también plenamente. En el caso de la LEBEP, como se verá, esto se matiza, especialmente porque, a falta de una regulación general plena, la LEBEP va a generar una derogación plural de distintas normas que regulaban algunos de los distintos aspectos ahora aunados en una regulación única.

³ Véanse, entre otros, PALOMAR OLMEDA, A.: *El nuevo estatuto del empleado público*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007, p. 11 y ss.; SENDÍN GARCÍA, M. A.: «Entre el sis-tema de carrera y el de empleo: el modelo español de empleo público», en DOMÍNGUEZ BERRUERTA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E. (Dir.) *Los empleados públicos. Estudios*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p. 57 y ss.

La complicación nace en la medida en que el momento de relevo no se ha correspondido con un corte limpio y claro. Sino que, por el contrario, y como consecuencia de una tendencia a emplear una técnica legislativa defectuosa, el legislador ha generado disfunciones. De las distintas, la que aquí interesa realmente es la que consiste en producir una disociación entre un *punto cero formal* y un *punto cero material*. Esta disociación se deriva de la posibilidad que tiene el legislador de recurrir a la ductilidad de las categorías del Tiempo del Derecho.

En consecuencia, tiene sentido hablar del *punto cero formal* del tránsito. Hace referencia al punto de inflexión de la norma en el que se instala formalmente en el ordenamiento, y se entiende que juridifica, rejuridifica o desjuridifica el espacio de realidad preexistente. Entrada en vigor e inicio de efectos coincidiría; al margen de que haya transcurrido el plazo de *vacatio* del Código Civil o la nueva norma incluya una *vacatio* propia. Por su parte, sin embargo, el *punto cero material* se refiere al punto de inflexión de los contenidos de la norma. O dicho de otro modo, el punto cero material es aquel momento en que a la norma que ha entrado en vigor, se le permite efectivamente afectar hechos de la realidad. Porque no deja de ser posible que una norma entre en el ordenamiento, pero no se aplique al sustrato fáctico que contempla en la medida en que no puede desplegar efectos porque se han diferido, y no se declinan los de la norma anterior. Esto es lo que ha sucedido en la LEBEP, en la que se ha generado una reformulación de las coordenadas del tránsito y, así se introduce un *punto cero diferido*.

En este caso, el diferimento de los efectos a un momento ulterior al del cumplimiento de la *vacatio legis*, provoca que la norma tenga una vigencia formal anterior a la material: la norma estaría vigente formalmente desde el cumplimiento del plazo de *vacatio*, es decir, el 13 de mayo de 2007, pero materialmente sólo a partir del momento en que es aplicable a un sustrato fáctico encuadrable en su diseño normativo del supuesto de hecho. Y esto, en puridad no se producirá hasta el momento en que se produzca el oportuno desarrollo normativo del estatuto por las preceptivas leyes de la función pública. De hecho es algo inherente al EBEP diseñado por la LEBEP, que, en su artículo 6 expresamente establece que contiene normativa básica, que ha de ser desarrollada.

En la LEBEP el punto cero del cambio se situaría en el momento del inicio de efectos de las nuevas normas, siempre que partamos de una visión lineal y continuista del Derecho en el Tiempo. Se trataría de *puntos cero diferidos*. Varios en este caso, para las distintas Comunidades Autónomas y para el personal al servicio de la Administración General del Estado.

El diferimento o aplazamiento del inicio de efectos de las normas suele tener su razón de ser en aquellos supuestos en que la introducción

de una norma o un conjunto de ellas requiere un desarrollo normativo paralelo, porque se trata de una norma de carácter básico o general. Es un procedimiento igualmente operativo cuando la introducción de una nueva norma en el ordenamiento exige una nueva materialización concreta, de tal forma que previamente se hayan de dotar estructuras materiales o personales a fin de poder implementar esa nueva regulación. En tercer lugar, el diferimento se hace necesario en los supuestos en que se pretende dar un periodo de adaptación de los destinatarios a la nueva realidad normativa. En estos tres casos, podría alegarse que siempre sería posible establecer un periodo lo suficientemente amplio de *vacatio legis*, en lugar de hacer entrar en vigor la norma para privarle transitoriamente de efectos. Y es esto lo que ha sucedido en el ámbito de la función pública; en la que ni constitucionalmente, pero tampoco desde una visión pragmática, es posible deshacer la situación normativa actual (dispersa).

En la LEBEP, para más detalle, se produce un fenómeno particular, aparentemente más propio de otras ramas del ordenamiento en otros tiempos, pero en la actualidad protagonista en el ámbito del Derecho Administrativo⁴: el del establecimiento de fases de vigencia, diferidas en el tiempo que, incorrectamente, se denomina «aplicación paulatina de la norma».

Con carácter previo, se ha de aclarar que el legislador ha sido algo descuidado. Si bien ha previsto en la disposición derogatoria única, cláusulas de derogación expresas, que validarían a la LEBEP como una norma cualificadamente pulcra desde una perspectiva de técnica jurídica, sin embargo, en la disposición final cuarta LEBEP (esencialmente, pero también en otras disposiciones finales y transitorias), autoinvalida parcialmente las previsiones derogatorias. Y, al diseñar en esa disposición final cuarta LEBEP un sistema de vigencias normativas por etapas, exceptúa los efectos derogatorios de la Derogatoria única LEBEP.

En esta Disposición Final cuarta se fijan varios puntos cero del tránsito, indeterminados, pero que prediseña una entrada en entrada en vigor de la LEBEP en fases, atendiendo a la remisión a los eventuales desarrollos normativos posteriores. En primer lugar, la LEBEP entra en vigor el 13 de mayo de 2007 (Disposición Final cuarta 1.º LEBEP), pero no en su complitud porque, expresamente, algunas partes entrarán en vigor con posterioridad. Mas concretamente se prevén tres grandes núcleos de excepciones.

⁴ Es una solución esta por la que, por poner un ejemplo reciente, también se ha optado en la Disposición Transitoria sexta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, se previó idéntica solución.

a) Los capítulos II (Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño, art. 16-20) y III (Derechos retributivos, art. 21-30) del Título III (Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos) «*producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de la función pública que se dicten en desarrollo del estatuto*» (DF 4.^a 2.º LEBEP) que no es más que una previsión de entrada en vigor material de estos artículos diferida al momento en que entren en vigor formal las leyes de desarrollo. Se prevé, entonces que haya con posterioridad a la LEBEP diecisiete o dieciocho tránsitos normativos con sus respectivos puntos cero formales y materiales. No obstante, el legislador hace una excepción, y declara que sí entra en vigor (formal y materialmente) el artículo 25.2 LEBEP, en que se reconocen trienios a los funcionarios interinos (a todos, al margen de la adquisición de la condición, antes o después de la entrada en vigor formal de la LEBEP) a partir del 13 de mayo de 2007.

b) De un modo idéntico, el capítulo III (provisión de puestos de trabajo y movilidad, arts. 78-84) del Título V (ordenación de la actividad profesional) desplegará efectos (entrada en vigor material) cuando se proceda al desarrollo normativo preceptivo.

c) Como consecuencia de una discutible técnica legislativa general, en la Disposición Final tercera, que no dejar de ser un lugar impropio para ello, se modifica el art. 2.1.º a) y g) y el art. 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas. Sin embargo, el apartado 2 de esta Disposición Final no es aplicable hasta que entre en vigor el capítulo III del Título III, que lo hará en los términos de previstos en la Disposición Final 4.^a 2.º Así, para la autorización y denegación de compatibilidades mientras la nueva versión del artículo 16 no es de aplicación, sí lo es la «actual normativa» y se ha de entender que se hace referencia a la ley 53/1984, de 26 de diciembre, en su versión previa a la LEBEP.

Con carácter general, sobrevenido el cambio normativo, la ley antigua deja de estar vigente en el mismo instante en que la ley nueva entra en vigor y la deroga, tácita o expresamente. Quedan así, a partir del *punto cero* de la transición, o punto de inflexión de la sucesión normativa, plenamente delimitadas sus respectivas esferas de vigencia. Pero, ello acontece solo en ese plano, porque en la realidad, ese corte tan limpio no se produce, como consecuencia de la ductilidad de la que el legislador dota al Derecho. Pero aún en el supuesto de que sí se produjese, en el terreno de los hechos (por su propia esencia y por sus diversas manifestaciones), no es tan fácil deslindar el ámbito de aplicación de las leyes que se suceden. O de otro modo, una vez fijado el punto del relevo normativo, y con independencia de que haya habido una anticipación o un diferimento del mismo (y se hayan dado fenómenos de

disociación de la vigencia formal y material en las normas que se suceden), es observable la existencia de una corriente factual ajena a las delimitaciones ideales de sucesión de normas. En ese momento surge la duda de qué norma ha de ser aplicable a esos hechos *transfronterizos*. Porque, en definitiva, el problema transitorio no es nada más que un problema de determinación del derecho aplicable a los hechos intertemporales. El problema transitorio en sentido estricto se refiere, en abstracto, a aquellas situaciones o hechos, del presupuesto de la norma o de la consecuencia jurídica, que se inician en el pasado bajo el imperio de una norma, y que, de no haberse producido un cambio legislativo, se prolongarían siguiendo el *iter* natural en el presente y en el futuro. Sin embargo, sobrevinida una nueva norma que prevé, en su presupuesto y/o en su consecuencia jurídica, hechos y situaciones no necesariamente idénticos a las anteriores, surge la duda de si esas situaciones y hechos anteriores, así como los eventuales efectos agotados en el pasado, pendientes en el presente, o generables en el futuro, siguen teniendo virtualidad jurídica o no.

En el caso de la LEBEP, si se observa, en los aspectos referidos a estas normas, unos más explícitos que otros, en la medida en que hay un diferimento del punto cero material y aún no se ha producido ningún tránsito normativo, no hay problemas transitorios evidentes, pero sí múltiples situaciones temporalmente problemáticas. Se ha de insistir en que será con ocasión de la aprobación de las distintas leyes de función pública que se producirán problemas transitorios en sentido estricto, y es de esperar que esas respectivas leyes de desarrollo de la función pública incorporen normas de Derecho Transitorio para regular esos tránsitos plurales.

Pero, en este estatuto se pone de relieve una aparente confusión conceptual relevante, y las disposiciones transitorias, como ya se verá, contienen normas transitorias impropias, que resuelven situaciones temporalmente problemáticas y no problemas transitorios en sentido estricto ⁵.

Se consideran tales situaciones problemáticas aquellas que, sin presentar cuestiones de intertemporalidad, nacen del cambio normativo. Se trata de las manifestaciones impropias del problema transitorio. A esta categoría pertenecen, en primer lugar, aquellos supuestos en los que el legislador juridifica en algún sentido hechos de la realidad, pero no prevé, consciente —porque se remite a un desarrollo reglamentario ul-

⁵ Tradicionalmente se ha empleado el concepto de *problema transitorio*, no sólo para hacer referencia a la intersección de distintas regulaciones concurrentemente aplicables. También se ha empleado en sentido amplio para denominar a todas aquellas situaciones problemáticas, que no son sino problemas transitorios *amplo sensu*. Así, se hace necesario distinguir las situaciones transitorias, de las situaciones transitoria/temporal/provisionalmente problemáticas.

terior— o inconscientemente —por olvido o descuido— una regulación inicial completa. Es el caso de la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años. Se prevé en el artículo 67 LEBEP que se pueda solicitar la prolongación de permanencia hasta los setenta años en los términos que establezca la normativa de desarrollo. O de la jubilación parcial, respecto de la que se ha de traer a colación la Disposición Adicional sexta LEBEP, que contiene una programación para regular las distintas formas de acceso a la jubilación anticipada, y asegurar la no discriminación entre colectivos, y respecto de la que se prevé que habrá tal derecho cuando proceda conforme a la legislación que resulte de aplicación: en la medida en que se trata de un tema remitido a estudio (en las Disposiciones Adicionales 7.^a y 8.^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En efecto, cuando el legislador diseña una norma puede, facultativamente, optar por hacerlo de un modo exhaustivo o puede únicamente trazar los elementos básicos de la misma, remitiendo la configuración completa a un desarrollo normativo posterior. Y es ésta la opción usual del legislador en la medida en que el diseño completo de la materia le resulta una labor inabarcable. En tanto no se supla la laguna que en definitiva se genera, hay un problema de Derecho aplicable, porque la norma en teoría vigente y aplicable no tiene *de facto* virtualidad aplicativa y requeriría el concurso de una segunda norma. Aquí no hay necesariamente elementos intertemporales involucrados, sin embargo si hay una vicisitud relacionada con el Tiempo. O en otros términos, en el lapso temporal durante el cual no hay desarrollo normativo, la nueva norma deviene inaplicable. Además, a esta clase de situaciones, se unen aquellas situaciones y hechos pasados o nuevos que se comprenden en el periodo de diferimento expreso de la aplicabilidad de las nuevas normas. Serían éstos *enunciados provisionalmente diferidos*, a los que se refiere, especialmente, la Disposición Final cuarta LEBEP, en los que, vigente la nueva norma, aunque aún no aplicable, surge la duda de si han agotado con su efecto derogatorio la legislación anterior o no. Se crea así un paréntesis normativo en el que los hechos naturales siguen produciéndose en la realidad, sin que se pueda saber *a priori* en qué estadio jurídico se encuentran; lo que plantea una nueva cuestión de determinación de que legislación es la temporalmente competente. Como ya se ha explicado, en los casos de diferimento se disocia la vigencia formal y material de las normas que se suceden, posponiéndose el inicio, o punto cero material, de la nueva norma, a pesar de que ya ha transcurrido un periodo de *vacatio legis*. En el lapso comprendido entre el inicio de la vigencia formal y el de la vigencia material, se observa la existencia de hechos y situaciones que provienen del pasado o de hechos nuevos que se generan entonces. En la medida en que el punto cero se encuentra diferido no se ha producido el cambio normativo, de

forma que de esos hechos aún no se puede predicar su intertemporalidad. Y algo distinto es que esas situaciones temporalmente problemáticas o impropriadamente transitorias, puedan ser, si progresan más allá del punto cero, una vez producido el cambio legislativo, constitutivas de un problema transitorio *stricto sensu*. Pero eso será algo que excede el ámbito del Derecho Transitorio de la LEBEP, y serán las distintas leyes de la función pública las que tengan que resolver esos efectivos problemas transitorios; dejando a un lado, los que ya se resuelven, y se verán al tratar los derechos adquiridos de los funcionarios.

2. Las Disposiciones Transitorias de la LEBEP y los principios de solución de los problemas transitorios en sentido amplio

Es cierto que, con carácter general, el Derecho Transitorio de origen legislado no siempre se aloja en las disposiciones transitorias así denominadas expresamente, sino que se pueden encontrar incluido en disposiciones transitorias *extravagantes*⁶; o normas transitorias en sentido material, pero que no se autodenominan en ningún caso como tales y que incluso tienen la forma de un artículo más de la norma en cuestión. Es lo que se ha producido, parcialmente, en el artículo 25.2 LEBEP, en los que se ha contenido una regla de convalidación de servicios pasados a efecto del devengo de trienios⁷.

En el sentido opuesto, en segundo lugar, las que el legislador denomina expresa y formalmente como disposiciones transitorias no siempre contienen Derecho Transitorio *stricto sensu*; sino disposiciones de Derecho Transitorio en sentido amplio o, incluso, ni siquiera prevé contenidos de Derecho Transitorio en ningún sentido. Estos dos fenómenos se han producido en el EBEP: en las disposiciones transitorias se contienen soluciones a situaciones temporalmente problemáticas en normas transitorias impropias⁸, e incluso se contienen normas no transitorias, sino normas sustanciales, o incluso ni eso. Como ejemplos de este último fenómeno de camuflaje normativo, sirva mencionar, en primer lugar, la disposición transitoria cuarta LEBEP. Que no es sino una norma ordinaria, no transitoria, en la que se permite la posibilidad de efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos dotados presupuestariamente, y desempeñados interina o temporalmente con anterioridad

⁶ Es decir, pueden aparecer en el cuerpo de la norma, y no necesariamente en la parte final de las leyes (B. ERGEL, J. L.: «Dispositions transitoires et méthode législative», en *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1999, núm. 81 spécial, p. 1523).

⁷ Se convalidan hechos pasados para darles efectos retributivos hacia el futuro, a partir de la entrada en vigor, sin que esto constituya ningún género de retroactividad.

⁸ Tipología tomada de G. U. R. ESCIGNO («Disposizione transitorie», *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, T. XIII, pp. 231-232).

a 1 de enero de 2005. y, por otro lado, la Disposición Transitoria sexta LEBEP, no es ni siquiera una norma jurídica. Es, simplemente un compromiso legalizado, de que el permiso de paternidad se irá ampliando hasta alcanzar en 2014 las cuatro semanas.

Volviendo al ámbito de las normas transitorias impropias de la LEBEP, pero antes, sin embargo, de presentar los ejemplos concretos que la LEBEP contiene en este sentido, es preciso realizar algunas matizaciones conceptuales. En efecto, cuando se habla de normas de Derecho Transitorio en sentido estricto (es decir, las que resuelven problemas transitorios en sentido estricto), se piensa en las normas de conflicto, y en las normas sustanciales de transición. Y cuando se emplea el término de normas de Derecho Transitorio en sentido amplio, se está incluyendo un tercer tipo de normas, las normas transitorias impropias. Estas, son, sin lugar a dudas, las protagonistas del diseño que la LEBEP hace en su parte final.

Normas de conflicto no hay apenas; pero tampoco hay apenas normas sustanciales de transición, dejando a salvo el ejemplo que ofrece el apartado segundo de la Disposición Transitoria tercera LEBEP, cuando establece una tabla de equivalencias de los grupos de clasificación profesional del artículo 76 LEBEP, respecto de los grupos preexistentes.

El uso de este tipo de normas sustanciales de transición no es homogéneo, y varía en cada una de las ramas del ordenamiento. Porque hay materias que por razones técnicas o de política legislativa son más o menos refractarias (Derecho Penal, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo o el Derecho del Trabajo,) o receptivas (Derecho Civil, o Derecho Procesal) a este tipo de Disposiciones Transitorias sustanciales, y se acomodan mal a los regímenes de tránsito.

Por su parte, y son las que aquí interesan, las normas transitorias impropias, son el resultado de la aplicación de una técnica directa para resolver los que se han denominado problemas transitorios en sentido amplio, o situaciones temporalmente problemáticas. En efecto aquí, aunque no hay elementos intertemporales involucrados, pero, sin embargo, se plantean cuestiones relacionadas con el tiempo. En estas situaciones, el tiempo resulta ser un elemento secundario, pero que actúa como límite eventualmente inhabilitante de la aplicabilidad de las normas; bien porque durante un lapso temporal haya un vacío normativo, bien porque la norma necesite ella un lapso para su —completa— aplicación⁹.

⁹ A diferencia de las situaciones transitorias en sentido estricto, en que concurren al menos dos legislaciones susceptibles de aplicación, en las situaciones temporalmente problemáticas el problema se plantea en términos conceptuales de laguna: bien porque se produce una remisión normativa, y queda pendiente un desarrollo normativo que no termina de producirse, bien porque la nueva norma ha podido entrar en vigor formalmente, pero

En el apartado tercero de la Disposición Final cuarta de la LEBEP se contiene una de estas normas transitorias impropias, que en este caso tiene carácter general. Es así que, establece que, *hasta que se dicten las leyes de la función pública y normas reglamentarias de desarrollo* se mantienen vigentes en cada Administración Pública, las normas sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, con un límite: que no se opongan a lo establecido en el estatuto ¹⁰.

Este contenido de la Disposición Final 4.^a 3.º LEBEP, se ha de poner en consonancia con ese esquema de entradas en vigor diferidas de las que se ha hablado más arriba. En efecto, producido ese diferimento indeterminado en el tiempo, esta norma transitoria impropia tiene visos de tener una aplicabilidad relativamente prolongada en el tiempo; hasta que se dicten, en cada caso, referida a cada Admú. Con lo que la seguridad jurídica sufre un embate relevante.

Junto a esa norma transitoria impropia general, de cierre, se podría considerar, el legislador ha previsto en la LEBEP algunas otras normas de este mismo tipo, referidas a aspectos concretos respecto de los que, en principio, era predicable la aplicabilidad inmediata, a partir del 13 de mayo de 2007 pero que, debido a las dificultades externas (porque se refieren a otros ámbitos diferenciados de la función pública, como es el caso de la ordenación de los grados universitarios) o internas (de desarrollo reglamentario), no se pueden aplicar. En concreto en la Disposición Transitoria tercera LEBEP, a falta de un desarrollo normativo de las nuevas titulaciones conforme al —así llamado— Proceso de convergencia europea en el ámbito de la educación superior o Proceso Bolonia, para el acceso a la función pública siguen siendo validos los títulos vigentes, obtenidos conforme a la normativa vigente.

Como otro ejemplo de normas transitoria impropia de carácter especial, sirva señalar la Disposición Transitoria quinta. En tanto se desarrollan las reglas del procedimiento electoral (art. 39 LEBEP), y en conexión con el apartado c) de la Disposición Derogatoria única LEBEP, se mantienen aplicables ciertos artículos de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, con la condición de básicos; y los demás, si acaso se pueden entender vigentes, sin carácter básico.

el despliegue de efectos se ha diferido a un momento posterior. Esta laguna se soluciona con la introducción de una norma provisional, la norma transitoria impropia que ofrece una solución temporal en sustitución de la norma con efectos suspendidos.

¹⁰ Además de pretender solucionar todo el eventual elenco de situaciones temporalmente problemáticas, plantea algunas dudas interpretativas. En primer lugar, no queda claro a qué materias se refiere. Podría entenderse que hace referencia a los artículos 69 y ss. Pero podría incorporar otras materias como las referidas a situaciones administrativas, régimen disciplinario, etc.

Por último, la Disposición Transitoria séptima LEBEP contiene también una norma transitoria impropia y prevé que, en tanto no se aprueben las normas de desarrollo de la Disposición Adicional segunda LEBEP (falta de desarrollo que genera situaciones temporalmente problemáticas) continuarán en vigor las disposiciones que actualmente regulan la escala de funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

A la vista de las normas transitorias impropias contenidas en la LEBEP, desde la vertiente de los principios formales¹¹, se puede concluir que el legislador ha optado por la *ultraactividad* de la legislación anterior. Sin embargo, este concepto es un concepto en sí mismo ambiguo, porque incluye dos categorías distintas: la de *supervivencia*, y la de *postactividad*. La supervivencia sería un principio de solución al problema transitorio en sentido estricto, que dota de virtualidad aplicativa a la legislación anterior, para regular los hechos intertemporales y sus efectos. De otro modo, la supervivencia se concibe como principio de solución que puede adoptar el legislador con carácter expreso, según el cual la ley antigua se aplica para todos los futuros efectos jurídicos, o efectos pendientes, de hechos anteriores a la promulgación de la nueva ley. Al margen de lo que se establecerá mas adelante, al hablar de los derechos adquiridos de los funcionarios, el Derecho Transitorio (impropio) incorporado a la LEBEP, no aplica este principio de solución formal. Sin embargo, en las normas transitorias impropias sí se ha optado por la postactividad. Se aplica a la ley antigua, sin embargo se refiere a un supuesto fáctico que no se compone de hechos intertemporales, sino de situaciones temporalmente problemáticas (bien se difiere la entrada en vigor o la aplicabilidad de la nueva ley, bien la nueva ley no regula íntegramente todos los posibles supuestos y se produce un género de laguna provisional), o de situaciones no problemáticas, que nacen bajo el imperio temporal de la nueva regulación, pero a la que el legislador prefiere, por diversas razones, aplicar la legislación anterior.

¹¹ Las normas transitorias impropias, como técnicas de reglamentación que se acaban de analizar son el módulo formal del Derecho Transitorio, pero requieren, para no resultar una estructura vacía, del concurso de los elementos sustantivos; a saber los principios, formales y materiales, de solución. Los principios formales de solución serían aquellos que, en tanto que estrictamente principios de aplicación de las normas en el tiempo, determinan la legislación aplicable a los hechos intertemporales, de tal forma que señalan si se aplica la nueva legislación (principio del efecto inmediato), o la anterior (principio de supervivencia), en un estado más o menos híbrido.

3. La conservación de «derechos adquiridos» en la LEBEP

La doctrina administrativa ha coincidido en mantener que el estatuto del funcionario es una situación de hecho ¹² que existe en los términos que establezca la legislación vigente en cada momento, y que es susceptible de ser modificada por la legislación ulterior, en tanto que subyace el interés general ¹³. En efecto, desde la escuela realista de Burdeos, se ha admitido que la situación funcionarial es una situación jurídica objetiva, no subjetiva, y por lo tanto no engendra derechos adquiridos ¹⁴. De esta forma, desde la perspectiva de Derecho Transitorio, se predicaría el efecto inmediato de las nuevas normas administrativas de reforma de la función pública, sin que la «conservación de derechos adquiridos» pueda servir de obstáculo ¹⁵. Sin embargo, también unanimidad en la consideración de que tanto la condición de funcionario, como los derechos o efectos consolidados derivados de dicha condición, son intangibles por las modificaciones normativas que se pudieran introducir en la regulación del régimen funcionarial y no ceden ante el interés público ¹⁶.

En la LEBEP se contemplan distintas materializaciones de estas dos reglas generales. En primer lugar, en la Disposición Transitoria primera LEBEP se establece, mediante una norma de conflicto encubierta, que opta por la aplicación del principio formal de supervivencia, se establece la garantía de derechos retributivos, en una materialización ampliada: se refiere al personal en activo incluido en el ámbito de aplicación de la LEBEP, pero también de los que no estén en activo, pero que se incorporen. O dicho de otro modo, hay una conservación de «derechos adquiridos» se plantearían las dudas, sin embargo, de si esta previsión alcanza al personal laboral, y de si la negociación colectiva queda entonces restringida. Esta disposición viene a completar lo fijado en la disposición adicional novena LEBEP, en la que ya se había establecido que los funcionarios de carrera tendrán garantizados los derechos económicos alcanzados o reconocidos en el marco de los sistemas de carrera establecidos por las leyes de cada administración pública.

¹² GARCÍA TREVIANO GARNICA, E.: «Los derechos adquiridos de los funcionarios en la Constitución Española», en REDA, 1995, núm. 74, p. 297.

¹³ NARBEL, C.: *Les droits acquis des fonctionnaires*. Lausanne: Nouvelle Bibliothèque de Droit et Jurisprudence, 1957, p. 11.

¹⁴ Desde Derecho público, en el siglo XIX se diseña la denominada Teoría de la situación. Diferencia entre las situaciones individuales o subjetivas, que son intangibles por la ley nueva, y las objetivas o legales que como creación de la ley siguen sus modificaciones (DUGUIT, L.: *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing e Cie., 1918, p. 101 y ss.).

¹⁵ NIETO, A.: «Los derechos adquiridos de los funcionarios», en RAP, 1962, núm. 39, pp. 241-266.

¹⁶ GARCÍA TREVIANO GARNICA, E.: «Los derechos adquiridos de los funcionarios en la Constitución Española», en REDA, 1995, núm. 74, pp. 306 y 307.

Por lo que se refiere al mantenimiento de la condición de funcionario, que se amplía a la de empleado (referido al personal laboral fijo), en la Disposición Transitoria segunda de la LEBEP, se establece una conservación dual de expectativas (no tanto de derechos adquiridos), y se opta, de nuevo, por la supervivencia de la legislación anterior, como si el nuevo estatuto tuviera la misión de reorganizar situaciones irregulares previas. Así, se mantienen las situaciones del personal laboral fijo que desempeñe funciones de personal funcionario, y personal que pase a desempeñarlo como consecuencia de pruebas de acceso convocadas con anterioridad a la entrada en vigor. Indirectamente, en esta disposición se incorporan las reglas de unidad de procedimiento administrativo, y rigen las reglas aplicables en el momento de iniciarse el procedimiento (convocatoria).

Algo distinto se ha de entender que sucede en lo que respecta a uno de los elementos que integran el estatuto jurídico de empleado público, a saber, el del régimen de incompatibilidades. La LEBEP mantiene vigente el régimen de incompatibilidades, si bien establece algunas modificaciones en la Disposición Final tercera, en la que modifican los artículos 2.1.º a) y g) y 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. Se incluye al personal al servicio de agencias, así como de fundaciones y consorcios en determinados supuestos de financiación pública. En este punto, aunque la LEBEP nada dice, se ha de entender que se produce una entrada en vigor inmediata, y se aplica la nueva regulación (régimen de incompatibilidad) a los sujetos que estuvieran desarrollando actividades concurrentes, ahora devenidas incompatibles. Solución esta que se puede adelantar a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷ y de la sala tercera del Tribunal Supremo¹⁸.

Desde el punto de vista del tratamiento de la intertemporalidad, este efecto inmediato supone la aplicación de la nueva norma a los problemas transitorios. En la base se hallan consideraciones ligadas al principio de modernidad. Ello a partir del entendimiento de que el legislador

¹⁷ Esta doctrina jurisprudencial se ha limitado a «*rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos*», de tal forma que, y sobre la base de la aceptación de los tres grados de retroactividad, únicamente se entienda incluida en la prohibición la de grado pleno o máximo; limitada a la retroactividad *in peius ex post facto* sancionadoras o restrictivas; que tengan por objeto los derechos fundamentales del título I de la CE, y únicamente cuando constituyan situaciones consolidadas, integradas en el patrimonio del sujeto, que no estén pendientes o condicionadas ni sean meras expectativas. Véanse, por todas, por cuanto constituyen el cuerpo de la doctrina jurisprudencial posterior, las Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio (FJ 6); y 292/1993, de 18 de octubre.

¹⁸ Sirva, por todas, la SSTS (Sala Tercera), de 11 de octubre de 1993, y 20 de febrero de 1996 (RJ 1993/7233, y 1996/1277, respectivamente).

no garantiza el ejercicio indefinido en el futuro de los derechos; que sólo existen en la medida en que la ley que los regula lo permita, de forma que han de sufrir en todo caso el cambio de legislación¹⁹. Igualmente, conexo con lo anterior, desde algún sector doctrinal se afirma que, en suma, en el fondo de la aplicación inmediata subyace un principio importante: el de la uniformidad de la legislación como manifestación del orden público²⁰.

III. OTRAS INSUFICIENCIAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA, CON REPERCUSIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO TRANSITORIO

Al margen de lo que ya se ha apuntado, la técnica legislativa de base, al margen de las consideraciones de orden transitorio, es discutible. En primer lugar porque se diseña *un* estatuto básico del empleado público, pero, ya en los primeros artículos de la LEBEP se incorporan reglas que excepcionan la aplicación del EBEP a determinados colectivos, con mayor o menor extensión. Así, en algunos casos la excepción es cuasi-total, por cuanto se respeta que ciertos grupos de empleados públicos se rijan por su legislación específica propia. Es el caso de los colectivos contemplados en los artículos 4 y 5 LEBEP. Además, respecto de otros tipos de empleados, se diseñan relaciones diversas con las distintas normas concurrentes específicas. Es el caso del personal investigador, del personal estatutario de los servicios de salud y del personal docente (art. 2.3 LEBEP). Algunas especialidades presenta también el personal funcionario de las entidades locales (art. 3 LEBEP), así como el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 7 LEBEP), a los que se aplican únicamente las disposiciones que expresamente lo dispongan, y se regulan en lo demás por la normativa legal, reglamentaria y convencional del ámbito laboral.

A la vista de este tejido normativo, se pueden dejar apuntadas algunas cuestiones remarcables de Derecho transitorio. En primer lugar, al margen de lo que ya se ha dicho respecto de los contenidos de la LEBEP, en cada uno de los ámbitos en que se mantienen intactas las normativas específicas reguladoras, es posible percibir, eventualmente problemas transitorios a la segunda potencia, derivados de que el legislador modifi-

¹⁹ ROUBIER, P.: *Le Droit Transitoire*. 2.^a ed., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, pp. 340 y 341; LÓPEZ MENUDO, F.: *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*. Sevilla: Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1982, p. 68.

²⁰ BORDA, G. A.: «Portée et limitations du Droit Transitoire», *Eelanges à l'honneur de Paul Roubier*. Paris: Dalloz et Sirey, 1961, pp. 82 y 83; PETIT, J.: *Les conflits de lois dans le temps en droit Public Interne*. Paris: LGDJ, 2002, Bibliothèque de Droit Public, tome 195, p. 367 y ss.

que, por normas posteriores las Disposiciones Transitorias que habían regulado una sucesión normativa anterior; modificación que, incluso se puede concretar en que las nuevas normas prorrogan tacita o expresamente la duración de la Disposición Transitoria²¹. Pero, además, en la medida en que, por ejemplo, se producen remisiones a ramas del ordenamiento distintas de la puramente administrativo-funcionarial, como es el caso de la legislación laboral, cabe que, respecto del personal laboral al servicio de las administraciones públicas se produzcan problemas transitorios irradiados o cuestiones de intertemporalidad externa. Ésta haría referencia a aquellos supuestos en que, producido un supuesto de sucesión normativa en el Derecho del Trabajo (legal, reglamentario o convencional), se irradian al Derecho Administrativo de la Función Pública problemas transitorios.

IV. VALORACIONES FINALES

A pesar de que era uno de los objetivos de la LEBEP, se mantiene una cierta dispersión normativa en lo que concierne a la regulación de la función pública española; dispersión que enerva la existencia de un único estatuto, desde la perspectiva más sustancial, pero que, en lo que se refiere al ámbito del Derecho Transitorio, entraña que se mantenga la aplicación de la normativa vigente y de las reglas de tránsito que rijan las sucesiones normativas en cada uno de los ámbitos. Lo que desem-

²¹ En la medida en que un desarrollo más complejo y completo desborda el ámbito de esta comunicación, sirva apuntar, como uno de los ejemplos más recientes, el que ha ofrecido la reforma de la legislación de universidades. La Disposición Transitoria quinta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, establece en su apartado 1 que a la entrada en vigor de la Ley aquellos profesores asociados contratados en su día en universidades públicas, conforme a la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, podrán permanecer en su misma situación conforme a la legislación que les venía siendo aplicable, hasta la finalización de sus contratos. No obstante, se establece también en la citada disposición que dichos contratos podrán ser renovados conforme a la legislación que les venía siendo aplicable sin que su permanencia en tal situación pueda prolongarse por más de cuatro años, contados desde la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre. Como quiera que la fecha efectiva de entrada en vigor de dicha Ley Orgánica fue el 13 de enero de 2002, quiere ello decir que el plazo resolutorio finalizaría el 13 de enero del año 2006. En consecuencia, el artículo único del Real Decreto-Ley 9/2005, de 6 junio de 2005, modifica esa Disposición Transitoria y establece que «1. Quienes a la entrada en vigor de esta Ley se hallen contratados en universidades públicas como profesores asociados podrán permanecer en su misma situación conforme a la legislación que les venía siendo aplicable, hasta la finalización de sus actuales contratos. No obstante, dichos contratos podrán ser renovados conforme a dicha legislación, sin que su permanencia en esta situación pueda prolongarse más allá del comienzo del curso académico 2008-2009». Esta disposición ha sido definitivamente derogada por el artículo único.95 de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, que modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

boca en una pluralidad de problemas transitorios y situaciones temporalmente problemáticas que poco contribuyen a la seguridad jurídica, y, por ende a la estabilidad jurídica de la función pública al servicio de los intereses generales.

Así, aunque la finalidad y el contexto de la LEBEP han determinado los mecanismos y principios de Derecho Transitorio empleado, el legislador no ha sido consciente de que, posiblemente, se hayan producido tratamientos no igualitarios respecto de ciertos colectivos de empleados públicos, lo que supone una ruptura con una de las finalidades de la reforma. Por otro lado, a la vista de las disposiciones que conservan derechos consolidados (que no adquiridos) o incluso expectativas, es posible intuir una cierta contaminación del Derecho Administrativo Transitorio por las soluciones más propias del ámbito privado.

A lo anterior se une que el fenómeno autonómico aplicado a la función pública ha de generar una suma aleatoria de situaciones de transito normativo, a resolver por cada una de las leyes concretas, no siempre de idéntico modo...

En suma, la exigencia de la buena marcha de la administración pública, la mejora del servicio público que subyacen a la LEBEP en tanto objetivos, quedan desvirtuados, no solo por la técnica legislativa general empleada, sino por el hecho de que se ha visto impregnada de la defensa de intereses corporativos de ciertos colectivos de funcionarios. Se olvida, como establecía Jèze, que la función hace al funcionario, y no a la inversa.

Comunicación a la Ponencia General

CRITERIOS DE DESLINDE ENTRE EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: HISTORIA DE UNA TORTUOSA COEXISTENCIA

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO
Profesor Titular de Universidad Interino
Universidad de Oviedo

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: FINES, FUNCIONES Y CLASES.—3. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: ZONA GRIS O DE FRONTERA DEL DERECHO DEL TRABAJO.—4. EL ELEMENTO FUNCIONAL COMO PRIMERA LÍNEA DIVISORIA.—5. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO SEGUNDO CRITERIO DISTINTIVO.—6. LA SITUACIÓN ACTUAL: REALIDAD MATERIAL FRENTE A APARIENCIA FORMAL.—7. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque los funcionarios son el personal más característico de las Administraciones Públicas, la creciente actividad de estas ha provocado la aparición de necesidades coyunturales de mano de obra con objeto de atender situaciones de duración determinada, o cuando menos no permanentes, a las que no se adaptaba bien la función pública, por su vínculo indefinido y las dificultades para introducir ciertos elementos de flexibilidad en la ejecución del trabajo. No es de extrañar que se buscasen nuevas formas de selección y reclutamiento más dinámicas, comenzando por el contrato de trabajo, que parecía llamado a jugar un importante papel en este ámbito. No obstante, junto a él se desarrolló también una nueva fórmula de contratación, que pretendía satisfacer, precisamente, las múltiples peculiaridades del empleador. Nace así la contratación administrativa, pensada para una realidad muy diferente, pero que merced a las oportunas adaptaciones se asemejaba al contrato de trabajo¹.

Como se sabe, la legislación laboral ha excluido tradicionalmente al personal de las Administraciones Públicas sujeto a normas administrativas. En efecto, el artículo 8 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (aprobada por Decreto de 26 de enero) disponía que «los funcionarios públicos se regirán por su legislación especial», mientras que el artículo 2.a) de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, también declaraba inaplicable la legislación laboral al «personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las Entidades Públicas autónomas cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias», formulación que posteriormente adoptaría la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobó el Estatuto de

¹ Vid. A. OJEDA AVILÉS: «El empleo temporal en las Administraciones Públicas (una aproximación unitaria)», en *REDA*, núm. 56, 1987, pp. 491-492; F. VELÁZQUEZ CURBELO: *Manual práctico de contratación administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 23 y ss.

los Trabajadores. Esa exclusión encuentra amparo constitucional en los artículos 23.2 y 103.3 CE, y se justifica «por los principios de jerarquía y eficacia que deben regir el funcionamiento de la Administración, y por los caracteres de inamovilidad y sujeción especial que se suelen atribuir a los funcionarios públicos»².

La opción legal, aparentemente nítida, no puede ocultar la dificultad de deslindar la relación laboral de prestaciones de servicios con rasgos muy similares, pues existen varias figuras de naturaleza administrativa muy próximas conceptualmente al contrato de trabajo; entre ellas destaca, sin duda, el contrato administrativo, particularmente algunas de sus modalidades con mayor tradición.

En perspectiva histórica, y en atención a sus destinatarios, cabe distinguir dos grandes grupos de contratos administrativos. Por un lado, el ordenamiento español ha contemplado contratos administrativos de prestación personal de servicios, en los que el contratado, persona física, se obligaba a realizar una actividad para la Administración por cuenta ajena y de forma dependiente, mediando retribución. Por otro, el paradigma de contrato administrativo tiene una fisonomía muy similar a las contrata y subcontratas en el sector privado, en la medida que la Administración externaliza una determinada actividad que debe ser ejecutada por una empresa privada. Obviamente, el solapamiento con el contrato de trabajo es más propio de la primera clase de contratos administrativos, pero los contratos de servicios, como se verá, también son fuente de incertidumbres.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: FINES, FUNCIONES Y CLASES

El germen de la contratación administrativa se encuentra en la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero), en el Decreto 1742/1966, de 30 de junio de 1966, de Contratación de Personal por la Administración Civil del Estado, y en el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, que aprobó el Texto Articulado Parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local³.

Desde su misma aparición, la coexistencia entre el contrato administrativo y el de trabajo nunca ha sido pacífica, pues sus contornos no se han delimitado con la suficiente nitidez y precisión como para evitar

² Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, F.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, Decimosexta Edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 181.

³ Vid. R. ANIORTE SANZ: «El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», en *RTSS (CEF)*, núm. 206, 2000, p. 96 y ss.

roces, a pesar de que el legislador siempre ha pretendido que el régimen jurídico de una y otra modalidad presente diferencias sustanciales⁴. La legislación laboral ha excluido tradicionalmente al personal de las Administraciones Públicas que deba regirse por normas administrativas, que proporcionan una intensidad tuitiva muy inferior al Derecho del Trabajo, lo que explica el alto índice de litigiosidad que tradicionalmente ha suscitado la distinción entre ambas figuras⁵.

Curiosamente, el legislador no ha creído conveniente establecer mecanismos de coordinación o separación entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo. El artículo 5 del derogado Real Decreto Legislativo 2/2000 era clara muestra, al distinguir entre contratos administrativos y contratos privados, mención esta última que comprendía, entre otros, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, pero no el contrato de trabajo, porque desde la perspectiva del legislador la contratación administrativa se mueve en un plano diferente al de la contratación laboral, ocupando cada fórmula su propio espacio.

La práctica ha demostrado que las fricciones son más frecuentes de lo deseable, y así se explica que el artículo 4.1.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, expresamente excluya de su ámbito de aplicación «los contratos regulados en la legislación laboral», sin perjuicio, a tenor del artículo 4.2, de la aplicación de «los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».

En cualquier caso, es evidente que el legislador se ha decantado por la preeminencia del contrato de trabajo; no en vano, el contrato administrativo se configura como una posibilidad de carácter excepcional y tasado⁶. En este sentido, no se han establecido esas fronteras precisas entre el contrato administrativo y el de trabajo, pero se han suprimido las modalidades de contrato administrativo que mayores interferencias o solapamientos provocaban.

⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: «La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo», en *RL*, núm. 11, 2005, p. 1 y ss.

⁵ Vid. T. SALA FRANCO: «La contratación temporal en la Administración Pública», en *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, pp. 164-167.

⁶ La posibilidad de acudir a contratación administrativa resulta «casi proscrita, en términos generales, quedando como un vestigio histórico de poco feliz memoria por los trastornos e inseguridades que conllevó, lo que no impide que en ocasiones aparezca la odiosa práctica, en niveles de infracción, con demérito de la causa del contrato y del talante de actuación ajeno a los criterios constitucionales de comportamiento de los poderes públicos»; cfr. M. GARCÍA PIQUERAS: «El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo», en *RL*, núm. 11, 1996, p. 25.

Como es sabido, los contratos de colaboración temporal dieron lugar a los primeros conflictos, pero, en esa línea de depuración de posibles controversias, tras la Ley 30/1984, las Administraciones Públicas perdieron la posibilidad de acogerse a esa modalidad contractual. Sin embargo, la propia DA 4.^a de esa norma seguía admitiendo la contratación excepcional para la realización de trabajos específicos, concretos y no habituales, que sería desarrollada poco después por el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio. En su apartado 2, esa DA 4.^a de la Ley 30/1984 expresamente admitía la celebración de tales contratos con personas físicas, lo que, unido a que la utilización de esta figura no tuvo en absoluto el pretendido carácter extraordinario, provocó un importante problema de deslinde con el contrato de trabajo⁷. La Ley 53/1999 suprimió finalmente los contratos para trabajos específicos, concretos y no habituales⁸, si bien los problemas de delimitación entre el contrato administrativo y el contrato de trabajo no desaparecieron, merced a la posibilidad de celebrar contratos de consultoría, asistencia y servicios⁹, que planteaban similares incertidumbres, y en los que sin dificultad encajaban los contratos para trabajos específicos, concretos y no habituales¹⁰.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, derogó el Real Decreto Legislativo 2/2000, y ya no recoge el contrato de consultoría o asistencia como categoría individualizada, sino que el artículo 10 prevé, en general, un contrato de servicios, «cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». Las clases de contratos de servicios, en atención al objeto, se enumeran en las veintisiete categorías recogidas en el Anexo II de esa misma Ley.

⁷ Vid. M. R. A LARCÓN CARACUEL: *La nueva configuración legal de la relación de empleo público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Sevilla, pp. 10-15; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: «Los contratos administrativos para trabajos específicos, naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado», en *TL*, núm. 41, 1997, p. 15 y ss.; J. M. L. ÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 231-238; A. PÉREZ LUQUE: *Personal temporal de las corporaciones locales*, Abella, Madrid, 1989, p. 181 y ss.; A. PARDELL VEA, «Falsos autónomos en la Administración Pública», en *RDS*, núm. 13, 2001, p. 165 y ss.

⁸ Esa supresión se debió a su «endémica utilización fraudulenta, y no a la futilidad que proclamaba el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 53/1999»; cfr. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: «Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado», en *AS*, núm. 14, 2000, pp. 88-89.

⁹ Artículo 196 y ss. del derogado Real Decreto Legislativo 2/2000 y artículo 195 y ss. del Real Decreto 1098/2001.

¹⁰ Vid. E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 300 y ss.; R. A. NIORTE SANZ: «El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», en *RTSS* (CEF), núm. 206, 2000, p. 134.

Sin duda, los contratos de servicios presentan grandes paralelismos con el contrato de trabajo, pues, a modo de ejemplo, los servicios de mantenimiento y reparación (categoría 1), los servicios de informática (categoría 7), la elaboración de encuestas (categoría 10) o los servicios de consultoría (categoría 11) pueden constituir la prestación a desarrollar en un contrato de trabajo. La DA 5.^a de la Ley 30/2007 permite celebrar un contrato de servicios para la «realización de encuestas, tomas de datos y servicios análogos» con una empresa de trabajo temporal; y en nada difiere, desde la perspectiva de su objeto, la prestación de servicios del encuestador que efectúa la actividad al amparo de un contrato de trabajo con una ETT, de la persona física que, en virtud de un contrato administrativo de servicios, debe desempeñar por sí misma esa labor. El supuesto, quizá poco probable en la práctica por los medios personales y materiales que requiere la elaboración de encuestas, es mucho más factible y frecuente respecto del mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos —informáticos o no— e instalaciones¹¹.

En estos contratos, y especialmente en los que conllevan una prestación de servicios continuada —como son aquellos cuyo objeto consiste en la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, que deberán adjudicarse a persona distinta a la que fue encomendada la realización de la obra¹²—, no es sencillo trazar una línea divisoria nítida con el contrato de trabajo, máxime cuando los contratos de servicios pueden durar hasta seis años (cuatro iniciales, con posibilidad de prórrogas)¹³. El resultado como característica principal de estos contratos, predominante en la concepción más dogmática del contrato de consultoría y asistencia, cede en determinados supuestos, en los que el contratado se compromete a prestar un servicio a cambio de un precio durante un determinado lapso temporal. En este contexto, el contrato administrativo no tiene como objeto la entrega de los frutos (informe, proyecto, etc.) al finalizar el mismo, sino el desempeño de una actividad concreta en el período de duración pactado.

Conviene recordar que todavía pueden encontrarse normas que parecen facultar a la Administración para la celebración de contratos de índole administrativa en algunos sectores, como el del personal estatutario¹⁴ y el de los militares profesionales¹⁵. En el ámbito docente uni-

¹¹ Vid. A. SELMA PENALVA: «Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública», en AS, núm. 11, 2005, p. 31 y ss.

¹² Artículo 45.2 de la Ley 30/2007.

¹³ Artículo 279 de la Ley 30/2007.

¹⁴ Vid. artículo 33 y DA 4.^a de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

¹⁵ Ley 8/2006, de 24 de abril.

versitario se mantienen vigentes con carácter transitorio, y sometidas al Derecho Administrativo, modalidades contractuales como la de profesor asociado, siempre que el contrato se concertase con anterioridad la LO 6/2001, de Universidades, pues las nuevas contrataciones al amparo de la LOU ya deben concluirse conforme al Derecho del Trabajo.

3. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: ZONA GRIS O DE FRONTERA DEL DERECHO DEL TRABAJO

La invasión del espacio o campo propio de actuación del contrato de trabajo es relativamente frecuente, obligando a una delimitación conceptual de las diversas figuras que pueden entrar en colisión. En el ámbito administrativo, la función pública —especialmente los funcionarios interinos y eventuales— o el personal estatutario son colectivos próximos al trabajador asalariado, por lo que no resultan infrecuentes los puntos de fricción. Sin embargo, la mayor parte de litigios se han suscitado a partir de normas referidas a la contratación administrativa, que se configura, en principio, como un mecanismo de interacción entre la Administración Pública y una empresa privada, o en su caso un profesional liberal, en orden a la realización de una determinada actividad de índole finalista, por lo que en teoría se desenvuelve en un plano muy diferente al del contrato de trabajo.

La aparición del contrato administrativo, sin embargo, permitió a las Administraciones Públicas contar con una modalidad contractual más flexible, y sobre todo menos costosa, que el contrato de trabajo. Precisamente por ello, el contrato administrativo se convirtió en un primer momento en el instrumento preferido para la contratación temporal de personal, relegando al contrato de trabajo a un rol prácticamente marginal.

Aunque están concebidas para otras situaciones, las normas sobre contratación administrativa conllevan un importante riesgo de conductas abusivas, pues colocan a quien presta servicios en una condición de notable inferioridad sin las garantías que ofrece el ordenamiento laboral, y por ello tanto el TS ¹⁶ como el TC ¹⁷ se han visto obligados a recordar que la naturaleza pública de la actividad y de la propia institución no exime a las Administraciones Públicas de cumplir las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, ni, por supuesto, las sitúa al margen del Derecho del Trabajo.

¹⁶ Por todas, *vid.* STS de 3-6-1994 (Ar. 5402).

¹⁷ *Vid.* STC 205/1987, de 21 de diciembre.

La determinación precisa de los supuestos en los que debe celebrarse uno u otro contrato no se desprende con claridad de la normativa aplicable, en la que no se establecen parcelas exclusivas para cada figura. La legislación laboral otorga un papel prácticamente omnicomprendivo al contrato de trabajo, que surge cuando se prestan servicios mediando voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución, incluso aunque el empleador sea un ente público. La exclusión de las relaciones sujetas a Derecho Administrativo, y entre ellas el contrato administrativo, resulta problemática si no se aclara cuándo es posible suscribir un contrato de esa índole.

La mayor parte de conflictos, como fácilmente se colige, se originan a partir de una prestación de servicios de pretendido carácter temporal, amparada en un contrato suscrito con la Administración, que en algunos casos las partes califican expresamente como administrativo, en otros como laboral, e incluso en ciertas ocasiones se omite cualquier referencia al régimen jurídico. Entre todos ellos destacan los supuestos de interinidad, en los que la Administración cubre un determinado puesto en tanto se resuelve el concurso y se adjudica la plaza en propiedad. La pretensión del trabajador consiste en la aplicación de la legislación laboral, de la que se deben derivar las consecuencias correspondientes a la terminación involuntaria del contrato de trabajo. La delimitación de ambas figuras, por tanto, es abordada por los tribunales con un propósito netamente instrumental: determinar el orden jurisdiccional competente.

4. EL ELEMENTO FUNCIONAL COMO PRIMERA LÍNEA DIVISORIA

A pesar del importante volumen de litigios suscitados con motivo de la distinción entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo, y la heterogénea casuística inherente a ello, los tribunales trataron de resolver todas esas situaciones conforme a un modelo o patrón que permitiese responder satisfactoriamente a las exigencias de la seguridad jurídica. Con ese propósito, en un primer momento la respuesta judicial se basaba en dos ejes: las funciones a desempeñar, por un lado, y la primacía de la contratación administrativa, por otro¹⁸. A estos dos elementos se unía una exégesis extraordinariamente rigurosa de la normativa laboral, pues únicamente se admitía la contratación de asalariados para tareas manuales, aunque el artículo 25 del Real Decreto 3046/1977, que en este punto fue calificado como un «claro desarrollo *ultra vi-*

¹⁸ Vid. SSTs de 22-6-1966 (Ar. 2809), de 24-5-1968 (Ar. 2821) y de 13-4-1973 (Ar. 1857).

res»¹⁹, se expresaba en términos potestativos («podrán») a la hora de identificar las vías de contratación de personal de las que podían servirse las corporaciones locales.

En el trasfondo de las decisiones judiciales se encontraban las reminiscencias de la tradicional escisión entre obreros —en el sentido de trabajadores manuales— y empleados —o trabajadores intelectuales—, sobre la que se edificó el Derecho del Trabajo, que contaba aún con arraigo en normas administrativas, y de ella se valieron los Tribunales para preconizar que la contratación administrativa constituía el marco ideal para una prestación de servicios de carácter administrativo o técnico, mientras que la contratación en régimen laboral estaba reservada para trabajos de índole manual²⁰ (tareas de limpieza, por ejemplo)²¹.

No resulta extraño, por ende, que a juicio de los tribunales ciertas tareas resultasen inherentes al ámbito público, como la prestación de servicios con finalidad de cooperar con el Estado en la consecución de sus objetivos mediante una actividad de servicio público²², descartando por ello el nacimiento de un contrato de trabajo para la realización de una actividad de interés público, que en principio constituye un cometido propio del funcionariado (en aquel momento destacaban las tareas docentes y las militares)²³, conclusión válida incluso cuando esas tareas de carácter público se desarrollaban a través de un ente interpuesto²⁴. En caso de que las funciones no fueran inherentes al ámbito público, habría contratación laboral si concurrían las cuatro notas típicas del trabajo asalariado²⁵, aunque se hubiera tratado de simular una contratación administrativa²⁶.

El Derecho Administrativo se erigía, así pues, como la opción preferente y primaria, y el contrato de trabajo quedaba postergado a una posición residual, constreñido a la ejecución de labores manuales. Cierzo es que excepcionalmente se dio cabida al principio de autonomía de

¹⁹ Cfr. M. R. ALARCÓN CARACUEL: *La nueva configuración legal de la relación de empleo público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Sevilla, pp. 8-9.

²⁰ Vid. SSTCT de 13-10 y de 17-12-1979 (Ar. 6091 y Ar. 7142), de 17-1, 22-5 y de 10-7-1980 (Ar. 174, Ar. 2941 y Ar. 4253).

²¹ En opinión de un sector doctrinal, ese criterio se asienta en una distinción «engañosa y retórica» entre funciones públicas y funciones manuales; vid. J. LÓPEZ GANDÍA: «Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública», en *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, p. 155.

²² Vid. SSTCT de 2-2 y 30-5-1979 (Ar. 641 y Ar. 3581).

²³ Vid. SSTCT de 30-4, 4-5 y 5-6-1979 (Ar. 2669, Ar. 2832 y Ar. 3771), entre muchas otras.

²⁴ Vid. SSTCT de 2-2-1979 (Ar. 640) y 5-5-1984 (Ar. 4020).

²⁵ Vid. SSTCT de 22-6 y 9-10-1979 (Ar. 4302 y Ar. 5505).

²⁶ Vid. STCT de 3-7-1979 (Ar. 4651).

la voluntad, y se admitió en algún caso, en el que las tareas no eran inherentes al ámbito público, que las partes podían designar expresamente como laboral el contrato al concertarlo ²⁷; y resultaba vinculante, en virtud de la doctrina de los actos propios, la calificación como laboral del contrato por parte de la Administración Pública durante la vigencia del mismo ²⁸. Sin embargo, eran decisiones extraordinarias o excepcionales, pues el criterio funcional fue ganando terreno a las pruebas de indicios y a la autonomía de la voluntad, y en esa evolución el TCT comenzó a reconocer carácter administrativo a todo vínculo surgido para la realización de tareas administrativas y técnicas, y se decantó por la naturaleza laboral cuando las labores tenían carácter manual ²⁹.

En consecuencia, los auxiliares administrativos contratados temporalmente siempre merecían la consideración de personal en régimen administrativo ³⁰, mientras que los trabajadores manuales daban lugar a un vínculo laboral aunque el contrato se sometiese expresamente al Derecho Administrativo ³¹. En este contexto, la contratación verbal, sin precisiones sobre el régimen jurídico aplicable, no determinaba la naturaleza del vínculo, que tendría carácter administrativo si esas eran las funciones a desempeñar ³².

Por su parte, las irregularidades en la constitución del vínculo o en el desarrollo de la relación no implicaban la conversión del contrato administrativo, o en su caso de una relación funcionarial, en uno laboral, pues la naturaleza del vínculo, que dependía de las funciones encomendadas, se mantenía inalterable. En consonancia, si los servicios prestados tenían una clara finalidad de servicio público —entendido como intereses públicos o comunes a cuya satisfacción tiende de algún modo la relación contractual de que se trata— ³³, la vinculación de quien los presta con la Administración contaba con carácter administrativo ³⁴.

En el supuesto inverso, esto es, cuando la contratación inicial tenía carácter laboral, el TCT no admitió la conversión de un contrato indefinido en una relación administrativa de carácter temporal, entendiendo que se producía entonces una renuncia de derechos prohibida por el ordenamiento jurídico ³⁵. No obstante, sí estimó válida la extinción *ante*

²⁷ Vid. STCT de 12-1-1979 (Ar. 34).

²⁸ Vid. STCT de 4-12-1979 (Ar. 6856).

²⁹ Vid. STCT de 4-6 y 10-11-1983 (Ar. 5172 y Ar. 9443).

³⁰ Vid. STCT de 5-6-1984 (Ar. 5010).

³¹ Vid. STCT de 24-10-1984 (Ar. 8016).

³² Vid. SSTCT de 9-7 y 6-12-1983 (Ar. 6697 y Ar. 10553).

³³ Vid. STCT de 11-11-1981 (Ar. 6569).

³⁴ Vid. STCT de 18-12-1979 (Ar. 7171).

³⁵ Vid. STCT de 13-2-1979 (Ar. 919).

tempus de un contrato de duración determinada para suscribir con posterioridad uno administrativo ³⁶.

5. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO SEGUNDO CRITERIO DISTINTIVO

El comienzo de la década de los ochenta coincidió con un importante cambio de orientación en la doctrina judicial, en la medida que el TS reorientó su interpretación previa, abandonando el criterio funcional³⁷; la recepción de esa jurisprudencia por el TCT no se demoró en exceso³⁸. El criterio funcional, que todavía aparecería con posterioridad, aunque de forma casi anecdótica³⁹, se vería sustituido por uno más flexible, en el que perdía peso la peculiaridad de la Administración Pública y ganaba relevancia, en cierto modo, la legislación laboral. En su virtud, se producía una suerte de tránsito de lo público a lo privado, concediendo un papel determinante a la voluntad de los sujetos plasmada en el propio contrato y, en su defecto, a la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET, hasta entonces completamente sepultada bajo el extraordinario peso del criterio funcional.

En este nuevo escenario, los tribunales advierten que la contratación administrativa para tareas administrativas o técnicas es una facultad, y no una exigencia legal, por lo que el contrato podía ser laboral cuando así lo calificasen las partes, con independencia de las funciones a desarrollar⁴⁰. De este modo, si la ley remitía expresamente a la contratación laboral o a la administrativa, o prohibía alguna de ellas, a la norma había de estarse. Pero en defecto de imposición legal, se consideró que no existían diferencias ontológicas entre la relación administrativa y la laboral, de modo que acudir a una u otra figura dependía en exclusiva de la decisión de la Administración, pues se trataba, a la postre, de una mera cuestión de técnica organizativa⁴¹. Era necesario, en todo caso, que una norma de rango legal permitiese desvirtuar la presunción de

³⁶ Vid. STCT de 18-2-1986 (Ar. 958).

³⁷ Vid. SSTs de 9-3 y 21-12-1983 (Ar. 1129 y Ar. 6398) y 23-1 y 24-5-1985 (Ar. 89 y Ar. 5201).

³⁸ Vid. SSTCT de 6-12-1980 (Ar. 6443) y 11-9-1984 (Ar. 6844).

³⁹ Vid. SSTCT de 20-3-1985 (Ar. 1940) y de 26-4-1989 (Ar. 2745), entre otras.

⁴⁰ A modo de ejemplo, vid. SSTs (Social) de 9-3 y 21-12-1983 (Ar. 1129 y Ar. 6398) y de 23-1 y 24-5-1985 (Ar. 89 y Ar. 5201) y SSTCT de 8-1-1987 (Ar. 171), 19-1-1988 (Ar. 903) y de 4-5-1989 (Ar. 3212).

⁴¹ Vid. M. ALONSO OLEA: «Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT: *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 49 y ss.; R. ROQUETA BUJ: «La contratación administrativa de personal: evolución», en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, vol. I, MTAS, Madrid, 2001, p. 187 y ss.

laboralidad; en su defecto, la relación estaría sometida al Derecho del Trabajo⁴². Ahora bien, vigente una norma que admitiese, pero no impusiese, la contratación administrativa, ambas fórmulas estaban abiertas, y en esas condiciones de paridad, los tribunales afirmaban que sólo el bloque normativo regulador del contrato por libre decisión de quienes lo concertasen, de acuerdo con la Ley, permitía diferenciar entre una y otra modalidad, por lo que la presunción *iuris tantum* del artículo 8.1 ET a favor del contrato de trabajo había de ceder y resultaba desvirtuada cuando las cláusulas del contrato disponían su sujeción al régimen administrativo⁴³.

Por consiguiente, si la Ley permitía celebrar un contrato de trabajo y un contrato administrativo, la naturaleza del vínculo dependía de la voluntad de las partes, pues sería administrativo cuando hubiera sometimiento a esa rama del ordenamiento jurídico, o incluso cuando explícitamente se excluyera el carácter laboral de la relación, aunque no se hiciera referencia a su naturaleza administrativa⁴⁴, y sería laboral en caso contrario. La remisión al Derecho Administrativo al amparo de una norma con rango de ley tenía tal relevancia, que permitía constituir un vínculo administrativo pese a que la modalidad de contrato que las partes pretendían celebrar estuviera vedada por la Ley —el contrato de colaboración temporal tras la Ley 30/1984—, porque en esa coyuntura podrían generarse responsabilidades, pero no resultaba alterada la naturaleza del contrato celebrado, que seguía manteniendo su carácter administrativo⁴⁵. En suma, el contrato devendría administrativo cuando el clausulado así lo estableciese, no sufriese quebranto una norma de necesaria observancia y siempre y cuando la Administración estuviese facultada por Ley para acudir indistintamente a una u otra modalidad contractual⁴⁶.

De este modo, los contratos verbales celebrados con una Administración Pública, supuesto frecuente ante el TCT, ya no serían administrativos o laborales en atención a las tareas a desempeñar, sino que, salvo exigencia legal expresa a favor del vínculo administrativo, se constituían en auténticos contratos de trabajo, por mor del artículo 8.1 ET⁴⁷.

En cambio, el abandono del criterio funcional no afectó a las consecuencias que podían derivarse de los vicios o defectos en la celebra-

⁴² Vid. SSTCT de 13 y 20-11-1984 (Ar. 8576 y Ar. 8764).

⁴³ Entre muchas otras, SSTCT de 8-1-1987 (Ar. 171), 19-1 y 19-4-1988 (Ar. 903 y Ar. 2969) y 27-2 y 18-5-1989 (Ar. 1308 y Ar. 3532).

⁴⁴ Vid. STCT de 13-10-1988 (Ar. 6346).

⁴⁵ Vid. SSTCT de 14-9-1988 (Ar. 5530) y 5-1-1989 (Ar. 281).

⁴⁶ Vid. STCT de 17-5-1988 (Ar. 3515).

⁴⁷ Entre muchas otras, vid. SSTCT de 17-4-1985 (Ar. 2548), de 8-2-1986 (Ar. 726), 18-2-1987 (Ar. 3489), de 18-2-1988 (Ar. 1430) y de 9-2-1989 (Ar. 1169).

ción del contrato o en el transcurso de la relación, de manera que el contrato administrativo no perdía ese carácter por irregularidades posteriores, puesto que la patología de una relación contractual no supone una desnaturalización de la misma, y no se produce novación o transformación de una relación administrativa en otra de carácter laboral⁴⁸, cualquiera que sea la irregularidad⁴⁹. Cuestión distinta es que el contrato administrativo pudiera sufrir novación en laboral por reconocimiento de la Administración, esto es, cuando se superaba el límite temporal del contrato administrativo y la Administración incluía al sujeto en su relación de personal laboral o realizaba algún otro acto que permitiera deducir la conversión del vínculo⁵⁰.

No obstante, puede apreciarse cierta flexibilización en materia de novación de un vínculo laboral previo en una relación de carácter administrativo. En efecto, se defendió a partir de entonces que la Administración no puede transformar unilateralmente un vínculo laboral de carácter indefinido en un contrato administrativo temporal, por el perjuicio que ello supondría para el trabajador⁵¹. La novación, por consiguiente, requiere la concurrencia de voluntad de las dos partes⁵², siendo nula cuando pretenda imponerse por voluntad unilateral de una de ellas⁵³. Conviene recordar que con anterioridad los tribunales consideraban que esa novación de contrato laboral a administrativo provocaba en todo caso una renuncia de derechos nula⁵⁴; lógicamente, si era posible la extinción de una previa relación laboral ante la presentación al concurso público y la obtención de la plaza correspondiente⁵⁵.

La apuesta por la autonomía de la voluntad fortaleció la aplicación de la doctrina de los actos propios, que adquirió cierta relevancia. En su virtud, el contrato debía calificarse como laboral cuando así se derivase del comportamiento de las partes, ya fuera durante la vigencia de la relación, ya fuera, incluso, tras su finalización (existencia de carta de despido y posterior reclamación ante el orden social, por ejemplo)⁵⁶. Evidentemente, no habría relación laboral ni administrativa cuando faltasen la ajenidad y/o la dependencia, lo que acontecía en supuestos de actividades subvencionadas⁵⁷.

⁴⁸ Vid. SSTCT de 28-1 y 24-2-1987 (Ar. 1664 y Ar. 3910), de 14-1 y 8-2-1988 (Ar. 882 y Ar. 1374), de 7-2 y 13-3-1989 (Ar. 1378 y Ar. 2068), entre otras.

⁴⁹ Vid. STCT de 31-10-1988 (Ar. 6276).

⁵⁰ Vid. STCT de 18-2-1987 (Ar. 3500).

⁵¹ Vid. STCT de 3-3-1989 (Ar. 1978).

⁵² Vid. STCT de 20-9-1988 (Ar. 5568).

⁵³ Vid. STCT de 9-2-1989 (Ar. 1168).

⁵⁴ Vid. STCT de 3-2-1987 (Ar. 2160).

⁵⁵ Vid. STCT de 23-7-1987 (Ar. 16831).

⁵⁶ Vid. SSTCT de 16-3-1987 (Ar. 5825) y 25-5-1988 (Ar. 3570).

⁵⁷ Vid. STCT de 7-5-1986 (Ar. 3112).

6. LA SITUACIÓN ACTUAL: REALIDAD MATERIAL FRENTE A APARIENCIA FORMAL

La insatisfacción de los criterios previamente adoptados motivó una evolución de la doctrina judicial, de modo que el TS —a través de su Sala de lo Social, competente para esta clase de asuntos⁵⁸— acabó descartando tanto el criterio funcional como el mero criterio nominalista basado en la autonomía organizativa de la Administración, al concluir que el aspecto determinante no puede ser otro que la verdadera naturaleza del contrato. En efecto, la mera apariencia formal no puede ocultar la realidad subyacente, de manera que habrá contrato de trabajo cuando el objeto «no es un resultado específico, sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación»⁵⁹, en la medida que lo decisivo no es la naturaleza del servicio prestado, que puede ser idéntica en el contrato de trabajo y en el administrativo, ni la voluntad de las partes, sino el ámbito normativo regulador, que impone unas condiciones y exigencias que permiten delimitar el contorno jurídico de ambas figuras⁶⁰.

En consecuencia, el mero sometimiento a normas de contratación administrativa no implica necesariamente que el contrato haya de calificarse como administrativo, pues para ello es menester que su objeto se ajuste perfectamente a una de las modalidades previstas para la contratación administrativa⁶¹. Conforme a esta doctrina, «la procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita», y por ello, en estas figuras fronterizas el objeto del contrato debe consistir en «un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma», de modo que «el contrato regulado en estas normas pertenece al tipo de contrato de obra, cuyo objeto presenta las características mencionadas, y tal tipo de contrato no concurre cuando lo que se contrata no es un producto específico que pueda ser individualizado de la prestación de trabajo que lo produce —un estudio, un proyecto, un dictamen profesional, como precisaba el art. 6.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles—, sino una actividad en sí misma».

En conclusión, «puede afirmarse que la contratación administrativa ya no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí misma consideradas sino sólo en atención a la finalidad o

⁵⁸ Vid. ATS (Sala de Conflictos de Competencia) de 24-10-2005 (conflicto de competencia 25/2005).

⁵⁹ Por todas, SSTS (Social) de 18-2 y de 29-9-1999 (Ar. 2015 y Ar. 7539) y de 25-5 y 7-6-2006 (Ar. 3720 y 3325).

⁶⁰ Vid. STS (Social) de 2-2-1998 (Ar. 1248).

⁶¹ Vid. SSTS (Social) de 21-1-1999 (Ar. 819) y de 17-9-2004 (Ar. 6047).

resultado perseguido»⁶², de forma que la Administración «puede contratar con empresas o con profesionales independientes la realización de trabajos o cursos para las formación de su personal, y por lo tanto para participar en «seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad», pero siempre que se trate de profesionales con autonomía suficiente para estimar que lo hacen bajo su propia independencia de actuación, y en atención al resultado de su actividad más que a la propia actividad desarrollada; o sea mientras no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena en los términos en los que los contempla el artículo 1 del ET»⁶³.

7. CONSIDERACIONES FINALES

La evolución normativa y jurisprudencial demuestra que el contrato administrativo concertado con personas físicas se ha visto relegado jurídicamente, hasta su casi total desaparición, a favor del contrato de trabajo, que goza de una poderosa *vis* expansiva. A buen seguro, en sí mismo el contrato administrativo no es una figura perniciosa, y cuenta con argumentos que justifican su nacimiento y pervivencia. Sin embargo, el uso abusivo que de él se ha hecho ha provocado reacciones de corte defensivo que lo han abocado a esa posición marginal con que cuenta hoy en nuestro ordenamiento. A la postre, no puede olvidarse que «los problemas de delimitación son más bien problemas de utilización fraudulenta de estas figuras»⁶⁴, que «no serán corregidos más que en la medida que los cotos o limitaciones legal y judicialmente impuestas a este proceder de la Administración sean suficiente y ampliamente conocidos y terminantes en cuanto a su sanción»⁶⁵.

Ahora bien, las constantes modificaciones legales en materia de contratación administrativa exigen la adaptación de la exégesis jurisprudencial. Aunque muy perfilada en relación con los contratos previstos en la legislación precedente, es presumible que la doctrina del TS deba aquilatarse todavía más en relación con los nuevos contratos de servicios regulados en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre), pues algunas de sus modalidades —nitidamente con-

⁶² Cfr. SSTs de 27-7 y 21-12-2005 (recursos de casación u.d. 41/2004 y 5212/2004), de 17-10-2006 (recurso de casación u.d. 3195/2005), de 30-4, 20-6 y 15 y 25-10-2007 (recursos de casación u.d. 1804/2006, 2394/2006, 3200/2006 y 3377/2006).

⁶³ Cfr. STS de 6-2-2006 (recurso de casación u.d. 646/2005).

⁶⁴ Cfr. L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN: *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 181; abunda en la misma idea en pp. 190-192.

⁶⁵ Cfr. J. P. LANDA ZAPIRAÍN y otros: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 41.

tinuistas— presentan paralelismos evidentes con el contrato de trabajo. En ellas, la distinción entre actividad y resultado, sin mayores precisiones, resulta insuficiente.

En estos supuestos, y posiblemente en general, la distinción debería tomar en cuenta un elemento subjetivo, pues en un contrato administrativo la contraparte es, de ordinario, una persona jurídica, porque es más fácil disponer de los recursos que se necesitan para el cumplimiento de la obligación a través de fórmulas societarias. Cuando se contrata a una persona física, la Administración busca a un profesional que realice una obra o preste un servicio excepcional que no puede acometer con sus propios medios. La independencia con que se desarrolla la tarea es fruto del carácter predominantemente intelectual de la misma, que precisamente es uno de los objetivos de la Administración al contratar con profesionales cualificados, aunque no necesariamente por la vía de la Ley de Contratos, porque el artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, puede servir como marco jurídico habilitante ⁶⁶.

La libertad de empresa —reconocida constitucionalmente en el art. 38 CE— resulta un obstáculo aparentemente insuperable para excluir de la contratación administrativa a las personas físicas, pero no impide establecer ciertas cautelas para garantizar no sólo la solvencia económica, financiera y técnica o profesional del contratado, sino también su condición de profesional por cuenta propia. En este sentido, es cierto que el alta en el Impuesto de Actividades Económicas no constituye una circunstancia decisiva, como repetidamente ha declarado la jurisprudencia ⁶⁷, pero, en combinación con otras, puede resultar un indicio revelador de trabajo autónomo ⁶⁸. En particular, la titularidad de un establecimiento abierto al público donde se desarrolle una actividad de la misma índole, o una trayectoria profesional como trabajador au-

⁶⁶ A tenor de ese precepto, «los grupos de investigación reconocidos por la Universidad, los Departamentos y los Institutos Universitarios de Investigación, y su profesorado a través de los mismos o de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la Universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas, Universidades o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación. Los Estatutos, en el marco de las normas básicas que dicte el Gobierno, establecerán los procedimientos de autorización de los trabajos y de celebración de los contratos previstos en el apartado anterior, así como los criterios para fijar el destino de los bienes y recursos que con ellos se obtengan».

⁶⁷ Vid. SSTs (Contencioso-Administrativo) de 4-5-1996 (Ar. 5285), de 25-11-1997 (Ar. 8549) y de 23-3-1998 (Ar. 2865) y SSTs (Social) de 26-10 y 19-12-2000 (Ar. 9655/2000 y Ar. 1858/2001).

⁶⁸ Vid. R. ANIORTE SANZ, «El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», en *RTSS (CEF)*, núm. 206, 2000, p. 136 y ss.

tónimo dedicado a esa actividad, son elementos a valorar. A la postre, la legislación de contratos del sector público alude a la «capacidad y solvencia del empresario» ⁶⁹, por lo que, en último término, debería impedir la adjudicación de uno de estos contratos a quien no acredite alguna de esas circunstancias anteriores, u otras análogas. De ese modo se atajarían, desde su mismo origen, la práctica totalidad de solapamientos entre el contrato administrativo y el de trabajo.

⁶⁹ Esa es la rúbrica del Capítulo II, Título II del Libro Primero de la Ley 30/2007.

Comunicación a la Ponencia General

EL IMPACTO DEL ESTATUTO BÁSICO EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTATUTO BÁSICO Y LA DESCENTRALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO: MARCOS LOCALES DE REGULACIÓN.—III. CONEXIONES ENTRE EMPLEO PÚBLICO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: INCIDENCIA EN EL RECONOCIMIENTO DE UN ESPACIO PROPIO PARA EL ÁMBITO LOCAL.—IV. REFORZAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL.—V. CUESTIONES RELATIVAS A LA DIVERSIDAD DE EMPLEADOS EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), es importante desde muchos puntos de vista. Desde la perspectiva de su contenido material porque por primera vez en una norma sobre función pública aparece el término «empleado público» como concepto omnicomprensivo de todo el personal. En segundo lugar, porque esta ley se ha preparado, estudiado y discutido con carácter previo contándose, incluso, con el Informe de una Comisión de Expertos¹ que contenía acertadas recomendaciones sobre la materia. Y en tercer lugar, el EBEP también es destacable por el protagonismo que han tenido las organizaciones sindicales más representativas y las comunidades autónomas² durante su preparación. Por ello se puede afirmar que la trascendencia de esta norma, no reside sólo en los aspectos novedosos que incorpora en materia de empleo público³, sino en el poten-

¹ *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, abril de 2005, INAP, 2005.

² Aunque hay que tener en cuenta que no todas expresaron su conformidad con el texto final de la ley. En todo caso, esa participación directa de las administraciones territoriales y de los agentes sociales en los momentos de elaboración del proyecto de ley se trasluce en el contenido final del texto.

³ El impacto doctrinal de la presente regulación está siendo más que notable. Entre los muchos trabajos publicados sobre la materia y sin propósito exhaustivo, pueden citarse: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (M. SÁNCHEZ MORÓN, dir.), Lex Nova, 2007; del mismo autor también «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del empleado público», en *Justicia Administrativa*, núm. 36/2007; *Estatuto Básico del Empleado Público* (L. ORTEGA, dir.), La Ley 2007; DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *RGDTSS*, núm. 14, mayo de 2007, lustel.com; C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público», en *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, núm. 293-294, 2007; D EL REY GUANTER, S.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «El Estatuto Básico del Empleado Público: Comentarios a la Ley en espera de su desarrollo», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2007.

cial que ésta encierra y, sobre todo, en el hecho de que ese potencial de regulación en desarrollo que la nueva ley posibilita se encuentra fuertemente relacionado con la negociación colectiva y la descentralización territorial.

Las mencionadas características plantean al mismo tiempo determinadas contrapartidas que hacen que el panorama que se extiende por delante no resulte fácil. La regulación de las condiciones de trabajo y del funcionamiento del personal en las administraciones públicas es una materia con valor estratégico porque incide sobre la eficacia y en el mejor o peor servicio que se preste a los ciudadanos. Siendo esto así, entra en escena el EBEP cuyo texto aparentemente cambia mucho, pero los cambios, primero, están en su mayoría condicionados a la entrada en vigor de la normativa de desarrollo, y segundo, la aplicación de esos cambios dependerá también de la concertación y de la negociación colectiva.

Se trata de una norma que apuesta en una dirección, a mi juicio acertada, en cuya elaboración se ha querido contar con el apoyo y el asesoramiento de los expertos, de los interlocutores sociales, de las administraciones territoriales; que lleva a cabo una regulación que pretende ser respetuosa con el desarrollo autonómico, que tiene en cuenta la jurisprudencia consolidada acerca de los aspectos más polémicos y conflictivos que tiene planteados el empleo público en la actualidad... Pero todavía es pronto para saber si se alcanzará el resultado perseguido. El EBEP promete pero está condicionado por su desarrollo y en el mismo estarán concernidos los diferentes poderes territoriales y las organizaciones sindicales.

II. EL ESTATUTO BÁSICO Y LA DESCENTRALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO: MARCOS LOCALES DE REGULACIÓN

La Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, anuncia y se enmarca dentro de un proceso de reforma, que, como se apunta, será largo y complejo. Dentro de este proceso, el EBEP ha sido un paso importante, pero queda mucho por andar y el camino se ha de recorrer con la participación de las administraciones territoriales y con la intervención de los agentes sociales. La adaptación de las distintas administraciones públicas a las nuevas necesidades de gestión viene, desde hace ya tiempo, exigiendo planteamientos diferentes. En este sentido, el legislador ha querido marcar un espacio propio para la organización de cada uno de los ámbitos territoriales en materia de empleo público.

Se está contando, en suma, con la existencia de un modelo descentralizado. Un modelo en el que la Administración General del

Estado, por ejemplo, posee en la actualidad un menor número de empleados, mientras que las administraciones autonómicas hoy ocupan prácticamente a la mitad de los empleados públicos. En este contexto, las entidades locales, por su parte, muestran una numerosa presencia de empleados públicos y presentan además importantes diferencias entre ellas en lo que respecta a sus necesidades y a la gestión de las mismas.

Todo ello se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del EBEP; hoy es imposible configurar un sistema de empleo público de un modo homogéneo y heteroconfigurado que haga caso omiso de sistemas de composición y de articulación. Ahora es necesario articular y coordinar los diferentes ámbitos permitiendo mayores dosis de autonomía en la gestión del personal por parte de los diferentes niveles territoriales.

El impacto del EBEP sobre el empleo público local es particularmente fuerte. La función pública local forma parte del ordenamiento de la función pública desarrollado a partir del bloque de la constitucionalidad. El EBEP implanta un modelo según el cual la materia de función pública local está legalmente anclada en el régimen de la función pública permitiéndose con ello complementar y desarrollar dicho régimen. Así, cada vez que se hace referencia a la potestad de desarrollo de «las administraciones» o a «la administración» habrá que entender incluida también a la administración local aun cuando se trate de una capacidad sometida por el principio de reserva de ley del artículo 103.3 CE⁴. Según lo expuesto, el régimen jurídico de la función pública local se llevará a cabo a través de legislación si se trata de la determinación material esencial del estatuto de la función pública, pero el reglamento estatal o autonómico sólo entraría en juego en defecto de reglamentación local. De este modo se asegura un equilibrio necesario entre flexibilidad para que cada administración local pueda desarrollar su política de personal, y uniformidad para garantizar unas bases comunes.

III. CONEXIONES ENTRE EMPLEO PÚBLICO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: INCIDENCIA EN EL RECONOCIMIENTO DE UN ESPACIO PROPIO PARA EL ÁMBITO LOCAL

La Administración ha cambiado mucho, se ha transformado, en cuestión de muy pocos años, de una manera radical y en lo tocante a la

⁴ Véanse las interesantes reflexiones al respecto de FUENTETAJA PASTOR, J.: «La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Anuario de Derecho Local*, IDL-UAM, 2007, pp. 64 y 65.

gestión de su personal puede decirse que ésta es un reflejo, un correlato, de lo antedicho. Se plantean así, abundantes aspectos de gestión de creciente interés⁵, como son los referidos a la externalización de los servicios⁶, a la gestión participativa, a la evaluación del desempeño, a la influencia de las TIC en los modelos públicos de recursos humanos... en definitiva, es posible afirmar, como se ha hecho rotundamente⁷, que el paradigma organizativo en el que se asentaba la burocracia de nuestro país, se ha roto.

Con esta premisa de partida, la cuestión que se plantea es derivada y es que hay una necesidad acuciante de delimitar y respetar la existencia de un margen más o menos amplio para la potestad organizativa de cada administración territorial que no puede seguir siendo administrada con una tendencia a la homogeneidad tal y como ha venido siéndolo hasta el momento. Porque cada administración debería contar con un margen propio para realizar una política de personal centrada en sus específicas necesidades⁸.

Hasta el momento presente, la delimitación de lo básico que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional ha ido evolucionando, pero esa jurisprudencia consolidada⁹ ha dado cobertura a lo que se ha calificado cómo un ejercicio «innecesariamente intenso» de la utilización del título competencial del Estado en virtud del artículo 149.1.18 CE, ofreciendo como resultado final un homogéneo modelo de empleo público¹⁰. Una de las cuestiones que el EBEP plantea es precisamente la relativa a cuál habría de ser el papel de la legislación básica en el

⁵ Vid. *El Estatuto del Empleado Público y la modernización de la Administración Local*, Trea, 2007.

⁶ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del empleado público», en *Justicia Administrativa*, núm. 36/2007.

⁷ CASTILLO BLANCO, F. A.: «El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿Hasta dónde llegan las bases? (el sistema de empleo público en un gobierno multinivel)», ponencia presentada en el III Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, febrero de 2008.

⁸ Muy interesantes, en mi opinión, las reflexiones que en esta misma línea, aunque referidas a los aspectos retributivos del personal, hacía CASTILLO BLANCO en su monografía *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, 2002.

⁹ El Estado tiene competencia para dictar la legislación básica en materia de función pública. Desde ahí se ha ido construyendo una doctrina: Primero, que dicha competencia comprende a todos los funcionarios de todas las Administraciones Públicas (STC 99/1987); segundo, que por básico debe entenderse todo lo relativo a: Acceso, ascensos, pérdida de la condición de funcionario (STC 207/88), participación en la determinación de las condiciones de trabajo (STC 98/95), incompatibilidades (STC 179/89) o el sistema retributivo (STC 103/97). Pero, además se ha extendido sobre aspectos conexos o directamente vinculados con el modelo organizativo o con respecto a reglas definidoras del mismo: sistema de puestos de trabajo, selección del personal, carrera...

¹⁰ Vid. CASTILLO BLANCO, F. A.: «El Estatuto Básico del Empleado Público...», *op. cit.*, p. 7.

empleo público dado que se trata de una materia sobre la inciden las potestades autoorganizativas que tiene cada administración ¹¹.

Y es que resulta clara la conexión entre la materia de empleo público y la organización administrativa, siendo esta última un elemento innato o consustancial a la autonomía pues difícilmente se puede gestionar con autonomía una organización si no se tiene capacidad de adaptar el modelo de empleo. Nuestro sistema de función pública tiene la influencia de una inercia preconstitucional muy fuerte que ha marcado el modelo y se ha reproducido en los ámbitos autonómicos. Todo ello resulta poco operativo para una más eficaz gestión de los recursos humanos.

Ha sido la búsqueda de eficacia en la gestión la que ha impulsado la contratación laboral en las administraciones públicas y la aparición de mecanismos de gestión propios de las organizaciones privadas. Se ha valorado como una ventaja indudable el uso flexible de los recursos humanos a través de la contratación laboral temporal ¹², o el empleo de mecanismos de subcontratación y resto de medidas propias de la descentralización productiva. Pero entonces, no es cuestión baladí cómo funcionan estos órganos, ni qué capacidad de gestión y qué autonomía tengan los distintos órganos administrativos con competencias en la gestión del personal, para ensayar una u otra fórmula. En todo caso, no hay que olvidar que la búsqueda de mayor eficacia plantea retos a la organización del empleo público y se trata de ver cómo se abordan dichos retos ¹³.

La constitución atribuye a las comunidades autónomas competencias en materia autoorganizativa y de gestión (art. 148.1.1 CE) y también reconoce la autonomía local (art. 137 CE). El EBEP avanza hacia un modelo de empleo público adaptado a las exigencias de un estado descentralizado. El Estado tiene conferidos los elementos estructurales del empleo público, las administraciones territoriales, en particular las comunidades autónomas, los elementos organizativos que inciden en el empleo público y deben permitir que se pueda adaptar a las finalidades de cada administración territorial.

¹¹ Siguiendo a CASTILLO BLANCO, *op. cit.*, p. 11 y ss.; la legislación básica puede cumplir más funciones además de la de establecer normas de directa aplicación: Puede cumplir una función principal y establecer un conjunto de principios a los que debe ajustarse el legislador autonómico. Puede cumplir una función directiva señalando los fines u objetivos, pero dejando libertad en la elección de los medios. Puede desempeñar una función orientativa, convirtiéndose en norma dispositiva, y podría, por último, establecer estándares mínimos.

¹² Sin duda, la posibilidad de celebrar contratos temporales ha representado para las AAPP una posibilidad de flexibilizar el régimen de incorporación del personal al empleo público profusamente utilizada por ella.

¹³ Para un estudio más detenido sobre la búsqueda de eficacia en el empleo público, *vid.* DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, 2006.

En coherencia con el modelo de empleo público que el EBEP contiene, su texto legal incluye, tanto normas de directa aplicación como por ejemplo los derechos reconocidos a los empleados públicos (art. 14), como normas que enuncian principios, por ejemplo las relativas al acceso al empleo, o normas que son directrices, como las que regulan la evaluación del desempeño. También hay normas de mínimos al recoger los permisos de los funcionarios, incluso normas dispositivas en materia de retribuciones complementarias.

IV. REFORZAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL

La expresa referencia en el EBEP a la negociación colectiva como vehículo de concreción, cuando no de regulación de muchas y muy variadas cuestiones, tiene una particular repercusión en el ámbito local del empleo público. Así, expresamente se hace referencia a la negociación colectiva de los funcionarios públicos y del personal laboral como vía para contribuir a concretar las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la Administración, pero, concretamente, hay dos previsiones en el EBEP que afectan de especial manera al nivel local ¹⁴.

El EBEP establece una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, para el diálogo o la negociación común para todas las Administraciones Públicas. Dicha Mesa estará presidida por la Administración General del Estado y en ella estarán representadas todas las Comunidades Autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar. Con ello se quiere responder a una necesidad existente como era la de crear un marco que permitiera la negociación común y coordinada entre todas las administraciones. Dicha articulación de la representación de la Administración tiene un significado. Tratándose de una Mesa en la que están representadas todas las administraciones públicas se corre el riesgo de conceder a las administraciones autonómica y local una capacidad negociadora sobre materias que son competencia del Estado. La solución legal de coordinar los distintos niveles de Administración a la hora de negociar con los sindicatos el contenido de la legislación básica, es acertada. Así es como debe entenderse la previsión de que la Administración General

¹⁴ Para un comentario en particular sobre las novedades de estas previsiones puede verse, DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «Descentralización, articulación y flexibilidad en el empleo público: La Ley 21/2006, de 20 de junio, por la que se modifica la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas», en *Relaciones Laborales*, núm. 19, 2006.

del Estado presidirá la representación de las administraciones públicas: ésta será una representación unitaria englobada bajo dicha presidencia, pero se contará con la presencia de la representación de otras instancias territoriales en función de los temas a tratar; para ello se presume necesario el acuerdo previo tomado en foros tales como la Conferencia Sectorial de Administración Pública y otros foros específicos.

Otra importante previsión del EBEP es que establece una Mesa General de Negociación de todas las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada administración. Esta novedad tiene una singular trascendencia en el ámbito local, pues es este un ámbito en el que se han efectuado la mayoría de los intentos y del que han partido múltiples demandas de lograr una negociación de este tipo, una negociación mixta. Esta negociación tiene valor desde el punto de vista de una gestión del personal eficaz en numerosas dependencias administrativas, sobre todo en las entidades locales, en las que las funciones que lleva a cabo el personal laboral y funcionario son similares; en esos supuestos, resulta evidente la ventaja que proporcionaría un sistema de negociación conjunto ¹⁵.

Lo cierto es que en la práctica, y aún cuando no se encontraba prevista legalmente, la negociación colectiva unitaria de las condiciones de trabajo del personal se ha venido produciendo, especialmente en las entidades locales, aunque no sólo en ellas, y frecuentemente con ocasión de la celebración de pactos y acuerdos sobre materias concretas, pero también en acuerdos generales sobre condiciones de trabajo. Pero por el momento, los Tribunales consideran que los acuerdos o convenios colectivos alcanzados como consecuencia de procedimientos de negociación conjunta son contrarios a Derecho. Muchos acuerdos unitarios han sido anulados por los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo por entender que las diferencias entre los dos regímenes jurídicos convierten en un imposible este tipo de negociación. Ahora, los artículos 36.3 y 38.8 EBEP abren un cauce legal a dicha negociación y expresamente queda establecido que los pactos y acuerdos que contengan materias comunes al personal funcionario y al laboral, tendrán la consideración de pacto o acuerdo para los funcionarios y de convenio colectivo para el personal laboral.

En suma, puede decirse que en el ámbito local, la negociación colectiva presenta peculiaridades que se añaden a la larga lista de las que se observan en la estructura y en la regulación de esta materia en el

¹⁵ Vid. GUILLÉN OLCINA, J. J.: «Convenios, pactos y acuerdos colectivos mixtos. Hacia una negociación colectiva laboral y funcional conjunta en el ámbito de las entidades locales», en *La negociación colectiva en las administraciones públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, CGPJ, 2007.

empleo público, ya de por sí rica y compleja. Así, se plantean problemas de delimitación de la persona jurídico-pública que negocia, se plantean interrogantes acerca de cuáles son los entes que han de considerarse administración local a los efectos de negociadores, debido, sobre todo a la creciente complejidad organizativa. Por último, y dadas las elevadas tasas de temporalidad en el ámbito local y a la elevada presencia de personal laboral en comparación con otros ámbitos, cabe destacar la importancia de los pactos locales en favor del empleo en la negociación colectiva¹⁶.

V. CUESTIONES RELATIVAS A LA DIVERSIDAD DE EMPLEADOS EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL

Con su carácter de norma básica, la regulación del EBEP ha tenido en cuenta la heterogeneidad de las diferentes administraciones territoriales y lo dispar de sus necesidades en materia de personal. Pero ello significa que será necesario efectuar un desarrollo ulterior dentro de la competencia atribuida para ello a las distintas administraciones territoriales. De modo que, en desarrollo de lo dispuesto en el Estatuto, tanto el legislador estatal como el autonómico, deberán modificar y regular en sus propias leyes de función pública las cuestiones y materias que entren dentro de su específico ámbito de competencias sin olvidar que, del mismo modo, las entidades locales habrán de contar con un ámbito propio de competencias en la materia.

En este contexto, descentralizado y con una multiplicidad de ámbitos, la entrada en escena de un texto que se denomina básico ha planteado numerosas dudas y ha dado origen a la formulación de diversas consultas por parte de las entidades locales acerca de su aplicación en el ámbito de la administración local¹⁷. El impacto que ha tenido la entrada en vigor del nuevo texto en el ámbito local se puede calibrar también por la aparición de un número significativo de publicaciones centradas en el específico ámbito local¹⁸. Pero, además, volviendo a las consultas

¹⁶ Sobre este particular, puede verse el estudio sobre *La negociación colectiva en los entes públicos locales de Andalucía* (coord.: F. J. PRADOS DE REYES), Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007.

¹⁷ En respuesta a las mismas «ante la conveniencia de facilitar el conocimiento general de los criterios mantenidos por la Dirección General de Cooperación Local, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial y de la Dirección General de Función Pública», se han hecho públicos unos Criterios Generales de Aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local.

¹⁸ Entre muchos, puede verse, *El Estatuto del Empleado público y la modernización de la administración local*, fruto del XIII Seminario sobre Gestión Pública Local, editado por Trea, 2008. También puede verse, de J. P. INAZO HERNANDIS: «La necesaria reforma del

formuladas desde distintos organismos públicos, la Dirección General del Cooperación Local, la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial así como la Dirección General de Función Pública, han hecho públicos unos criterios generales para la aplicación del EBEP en la administración local. Estos criterios se centran en algunos de los aspectos más destacados de la gestión del personal en el empleo público local, como seguidamente se verá.

a) En lo tocante al *ámbito de aplicación del EBEP* en la administración local, se puntualiza en los criterios que la regulación contenida en aquel se aplica a todos los empleados públicos (funcionarios y laborales) que presten servicios tanto en municipios, provincias, islas, como en entidades de ámbito territorial inferior al municipal, Comarcas Áreas Metropolitanas o mancomunidades de municipios ¹⁹.

b) Los perfiles del *personal funcionario propio de las entidades locales* se han visto afectados por la nueva regulación. El artículo 9.2 EBEP establece una reserva de funciones con carácter exclusivo para los funcionarios públicos, al disponer que, «*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 salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca*».

En este contexto, el apartado 1.1 de la Disposición Adicional Segunda EBEP desagrega un conjunto de funciones reservadas exclusivamente a los funcionarios en el ámbito de las Corporaciones locales ²⁰ y, por su parte, el apartado 1.2 de la misma DA, especifica las funciones reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal. No está claro si ha sido de forma deliberada, pero el EBEP ha reducido para la administración local el ámbito señalado en su artículo 9.2 y, especificando esta norma mediante la citada DA 2.^a, ha dibujado un alcance más reducido, más limitado, pues las funciones públicas locales reservadas a funcionarios son las que impliquen ejercicio de autoridad.

empleo público local en la modernización de los gobiernos locales», en *Revista de Estudios sobre la Administración Local y Autonómica*, núm. 304 /2007, pp. 107 y ss.

¹⁹ Esto es, en cualquiera de las distintas clases de entidades locales referidas en el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. También se aplicará el EBEP al personal de los organismos públicos locales (organismos autónomos y entidades públicas empresariales locales), así como a los consorcios, salvo que adopten forma mercantil, en cuyo caso sólo les serán aplicables los principios relativos a los códigos de conducta, los principios éticos, los rectores del acceso y lo relativo a las personas con discapacidad.

²⁰ Las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y las de contabilidad y tesorería.

Ello puede ser debido a que se ha sido consciente de la mayor y más significativa presencia del personal laboral en el ámbito local del empleo público y se ha buscado confirmar o respaldar legalmente dicha circunstancia. Pero, en todo caso, la regulación permite también interpretar que ambos preceptos cumplen la función de identificar las funciones que necesariamente han de ser desempeñadas por funcionarios públicos sin constreñirlos sólo a esas funciones. Es decir, puede haber funcionarios en la administración local desempeñando también otras funciones. En suma, los anteriores preceptos no pretenden «llevar a cabo el deslinde del campo laboral frente al funcional»²¹.

c) También se han previsto especialidades para los *funcionarios con habilitación de carácter estatal*. Las funciones públicas reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal en las Corporaciones Locales son las de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo y las de control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación²². También en lo referido a este personal se percibe la existencia de una cierta interinidad en la regulación vigente a la espera de la normativa de desarrollo precisa²³.

Por otra parte, el sistema de libre designación para la cobertura de puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal continúa rigiéndose por la normativa vigente para los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en el EBEP. Y con respecto a otras formas de provisión, se permite que de conformidad con el apartado 5.3 DA segunda, las Comunidades Autónomas efectúen, de acuerdo con su normativa, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter estatal, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental. En tanto no se efectúe el desarrollo normativo de dicha disposición es de aplicación lo dispuesto en el TRRL y demás disposiciones concordantes, con algunas excepciones señaladas en los criterios de aplicación.

Y en cuanto al régimen disciplinario, al igual que se contempla para el personal funcionario propio de las entidades locales, éste se rige, en

²¹ FUENTETAJA PASTOR, J.: «La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Anuario de Derecho Local, IDL-UAM*, 2007, p. 73 y ss.

²² Disposición Adicional Segunda, 1.2 EBEP.

²³ Continúan en vigor las normas relativas a la creación, clasificación y supresión de puestos reservados a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional contempladas en los artículos 159.1 TRRL y 2 a 9 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio. Se entienden referidas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, hasta tanto se aprueben por Ley los criterios básicos sobre creación, clasificación y supresión de puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal.

primer lugar, por las normas contenidas en el Título VII del EBEP pero continúan en vigor, en todo lo que no se oponga o contradiga al Título VII del EBEP, las normas sobre régimen disciplinario de estos funcionarios contenidas en los artículos 146 a 152 del TRRL y 46 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, de Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, en tanto no se lleve a cabo el desarrollo legislativo por las Comunidades Autónomas previsto en el apartado 6 de la Disposición Adicional segunda del EBEP.

d) Otra cuestión de singular importancia dentro de la nueva regulación y que ha dado lugar a su aclaración para su aplicación en el ámbito local, es la relativa a las reglas establecidas en el artículo 60 EBEP acerca de la *composición y el funcionamiento de los órganos de selección*. Así, los criterios de aplicación del estatuto en la administración local se han detenido en el análisis de cómo debe entenderse para este ámbito la antedicha regulación ²⁴, en particular, en lo que se refiere a la regla que establece que no podrán formar parte de los órganos de selección, el personal de elección o designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual (art. 60.2); así como que la pertenencia será siempre a título individual, no pudiéndose ostentar ésta en representación o por cuenta de nadie (art. 60.3).

A estos efectos, debe entenderse por «personal de elección política», los cargos públicos representativos locales como son Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputación, Diputados provinciales..., etc. ²⁵. En cuanto al «personal de designación política», éste no debe identificarse con quienes son nombrados por el procedimiento de libre designación, incluidos los funcionarios con habilitación de carácter estatal, pues ésta es una forma de provisión de puestos de los funcionarios de carrera, no una clase de personal. En cuanto a la regla de que la pertenencia a los órganos de selección lo será siempre a título individual y no en representación o por cuenta de nadie, los Criterios de Aplicación han entendido que ello significa que no pueden aceptarse propuestas ni actuaciones en nombre de órganos unitarios de representación del personal, organizaciones sindicales, colegios profesionales o cualquier entidad representativa de intereses ²⁶.

²⁴ Vid. Criterio 2.1.

²⁵ En los criterios se entiende que queda implícitamente derogado el segundo párrafo de la letra f) del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración Local.

²⁶ Acerca de esta cuestión son muy interesantes los argumentos de ALFONSO MELLADO, C. L.: «Informe sobre la posibilidad de que las organizaciones sindicales participen en los órganos de selección en el empleo público», en *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2008,

e) Se pueden hacer también algunas consideraciones sobre el *personal laboral en el ámbito local*. Efectivamente, una de las principales novedades del texto del estatuto va referida a la característica, por antonomasia, del empleo público: la dualidad de regímenes reguladores del personal que presta sus servicios en él. Esta es la primera vez que en un texto jurídico normativo regulador del estatuto se hace una expresa referencia al término «empleado público» como un término omni-compresivo de ambos tipos de personal.

Según el artículo 8 EBEP, son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales. A su vez, los empleados públicos quedan clasificados en: Funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal eventual y personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. En cuanto al personal laboral, los cambios son notables. Lo primero que llama la atención es que haya desaparecido la técnica que utilizaba el anterior artículo 15.1.c) LMRFP en el que expresamente se atribuía carácter excepcional a la presencia de este personal y expresamente también se especificaban los puestos para el desempeño de los cuales era posible la contratación del mismo. Así pues, ahora la técnica empleada para adjudicar la naturaleza laboral o funcionarial del puesto de trabajo es diferente. Tal vez sea así porque con este cambio el EBEP, no sólo recoge las recomendaciones de los expertos²⁷ y la doctrina comunitaria²⁸, sino que también es algo que va en coherencia con la realidad empeñada en demostrar la plena y extensa presencia del personal laboral más allá de lo delimitado por el antiguo artículo 15.1.c) LMRFP (cabe recordar además que este precepto no tenía carácter de norma básica)²⁹.

En todo caso, la cuestión presenta más aristas de las que parece a primera vista ya que serán las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP las que deberán establecer los criterios para deter-

p. 205 y ss. Es una cuestión que se suscita con motivo de la presente regulación establecida en el artículo 60.3 EBEP, y sobre el particular se sostiene una interpretación distinta a la expuesta en los criterios, entendiendo además, que cualquier solución debe partir del texto legal vigente que debe, a su vez, ser interpretado en el conjunto del precepto y del resto de norma que pudieran afectar a esta cuestión.

²⁷ *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, abril de 2005, INAP, 2005, p. 53.

²⁸ *Vid. Comunicación de la Comisión sobre la libre circulación de trabajadores*. Bruselas, 11 de diciembre de 2002, COM (2002) 694 final, p. 21.

²⁹ La Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, ordena la publicación de las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE de 23 de junio). Estas Instrucciones señalan que el espacio que puede ocupar el personal laboral en la AGE sigue estando marcado por lo preceptuado en el artículo 15.1.c) LMRFP.

minar qué puestos de trabajo puede desempeñar el personal laboral, y en esa determinación, las distintas administraciones se encontrarán vinculadas por la cláusula de salvaguarda de poder público e intereses generales del artículo 9.2 EBEP, que resulta de aplicación directa y vinculante para todas. Este tipo de empleado público sujeto de una relación jurídico laboral con la Administración se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables³⁰, por los preceptos del EBEP que así lo dispongan. Es la primera vez en que abiertamente se hace referencia a una Relación Laboral de Empleo Público, sin llegar a conceptualarla como una relación laboral especial³¹, pero sí reconociendo la existencia de esta peculiar relación.

Ahora, según lo dispuesto en el artículo 11 EBEP, es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las administraciones públicas; y según lo dispuesto en el artículo 9 EBEP, funcionarios de carrera son quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente. Así, se define en paralelo a estas dos clases de personal, pero, en todo caso, se dispone que el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.

Singular importancia tiene la norma del estatuto que establece que procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido disciplinario acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave³². Sobre este particular, puede verse los efectos que trae consigo la regulación establecida en el artículo 96.2 EBEP, en una situación en la que hasta el momento la autonomía colectiva intervenía

³⁰ Que en el caso del personal laboral de la AGE, será el II Convenio Colectivo Único para el personal laboral y el ámbito local, por ejemplo, en el correspondiente al ámbito municipal de Madrid, por el I Convenio Colectivo Único para el personal laboral.

³¹ Vid. DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», en *RGDTSS*, núm. 14, mayo de 2007, Iustel.com, que considera que se trata de una relación laboral sometida a un régimen específico. Vid., también, SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial de empleo público», en *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2007.

³² Vid. VIVERO SERRANO, J. B.: «El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico», en *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2006, p. 63 y ss.

por considerarse derecho necesario relativo con el respaldo de una Jurisprudencia consolidada³³.

Por lo demás, es notable la referencia a los convenios colectivos, tanto en materia de provisión de puestos, como en materia de movilidad del personal laboral que se realizará de conformidad con lo establecido en los mismos y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera. También se efectúa una llamada al convenio colectivo para la regulación de las situaciones del personal laboral y ello es importante pues los convenios colectivos podrán determinar que el Título VI EBEP relativo a las «Situaciones administrativas» se aplique al personal incluido en sus respectivos ámbitos de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores.

f) Acerca del *personal eventual y del personal directivo en la Administración Local* también se contiene referencias en los Criterios de Aplicación. Se trata de referencias que aunque son escuetas, revisten especial importancia dada la peculiaridad de ambas figuras. Por una parte, el personal eventual, esto es, el que en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin, presenta como novedad el hecho de que el artículo 176.3 TRRL haya que entenderlo implícitamente derogado al oponerse al contenido del artículo 12 EBEP³⁴.

El nombramiento de personal eventual para el desempeño de funciones directivas en las entidades locales ha sido una constante realidad en los últimos tiempos y está produciendo importantes distorsiones en ese ámbito³⁵; a partir de ahora puede entenderse que el EBEP impide tal posibilidad y ello se encuentra en consonancia con otra de las singulares aportaciones del nuevo texto, la creación de un personal directivo profesional en las administraciones públicas.

En cuanto al personal directivo, se establece que su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.2 EBEP. Cuando la actividad de que se trate implique el ejercicio de potestades públicas, su desempeño queda reservado a funcionarios de carrera, sin perjuicio de lo dispuesto en las

³³ Puede verse, por todas, la STS de la Sala 4.ª de 19 de septiembre de 2006, Ar. 7434.

³⁴ Sin embargo, continúan en vigor los artículos 104 LrBRL y 176, apartados 1, 2 y 4 del TRRL.

³⁵ FUENTETAJA PASTOR, J.: «La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Anuario de Derecho Local*, IDL-UAM, 2007, p. 82.

Leyes de Régimen Especial y Capitalidad. Las condiciones de empleo del personal directivo no tendrán la consideración de materia objeto de negociación colectiva. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sujeto a relación laboral especial de alta dirección. Se trata de un personal, el directivo, cuya regulación encierra particular trascendencia, más aún hoy, una vez que se ha anunciado y remitido por el EBEP a la elaboración de un estatuto específico ³⁶.

Como puede apreciarse, la materia concerniente a la regulación del empleo público local encierra una multitud de aspectos interrelacionados entre sí y, en consecuencia, especialmente sensibles a cualquier variación en la regulación general y de ámbito estatal. Es ya una frase o expresión común aquella que indica que una vez efectuada la descentralización del Estado en un estado de las autonomías, queda pendiente una segunda descentralización desde el ámbito autonómico al municipal. Qué duda cabe de la singular trascendencia de las entidades locales en la administración de los intereses generales, ello las convierte en un ámbito de referencia también para la ordenación de sus recursos humanos. El EBEP ha configurado legalmente un nuevo ámbito de empleo, ha dado mayor carta de naturaleza al empleo público local.

³⁶ Entre los trabajos más recientes puede verse: HERNÁNDEZ DE LA TORRE, J. M.^a: «Algunas consideraciones sobre la función pública directiva», en *Revista Aragonesa de Función Pública*, núm. 30, 2007, p. 423 y ss. Asimismo, MIRA FRUCTUOSO, «El personal de elección o designación política en el EBEP», en *El Consultor*, CAJ 20/07. *Vid.*, también, GONZÁLEZ BALLESTEROS: «La creación de puestos de trabajo reservados a personal directivo en los municipios catalanes de régimen común a la luz del EBEP», en *El Consultor*, 21/07.

Comunicación a la Ponencia General

EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN RÉGIMEN LABORAL TRAS EL EBEP: ALGUNAS LUCES Y DEMASIADAS SOMBRAS

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO

Profesor contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Profesor-tutor del centro asociado de la UNED de Tenerife
Universidad de La Laguna

SUMARIO:

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN RÉGIMEN LABORAL BAJO.—2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD AL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y EL SISTEMA DE FUENTES: EL CONTROVERTIDO PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.—3. LAS PRINCIPALES DEFICIENCIAS E INSUFICIENCIAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO-MATERIAL DEL ACCESO DIRECTO E INDIRECTO AL EMPLEO PÚBLICO LABORAL.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN RÉGIMEN LABORAL BAJO SOSPECHA

Antes de entrar en el análisis del régimen jurídico del acceso al empleo público laboral, profundamente afectado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), aunque todavía con muchas más sombras que luces, conviene tratar, siquiera sea superficialmente, el acceso o selección de los trabajadores asalariados en el sector privado ¹.

El empresario privado, a la hora de seleccionar a los trabajadores asalariados, goza de un amplísimo margen de maniobra, amparado en el derecho constitucional a la libertad de empresa —art. 38 CE— y en la autonomía de la voluntad —arts. 1.254 y 1.262 CC— ². Amplísimo margen de maniobra que puede perfectamente ser interpretado en términos de no intervención jurídica. Las decisiones empresariales selectivas en el sector privado se mueven en un terreno estrictamente económico. El empresario privado puede tener tanto interés como el público, si no más, en utilizar parámetros de selección objetivos y lograr así captar a los candidatos más idóneos. Lo que sucede es que esa objetividad no se impone desde el Derecho. Si acaso se impone desde la Economía.

En realidad, la libertad empresarial de contratación no es ilimitada; no es completamente ajena a la intervención jurídica. Algún papel, aunque sea secundario, cumple el Derecho. En este sentido, el principal límite general de la libertad de contratación es el principio constitucio-

¹ La presente comunicación es el producto de una investigación mucho más amplia, realizada para el tercer ejercicio de la última habilitación nacional para el cuerpo de profesores titulares de Universidad. La investigación ha culminado en una monografía que lleva por título «El acceso al empleo público en régimen laboral», actualmente en prensa.

² STC 147/1986, F.J. 4. Vid. T. SALA FRANCO: *La libertad empresarial de contratación*, IES, Madrid, 1980, p. 5, y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA: *Derecho del Trabajo*, Cerusa, Madrid, 2007, pp. 545-548.

nal de no discriminación —arts. 14 CE y 17 ET—. Desde una perspectiva no ya general, sino sectorial, la autonomía colectiva también puede limitar la libertad empresarial de contratación a través de mecanismos diversos, el más importante de los cuales, sin duda, el establecimiento de procesos objetivos de selección. No es todavía, en todo caso, una práctica generaliza, ni siquiera entre las grandes empresas ³. Este panorama de escasa intervención jurídica en la selección de trabajadores en el sector privado está llamado a cambiar, en parte al menos, de la mano de la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres ⁴.

Por el contrario, las organizaciones públicas, por utilizar una terminología suficientemente amplia y comprensiva de los distintos poderes públicos, no sólo de las Administraciones Públicas, cuando adoptan la posición jurídica de empresario laboral no se rigen en la fase previa a la contratación, en la selección de los aspirantes, ni por el derecho constitucional a la libertad de empresa, ni por el principio de autonomía de la voluntad. Sus decisiones más que en un escenario económico se mueven en uno jurídico, fuertemente intervenido además. Escenario jurídico presidido por los principios constitucionales de mérito y capacidad, esto es, por la selección conforme a parámetros objetivos ⁵.

La objetividad impuesta por el Derecho pretende en principio algo no muy diferente de lo que sucede en las empresas privadas bien gestionadas y competitivas, a saber, seleccionar a los candidatos objetivamente más idóneos para cada puesto de trabajo y de esta manera garantizar la eficiencia de la organización. Además de lo anterior, la selección de empleados públicos con arreglo a criterios objetivos es una exigencia ineludible del propio sistema democrático. Lo que está en juego es la propia credibilidad del Estado de Derecho —art. 9.1 CE—; la confianza en la democracia representativa vertebrada por los partidos políticos —art. 23.1 CE—; la creencia en la neutralidad, objetividad y eficacia de la Administración Pública a la hora de servir los intereses generales —art. 103.1 CE— ⁶.

³ R. AGUILERA IZQUIERDO: «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», en AS, 2003-V, pp. 582 y ss.

⁴ G. FÁBREGAT MONFORT: *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 55 y ss., y J. M.^a SERRANO GARCÍA: *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 107 y ss.

⁵ Por todos, M. FÉREZ FERNÁNDEZ: «El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado», en *Documentación Administrativa*, 1995, núms. 241-242, pp. 61 y ss.

⁶ Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «Comentario al artículo 23 de la Constitución», en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 62; F. A. CASTILLO BLANCO: *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*,

De ahí que la Constitución española reconozca a los ciudadanos el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público —arts. 14, 23.2 y 103.3 CE—. Derecho subjetivo y fundamental reconocido a nivel de legalidad ordinaria por el artículo 55.1 EBEP, de manera mucho más rotunda de lo que lo hacía el derogado artículo 19.1 LMRFP de 1984.

Las poderosas razones de naturaleza política, y traducción jurídico-constitucional desde la revolución francesa ⁷, para que la selección de cualesquiera empleados públicos obedezca exclusivamente a parámetros objetivos no parece que hayan acabado de calar del todo en el contexto social y político en el que se desenvuelve la misma. No es nada aventurado afirmar que la percepción que buena parte de la ciudadanía tiene no es precisamente buena; que está demasiado extendida la sospecha de clientelismo, favoritismo, amiguismo, nepotismo, corporativismo y otros ismos negativos⁸. De ahí que el Informe de la Comisión de estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante Comisión EBEP) llamara enérgicamente la atención sobre las frecuentes irregularidades en los procesos selectivos.

Si el fenómeno es preocupante en todo el ámbito del empleo público es en el prestado en régimen laboral donde con más claridad se manifiesta. De hecho, y como dice el citado Informe, una de las causas principales de la espectacular expansión del régimen laboral de prestación de servicios, predominante ya en las corporaciones locales, por no hablar de buena parte de la llamada Administración institucional, es la

Comares, Granada, 1993, p. 13; M. SÁNCHEZ MORÓN: «Artículo 23.2. El derecho a acceder a funciones y cargos públicos», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. II, dirigida por O. Alzaga Villamil, Edersa, Madrid, 1997, pp. 667-669; J. PRATS I CATALÀ: «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público», en *Documentación Administrativa*, 1995, núms. 241-242, pp. 11 y ss.; M.^a J. MONTORO CHINER: «El marco jurídico constitucional sobre el acceso a los empleos públicos», en F. A. CASTILLO BLANCO (coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, Granada, 1998, pp. 193-195; y J. RODRÍGUEZ-ARANA: «El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho administrativo español», en *Actualidad Administrativa*, 2007, núm. 3, pp. 161-163.

⁷ El artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, dice lo siguiente: «Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella (la ley), son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos» (mío el paréntesis). La primera Constitución española que recoge los principios de mérito y capacidad es la de 1837. Vid. R. PARADA: *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 13 y ss., y 43 y ss.

⁸ Entre otros muchos, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Artículo 23.2...», *op. cit.*, pp. 669-670; J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al empleo público*, CEF, Madrid, 2005, pp. 145 y 158; R. PARADA: *Derecho del empleo...*, *op. cit.*, pp. 77-80; y J. PINAZO HERNÁNDIS: *Empelo público para una nueva Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 130.

«relajación» en dicho régimen de los principios constitucionales de mérito y capacidad ⁹.

La selección de empleados públicos laborales bajo sospecha supone, entre otras muchas cuestiones, la constatación de cómo el Derecho no ha logrado todavía moldear satisfactoriamente los correspondientes comportamientos políticos y sociales. En alguna medida, esa falta de adecuada penetración social es achacable al propio Derecho, al régimen jurídico de la selección de empleados públicos laborales en sus diferentes niveles: desde la base constitucional hasta la *praxis* administrativa, pasando por la configuración normativa a nivel de legalidad ordinaria *lato sensu* y la aplicación e interpretación judicial de la normativa en cuestión. Así las cosas, el hilo conductor de la presente comunicación no podía ser otro que el análisis del citado régimen jurídico desde una perspectiva marcadamente crítica.

2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD AL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y EL SISTEMA DE FUENTES: EL CONTROVERTIDO PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Empezando por la Constitución, y por la interpretación de la misma por el Tribunal Constitucional, no puede dejar de lamentarse que la STC 281/1993 no apostara por una interpretación material del término función pública del artículo 23.2 CE ¹⁰. Apuesta que, por cierto, ha efectua-

⁹ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, INAP, Madrid, 2005, p. 84. En el mismo sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 396-397.

¹⁰ Firms partidarios de la interpretación amplia del artículo 23.2 CE se muestran, entre otros muchos, T. SALA FRANCO: *Incidencias de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, MAP, Madrid, 1989, pp. 25-26; M. MAIRAL JIMÉNEZ: *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, Temas de Administración Local, Málaga, 1990, pp. 130 y ss.; E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA: «Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas? Comentario a la sentencia 281/1993, de 27 de septiembre», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XI, 1993, Civitas, Madrid, 1994, pp. 681 y ss.; y M. SÁNCHEZ MORÓN: «Artículo 23.2...», *op. cit.*, pp. 673-674. En cuanto a los partidarios de la interpretación restrictiva, por todos, M. PUERTO QUECEDO: *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, p. 355; A. OJEDA AVILÉS: *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1998, pp. 97-98; F. PRADOS DE REYES: «Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (y II)», en *AL*, 1990, núm. 17, p. 198; y J. RODRÍGUEZ-ARANA: «El marco constitucional...», *op. cit.*, p. 276.

do el artículo 55.1 EBEP. Una interpretación material acorde con la importancia que a la altura de 1993, a diferencia de 1978, tenía ya el empleo público en régimen laboral. Llama la atención a este respecto cómo siendo las irregularidades en la selección de empleados públicos laborales más frecuentes que en la de funcionarios públicos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional obedezca casi exclusivamente a procesos selectivos de funcionarios públicos. Si la jurisprudencia constitucional es un antídoto contra las irregularidades más burdas no debe extrañar que las mismas hayan disminuido mucho más en los procesos selectivos de funcionarios públicos que en los de laborales.

En todo caso, es indudable que aunque sea por la vía genérica del artículo 14 CE los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público en régimen laboral. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y ordinaria y lo sostiene unánimemente la doctrina ¹¹.

El derecho fundamental en cuestión tiene un contenido extraordinariamente complejo, como otros muchos derechos fundamentales, cuya determinación en abstracto corresponde al legislativo y a otros poderes normativos. En la configuración legal, reglamentaria y convencional del citado derecho fundamental el margen político es considerable, sin que, en todo caso, pueda desconocerse su contenido esencial —art. 53.1 CE—. A partir del estudio de la copiosa jurisprudencia constitucional, emanada casi por completo en relación con la función pública *stricto sensu*, pero extensible a la selección de empleados públicos laborales, puede colegirse que hay al menos cuatro ámbitos materiales donde el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión despliega sus efectos. En primer lugar, en la exigencia misma de convocatoria libre y pública de los puestos de trabajo vacantes, siempre que conforme al Ordenamiento vigente —cuestión de legalidad ordinaria— se consideren de nuevo ingreso y no de promoción interna, concurso de traslado, provisión, permuta, etc. En segundo lugar, en los requisitos generales y

¹¹ SSTC 281/1993, F.J. 2; 86/2004, F.J. 4; y 87/2004, F.J. 5.

En cuanto a la doctrina, entre otros, E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. I, MTAS, Madrid, 2001, p. 87; J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al...*, op. cit., p. 144; J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 98 y ss.; M. GODINO REYES: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 127 y ss.; M.^a L. MOLERO MARAÑÓN: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 38 y ss.; J. CANTERO MARTÍNEZ: *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, M. Pons, Madrid, 2001, p. 427; y L. CORDERO SAAVEDRA: *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, Murcia, 2003, pp. 90-92; y M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 227 y ss.

específicos para poder participar en los correspondientes procesos selectivos. En tercer lugar, y de manera muy especial, en la configuración abstracta y en el posterior desarrollo concreto de los procesos o sistemas selectivos —pruebas teóricas y prácticas, baremo de méritos, etc.—, basados a la fuerza en los principios constitucionales de mérito y capacidad. En cuarto y último lugar, en la configuración abstracta, la composición concreta y la actuación de los órganos de selección; así como en la actuación de los órganos administrativos competentes para proclamar la relación definitiva de aspirantes seleccionados y hasta el momento mismo de la celebración efectiva de los contratos de trabajo.

Adviértase que los cuatro ámbitos materiales sobre los que se proyecta el contenido esencial del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público constituyen el grueso de la regulación legal básica efectuada por el EBEP —arts. 55 a 61—, que además, y no por casualidad, en buena medida reproduce la abundante jurisprudencia constitucional.

A tenor de la litigiosidad de esta materia no es aventurado afirmar que en demasiadas ocasiones bien la normativa legal, reglamentaria o convencional, bien la aplicación administrativa de la misma no respetan el contenido esencial del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público en régimen laboral. Las principales deficiencias e insuficiencias del régimen jurídico que se viene estudiando se encuentran en la configuración en abstracto, a nivel de legalidad ordinaria *lato sensu*.

Así, desde una perspectiva puramente formal, el sistema de fuentes es extraordinariamente enmarañado, complejo y disperso. Producto no de la competencia estatal en materia de legislación laboral —art. 149.1.7.^a CE—, lo que pese a la polémica que entrañaría a buen seguro conduciría a una normativa legal y reglamentaria homogénea, sino de las competencias estatal y autonómica en materia de Administración y función pública —art. 149.1.18.^a CE—, con la consiguiente constelación de leyes y reglamentos, estatales, autonómicos y de otros ámbitos. Heterogeneidad de las fuentes y de las soluciones normativas relativas sobre todo a los sistemas selectivos y a la configuración de los órganos de selección que no parece pueda justificarse por las singularidades organizativas o competenciales de las diferentes Administraciones o poderes públicos¹². Esta dispersión normativa sólo en parte ha sido corregida por los artículos 55 y ss. EBEP, todos ellos de carácter básico, aunque mucho más ambiciosos que el escueto y ya derogado artículo 19 LMRFP.

¹² En este sentido, F. SOSA WAGNER: «Empleados públicos: festival de leyes», en el diario *El Mundo*, de 20 de septiembre de 2007, pp. 4-5.

También desde una perspectiva formal resulta controvertido el espacio dejado por la normativa administrativa, legal y reglamentaria, a la autonomía colectiva, cuando no el espacio directamente conquistado por ésta. Desde el punto de vista del contenido típico o genérico de la negociación colectiva, conforme a los artículos 3.1.b), 82.2 y 85.1 ET, no parece que encaje bien todo lo relativo a la selección de empleados públicos —requisitos de los aspirantes, sistemas selectivos, órganos de selección, procedimiento, etc.—, pues no hay relaciones laborales individuales constituidas. No hay aún trabajadores a los que otorgar derechos e imponer obligaciones, sino una pluralidad indeterminada de ciudadanos que aspiran a ser seleccionados por los poderes públicos, o sea, administrados conforme a la clásica terminología jurídico-pública. Como tampoco hay empresario alguno al que imponer obligaciones y reconocer derechos, sino más bien un poder público que ejerce una típica potestad administrativa, la de autoorganización, guiado por la satisfacción del interés general —art. 103.1 CE—.

Ni que decir tiene que tampoco hay genuinas relaciones laborales colectivas en liza, pues no son los ciudadanos aspirantes a empleados públicos sujetos que privada o institucionalmente puedan caer en tanto que tales dentro del ámbito de representación de los sindicatos u otras formas de organización colectiva de los trabajadores. Muy distinto es el caso de los diferentes mecanismos de provisión de vacantes *ad intra*, mediante traslados, promoción interna, reingreso de excedentes, etc.; típicos contenidos, éstos sí, de la negociación colectiva¹³. Como distinto es también el supuesto de las entidades públicas empresariales, las sociedades públicas y las fundaciones públicas, en las que no se aplican en principio las normas administrativas y, por tanto, requieren de la negociación colectiva para la regulación detallada de los procesos selectivos¹⁴.

Pese a la contundencia de los argumentos esgrimidos y pese a que buena parte de la doctrina rechaza la intervención de la negociación colectiva¹⁵, ésta continúa regulando múltiples aspectos esenciales de los

¹³ Vid., entre otras muchas, la STS 4.^a, 12-7-2007, Ar. 7504, F.J. 5 y la STSJ de Madrid, social, 22-11-2005, JUR 18466, F.J. único. Sobre este particular, entre otros muchos, P. OLIVERA MASSO: «La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública», en *RL*, 1991-I, pp. 298-299, y L. CORDERO SAAVEDRA: *Régimen jurídico de...*, op. cit., pp. 292 y ss.

¹⁴ Vid., entre otros muchos, E. MONTOYA MARTÍN: *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 576; L. CORDERO SAAVEDRA: *Régimen jurídico de...*, op. cit., pp. 291-292, nota 453; y R. LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS: *Jurisdicción laboral y contencioso-administrativa: delimitación de competencias. Doctrina y jurisprudencia*, Difusa, Madrid, 2001, pp. 259 y ss.

¹⁵ Rechazan la intervención de la negociación colectiva, entre otros, P. OLIVERA MASSO: «La revisión jurisdiccional...», op. cit., pp. 300-301 y 307; M. MOLINA GARCÍA: *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000, pp. 198 y ss.; L. CORDERO SAAVEDRA: *Régimen jurídico de...*, op. cit., p. 291; y J. RIVERO LAMAS: «Selección y contra-

procesos selectivos, y ello aunque no haya específica remisión legal o reglamentaria. Remisión que no por casualidad no efectúa el EBEP. Téngase en cuenta, además, que el artículo 37.2.e) EBEP, de manera mucho más clara que la derogada LORAP, excluye del ámbito de la negociación colectiva en la función pública la regulación detallada de los procesos selectivos.

De todos modos, y aunque pudiera parecer contradictorio con lo dicho, la negociación colectiva podría abordar múltiples aspectos de los procesos selectivos, incluso esenciales, pero no con carácter jurídico, sino a modo de recomendaciones — *soft law*— o propuestas a integrar, en la medida de lo posible y siempre que así lo decidiera el órgano administrativo competente, en las correspondientes bases de las distintas convocatorias públicas. Al fin y al cabo, *de iure* o *de facto* los órganos administrativos competentes para aprobar las bases de las convocatorias las negocian con los representantes de los trabajadores, y desde este punto de vista la «regulación» convencional, por definición dotada de estabilidad, podría constituir el punto de partida de dichas negociaciones, y muchas veces también el punto de llegada.

3. LAS PRINCIPALES DEFICIENCIAS E INSUFICIENCIAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO-MATERIAL DEL ACCESO DIRECTO E INDIRECTO AL EMPLEO PÚBLICO LABORAL

En lo que a la perspectiva material se refiere, a las soluciones normativas a través de las cuales se configura a nivel de legalidad ordinaria el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público en régimen laboral, las deficiencias e insuficiencias y las cuestiones controvertidas son tantas que no cabe más remedio en esta sede que proceder a una selección restrictiva de las mismas. Así, presentan especial interés las siguientes: la aplicación o no de los principios de mérito y capacidad en las formas jurídico-privadas de personificación de las Administraciones Públicas, singularmente en las sociedades públicas; la sospechosa primacía del concurso y del concurso-oposición sobre la oposición; la configuración de los órganos de selección y el polémico papel atribuido a los representantes sindicales o unitarios de los trabajadores; la relajación, cuando no eliminación, de los principios de mérito y capacidad en la selección de personal laboral temporal; y la perpetuación *sine die* de los descafeinados procesos de consolidación de empleo público precario.

tación del personal laboral por las Administraciones Públicas», en REDT, 2004, núm. 124, p. 621. Por el contrario, la admiten de buen grado, J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico...*, op. cit., pp. 193 y ss., y M.^a L. MOLERO MARAÑÓN: *Acceso y clasificación...*, op. cit., pp. 52 y ss.

Y, todavía mucho más preocupante y perturbador, la ausencia de previsiones normativas específicas que resuelvan los numerosos problemas derivados de la contratación laboral por las organizaciones públicas, a saber, desistimiento durante el periodo de prueba; consecuencias para los trabajadores contratados de la anulación firme del procedimiento administrativo de selección; consecuencias de las irregularidades jurídico-laborales de la contratación laboral temporal; acceso indirecto al empleo público a partir de figuras laborales o con relevancia laboral como la cesión ilegal de trabajadores a través de la contrata fraudulenta de obras y servicios, la sucesión de empresa y la contratación administrativa de servicios fraudulenta.

En cuanto a las sociedades públicas, las razones para llevar a cabo procesos selectivos conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad son de mucho peso. Así, por un lado, desde la perspectiva presupuestaria, de incompatibilidades y de contratación privada de bienes y servicios las sociedades públicas —algunas, al menos— forman parte del sector público y se someten a las correspondientes normas administrativas. Por otro lado, no parece compatible con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 CE—, que la aplicación de los principios de mérito y capacidad dependa de la concreta modalidad elegida para la ejecución de una actividad administrativa, la gestión de un servicio público por ejemplo, de manera que si la modalidad elegida fuera la asunción directa por parte de la Administración territorial o la creación de un organismo autónomo, agencia o entidad pública empresarial se aplicarían los citados principios objetivos y si en cambio se eligiera una modalidad societaria mercantil no se aplicarían ¹⁶.

Pese a lo dicho, en la práctica, y a salvo de lo dispuesto por la autonomía colectiva o la dispersa y heterogénea normativa singular reguladora de las distintas sociedades públicas, la selección de su per-

¹⁶ En este sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 146; F. MUT GONZÁLEZ: *La aplicación del Derecho del Trabajo en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 43-44; F. A. CASTILLO BLANCO: *Acceso a la...*, *op. cit.*, pp. 221-222; E. MONTOYA MARTÍN: *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pp. 567 y 569; T. SALA FRANCO: «La contratación temporal en la Administración Pública», en *Poder Judicial*, 1986, núm. 3, p. 162; y J. P. LANDA ZAPIRAÍN y otros: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 25 y ss. Contrarios, en mayor o menor medida, a la aplicación de los principios de mérito y capacidad se muestran, en cambio, E. GONZÁLEZ BIEDMA y J. CALVO GALLEGOS: «Las relaciones de trabajo en las empresas públicas», en *RL*, 1992-I, p. 311; J. LÓPEZ GANDÍA: «Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública», en *Poder Judicial*, 1986, núm. 3, p. 159; J. RIVERO LAMAS: «Selección y contratación...», *op. cit.*, p. 616; y A. MARTÍN VALVERDE (dir.) y J. GARCÍA MURCIA (coord.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3 vols., Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 2780 y 2926 y ss.

sonal no se ha venido rigiendo por los principios de mérito y capacidad, sino por el de libertad de contratación. Las sociedades públicas, muchas veces destinadas a actividades típicamente administrativas, nutridas total o parcialmente con fondos públicos, controladas de uno u otro modo por los cargos políticos de turno, se habían convertido de este modo en la vía más sencilla para eludir los principios constitucionales de mérito y capacidad y favorecer el clientelismo político, el sindical, el amiguismo, el nepotismo, etc. Y todo ello de manera aparentemente lícita ¹⁷.

Era constitucionalmente necesario, por tanto, que el legislador estableciera expresamente y con alcance general la aplicación de los principios de mérito y capacidad en el ámbito de las sociedades públicas. Así había sucedido ya con las fundaciones públicas —art. 46.4 de la Ley 50/2002 de fundaciones— y así lo proponía enérgicamente para las sociedades públicas el Informe de la Comisión EBEP ¹⁸. Pues bien, conforme a la Disposición Adicional 1.ª EBEP, los principios del artículo 55 EBEP —mérito, capacidad y otros— deben aplicarse a cualesquiera entidades del sector público estatal, autonómico y local, y entre las mismas deben incluirse, sin duda, las sociedades públicas ¹⁹.

Esta novedosa exigencia legal de alcance general, pese a la redacción no muy afortunada, es uno de los aspectos del EBEP llamados a cambiar de manera más profunda la gestión del empleo público. Está por ver, eso sí, el grado de respeto de los principios de mérito y capacidad en el atomizado desarrollo de los mismos por la autonomía colectiva y, todavía más, en la *praxis* y en el control por parte de la jurisdicción social.

Los sistemas selectivos son los cauces a través de los cuales los principios constitucionales de mérito y capacidad, que como todos los principios tienen un elevadísimo grado de abstracción, se concretan y hacen realidad en cada convocatoria pública. De manera sospechosa, o al menos llamativa, tanto la normativa vigente —art. 61.7 EBEP— como la apenas derogada —art. 19.1 LMRFP— mencionan los tres

¹⁷ La jurisprudencia más reciente, si bien *obiter dicta*, venía ya exigiendo la aplicación de los principios de mérito y capacidad. El caso, por poner algunos ejemplos, de las SSTS 4.ª, 11-4-2006, Ar. 2394, FF. JJ. 2 y 4, y 28-3-2007, Ar. 3190, F.J. 2.3. Más contundente y, lo que es más importante, frontal es la STS 4.ª, 13-11-2007, JUR 2008/19967, F.J. 2.

¹⁸ Informe de la..., *op. cit.*, pp. 33-35, que sólo se refiere a las sociedades y fundaciones públicas creadas para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, y que se financien mayoritariamente con fondos públicos.

¹⁹ En este sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», en M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 79, y C. MOLINA NAVARRETE: «Aspecto laboral del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», en *Trabajo y Seguridad Social. Revista del Centro de Estudios Financieros*, 2007, núms. 293-294, p. 129.

sistemas selectivos clásicos sin orden de preferencia alguno, lo que a la postre deja a los órganos administrativos competentes un margen de maniobra que no tienen cuando de la selección de funcionarios públicos de carrera se trata, al tener la oposición carácter preferente. Margen de maniobra que en la práctica se traduce demasiadas veces en el recurso sistemático al concurso de méritos o, en el mejor de los casos, al concurso-oposición, muy especialmente en el ámbito de las corporaciones locales, donde precisamente mayor índice de irregularidades y sospechas hay.

No se comprende por qué si las tareas a desempeñar por funcionarios y contratados laborales cualitativamente no son en general diferentes, excluidas por supuesto aquellas vinculadas al ejercicio de potestades públicas, reservadas a los funcionarios públicos —art. 9.2 EBEP—, los sistemas selectivos difieren, convirtiendo la selección de contratados laborales fijos *de iure* en *light* y *de facto* en sospechosa. Aunque jurídicamente la citada diferencia no merezca reparo alguno, políticamente no debiera haber diferencias en los sistemas selectivos de cualesquiera empleados públicos, al menos no con carácter general, por el mero hecho de ser aspirante a funcionario público o a contratado laboral; al margen de las tareas a desempeñar y del grado de titulación o cualificación requeridos²⁰.

La configuración y actuación de los órganos de selección forma parte del contenido esencial del derecho fundamental que se viene estudiando. Para que los ciudadanos realmente estén en condiciones de igualdad a la hora de acceder a los empleos públicos es absolutamente necesario que los órganos administrativos encargados de la selección objetiva estén configurados de un determinado modo y actúen de una determinada manera. En cuanto al modo de configuración, tan importante o más que la propia actuación al ser más fácil de determinar y controlar, dos son las exigencias o principios fundamentales, de relevancia constitucional además, según tiene dicho el Tribunal Constitucional: la especialización o profesionalidad y la imparcialidad²¹. Una tercera exigencia, introducida recientemente con alcance general por el EBEP, es

²⁰ Critican severamente la diferente regulación en el EBEP de los sistemas selectivos de funcionarios y laborales, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo...», *op. cit.*, p. 413, y J. L. LÁZARO: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio (arts. 55 a 62)», en S. DEL REY GUANTER: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 699.

²¹ STC 85/1983, F.J. 8. Posteriormente, entre otras, las SSTC 215/1997 y 174/1996. *Vid.*, por todos, R. M. ILDEFONSO HUERTA: «Los órganos de selección en el empleo público», en *Justicia Administrativa*, 2001, núm. 12, pp. 28 y 33 y ss., y J. M. ALEGRE ÁVILA: «Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1992, núm. 34, pp. 9 y ss.

la paridad de sexo²². Finalmente, la cuarta exigencia, de relevancia sólo ordinaria y objeto de controversia, es la implicación de los representantes de los trabajadores.

Tras la aprobación del EBEP —art. 60.1— y el reforzamiento y extensión de los principios de profesionalidad e imparcialidad, junto al de paridad de sexo, es de esperar que sobre todo en las corporaciones locales estos principios se respeten de manera efectiva; que los miembros de los órganos de selección no sean un instrumento al servicio de intereses personales, políticos, sindicales, etc.

La implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección mediante la correspondiente designación o propuesta de uno o varios miembros es una exigencia que, a diferencia de las anteriores, tiene su origen y fundamento en la dispersa normativa ordinaria legal, reglamentaria y convencional, con el artículo 30 RGI a la cabeza²³. No guarda además este requisito conexión directa alguna con los principios de mérito y capacidad y para colmo es especialmente problemático, sobre todo en lo relativo a su justificación y a su compatibilidad o no con la exigencia constitucional de imparcialidad²⁴.

En cuanto a la justificación o fundamento, podría tratarse de un elemento de transparencia y control, de contrapeso del perfil preponderantemente político de los miembros de los órganos de selección designados por los órganos administrativos competentes, casi siempre en manos de cargos políticos²⁵. Ahora bien, si la justificación fuera realmente la mayor transparencia del proceso selectivo bastaría con dar entrada a la representación de los trabajadores en calidad de observadores, con voz pero sin voto, y evitar así posibles problemas de clientelismo sindical, de falta de imparcialidad en definitiva. Por polémico y sindicalmente poco correcto que esto pueda resultar, desde el punto de vista de la necesaria imparcialidad de los órganos de selección la presencia de miembros de pleno derecho, designados a propuesta vinculante de la representación de los trabajadores, no parece de recibo. Como tampoco sería admisible la designación a propuesta de los partidos políticos. Si la designación de

²² El artículo 60.1 EBEP configura el principio de paridad de sexo más como una directriz que como una norma imperativa. Así lo entienden M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo...», *op. cit.*, p. 406, y R. PARADA: *Derecho del empleo...*, *op. cit.*, p. 142.

²³ Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado.

²⁴ J. B. VIVERO SERRANO: «Implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos», en AA.VV.: *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2007, pp. 187 y ss.

²⁵ Así lo entiende M. FÉREZ FERNÁNDEZ: «El sistema de...», *op. cit.*, pp. 69-70.

todos los miembros de los órganos de selección debe responder sólo a criterios técnicos y evitar así injerencias externas, como tiene establecido el Tribunal Constitucional²⁶, no se comprende por qué conforme a la dispersa normativa ordinaria vigente algunos miembros son materialmente designados por el órgano administrativo competente y el resto por la representación sindical o unitaria de los trabajadores.

De manera muy significativa, el Informe de la Comisión EBEP propugnaba eliminar la designación de miembros de pleno derecho por parte de las organizaciones sindicales u otras instancias de representación de los trabajadores²⁷. Propuesta que hizo suya la primera versión del anteproyecto de Ley, pero que tras la concertación social con los sindicatos más representativos desapareció de la siguiente versión; no por casualidad evidentemente. Es más, el vigente artículo 61.7 EBEP establece que mediante la negociación colectiva se regulará el papel a desempeñar por los sindicatos en los procesos selectivos, respaldando así el creciente poder sindical en la selección de empleados públicos en régimen laboral²⁸.

Cambiando de asunto, parece más que razonable que los procedimientos de selección de personal laboral temporal puedan ser distintos de los de personal fijo; y, además, que la distinción se traduzca en una menor rigurosidad o exigencia, consecuencia de la necesaria celeridad y agilidad de estos procedimientos, que de otra manera perderían sentido. Se trata de hacer compatible la selección suficientemente objetiva, que respete los principios de mérito y capacidad, con la eficacia y rapidez de los procesos selectivos, y de este modo respetar también el principio constitucional de eficacia de la actuación administrativa *ex* artículo 103.1 CE²⁹.

²⁶ STC 85/1983, F.J. 8.

²⁷ *Informe de la...*, *op. cit.*, p. 92.

²⁸ Sobre la posibilidad de que los sindicatos puedan continuar proponiendo miembros de los órganos de selección tras el EBEP —arts. 60.3 y 61.7—, véase, con posturas discrepantes, T. SALA FRANCO: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 124; M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo...», *op. cit.*, pp. 407-408; R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en S. DEL REY GUANTER (dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 76; J. L. LÁZARO: «Acceso al empleo...», *op. cit.*, p. 693; y C. L. ALFONSO MELLADO: «Informe sobre la posibilidad de que las organizaciones sindicales participen en los órganos de selección en el empleo público», en *RDS*, 2007, núm. 40, pp. 205 y ss.

²⁹ Así, entre otros muchos, J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 184 y ss. y, con tono mucho más crítico, J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al...*, *op. cit.*, pp. 157-158. *Vid.*, asimismo, *Informe de la...*, *op. cit.*, pp. 57-58.

Ni que decir tiene que las diferencias no pueden consistir en la eliminación pura y dura de la selección objetiva del ámbito de la contratación temporal o en su relajación desproporcionada. Aunque el recurso a los sistemas selectivos clásicos siempre sea posible, sobre todo al más rápido y ágil concurso de méritos, lo normal es que las necesidades de personal laboral temporal, debido a la imprevisibilidad y urgencia de las mismas, se cubran a partir de un peculiar sistema selectivo, el de las bolsas o listas de trabajo o espera, que no es un sistema, a diferencia de los clásicos, pensado para cubrir puestos de trabajo actuales, sino potenciales, que presumiblemente será necesario cubrir, si bien en el momento concreto en el que se configura la bolsa de trabajo no se sabe ni cuántos puestos habrá que cubrir ni cuándo cada uno de ellos ³⁰.

Las bolsas de espera, en general poco y mal reguladas, han generado una litigiosidad judicial fuera de lo común. Sin perjuicio de que sigan existiendo muchos puntos oscuros en esta materia, deben valorarse positivamente las últimas regulaciones, las convencionales y sobre todo las reglamentarias, limitándose las previsiones legales, cuando las hay, a legitimar este peculiar mecanismo de selección, sin regularlo en todo caso. Hubiera sido conveniente, a este respecto, que el EBEP, aplicable al conjunto de Administraciones Públicas, las hubiera contemplado, tal y como recomendaba la Comisión EBEP ³¹, estableciendo los aspectos objeto de necesaria regulación, así como algunos criterios a respetar. A buen seguro ello habría contribuido a disminuir la desbordante litigiosidad.

En cuanto a la controvertida y no menos litigiosa consolidación de empleo público precario, la pésima planificación por parte de las organizaciones públicas de las necesidades de recursos humanos estables ha dejado de ser un problema coyuntural, ligado sobre todo a la espectacular y relativamente rápida descentralización político-administrativa del Estado español, así como a la instauración de un verdadero Estado del bienestar, para convertirse en el principal mal endémico de las mismas ³².

La multiplicación del llamado empleo público precario y la constatación de su verdadera naturaleza estructural, así manifestada por los acuer-

³⁰ Vid. A. OJEDA AVILÉS: *Los acuerdos de...*, op. cit., pp. 101 y ss.; T. GÓMEZ ÁLVAREZ: «Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas», en AS, 2005 V, op. cit., pp. 1073 y ss.; y J. J. FERNÁNDEZ MONÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «Bolsas de trabajo...», op. cit., pp. 2559 y ss.

³¹ *Informe de la...*, op. cit., pp. 94-95.

³² F. PUERTA SEGUIDO: *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 293-294 y 305, y A. PALOMAR OLMEDA: «De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas», en AS, 2005 II, p. 2600.

dos Administración-sindicatos³³, y de su mano por otras normas de mayor rango, conduce periódicamente a las organizaciones públicas a celebrar convocatorias específicamente pensadas para convertir el empleo público precario y estructural en empleo fijo, ya sea en régimen administrativo —de funcionarios interinos a funcionarios de carrera— ya en régimen laboral —de personal laboral temporal a personal fijo de plantilla—. Convocatorias que, obvio es decirlo, se apartan del régimen ordinario de selección externa de personal laboral fijo y se acomodan, tras la oportuna negociación con los sindicatos, al perfil de los empleados públicos precarios a quienes se quiera consolidar³⁴. Se utilizan a este respecto dos vías complementarias: primera, la opción por el sistema selectivo que mejor responda a los intereses de los trabajadores precarios, el concurso de méritos o, a lo sumo, el concurso-oposición. Segunda, la sobre valoración del mérito singular de los empleados precarios, a saber, los servicios prestados o antigüedad específica en el ámbito de la organización pública convocante³⁵. Cuando los procesos de consolidación se convierten, como de hecho viene sucediendo desde hace tiempo, en una práctica habitual la quiebra de los principios de mérito y capacidad es inaceptable, dando lugar a dos categorías de empleados públicos en función del sistema de acceso: ordinario y exigente para unos; «extraordinario», «light» o descafeinado para otros³⁶.

Prueba contundente de lo endémica y recurrente que se ha hecho la cuestión de la consolidación de empleo público precario, superada hace ya mucho tiempo la fase excepcional de implantación del Estado autonómico que sirvió sobre todo al Tribunal Constitucional para justificar estos procesos selectivos «a medida»³⁷, es el hecho de que el EBEP con-

³³ El más conocido de todos el Acuerdo Administración-Sindicatos para la modernización y mejora de la Administración Pública, de 13 de noviembre de 2002, que dedica los capítulos XI y XIII a la consolidación del empleo temporal de naturaleza estructural anterior a 2 de diciembre de 1998 y a la consolidación de los trabajadores no fijos de plantilla conforme a una sentencia anterior a esa misma fecha, respectivamente.

Muy interesante resulta al respecto la polémica sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 31 de Madrid (magistrado: Antonio Seoane García), 25-5-2005, As. 2558, F.J. 4.

³⁴ Critican duramente este tipo de prácticas sindicales, con toda razón, dicho sea de paso, A. NIETO: *La «nueva» organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 168-169; R. PARADA: *Derecho del empleo...*, op. cit., pp. 61 y ss.; y R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras...», op. cit., pp. 55 y 58.

³⁵ A la valoración de los servicios prestados se refiere expresamente el artículo 61.3 EBEP, que recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto: SSTC 137/1986; 67/1989; 185/1994; 73/1998; 107/2003, etc.

³⁶ De caballo de Troya habla R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Luces y sombras...», op. cit., p. 89. Igualmente muy crítico se muestra F. PUERTA SEGUDO: *La consolidación del...*, op. cit., p. 337.

³⁷ Entre otras, las SSTC 137/1986; 67/1989; 107/2003; y, la más polémica de todas, 12/1999. *Vid.*, con tono muy crítico, F. PUERTA SEGUDO: *La consolidación del...*, op. cit., pp. 320 y ss. Firme partidario de los procesos «light» de consolidación de empleo público precario se muestra, en cambio, A. OJEDA AVILÉS: *Los acuerdos de...*, op. cit., *passim*.

tenga una previsión —Disposición Transitoria 4.^a— que otorga cobertura *sine die* a los procesos de consolidación de cualesquiera Administraciones Públicas, aunque sólo para los puestos ocupados temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005³⁸.

Con todo, las mayores deficiencias, o mejor dicho insuficiencias, del régimen jurídico del acceso al empleo público laboral son consecuencia de la falta de previsiones normativas específicas que resuelvan los numerosos problemas derivados de la utilización de la contratación laboral por parte de las organizaciones públicas. Previsiones normativas que no contiene el Derecho del trabajo, para el que el trabajo asalariado en el sector público incomprensiblemente no merece ni una genuina relación laboral especial³⁹, ahora que vuelven a estar de moda, ni referencias específicas dentro de la normativa estatal común, singularmente el Estatuto de los Trabajadores.

Tampoco la normativa administrativa, estatal o autonómica, resuelve expresa y específicamente los problemas en cuestión, limitándose a remitir en bloque a la legislación laboral. Así lo hace, incluso, el propio EBEP —art. 7—.

Ante este panorama de injustificada anomia, la jurisdicción social ha tenido que elaborar soluciones o criterios «abstractos» a partir de la aplicación integradora de los diferentes y contradictorios principios que están detrás de los dos sectores del ordenamiento jurídico en liza: el Derecho del trabajo, basado en el principio de protección de los trabajadores y el Derecho administrativo del empleo público, por llamarlo de algún modo, presidido por el principio constitucional de legalidad en general —art. 103.1 CE— y, más en particular, por los principios también constitucionales de mérito y capacidad —art. 103.3—⁴⁰.

Sin perjuicio de lo que inmediatamente se dirá sobre cada uno de los problemas fundamentales a los que ha tenido que hacer frente

³⁸ Critican esta previsión del EBEP, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo...», *op. cit.*, pp. 397 y 410-411; R. PARADA: *Derecho del empleo...*, *op. cit.*, p. 146; y R. JIMÉNEZ ASENJO: «Luces y sombras...», *op. cit.*, pp. 88-89.

³⁹ A partir del EBEP hablan sin ambages de relación laboral especial de empleo público, T. SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *AL*, 2007, núm. 20, pp. 2404 y ss., y C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del...», *op. cit.*, p. 180. Más comedido es, por el contrario, L. E. DE LA VILLA GIL: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (www.iustel.com), 2007, núm. 14, p. 3, quien sigue hablando de relación especial sólo desde una perspectiva material. En el mismo sentido, M de SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *RL*, 2007, núm. 18, pp. 59-60.

⁴⁰ En este sentido, por todos, M.^a L. MOLERO MARAÑÓN: *Acceso y clasificación...*, *op. cit.*, pp. 11-12, y J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al...*, *op. cit.*, pp. 303 y ss.

la jurisdicción social, ya se adelanta que no se comparten en general las salomónicas soluciones alcanzadas, excepto en materia de periodo de prueba, que a tenor de la jurisprudencia sólo es válido si previsto con alcance general por la normativa administrativa, o bien por las bases de la correspondiente convocatoria pública, es decir, no por la autonomía de la voluntad o la negociación colectiva⁴¹. Y, lo que es más importante, en el sector público no rige el desistimiento libre durante el periodo de prueba, pues los poderes públicos no se guían por la autonomía de la voluntad. Se guían por el principio de legalidad, que en este caso exige, conforme al artículo 14.1 ET, que el empresario público realice las experiencias objeto de la prueba y de manera objetiva, motivada y formalizada exprese la no superación de la misma, en su caso⁴².

Especialmente controvertido es todo lo relativo a las consecuencias para los trabajadores ya contratados de la anulación firme administrativa o contencioso-administrativa del correspondiente proceso selectivo. Téngase en cuenta que las irregularidades en los procedimientos administrativos de selección, incluso las más relevantes, no son precisamente excepcionales, más bien lo contrario; y mientras la competencia para efectuar el control del procedimiento administrativo de selección corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para determinar las consecuencias jurídico-laborales recae en la jurisdicción social⁴³.

La controversia se centra en la calificación del modo concreto de poner fin a la relación de trabajo, siendo las dos opciones posibles la nulidad del contrato o la extinción de la relación individual de trabajo. Por supuesto, la opción condiciona el procedimiento a seguir, así como

⁴¹ Así lo establecen, entre otras, la STSJ de Castilla-La Mancha, social, 30-11-1996, As. 3944, F.J. 3; la STSJ de Madrid, social, 23-4-2002, As. 2056, F.J. 1; la STSJ de Madrid, social, 10-3-2003, As. 3020, F.J. 5, y la STSJ de Castilla-La Mancha, social, 19-12-2006, As. 2007/1810, F.J. 2. Vid. L. CORDERO SAAVEDRA: *Régimen de trabajo...*, op. cit., pp. 94-95.

⁴² Así, la STSJ de Madrid, social, 7-2-2007, As. 2322, F.J. 2. Comenta esta sentencia X. BOLTAINA BOSCH: «El periodo de prueba en los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas: órgano competente para establecer la superación o no del mismo», en AS, 2007, núm. 16, pp. 45 y ss. Anteriormente, la STSJ de Madrid, social, 23-4-2002, F.J. 1, aunque *obiter dicta*.

Rechazan el desistimiento libre, M.^a L. MOLERO MARAÑÓN: *Acceso y clasificación...*, op. cit., p. 51, y A. MARTÍN VALVERDE (dir.) y J. GARCÍA MURCIA (coord.): *Tratado práctico de...*, op. cit., pp. 2840-2841 y 2872-2873. Por el contrario, no considera necesaria la motivación R. BODAS MARTÍN: «Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas», en G. MOLINER TAMBORERO: *La Administración pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 263.

⁴³ Así, por citar sólo los autos de la sala de conflictos de competencia, es el caso de los AATS, 6-3-1996, Ar. 9125; 24-10-1996, Ar. 9677; y 26-6-1998, Ar. 7349.

las diversas consecuencias derivadas del ineludible cese de la relación de trabajo.

El Tribunal Supremo ha terminado decantándose, tras los titubeos de finales de los ochenta y principios de los noventa, por la tesis de la extinción contractual⁴⁴. Sorprende, sin embargo, la pobreza argumentativa del Supremo, así como el escaso rigor dogmático de sus planteamientos. No hay la menor duda de que detrás de tan heterodoxa y creativa jurisprudencia hay un propósito claro de otorgar a los trabajadores la mayor protección jurídica posible, articulando la misma a través de la indemnización automática y tasada de los despidos no disciplinarios. En cuanto a la concreta modalidad extintiva, que debe considerarse obligatoria en vez de potestativa, el Tribunal Supremo finalmente apuesta por el despido por fuerza mayor impropia o *factum principis*. Lo más curioso es que en lugar de exigir el procedimiento administrativo del artículo 51.12 ET, el Tribunal Supremo en un nuevo alarde de creación normativa considera que si no se superan los umbrales numéricos del 51.1 ET se puede seguir la vía más sencilla del artículo 52.c) ET, es decir, sin intervención de la Administración laboral.

Desde una perspectiva dogmática, la tesis del Supremo, que no se olvide tiene voto particular, es insostenible pues desconoce que conforme al Ordenamiento vigente resulta aplicable supletoriamente a la contratación laboral en el sector público la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público —art. 4.2—, y más concretamente la

⁴⁴ STS 4.^a, 10-3-1999, Ar. 2124, con voto particular de varios magistrados. Sentencia posteriormente ratificada, entre otras muchas, por las SSTs 4.^a, 5-10-1999, Ar. 7761 y 5-7-2000, Ar. 6897. En cuanto a los tribunales menores, es el caso, por poner sólo un ejemplo, de la STSJ de Madrid, social, 12-7-2005, As. 2003, F.J. 5.

Comparten la tesis del voto particular, y critican por tanto el fallo de la sentencia, es decir, se muestran partidarios de la nulidad en vez de la extinción, T. QUINTANA LÓPEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2001, núm. 13, pp. 3 y ss.; G. MOLINER TAMBORERO: «La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas», en G. M. MOLINER TAMBORERO (dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 73 y ss.; J. M. DÍAZ RODRÍGUEZ: «El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas ante la anulación del procedimiento de selección (I) y (II)», en *AL*, 2002-1, pp. 55 y ss.; L. CORDERO SAAVEDRA: *Régimen jurídico de...*, op. cit., pp. 301 y ss.; y J. PINAZO HERNANDIS: *Empleo público para...*, op. cit., pp. 231 y ss. Antes de la citada sentencia, la doctrina apostaba mayoritariamente por la tesis de la nulidad. Así por todos, J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico...*, op. cit., pp. 211-212.

Para M.^a A. CASTRO ARGÜELLES y J. GARCÍA MURCIA: «La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?», en *AS*, 2000, núm. 7, p. 5, mientras la postura mayoritaria expresada en la sentencia de 1999 trata de dar una respuesta «laboral» al problema, que los autores comparten, el voto particular presta mayor atención a la manera de operar de las reglas administrativas.

doctrina de los actos separables —art. 35.1—, conforme a la cual no cabe otra opción tras la anulación firme del procedimiento administrativo de selección de personal laboral que la nulidad automática de las correspondientes contrataciones laborales; por supuesto, sin perjuicio de la aplicación del artículo 9.2 ET. No puede dejar de lamentarse a este respecto el silencio del EBEP, pese a las recomendaciones de la Comisión EBEP favorables al reconocimiento expreso de la tesis de la nulidad contractual⁴⁵.

El tema con mucho más polémico de los que integran el complejo mundo de la contratación de empleados públicos laborales es el de las consecuencias de las irregularidades jurídico-laborales acaecidas en la contratación temporal. Ninguna materia como ésta ha despertado tanta atención doctrinal, por no hablar de la inabarcable jurisprudencia⁴⁶. En este tema, mejor que en ningún otro, se aprecia con toda rotundidad el choque entre los diferentes principios en liza, los que informan de un lado la normativa laboral sobre contratación y de otro la normativa administrativa sobre acceso al empleo público.

El tratamiento de esta compleja cuestión exige distinguir desde el principio las irregularidades de distinto tipo acaecidas durante el procedimiento administrativo de selección de personal laboral temporal de las irregularidades formales o materiales de estricto carácter jurídico-laboral. Esta elemental distinción suele pasar desapercibida tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, con la consecuencia inaceptable de que en general resulte indiferente la existencia o no de irregularidades administrativas previas a la hora de extraer los efectos jurídico-laborales de la irregular contratación temporal⁴⁷. Las irregularidades administra-

⁴⁵ Informe de la..., *op. cit.*, p. 56.

⁴⁶ Sobre la evolución de la jurisprudencia, entre otros muchos, J. SÁNCHEZ ICART: «Contratación laboral por la Administración: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable», en *RL*, 1994-II, pp. 155 y ss.; E. BORRAJO DACRUZ: «Contratación temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial», en *AL*, 1998, suplemento al núm. 18, pp. 379 y ss.; G. MOLINER TAMBORERO: «La contratación de...», *op. cit.*, pp. 81 y ss.; X. BOLTAINA BOSCH: «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública», en *AS*, 2002-V, pp. 532 y ss.; L. CORDERO SAAVEDRA: *Régimen de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 123 y ss.; A. V. SEMPERE NAVARRO y R. Y. QUINTANILLA NAVARRO: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 109 y ss.; J. A. NICOLÁS BERNAD: *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, Comares, Granada, 2004, pp. 15 y ss.; J. RIVERO LAMAS: «Selección y contratación...», *op. cit.*, pp. 625 y ss.; y J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al...*, *op. cit.*, pp. 306 y ss.

⁴⁷ En este sentido, J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 212 y ss.; F. G. GONZÁLEZ RUIZ: «Los principios constitucionales de acceso a la función pública y los derechos fundamentales de igualdad y tutela judicial efectiva», en M. R. A. LARCÓN CARACUEL (coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 298; R. GARCÍA LÓPEZ: «La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas», en *REDT*, 1999,

tivas, especialmente burdas y frecuentes en la contratación temporal, si se apreciaran por la jurisdicción social como cuestión prejudicial administrativa impedirían la continuidad de la correspondiente relación laboral, es decir, excluirían la aplicación de la figura del indefinido no fijo de plantilla, aunque, se insiste, no es lo que viene sucediendo.

En cuanto a la «sanción» de las irregularidades jurídico-laborales formales o materiales de la contratación temporal no precedidas de irregularidades administrativas, la vigente línea jurisprudencial, iniciada en 1996 y consolidada con creces, ha dado lugar a la polémica figura del indefinido no fijo de plantilla⁴⁸. Los trabajadores indefinidos pero no fijos de plantilla —temporalmente indefinidos se dice también— tienen una relación laboral de duración incierta, asimilable desde el punto de vista extintivo a la interinidad por vacante, al quedar supeditada la extinción del peculiar vínculo laboral a la cobertura reglamentaria de la vacante, o bien a su amortización conforme a Derecho. Extinción que conforme a la consolidada y polémica jurisprudencia del Supremo se ampara en el artículo 49.b) ET, esto es, en el cumplimiento de la condición resolutoria, de origen judicial, «cobertura regular de la plaza o amortización de la misma»; sin derecho a indemnización por tanto⁴⁹.

No acaba de convencer esta doctrina jurisprudencial, además de por cuestiones dogmáticas acerca de la creación de figuras contractuales híbridas y condiciones resolutorias no contractuales, por la situación a que da lugar, y es que *de facto* y *de iure* los indefinidos no fijos de plantilla pueden permanecer vinculados establemente a las organizaciones públicas *sine die*, pues no hay en el Ordenamiento vigente mecanis-

núm. 44, pp. 678 y ss.; M. GODINO REYES: «La problemática de...», *op. cit.*, pp. 73-74; y J. PINAZO HERNANDIS: *Empelo público para...*, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁸ SSTs 4.^a, 7-10-1996, Ar. 7492; 10-12-1996, Ar. 9139; 30-12-1996, Ar. 9864; 14-3-1997, Ar. 2471; y, sobre todo, 20-1-1998, Ar. 1000. Por citar sólo alguna de las últimas sentencias, es el caso de la STS 4.^a, 18-7-2007, Ar. 6738.

Vid., entre otros muchos, J. M.^a GOERLICH PESET y J. VEGA LÓPEZ: «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los «trabajadores indefinidos no fijos de plantilla»», en *RL*, 1998-I, pp. 569 y ss.; J. PÉREZ REY: «El contrato indefinido temporal: un paso más en la disciplina jurisprudencial de la contratación temporal en el seno de la Administración Pública», en *RDS*, 2002, núm. 19, pp. 150 y ss.; y M.^a L. MOLERO MARAÑÓN: «La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido», en *RL*, 2004-I, pp. 162 y ss.

⁴⁹ Así lo establece la STS 4.^a, 27-5-2002, Ar. 9893, F.J. 4, que casa y anula la STSJ de Castilla-La Mancha, social, 15-5-2001, As. 1873, que había establecido la necesidad de seguir el cauce del artículo 52.c) ET, con la consiguiente indemnización. Comentan la primera de las sentencia citadas, con tono muy crítico, J. PÉREZ REY: «El contrato indefinido...», *op. cit.*, pp. 152 y ss., y J. LAHERA FORTEZA: «La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública», en *RL*, 2002-II, pp. 679 y ss.

mos coercitivos que obliguen a éstas a convocar las plazas ocupadas por indefinidos no fijos de plantilla ⁵⁰.

No se comprende por qué las leyes anuales de presupuestos no obligan a incluir en la correspondiente oferta anual de empleo público los puestos de trabajo calificados judicialmente como temporalmente indefinidos en el ejercicio anterior. Se posibilita de este modo el nepotismo *lato sensu*, muy especialmente en el ámbito de las corporaciones locales, en las que no es infrecuente la connivencia entre los políticos o gestores de la *res* pública y los trabajadores irregularmente contratados, que acuden después a los tribunales para obtener así el empleo público de por vida, o al menos durante el tiempo que dure la connivencia política o de otra naturaleza, en calidad de indefinidos no fijos de plantilla.

Esta situación es de tal magnitud que requiere de la intervención específica del legislador. Intervención que bien podría excluir por completo la *vis atractiva* del contrato laboral indefinido en el sector público, sin que eso supusiera contravenir el principio constitucional de igualdad ⁵¹. En todo caso, y para evitar la completa desprotección de los trabajadores irregularmente contratados, así como no premiar las irregularidades, debería preverse una indemnización a favor de los trabajadores. Respetaría esta solución la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el abuso de la contratación temporal en el sector público ⁵². La necesaria extinción por cumplimiento del término, unida a la correspondiente indemnización para los trabajadores y a la depuración de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir el político o gestor de turno, debería servir para desincentivar estas prácticas. Así las cosas, no puede dejar de lamentarse la inmejorable oportunidad perdida por el EBEP, y ello pese a las recomendaciones de la Comisión EBEP ⁵³.

La jurisprudencia sobre los indefinidos no fijos de plantilla ha sido extendida, con matices o sin ellos, a todos los supuestos de acceso indirecto al empleo público laboral, a saber, cesión ilegal de trabajadores

⁵⁰ Así, J. M.^a GOERLICH PESET y J. VEGA LÓPEZ: «¿Una nueva categoría...», *op. cit.*, pp. 583-584; J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al...*, *op. cit.*, pp. 316-317; y F. PUERTA SEGUIDO: *La consolidación del...*, *op. cit.*, p. 173.

⁵¹ A tenor del ATC 858/1988, de 4 de julio.

⁵² Vid. J. LAHERA FORTEZA: «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *RL*, 2007-I, pp. 587 y ss., y M.^a D. SANTOS FERNÁNDEZ: «La prevención del encadenamiento de contratos temporales en la lucha contra la inestabilidad en el empleo en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *RDS*, 2007, núm. 37, pp. 158 y ss.

⁵³ *Informe de la...*, *op. cit.*, p. 62. Vid., igualmente, T. SALA FRANCO, «El personal laboral...», *op. cit.*, p. 123.

mediante contrata fraudulenta de obras y servicios⁵⁴, sucesión de empresa⁵⁵, contratación administrativa de servicios fraudulenta y otros supuestos menores. Las mismas críticas efectuadas antes podrían ahora traerse a colación sin mayores diferencias y también el mismo lamento por el silencio del EBEP.

⁵⁴ Así, la STS, 4.^a, 17-9-2002, Ar. 10649, F.J. 4, posteriormente seguida por otras muchas sentencias del Supremo y de los tribunales inferiores como, por ejemplo, la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, social, 1-2-2007, As. 1826; la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, social, 26-4-2007, JUR 170812; la STSJ de Baleares, social, 27-4-2007, As. 2187; y la STSJ de Baleares, social, 24-5-2007, As. 2478. *Vid.*, por todos, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *Responsabilidades de régimen laboral de la administración en las concesiones de obra pública*, Trea, Gijón, 2007, pp. 234-235; A. V. SEMPERE NAVARRO: «Cesión de trabajadores a Administraciones Públicas», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2003, núm. 3, pp. 24 y ss.; y C. L. ALFONSO MELLADO y S. PEÑA OLBOL: «De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores», en *RDS*, 2003, núm. 22, p. 175.

⁵⁵ Entre otras muchas, la STSJ de Cantabria, social, 4-9-2002, As. 3558; la STSJ de Castilla y León/Valladolid, social, 2-11-2006, JUR 2007/38787; la STSJ de Castilla y León/Valladolid, social, 22-11-2006, As. 2007/5; la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, social, 25-1-2007, As. 1959; la STSJ de Castilla y León/Valladolid, social, 2-5-2007, As. 2200; la STSJ de Castilla y León/Valladolid, 20-6-2007, As. 2682; y la STSJ de Extremadura, social, 10-5-2007, As. 2716. *Vid.* T. GÓMEZ ÁLVAREZ: *La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*, CES, Madrid, 2004, pp. 287 y ss.; J. MORENO GENÉ: «Puntos críticos de...», *op. cit.*, pp. 450-451; y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 147-148.

Ponencia Temática I

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO. CONCEPTO Y CLASES DE EMPLEADO PÚBLICO. LA ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. 1. El propósito de la Ley: integrar los dos regímenes jurídicos del empleo público manteniendo las especialidades. 2. Características del modelo de régimen público aplicable.—II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. 1. El esquema aplicativo del Estatuto Básico: las técnicas de articulación de normas. 2. Personal al que es de aplicación directa e integra el EBEP. 3. Los regímenes especiales y la aplicación parcial del EBEP. 4. Personal excluido de su ámbito de aplicación. 5. Aplicación supletoria del EBEP al personal de las Administraciones Públicas. 6. Extensión de algunos principios del Estatuto Básico a entidades jurídico privadas del sector público.—III. EL NUEVO SISTEMA CLASIFICATORIO DEL EMPLEADO PÚBLICO: ENTRE LA CONSOLIDACIÓN DE FIGURAS CLÁSICAS Y LA APERTURA A UN NUEVO TIPO DE EMPLEADO PÚBLICO. 1. Aproximación al concepto de empleado público y a las categorías que se integran en él. 2. El mantenimiento del sistema dual de régimen jurídico de funcionarios y de personal laboral y el propósito fallido de configurar un solo régimen jurídico para un mismo tipo de funciones. 2.1. La determinación de puestos reservados a los funcionarios públicos. 2.2. El carácter y peculiaridades de la relación laboral de empleo público. 3. La cobertura de necesidades transitorias de personal a través de los empleados públicos de carácter interino o temporal. 3.1. La cuestionable dualidad de figuras de empleo precario: fungibilidad de funciones. 3.2. Circunstancias que justifican el recurso al nombramiento de funcionarios interinos. 3.3. La alta tasa de temporalidad en la Administración Pública y las medidas adoptadas para combatirla. 4. Personal eventual de libre nombramiento: límites a la discrecionalidad gubernamental. 5. La institucionalización de la figura del «personal directivo profesional». Problemas derivados de su indefinición jurídica.—IV. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y LA ADQUISICIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. 1. El derecho al acceso al empleo público: su configuración legal por el EBEP. 2. Principios rectores del acceso y su aplicación al personal laboral. 3. Requisitos generales de acceso para el personal funcionario y laboral. 4. Órganos y procesos selectivos. Particularidades del sistema selectivo del personal laboral. 5. Adquisición de la condición de funcionario de carrera y de personal laboral.—V. PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO. 1. Las diferentes causas de pérdida de la condición de funcionario y de empleado público laboral. 2. La jubilación de los funcionarios. 2.1. La jubilación voluntaria: un supuesto de jubilación anticipada. 2.2. La jubilación forzosa. 2.3. La jubilación por incapacidad permanente. 2.4. La jubilación parcial.

I. INTRODUCCIÓN

1. El propósito de la Ley: integrar los dos regímenes jurídicos del empleo público manteniendo las especialidades

El Estatuto Básico del Empleado Público constituye, como se infiere de una atenta lectura de la Exposición de Motivos de la Ley, una norma de mínimos que «aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto». La Ley se presenta como manifestación de una tendencia fuertemente pragmática de confluencia de los actuales regímenes de empleo público, destinada a operar una integración de las dos regulaciones más significativas: la del personal funcionario y la del personal laboral al servicio de la Administración.

El modelo predominante y casi único de referencia, el régimen de la función pública, que ha regido durante mucho tiempo en nuestro país y que cuenta con el favor o la preferencia constitucional, como hiciera saber el Tribunal Constitucional en su STC 99/1987, ha entrado en tensión en las últimas décadas, como consecuencia de una serie de realidades y exigencias emergentes, que reclaman un mayor margen de apertura y de relación con otros regímenes de empleo público.

En efecto, asistimos, hoy, como señala la Exposición de Motivos, a «una gradual multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas dentro de cada nivel territorial de gobierno, que persigue responder adecuadamente a las exigencias que plantea, en cada caso el servicio eficaz a los ciudadanos. La organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las leyes y reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control».

De ahí que el objeto del deseo de las nuevas entidades y organismos haya sido el de escapar de las reglas y de la lógica tradicional que gobiernan el sector de los servicios públicos, y tender hacia procedimientos de empleo privado, de tal manera que la evolución normativa del empleo público puede leerse como una larga marcha hacia el encuentro con la legislación laboral.

Se justifica, por ello, que en los últimos tiempos se haya producido un acentuado recurso de las Administraciones Públicas a la contratación laboral, conforme a la legislación laboral. «La flexibilidad —como subraya la Exposición de Motivos— que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración».

Pero hasta ahora no ha habido un reconocimiento normativo de esta convivencia. El sector público ha configurado su propia política de personal totalmente a espaldas de la extensión de sus normas al personal laboral de las Administraciones Públicas. Salvo alguna limitada pretensión racionalizadora como la de determinar las funciones o puestos de trabajo reservados al personal laboral [art. 15.1.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP)] o garantista como la necesidad de seleccionar al personal laboral de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y procedimientos que garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, y el de publicidad (art. 19.1 LMRFP), que sólo con la llegada de la Constitución asumen relevancia, la legislación general en materia de función pública se ha mostrado aséptica; ha ignorado tradicionalmente a los empleados públicos que tienen la condición de personal laboral y no se ha planteado una posible operatividad de la propia legislación general más allá de la relación del personal estatutario.

Antes bien, ha puesto énfasis sobre la separación de las normas aplicables al personal funcionario y de las referidas al personal laboral de las Administraciones Públicas, presentando la dualidad de regímenes como elementos divergentes. La expresión más significativa de esta separación era el artículo 7 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (Decreto 315/1964, de 7 de febrero) (LFCE) que como pronunciamiento de carácter general se limitaba simplemente a reconocer la posibilidad de contratación de personal por las Administraciones Públicas «de acuerdo con la legislación laboral».

Esta separación y falta de conexión se individualizan como el producto de una línea diacrónica vigente con anterioridad al EBEP: la una de cierta ascendencia constitucional, que se basa en la distinta y única referencia constitucional contenida en el artículo 103.3 CE a los funcionarios, lo que justificaría una distinta regulación entre funcionarios y

personal sometido al derecho laboral: la otra derivada de la influencia decisiva que ha ejercido el Estatuto de los Trabajadores sobre la separación del trabajo prestado en régimen laboral del estatutario.

Pero tal lectura dicotómica de la regulación del empleo público se ha corregido en el EBEP donde sufre una inversión de perspectiva, pues de lo que se trata ahora es justamente de integrar en un único texto legal de alcance general el régimen aplicable a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Esta integración viene estimulada por el hecho de que la legislación de función pública ha ido acomodándose cada vez más a los criterios de gestión de la empresa privada, adoptando características de la legislación laboral (señaladamente, en materias como el acceso al empleo público, la carrera profesional, la asignación de tareas, la movilidad y el régimen de retribuciones, como destaca el Informe de la Comisión ¹), y también por la proyección, algo menos frecuente, pero no menos relevante, de principios propios del régimen de los funcionarios, como los de mérito y capacidad en el acceso y de ciertas normas de derecho público como el régimen de incompatibilidades, sobre el régimen del personal laboral.

La observación más común es que los dos regímenes interactúan y se integran entre sí, siendo la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas el motor del cambio, la que, «aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta este momento», ha ejercido una influencia notable en este proceso de «creciente aproximación de las condiciones de empleo que les afectan», como pone de relieve la Exposición de Motivos.

De acuerdo con esta reconstrucción, el artículo 1 del EBEP determina su objeto haciendo una referencia, por un lado, a «*las bases del régimen estatutario de los funcionarios incluidos en su ámbito*» y, por otro, a «*las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*». La nueva ordenación del empleo público integra así en su seno dos órdenes normativos diversos, con la pretensión, sin embargo, de incluir unos mismos principios para dar soluciones homogéneas a problemas comunes a ambos tipos de personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La coexistencia de dos bloques normativos diversos, si bien con principios de aplicación común, revela que no hay intención de establecer un régimen jurídico fusionado o único aplicable a todo el personal al servi-

¹ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de abril de 2005. Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2005.

cio de la Administración Pública. Seguramente tampoco sería posible tal unificación absoluta, dado que, según se ha podido observar², ni es posible en la práctica una funcionarización de todo el sector público, en particular de las entidades públicas empresariales, ni cabe la laboralización del sector público por cuanto desbordaría los límites constitucionales.

La LEBEP integra simplemente aquello que es factible de integrar. El nexo entre los dos regímenes se ha extendido, tal y como la Comisión había sugerido, exclusivamente a los principios y valores esenciales para el conjunto de los trabajadores del sector público y sobre unos mismos derechos y deberes básicos comunes. Y nada más.

En consecuencia, la observación más relevante que se puede obtener es que la normativa del Estatuto Básico de los Empleados Públicos no ha unificado de forma absoluta los dos regímenes jurídicos del sector público, sino que ha generado un «núcleo regulador común»³, manteniendo las especialidades y, por tanto, la dualidad reguladora, en lo que no es dable ni susceptible de integración.

2. Características del modelo de régimen jurídico aplicable

Pese a la orientación expansiva de la Ley, que tiende a ofrecer una regulación lo más amplia y universal posible, es evidente que el EBEP no agota el régimen jurídico aplicable al personal que presta sus servicios en el sector público. En ninguno de los dos ámbitos de aplicación se ofrece una regulación completa de la actividad profesional de los empleados públicos.

El Estatuto Básico del Empleado Público contiene, por lo que respecta a los funcionarios, tan sólo la legislación básica, esto es, aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas y, en cuanto al personal laboral a su servicio, exclusivamente las normas legales específicas, que no son evidentemente todas las aplicables al personal laboral, porque este personal se rige, además, por la legislación laboral y los convenios colectivos (art. 7 LEBEP).

El Estatuto se erige, así, en una ley de mínimos para los funcionarios; es una norma básica no ya en cuanto se dicta al amparo del artículo 149.1.18 CE, sino en cuanto recoge unos cuantos principios comunes

² M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», en AA.VV. (Dir.: M. SÁNCHEZ MORÓN): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 47.

³ C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del empleado: de la convergencia a la unificación parcial de Estatutos», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núms. 293-294, 2007, p. 127.

que deben ser aplicados en las relaciones de empleo de las Administraciones territoriales de carácter general, en sus tres niveles, estatal, autonómico y local, sin perjuicio de otras leyes que se adopten.

En cambio, para el personal laboral, posee una connotación algo distinta, porque lo previsto no es tanto un estatuto propiamente dicho, esto es, el reconocimiento de derechos básicos que identifican la posición jurídica del personal asalariado público (éstos están recogidos fundamentalmente en el Estatuto de los Trabajadores), cuanto algunas peculiaridades de su régimen jurídico; por lo que más que una norma de mínimos, se configura para estos como una norma especial o *ius specialis*⁴.

No obstante, en la medida en que la LEBEP ha establecido un nexo de conexión entre los dos regímenes jurídicos sobre la base de fijar una serie de principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, tampoco resulta incorrecto aplicar el término «básico» al personal laboral, porque de alguna manera opera también como «Estatuto de mínimos» para este personal.

El concepto de básico o de mínimos del Estatuto del Empleado Público supone, por otra parte, posibilidad de adaptación y de diversificación de las normas aplicables al empleado público. El Estatuto deja, como se señala en el Informe de la Comisión, un importante margen para la adaptación de ese núcleo común a las muy diferentes realidades a las que ha de aplicarse, lo que hace que en el sector público exista realmente un régimen jurídico heterogéneo, con normas comunes y normas, no ya sólo específicas de cada uno de los dos grandes tipos de personal, sino diferenciadas y ajustadas a las necesidades de cada una de los ámbitos de aplicación.

Asimismo, no se ha de perder de vista que en esta materia confluyen las competencias de las Comunidades Autónomas, que gozan ahora incluso de un mayor margen de libertad de opción para el desarrollo normativo en materia de función pública⁵, con lo que la extensión de un régimen jurídico de empleo público a un conjunto tan diverso de Administraciones Públicas conlleva indefectiblemente la existencia de una pluralidad de normas, que obedecen a diferentes títulos competenciales. Así, en desarrollo de este Estatuto Básico (legislación básica, conforme al art. 149.1 18.ª CE) van a intervenir, por un lado, el Estado aprobando, a través de las Cortes Generales, del Gobierno y de otros órganos in-

⁴ Como la ha calificado J. P. LANDA ZAPIRAIN: *El empleo público después del Estatuto Básico del Empleado Público: en particular sus aspectos colectivos*. Texto inédito presentado como Ponencia en las XIX Jornadas Catalanas de Derecho Social de la ACI, celebradas en la Universitat de Barcelona, los días 14 y 15 de febrero de 2008, p. 2.

⁵ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», en AA.VV. (Dir.: M. SÁNCHEZ MORÓN): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit., p. 65.

feriores, el régimen jurídico correspondiente a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y de los organismos o entidades dependientes o vinculados a ella, y, por otro, las Comunidades Autónomas haciendo lo propio, con relación a sus propios funcionarios (art. 6 EBEP). La participación de las Comunidades Autónomas en los aspectos relativos a la relación laboral solo puede ser, sin embargo, residual, por cuanto carecen de competencia para aprobar normas laborales, dada la exclusividad reguladora y completa del Estado en materia laboral, de acuerdo con el artículo 149.1.7 CE, aunque sí podrán regular algunos aspectos procedimentales o de organización dentro de sus competencias ejecutivas en esta materia.

Resulta importante evocar también la normativa nacida del conflicto y a través de la negociación colectiva, que se plasma en Pactos y Acuerdos, es decir, la que cae fuera de las reglas del consenso político o de los ámbitos de decisión política de las Cámaras legislativas o de los órganos de gobierno de las Administraciones estatales o autonómicas, sin perjuicio de que en algún caso sea necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos (art. 38 BEP), que también tiene su reconocimiento en el EBEP. Se abre, así, un amplio margen regulador a la propia autonomía colectiva de representantes de los empleados públicos y las distintas Administraciones Públicas como empleadoras, sobre la base de un esquema dual (una negociación colectiva para funcionarios y otra para el personal laboral), reconociéndose un régimen de autogobierno colectivo, que el EBEP va a garantizar, aceptando la operatividad de normas surgidas del consenso con las representaciones sindicales.

Se puede decir, en suma, que el Estatuto Básico del Empleado Público con esta mezcla de uniformidad parcial y de heterogeneidad de regímenes, de aplicación de normas procedentes de la legislación estatal con otras de carácter autonómico, de fórmulas de heteronomía estatal y otras de autonomía colectiva, ha contribuido a promover un régimen jurídico realmente complejo para el personal al servicio de la Administración Pública.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

1. El esquema aplicativo del Estatuto Básico: técnicas de articulación de normas

El hecho de que se incluya a los dos colectivos de funcionarios y de personal laboral en el mismo texto legal no significa que los preceptos del EBEP se apliquen en su totalidad ni indistintamente a uno u otro

tipo de personal. Una de las primeras observaciones que debe hacerse es que existen, ciertamente, unos principios generales y normas aplicables al conjunto de los empleados públicos de todas las Administraciones Públicas, y, junto a éstos, otra serie de preceptos que se refieren sólo a los funcionarios, así como otras normas que son de aplicación exclusiva al personal laboral.

Al margen de esta triple cualidad de las normas que integran el EBEP, se debe anotar que la Ley diseña un esquema aplicativo en el que aparece un régimen de concurrencia normativa con distintas variantes, pues ésta no sólo se produce en el plano del desarrollo normativo donde confluyen —como se ha visto— la normativa estatal y la autonómica, que sería un régimen de concurrencia secundaria, sino en el plano de coexistencia primaria de normas o regímenes, dando lugar a un régimen de concurrencia de primer orden, independientemente de la aplicación directa, indirecta o supletoria del EBEP.

En efecto, el EBEP prevé, por un lado, un régimen general para las distintas categorías de funcionarios, que tendrá el grado de desarrollo y configuración que deseen las Administraciones competentes, las cuales pueden llegar a establecer «un verdadero modelo propio de función pública»⁶, siempre sobre la base del respeto a los principios y reglas comunes que se establecen en el EBEP. En este régimen normativo el EBEP ocupa un lugar preeminente, se coloca en primer lugar en el esquema de fuentes y las normativas de desarrollo, tanto estatal como autonómica, se sitúan en un segundo plano, entendiéndose que en caso de conflicto o colisión, ha de prevalecer el EBEP sobre la normativa de desarrollo.

Pero al mismo tiempo el EBEP da entrada a una serie de regímenes especiales que constituyen para los colectivos incluidos en los mismos su primer nivel normativo de aplicación. Esta entrada, en ocasiones, se hace en régimen de igualdad, haciendo que resulte concurrente y primaria su aplicación con el EBEP. Esta es la opción que se adopta, por ejemplo, con el personal docente y el personal estatuario de los Servicios de Salud, pues, según establece el artículo 2.3 EBEP, «*se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto...*».

Pero en otras se hace trastocando el régimen de preeminencia del EBEP, de forma que el régimen especial se erige en el marco normativo predominante con preterición del efecto directo del EBEP que solo resulta aplicable cuando la legislación específica contempla de manera

⁶ A. PALOMAR OLMEDA: *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 18.

expresa la aplicación de las reglas del EBEP o cuando el propio EBEP prevé su carácter supletorio. Así sucede, por ejemplo, con determinados colectivos al servicio de la Administración que gozan de un estatuto propio y diferenciado, como el personal funcionario de las Cortes Generales o de los órganos constitucionales, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, Jueces y Magistrados, y personal retribuido por arancel, entre otros (art. 4) o con el personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos (art. 5).

El esquema normativo en lo que se refiere al personal funcionario de las Entidades Locales presenta algo más de complejidad, porque el artículo 3 EBEP se remite en bloque a un «conglomerado normativo»⁷, en el que no se establece un claro orden o predominio normativo. El referido artículo dispone que «*el personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local*». Parece que la voluntad del legislador es la de situar en un mismo plano normativo tanto la legislación específica de régimen local como la general del EBEP, a diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta ahora que se venía colocando en un lugar preferente a la legislación básica del régimen local, de manera que, para conocer su regulación se ha de estar al EBEP y a la vez a la legislación estatal aplicable a las Entidades Locales, integrada, mientras no haya cambios, por la Ley 17/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), toda vez que el EBEP tan sólo ha derogado su artículo 92 y su Capítulo III del Título VII [Disposición Derogatoria Única, apartado e) del EBEP]⁸. Pero al mismo tiempo la opción del EBEP es la de dar entrada en la conformación del esquema normativo a normas que provienen de las Comunidades Autónomas, puesto que éstas pueden dictar normas propias en ejecución de los títulos competenciales de función pública y régimen local, respetando en todo caso el ámbito de la legislación básica. Podemos entrever, por tanto, un régimen de concurrencia dual: por un lado, de primer orden por cuanto se hace concurrente el EBEP con la legislación del régimen local y, por otro, de segundo orden, ya que se habilita a las Comunidades Autónomas para un desarrollo normativo sobre el régimen de la función pública local.

Por lo que respecta al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, el esquema normativo es algo disímil, ya que no hay posible concurrencia de segundo orden de carácter autonómico en esta

⁷ A. PALOMAR OLMEDA: *ibidem*, p. 20.

⁸ Se mantiene también en vigor el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, a excepción del Capítulo III del Título VII.

materia, pues las Comunidades Autónomas nada pueden legislar, como ya se ha señalado, en materia laboral. En la conformación del modelo, se hace concurrente y primaria tanto la aplicación de la legislación laboral y las demás normas convencionalmente aplicables, como los preceptos del EBEP (que no todo el EBEP) que así lo dispongan (art. 7 EBEP). La legislación estatal, conformado por un régimen dual (el general de la legislación laboral y el específico del EBEP), junto a la autonomía colectiva, agotan el papel regulador, sin opción a la aparición en el ámbito de aplicación del mismo de normas de carácter autonómico.

2. Personal al que es de aplicación directa e íntegra el EBEP

La Comisión de Expertos abogaba en su Informe por que el Estatuto se aplicara, en principio y salvo las excepciones justificadas por imperativo constitucional o por su manifiesta especificidad, a todos los empleados de todas las Administraciones, organismos y entes que componen el sector público, con la finalidad de evitar la situación preexistente de colectivos de empleados, que, aun mereciendo la condición de públicos, acababan escapando de los principios y reglas comunes, en virtud de artificios jurídicos o formales.

El legislador del EBEP, compartiendo tal objetivo, concibe el nuevo Estatuto con una clara «vocación universal de aplicación» a todos los empleados del sector público, según lo previsto en la Exposición de Motivos. Existe, en tal sentido, el loable propósito de extender el alcance del Estatuto, en coherencia con su carácter de norma de mínimos integradora de valores y principios comunes, a todo el personal que trabaja en el sector, y de terminar con la proliferación de excepciones, reservas y de regímenes especiales, justificados más como privilegios de grupo que como consecuencia de las peculiaridades que afectan a los integrantes del grupo.

Pero el Estatuto no ha sido enteramente fiel a la propuesta de la Comisión porque, a pesar de la declarada «vocación de universalidad», no ha conseguido llevar a efecto el propósito de extender al máximo su ámbito de aplicación. Si se analiza el articulado correspondiente al ámbito subjetivo de aplicación, se observará que sigue habiendo un número importante de colectivos de empleados del sector público que escapan del régimen común de los empleados públicos, a veces sin que haya una clara razón que justifique la excepción parcial o el régimen especial previsto para los mismos.

La voluntad del legislador es la de establecer una triple lógica aplicativa del nuevo Estatuto: una primera, convertir el EBEP en una norma de aplicación directa y entera que se impone de forma íntegra al perso-

nal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; una segunda, la de hacer del EBEP una norma de aplicación parcial en un régimen de coordinación entre normas o de concurrencia normativa; y una tercera, la de relegarlo al papel de mera norma supletoria, al otorgar carácter predominante al estatuto especial que por su especificidad gozan determinados colectivos.

La pretensión más fuerte del legislador es la de erigirlo en norma enteramente aplicable al mayor número de colectivos y sectores del sector público. En esta lógica parece inscribirse el artículo 2.1 EBEP, que proyecta su ámbito de aplicación no solo sobre los tres niveles de Administración territorial —«*la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Administraciones de las Entidades Locales*»—, sino sobre la Administración institucional incluyendo a las «*Universidades Públicas*», y sobre los entes con personificación pública, extendiendo igualmente a los «*Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*». En coherencia con el carácter común y universal del Estatuto, el legislador nos muestra aquí el deseo de que las disposiciones del EBEP, sean de aplicación íntegra al personal de todas estas Administraciones y entidades, en lo que corresponda a cada uno de los dos tipos de empleados (personal funcionario o personal laboral), pues ya se ha señalado que, junto a normas comunes, hay otras específicas referidas a cada uno de estos colectivos.

Pero esa proyectada vocación de totalidad tiene sus excepciones porque el EBEP no en todos los supuestos se impone de forma íntegra a todo el personal de las Administraciones Territoriales, Institucionales o Entidades que aparecen mencionadas en el artículo 2.1 del EBEP. En algunos casos, el régimen jurídico del personal al servicio de estas Administraciones se determina con arreglo a otra legislación o a regímenes especiales, que entran en concurrencia, desplazando parcialmente al EBEP.

Ocurre, en particular, en el ámbito de las Universidades Públicas, donde el personal docente se rige por «*la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias*» (art. 2.3 EBEP) y también, en el caso del personal investigador, puesto que se admite que puedan dictarse «*normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades*» (art. 2.2 EBEP).

De igual forma, la regulación del EBEP tampoco resulta de aplicación íntegra a los funcionarios que prestan sus servicios en el ámbito local, pues se hace mención a que fuentes reguladoras diversas del EBEP puedan completar el estatuto peculiar de estos empleados públicos.

Como ya se ha indicado, según lo previsto en el artículo 3 del EBEP, éstos se rigen no sólo por este nuevo Estatuto sino por la legislación que resulte en materia de régimen local, esto es, por la legislación estatal y por la de las Comunidades Autónomas.

La pretendida regla general de aplicación íntegra quiebra también en el caso de 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), esto es, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), entre otros, ya que, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta del EBEP, éste sólo les es de aplicación en la forma prevista en sus leyes de creación.

En el esquema normativo que estamos contemplando de aplicación directa y entera del EBEP (lógicamente en lo que corresponda a cada colectivo), la innovación más notable del EBEP desde el punto de vista de su alcance subjetivo, es la extensión del mismo a las « *entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas* ». Se produce una considerable ampliación respecto a la situación precedente por cuanto el régimen jurídico del empleo público determinado por Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la función Pública y por el artículo 45 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), quedaba circunscrito básicamente al personal de los organismos públicos que se rigen por el Derecho administrativo ⁹. El EBEP ha venido a corregir esta situación, extendiendo los contornos aplicativos del régimen general de la función pública al personal propio de las mancomunidades de municipios y los consorcios públicos que se crean por diferentes Administraciones Públicas para cooperar entre sí y que se financian mayoritariamente por fondos públicos, aunque participados también con carácter minoritario por entidades privadas, así como al personal de las entidades públicas de carácter empresarial, esto es a aquellas entidades con forma jurídica y organizativa de Derecho público pero que sujetan su actividad a Derecho privado.

A estas entidades de carácter público les serán de aplicación los preceptos del EBEP relativos al personal laboral puesto que estas entidades han venido optando mayoritaria y abrumadoramente por la forma de empleo laboral, precisamente para huir de las rigideces del régimen

⁹ J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (Dir.: LUIS ORTEGA ÁLVAREZ): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley Wolters Kluver/El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, p. 59.

general de la función pública. No obstante, cabe pensar que la inclusión de estas entidades en el ámbito subjetivo del EBEP, no va a tener unos efectos reflejos muy significativos, porque ya legislación reciente había reaccionado exigiendo la aplicación de algunos principios y reglas de naturaleza pública a dicho personal, señaladamente, el artículo 55 de la LOFAGE que impone la sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procesos de selección mediante convocatoria pública, y que establece límites y controles en la determinación y modificación del régimen retributivo. No se descarta, sin embargo, que provoque alguna alteración en la condición de laborales del personal de estas entidades que ejerce funciones públicas, debido especialmente a «la influencia de la reserva» a favor de funcionarios del «*ejercicio de funciones que supongan la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas*», que establece su artículo 9.2. El personal empleado para desempeñar las referidas funciones tendrá que tener la condición de funcionario, a partir de la entrada en vigor del EBEP, aunque la propia normativa hace una excepción con los que actualmente desempeñan dichas funciones permitiéndoles perpetuarse en su condición de laborales (Disp. Trans. Primera), o sea, que tendrá efectos únicamente para los que accedan en el futuro a tales cargos ¹⁰.

3. Los regímenes especiales y la aplicación parcial del EBEP

El Estatuto, con independencia de su vocación universal de aplicación, prevé la existencia de regímenes especiales aplicables a algunos colectivos de empleados públicos que, «en virtud de las funciones que realizan o de la organización de los servicios en que se integran, presentan mayores rasgos distintivos» (Informe de Expertos).

Es una opción conocida en nuestro Derecho de la Función Pública, que el EBEP mantiene, en particular, para el personal investigador (art. 2.2), para el personal docente (universitario y no universitario), para el personal estatutario de los Servicios de Salud (art. 2.3), y para el personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (art. 5). El Informe de Expertos proponía, además, la inclusión de algún otro colectivo que viene disfrutando de un estatuto particular, como el de los funcionarios de la Carrera Diplomática y otro personal destinado en el extranjero, pero no ha tenido reflejo su propuesta en el EBEP.

Aunque parece que no se pretende la inaplicación del EBEP, las características generales de aplicación de estos regímenes especiales en su

¹⁰ J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (Dir.: LUIS ORTEGA ÁLVAREZ): *Estatuto Básico...*, op. cit., p. 60.

régimen de confluencia con el EBEP resultan algo confusas y dispares. En el caso del personal investigador se habla de que «*se podrán dictar normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades*»; por su parte el artículo 2.3, en relación con el personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud dispone que «*se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84*»; y por lo que respecta al personal de Correos y Telégrafos, el artículo 5 indica que «*se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en este Estatuto*».

Ciertamente no se puede decir que el esquema aplicativo sea el mismo en los tres supuestos; al contrario, parece que la normativa remite a interpretaciones distintas en cuanto al papel regulador que debe jugar la legislación específica en cada caso. En el primero, parece que lo que se ha querido es habilitar al Ejecutivo para dictar simples normas de adaptación del EBEP a las peculiaridades del personal investigador, entendiéndose que en ningún caso dichas normas pueden oponerse o contradecir lo dispuesto en el Estatuto Básico, lo cual significa, por otra parte, que no hay preterición del efecto directo del EBEP. Éste resulta de aplicación directa y aquello que no se ajuste al Estatuto Básico, tanto si se trata de normativa existente como de la nueva dictada con posterioridad al EBEP, se entenderá derogado ¹¹.

En la segunda referencia normativa encontramos, sin embargo, una distinta voluntad legislativa, tendente a establecer una coordinación entre la legislación específica y las normas del EBEP, aunque aceptando un cierto predominio de las normas especiales en la determinación del contenido regulador y obligacional del personal docente y del personal estatutario de los Servicios de Salud en algunas materias, ya que, al disponer el artículo 2.3 EBEP que se regirán por «*la legislación específica... y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84*», se produce una preterición del efecto directo del EBEP a favor de la legislación propia de estos colectivos, en el concreto ámbito que el legislador ha querido delimitar como disponible.

Se permite, así, que tales legislaciones especiales que entran en régimen de concurrencia con el EBEP, puedan exceptuarse o excluir la aplicación del EBEP en todo lo relativo al derecho a la carrera profesional y la promoción interna de los funcionarios (arts. 16 a 19), a las retribuciones complementarias (arts. 22.3 y 24) y en lo referido a la

¹¹ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», en AA.VV. (Dir.: M.SÁNCHEZ MORÓN): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit., p. 64.

movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas (art. 84). Las excepciones o exclusiones de la aplicación del EBEP no abarcan, sin embargo, los aspectos relativos a la evaluación del desempeño, esto es, al procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados, y de la que van a depender la aplicación de la carrera profesional horizontal, las retribuciones complementarias, e incluso la continuidad en el puesto (art. 20).

Las especificidades, en lo que respecta al personal docente de las Universidades públicas, se encuentran fundamentalmente en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades y en la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica de Universidades. Las previsiones de esta Ley no están sujetas al EBEP por tratarse de una Ley orgánica que no puede ser modificada por una ley ordinaria¹². Sin embargo, sí lo están las de la normativa de desarrollo —tanto del Estatuto del personal docente e investigador cuya aprobación se ordena al Gobierno en el plazo de un año (Disp. Adic. Sexta, LO 4/2007), como de las normas estatutarias de las propias Universidades en lo relativo al personal o de cualquier otra—, que deberán respetar las previsiones del EBEP, excepto en aquello en que se les habilita para establecer reglas singulares, que es, como se ha visto más arriba, únicamente en lo relativo a la carrera y promoción profesional del personal docente, retribuciones complementarias y movilidad entre Administraciones.

Aunque no se mencione específicamente al personal no docente de las Universidades en el artículo 2.3 del EBEP, debemos incluir también en este esquema de aplicación relativa o parcial del EBEP al personal funcionario de administración y servicios y al personal laboral, por cuanto les resulta aplicable el EBEP, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1 del EBEP que incluye genéricamente en su ámbito de aplicación al personal funcionario y en lo que proceda al personal al servicio de las Universidades Públicas, aparte de regirse también por la LO 4/2007 y sus disposiciones de desarrollo, así como por otras normativas, según lo prevenido en el artículo 73.3 de la propia Ley orgánica.

En lo que atañe al personal docente no universitario, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y la normativa de desarrollo tanto estatal como autonómica, regula hoy las especificidades de este colectivo. También aquí ha de hacerse la misma observación en el sentido de que, si bien las normas establecidas en esta Ley Orgánica no resultan afectadas por el EBEP, la legislación específica dictada en desarrollo de la misma debe adaptarse al mismo, excepto en lo que se refiere a carrera y promoción profesional del personal docente, retribuciones complemen-

¹² M. SÁNCHEZ MORÓN: *op. cit.*, p. 64.

tarias y movilidad entre Administraciones, cuyas normas específicas son de claro predominio sobre los preceptos del EBEP.

En lo relativo al personal estatutario de los Servicios de Salud, su normativa específica está integrada por el Estatuto Marco de dicho personal estatutario aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y por toda la normativa dictada por el Estado (en particular, la Ley 44/2003, sobre profesiones sanitarias) y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias. Se produce aquí también una doble concurrencia, en el plano competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y en el del desarrollo secundario. Toda esta normativa específica debe superar igualmente el tamiz del EBEP, porque, salvo en las materias más arriba indicadas, donde es de aplicación preeminente la legislación especial sobre el EBEP, en el resto se aplica éste. Además, y por si quedara alguna duda, el artículo 2.4 EBEP se encarga de precisar que « *cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud* ». De modo que, si existiera alguna regla singular del Estatuto Marco del personal sanitario o de la normativa de desarrollo que entrara en contradicción con el EBEP habría que entenderla derogada, conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria, apartado g) ¹³.

Por último, el régimen especial previsto en el artículo 5 del EBEP tiene otra conformación, que nada tiene que ver con la aplicación parcial o limitada del EBEP. Parece asemejarse más a una pura y simple inaplicación del EBEP que a un régimen especial personal, ya que en él se previene que el personal de Correos y Telégrafos « *se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en este Estatuto* ». No se trata solo de unas reglas especiales que afectan a aspectos determinados de su régimen jurídico, sino de todo un estatuto o régimen especial que se aplica con prioridad sobre el EBEP. El régimen especial constituye para este colectivo «su primer nivel normativo de aplicación con preterición del efecto directo del EBEP que sólo resulta aplicable de forma supletoria» ¹⁴.

Al margen de lo señalado, es evidente que la conformación de regímenes especiales puede producirse también fuera del marco del Estatuto Básico. El EBEP no es el único marco legal en el que hayan de fijarse los regímenes especiales de empleo público. Nada impide a otras leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas crear —como indica el Informe— otros regímenes igualmente especiales cuando existan para ello causas funcionales que lo aconsejen, siempre que se respeten los principios y normas comunes del Estatuto Básico.

¹³ M. SÁNCHEZ MORÓN: *op. cit.*, p. 63.

¹⁴ A. PALOMAR OLMEDA: «El nuevo Estatuto del empleado Público», *op. cit.*, p. 19.

4. Personal excluido de su ámbito de aplicación

El artículo 4 del EBEP recurre a un juego de palabras para dar a entender algo que bien hubiera podido expresarse de una forma más breve. Se indica en el mismo que «*las disposiciones de este Estatuto solo se aplicaran directamente*» a ciertos colectivos de empleados «*cuando así lo disponga su legislación específica*», tratando de referir, en realidad, que a los colectivos incluidos en el listado que se describe a continuación no se les aplica el EBEP salvo en aquellos aspectos en que se remitan expresamente al mismo. Se vale, así, de una perífrasis un tanto ambigua para expresar simplemente la existencia de personal excluido del ámbito de aplicación del mismo.

Pero, puede leerse también como una posibilidad abierta a un retorno o a una progresiva incorporación al régimen común de normas específicas ya existentes sobre ciertos colectivos de funcionarios, que presentan alguna peculiaridad. Tal vez la virtualidad de la misma sea la de no impedir que la recepción de normas especiales nacidas como extrañas al régimen común lleve excluida la posibilidad de una parcial asunción de principios y reglas aplicables a todo el colectivo de los empleados públicos. Desde ese punto de vista cabe entrever un plausible intento de recomponer la aplicabilidad de la Ley, consintiendo una operatividad aún más amplia, de acuerdo con su vocación de extensión a todo el sector público.

Este régimen peculiar de inaplicación o aplicación parcial del EBEP en función de la voluntad del artífice de la norma especial, se ha previsto en relación con una serie de grupos de funcionarios, bien porque su estatuto debe ser aprobado, por imperativo constitucional, por medio de ley orgánica o de otro tipo de norma especial, o bien por presentar una manifiesta especificidad, que impide su vinculación por una parte muy sustancial del régimen común.

Por razón de las exigencias constitucionales se encuentran exceptuados del régimen común del EBEP las siguientes categorías de empleados públicos:

1. «*El personal funcionario de las Cortes Generales*», que ha de regirse, según el artículo 72.1 CE, por un Estatuto de Personal, adoptado de común acuerdo por ambas Cámaras. En la actualidad, este Estatuto es el aprobado por Acuerdo de las Mesas de ambas Cámaras el 27 de marzo de 2006. Por un cierto mimetismo, y sin existir un imperativo Constitucional, se ha exceptuado también, al personal funcionario de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas [apartado a), art. 4 EBEP]. La excepción no abarca, sin embargo, al personal laboral al servicio de estos órganos legislativos.

2. «*El personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado*», habida cuenta que sus peculiaridades han de ser reguladas por Ley orgánica. El precepto ha omitido la enumeración de los órganos constitucionales, pero es claro que se refiere al Consejo de Estado (art. 107 CE), Defensor del Pueblo (art. 54), Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 CE), al Tribunal Constitucional (art. 165) y al Tribunal de Cuentas (art. 13.4 CE). En sus respectivas Leyes Orgánicas de organización y funcionamiento se contiene la legislación específica que les es de aplicación. Por la semejanza de funciones, quedan excluidos igualmente, los funcionarios de los «*Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas*» [apartado b), art. 4 EBEP], que desempeñan funciones similares a los órganos constitucionales, tales como, por ejemplo, Consejo de Navarra, Cámara de Comptos, o el Defensor del Pueblo, en el caso de la Comunidad Foral de Navarra. La excepción no afecta al personal laboral a quien sí se aplica el EBEP.

3. «*Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario de la Administración de Justicia*» [apartado c), art. 4 EBEP], porque, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 122.1 y 124.3 de la Constitución Española, han de tener también un estatuto regulador propio. En cuanto a los Jueces, Magistrados y el personal funcionario de la Administración de Justicia, su estatuto jurídico se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial (Libros IV, V y VI) y en la normativa de desarrollo (Reglamentos generales, específicos u orgánico de los Cuerpos). El Ministerio Fiscal se rige aún, y con todas sus modificaciones incorporadas, por su Estatuto Orgánico, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

4. «*Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*» [apartado e), art. 4 EBEP], por cuanto el artículo 104 de la Constitución prevé también la regulación mediante ley orgánica de su estatuto jurídico. A este personal, integrado por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, así como por los Cuerpos de Policía de las Corporaciones locales se le aplica la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, además de otras normas específicas. No obstante, el régimen de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local es un caso aparte, por cuanto el 3.2 del EBEP dispone que «*se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986*», por lo que no quedan excluidos del EBEP.

Por razón de la especial naturaleza de la actividad que desarrollan, los colectivos de empleados públicos que han quedado fuera del EBEP, sin perjuicio de su sumisión expresa a éste en lo no regulado por sus propias normas, son:

1. «*Personal militar de las Fuerzas Armadas*» [apartado d), art. 4 EBEP], esto es, los integrantes del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire (art. 8.1 Constitución y art. 10 LO 5/2006, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional). Su exclusión se entiende justificada tanto por su condición armada como por las peculiares circunstancias de sometimiento a disciplina militar. La noción determinante de este supuesto de excepción, la naturaleza militar, excluye de la aplicación de la excepción al personal laboral del Ministerio de Defensa al que sí resulta de aplicación el EBEP.

2. «*Personal retribuido por arancel*» [apartado f), art. 4 EBEP]. Dentro de esta categoría se incluye a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, que se rigen también por su legislación particular. Se les exceptúa del EBEP por cuanto no se integran en la organización administrativa ni perciben sus emolumentos con cargo a fondos públicos, con lo que la mayoría de las normas comunes de empleo público no les serían aplicables, tal y como anota el Informe de Expertos.

3. «*Personal del Centro de Inteligencia*» [apartado g), art. 4 EBEP]. Se mantiene también la exclusión de este personal por elementales exigencias del deber de secreto sobre aspectos importantes del ejercicio de su actividad y por razones de seguridad de los propios empleados, lo que resulta difícilmente conciliable con ciertos principios básicos del EBEP como la publicidad en el ingreso o en la asignación de destinos y tareas.

4. «*Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito*» [apartado g), art. 4 EBEP]. La inclusión de esta excepción llama la atención por un doble motivo: primero, porque no había sido sugerida por el Informe de Expertos, y, segundo, porque al menos en el caso del Banco de España no está muy justificada la excepción del EBEP, pues se trata de una entidad pública que desempeña significativas funciones públicas y a la que se podrían aplicar algunos aspectos del EBEP de notable importancia como lo relativo a la reserva a los funcionarios de las funciones que implican ejercicio de potestades públicas¹⁵.

En esta presentación de los colectivos de empleados públicos excluidos del Estatuto Básico, ha de contemplarse, asimismo, bien que se halle recogido en la Disposición Adicional Quinta del EBEP, fuera por tanto de la parte relativa al ámbito de aplicación (Título I), al personal de los Organismos reguladores. La exclusión afecta a los organismos reguladores mencionados en la Disposición Adicional Décima.1 de la

¹⁵ J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (Dir.: LUIS ORTEGA ÁLVAREZ): *Estatuto Básico...*, op. cit., p. 71.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); en concreto, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. Al personal que presta servicios en estos organismos, se le aplicará, según la referida Disposición Adicional Décima EBEP, el Estatuto Básico en la forma prevista en sus leyes de creación, lo que quiere decir que, al igual que los colectivos contemplados en el artículo 4 EBEP, se regirá por su legislación específica, salvo en aquello en que se remita expresamente a la legislación común.

La exclusión viene justificada por la peculiar naturaleza de estos organismos que, a pesar de ser públicos, están dotados de autonomía respecto de la Administración General del Estado en aras de garantizar la objetividad y neutralidad en el ejercicio de sus funciones (de hecho la LOFAGE los considera como organismos autónomos), con lo que quedan fuera del artículo 2.1 EBEP al carecer de una de las condiciones esenciales para la aplicación del mismo, cual es que el organismo público esté vinculado o sea dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, la exclusión generalizada de todos ellos se revela bastante problemática porque tal exclusión gira en torno al concepto de «organismo regulador», que no concurre en todos los supuestos. Tal carácter, si bien es predicable de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, y tal vez también de la Agencia de Protección de Datos, no resulta nada claro que sea aplicable al Ente Público RTVE, a las Universidades no transferidas¹⁶, al Instituto Español de Comercio Exterior, o al Consorcio de la Zona Especial Canaria. Así las cosas, si el criterio determinante de la exclusión del EBEP es el carácter de organismo regulador, habrá de considerarse, de acuerdo con la mejor doctrina¹⁷ que los organismos que no tienen tal naturaleza quedan sujetos al EBEP.

También hay que señalar que la norma en cuestión (Disp. Adic. Quinta EBEP) representa un caso de inadecuación, al menos, respecto

¹⁶ Toda vez que, además, las Universidades Públicas han quedado incluidas dentro del ámbito de aplicación del EBEP, en virtud del artículo 2.1.

¹⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Objeto y ámbito de aplicación», en AA.VV. (Dir.: M. SÁNCHEZ MORÓN): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit., p. 58; J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (Dir.: LUIS ORTEGA ÁLVAREZ): *Estatuto Básico...*, op. cit., p. 77.

del personal de los organismos reguladores citados que ejerce funciones de autoridad pública, en cuanto que permite que pueda ser funcionario o laboral. No se entiende muy razonable que no les resulte de aplicación el artículo 9.2 EBEP, que reserva en exclusiva a los funcionarios públicos el ejercicio de determinadas funciones públicas, en concreto, « *las que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado*», cuando las funciones que desarrollan los organismos reguladores mencionados, esto es, importantes funciones de regulación y control independiente de los mercados e incluso de ejercicio de potestades sancionadoras, son típicamente de autoridad pública.

5. Aplicación supletoria del EBEP al personal de las Administraciones Públicas

La orientación tendencialmente extensiva con la que se diseña el EBEP, ha llevado al legislador a introducir en el párrafo quinto del artículo 2 del EBEP una cláusula general supletoria, por la que se atribuye al Estatuto Básico « *carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en el ámbito de aplicación*».

De esta manera el EBEP se convierte en norma de referencia de segundo grado para todo el personal de las Administraciones públicas que se rige por una legislación propia en lugar de la legislación básica de función pública. Los principios y reglas del EBEP se aplicarán en caso de que se plantee alguna laguna en la determinación del régimen jurídico aplicable al personal que tiene su propia normativa específica.

Esta previsión constituye una muestra del significado e importancia que el legislador quiere atribuir a los principios del EBEP, pretendiendo que informen también los regímenes jurídicos diferenciados de empleo público, pero plantea un pequeño problema interpretativo sobre el alcance de la concreta situación subjetiva fundamental que sanciona el precepto, pues sólo alude a las Administraciones Públicas.

Al respecto, debemos entender que la expresión «Administración Pública» no encierra aquí un significado limitativo y que en lógica coherencia con lo que proyecta el EBEP, el ámbito subjetivo de la cláusula general supletoria debe extenderse igualmente a cualquier otra entidad pública.

En consecuencia, las disposiciones del EBEP se aplicarán asimismo a los colectivos de personal del artículo 4, aunque su legislación especial no se remita expresamente al EBEP, cuando se produzcan vacíos normativos en la legislación específica y no se haya previsto el modo de integrar esos vacíos.

6. Extensión de algunos principios del Estatuto Básico a entidades jurídico privadas del sector público

La pretendida voluntad de aplicación global del EBEP a todo el personal del sector público no solo se extiende al personal de las entidades con personalidad jurídica pública, sino que tiene otra proyección subjetiva aún mayor, pues se expande hacia el conjunto de entidades jurídico privadas —sociedades mercantiles y fundaciones— creadas o dependientes de las Administraciones y Entidades Públicas y que se financian mayoritariamente con fondos públicos.

Así se deduce, al menos, de la Disposición Adicional Primera del Estatuto Básico que somete a « *las entidades del sector público estatal, autonómico y local, no incluidos en el artículo 2 del Estatuto* » (esto es, sociedades y fundaciones constituidas conforme a derecho civil o mercantil y vinculadas o dependientes de cualesquiera Administraciones), a determinados principios del mismo, específicamente a los contenidos en los artículos 52, 53, 54 (Deberes de los empleados públicos. Código de conducta) 55 (Principios rectores del acceso al empleo público) y 59 (Personas con discapacidad).

Esta opción, introducida con la pretensión de poner límites a la práctica bastante extendida en la función pública de crear entidades instrumentales de naturaleza jurídico-privada para huir del Derecho Público, no es nueva y viene en parte motivada por exigencias de adecuación a las normas hoy vigentes en materia de contratación pública¹⁸ o de fundaciones¹⁹.

No se oculta que el personal de estas entidades del sector empresarial o fundacional público que sujetan su actividad a derecho privado, aunque se le atribuya el carácter de empleado laboral, conforma en realidad empleo público. En consecuencia, el régimen jurídico de su relación de empleo debería contemplar algún tipo de sujeción a los principios de Derecho público.

El Informe de la Comisión, partiendo de la distinción entre las sociedades mercantiles dependientes de las Administraciones con un objeto industrial, mercantil o financiero, y las sociedades de capital

¹⁸ Desde hace ya algún tiempo, y como consecuencia de las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nuestra legislación de contratos de las Administraciones Públicas prevé la aplicación de ciertos principios de igualdad, transparencia y publicidad en las licitaciones, tendentes a garantizar la libre e igual competencia entre los contratistas. Actualmente, lo exigen los artículos 123 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

¹⁹ El artículo 46.4 de la Ley 50/2002, de 2 de diciembre, de Fundaciones, ya obliga a que la selección del personal de fundaciones del sector público se realice con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

íntegra o mayoritariamente público dedicadas al ejercicio de funciones intrínsecamente administrativas, como por ejemplo la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público, recomendaba en el primer caso la extensión de tan sólo algunos principios, en particular los de publicidad e igualdad en la contratación de su personal; por el contrario, en el segundo sugería la extensión total de los principios y reglas comunes del Estatuto, ya que en términos sustantivos o reales su personal forma parte del empleo público.

Pero no ha sido esta la propuesta acogida por el Estatuto Básico, sino una más ambigua en la que el legislador, confirmando los dispositivos de garantía introducidos en la legislación reciente, opta por no diferenciar entre entidades públicas de uno u otro tipo y por exigir a todo el personal de las entidades del sector público no comprendidas en el artículo 2 la aplicación de unos pocos principios del Estatuto Básico, los referidos en los citados artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP.

Esta disposición se ha construido sobre dos diferencias de base: de un lado, la concepción basada en tratar de integrar a todo el personal de estas sociedades o fundaciones que constituye empleo público en el régimen común del EBEP en coherencia con el propósito de proyección global del Estatuto, atendiendo a que no hay razón objetiva para que el personal laboral de todas estas sociedades o fundaciones vinculadas o dependientes de las Administraciones, de organismos o entidades públicas, y creadas para satisfacer intereses generales, no esté sujeto a los mismos principios y reglas comunes del EBEP. De otro, la concepción estrecha, que como mucho persigue la aplicación de algunos principios constitucionales, para favorecer la mayor flexibilidad en la gestión de personal, teniendo en cuenta que el sometimiento a las reglas de Derecho Privado presupone el tener que compatibilizar las normas de relación con los intereses y poderes organizativos de estas empresas.

Mientras el Informe de la Comisión se decantaba por la primera, el EBEP se ha posicionado a favor de la última concepción. Los principios aceptados en la Disposición Adicional Primera del EBEP constituyen, así, un modesto apéndice del Derecho Laboral común, que es por la que seguirán rigiéndose. El legislador sólo ha querido una extensión fragmentaria de los preceptos del EBEP. No introduce novedades relevantes se limita a confirmar la disciplina vigente con anterioridad en materia de contratación en el sector público, dejando al personal de todas estas entidades al margen de las restantes reglas y de la lógica que gobiernan el sector de los servicios públicos.

Con este panorama, no parece que el EBEP se vaya a mostrar realmente eficaz para frenar la voluntad política de huida del Derecho público y la constante creación de estas sociedades y fundaciones que adoptan

formas jurídico privadas para una más fácil y flexible organización y gestión de los recursos humanos en actividades del sector público.

III. EL NUEVO SISTEMA CLASIFICATORIO DEL EMPLEADO PÚBLICO: ENTRE LA CONSOLIDACIÓN DE FIGURAS CLÁSICAS Y LA APERTURA A UN NUEVO TIPO DE EMPLEADO PÚBLICO

1. Aproximación al concepto de empleado público y a las categorías que se integran en él

Siendo una de las apuestas básicas del EBEP la opción por un ámbito de aplicación conjunto para funcionarios y personal laboral, no es de extrañar que se haya procedido a adoptar una definición común de empleado público para los diferentes categorías de empleado público.

Con este punto de partida, el artículo 8 del EBEP, en su apartado primero, antes de enumerar los tipos de empleados públicos, proporciona una noción de carácter general de empleado público, que aspira a describir de manera global las distintas categorías comprendidas en la nueva regulación de empleo público.

Según el referido apartado 1 del artículo 8 del EBEP, la condición de «empleado público» se atribuye a « *quienes desempeñan funciones retributivas en las Administraciones Públicas al servicio de intereses generales*».

Pero por más que el legislador quiera ofrecer una definición omnicomprensiva de empleado público, debemos entender que el significado del precepto no va más allá de destacar unos rasgos comunes a las distintas categorías, porque no se vislumbran en dicha noción legal todas las notas, o al menos las esenciales, que caracterizan al empleado público.

El concepto legal descansa sobre dos parcos e imprecisos elementos, que tomados en su literalidad y haciendo abstracción de otros elementos, no son suficientes para especificar el verdadero significado de la condición de empleado público y, además, pueden contribuir de manera notable a desdibujar la configuración actual y el ámbito aplicativo de la Ley.

Por lo pronto, el hacer hincapié en la simple nota del desempeño de funciones retribuidas en las Administraciones Públicas, tiene como consecuencia que podrá calificarse como empleado público a cualquier personal que realice actividades en ellas. Mas, no es razonable ni se corresponde con el ámbito subjetivo de la Ley el que se quiera predicar dicha noción de todo el que preste servicios dentro de la Administración

por más que las funciones que desempeñen formen parte de las competencias de ella. Sería tanto como extender la noción a todo el personal de empresas privadas que realizan todo tipo de servicios públicos en régimen de externalización de actividades públicas, así como a cualquier otro que desempeñe cargos por elección o designación política en los órganos de gobierno de las diferentes Administraciones Públicas.

De otro lado, la configuración del empleado público sobre la base de la segunda nota de aquella definición, la prestación al servicio de intereses generales, se traduce igualmente en algo abierto e impersonal. La noción podría, así, alcanzar a cualquiera que prestase servicios que implican la satisfacción de intereses generales, especialmente a « *quienes desempeñan cargos por elección o designación política, bien sea de los órganos de gobierno de las diferentes Administraciones o en los niveles superiores de cada una, así como en determinados organismos y entidades públicas* », porque es evidente que están al servicio de intereses generales. Es decir que, acogería a diferentes cargos de designación política como Secretarios de Estado, Directores Generales u otros cargos nombrados libremente por los Gobiernos o Parlamentos, cuando es evidente que no están comprendidos en el ámbito de aplicación del EBEP ²⁰.

La definición no puede, por tanto, quedar circunscrita a las estrechas coordenadas del desempeño de funciones retribuidas en las Administraciones Públicas y de servicio de los intereses generales porque puede llevar a una extensión desmesurada del concepto de empleado público, al convertirse en un ámbito creciente.

La condición de empleado público, aun nutriéndose de esas características, comporta en todo caso la incorporación de alguna otra nota que delimite esa amplísima noción contenida en el precepto citado. Y tal vez las notas que faltan por añadir en dicha definición legal sean, como señala SÁNCHEZ MORÓN ²¹, las de profesionalidad y pertenencia a la organización administrativa.

El ámbito de aplicación subjetivo del concepto legal ha de ser reducido, no alcanzando en línea de principio más que a las diferentes clases de personal reconocidas en el párrafo siguiente del artículo 8 EBEP. Lo cual conduce a que sólo podrá atribuirse a aquellos cualificados por la nota de la «profesionalidad», por ser ésta la característica común a todos los tipos de personal enumerados en el artículo 8, y lo que marca la diferencia entre el empleado público y otros cargos de elección o designación política. La condición de empleado público no

²⁰ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», en AA.VV. (Dir.: M. SÁNCHEZ MORÓN): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, op. cit., pp. 84-85.

²¹ Op. cit., p. 85.

puede atribuirse al que desempeña cargos de dirección política en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Al mismo tiempo, esa mayor concreción forzosamente ha de suponer una definición que abarque exclusivamente al empleado integrado en la organización administrativa, porque no cabe extenderlo, en función de la tipificación de empleados públicos resultante del Estatuto Básico, a quienes no desempeñan un puesto de trabajo propio de la organización administrativa. Encuadrado el EBEP en el ámbito del Derecho Público, sus normas atienden básicamente a regular el ámbito de relación de las Administraciones Públicas con sus empleados y sólo indirecta o tangencialmente resultan de aplicación a los empleados de instituciones jurídico privadas que realizan actividades de interés general. No es posible, por tanto, que la noción alcance a quienes no tienen algún tipo de vinculación con la Administración o ente público, aun cuando pertenezcan al sector público y perciban sus rentas de trabajo con cargo a los presupuestos públicos.

Se hace, así, necesario agregar estas dos notas, identificadas ya por la doctrina científica, para hacer desaparecer los problemas de interpretación de la definición legal (art. 8.1 EBEP), enervando consecuentemente el ámbito creciente de la configuración actual.

Centrados ahora en el asunto relativo a la clasificación de empleados públicos, la técnica empleada por el legislador, una vez descrito el concepto general de empleado público, es la de establecer, en el apartado 2 del artículo 8 del EBEP, un cuadro de categorías de empleados públicos.

Las categorías que se identifican son cuatro; a saber: a) Funcionarios de carrera; b) Funcionarios interinos; c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal; d) Personal eventual. A ellas ha de añadirse una categoría más, la del «personal directivo profesional» (art. 13 EBEP), que, si bien no aparece mencionado en el cuadro general de categorías, es objeto de regulación conjunta bajo el mismo Título II, que lleva por rúbrica «Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas».

La clasificación adoptada, aunque se basa en categorías tradicionales, se aparta en varios aspectos del esquema clásico de ordenación de categorías contenido en el artículo 3 de la Ley de Funcionarios de 1964. Amén del abandono de la anterior distinción entre funcionarios de carrera y funcionarios de empleo, en la que se encuadraban las subcategorías de funcionarios eventuales e interinos, en la nueva clasificación se observa una nítida separación entre funcionarios de carrera y los interinos habida cuenta que esta última categoría presenta algunas diferencias importantes respecto de los funcionarios de carrera (entre ellas, la au-

sencia de una cualidad típica de los funcionarios: la inamovilidad en el empleo), así como un cambio de nombre en lo relativo a los «funcionarios eventuales» que pasan a denominarse «personal eventual» mucho más acorde con la naturaleza y realidad de sus funciones calificadas de confianza, que poco tienen que ver con las de un funcionario de carrera.

Con todo, la novedad mas reseñable radica en la relevancia que ha recibido el personal laboral, que pierde el carácter excepcional que le atribuía el artículo 15.1.c) LMRF ²², para convertirse en una categoría más de empleado público, adquiriendo el mismo grado de reconocimiento o significado que cualquiera de las otras categorías tradicionales o clásicas. Este cambio es consecuencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal laboral para el desempeño de determinadas tareas y responde a la intención de dar una mayor extensión a esta forma de vinculación por la flexibilidad que comporta para la gestión del empleo público.

2. El mantenimiento del sistema dual de régimen jurídico de funcionarios y de personal laboral y el propósito fallido de configurar un solo régimen jurídico para un mismo tipo de funciones

El EBEP parte de la existencia de un sistema dual consolidado de empleo público en la situación actual y apuesta claramente por la integración de los dos regímenes de funcionarios públicos y de contratados laborales. Rotundamente se acepta en la Exposición de Motivos el reconocimiento e integración del papel de la contratación de personal laboral en el régimen general de empleo público, de lo que se infiere una clara pretensión de aproximación de contenidos de uno y otro régimen jurídico. Lo cual se percibe también en la propia «vocación universal» y en ese criterio unificador que inspira decididamente al legislador del EBEP.

Ahora bien, la Ley no se propone acabar con la dualidad de regímenes jurídicos, ni configurar el régimen de la función pública sobre la base de un único modelo. La dualidad de regímenes no puede desaparecer en tanto que no pueden dejarse de contemplar y de regular las singularidades que presenta cada régimen. Precisamente lo que hace el Estatuto es sintetizar aquello que diferencia a cada uno, sin perjuicio de «ordenar el sistema de empleo público en su conjunto» (Exp. Motiv.)

²² Vid. M.^a DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, p. 59.

Pero esa voluntad de integración o aproximación entre ambos colectivos lleva implícita de alguna manera la necesidad de atender al problema de la coexistencia de categorías distintas desempeñando puestos de trabajo de similar naturaleza, pero bajo un régimen jurídico distinto. No hay razones que justifiquen las diferencias y agravios que se producen entre unos y otros colectivos en el desempeño de unas mismas funciones. De ahí que, la Comisión subrayara la necesidad de incorporar como resolución del problema la llamada «regla de oro», consistente en «establecer, en la medida de lo posible, un solo régimen jurídico para los empleados que realizan cada tipo de función pública». Y ciertamente parece una medida que se impone como corolario de la propia concepción de aproximación de los regímenes jurídicos.

No obstante, el EBEP progresa poco o nada en este obligado empeño²³. Como resulta fácil de advertir en los artículos 9 y 11 de la Ley destinados a regular las figuras del funcionario de carrera y personal laboral respectivamente, se mantiene en la línea precedente de indefinición en cuanto a la delimitación de funciones de ambas figuras. Encontramos solo un mínimo apunte sobre las funciones básicas reservadas al personal funcionario en el artículo 9.2 EBEP y, en lo que respecta a la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, se limita simplemente a remitir a las «Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto» en el artículo 11.2 EBEP.

Se ha preferido esta vía indirecta de remisión a las leyes de desarrollo, que supone una renuncia tácita a racionalizar la ordenación del sistema dual de empleo público. No existe el menor atisbo de definición de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por el personal funcionario y los que corresponden al personal laboral. Cabe decir, no obstante, que hay margen para la esperanza, pues se deja un amplio campo a los legisladores para clarificar en lo posible, a través de las leyes de desarrollo, las funciones correspondientes a uno y otro tipo de empleado público, aunque subsiste el riesgo de caer en la misma inacción, bien por «inercia o por miedo al futuro»²⁴.

2.1. *La determinación de puestos reservados a los funcionarios públicos*

El EBEP se muestra continuista con la situación anterior respecto del régimen jurídico aplicable a los funcionarios y no aporta grandes

²³ C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del empleado...», *op. cit.*, p. 140.

²⁴ *Ibidem*, p. 140.

novedades, salvo la referida instauración de la reserva de funciones contemplada en el artículo 9.2.

Según el artículo 9.1 EBEP, son funcionarios de carrera « *quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente* ».

Se establece en el precepto una triple delimitación de su régimen jurídico. Se alude, en primer lugar, al nombramiento legal, lo que significa que para adquirir la condición de funcionario se requiere un acto administrativo de nombramiento por un órgano o una autoridad competente, sin perjuicio del posterior acto de acatamiento y toma de posesión (art. 62 EBEP); en segundo lugar, se hace una referencia a la naturaleza estatutaria de la relación, que alude a que se trata de una relación regulada esencialmente por el Derecho administrativo (sin ignorar los Pactos y Acuerdos que puedan surgir de la negociación colectiva); y en tercer lugar, se menciona el carácter permanente, con el que se expresa la nota que mejor caracteriza al funcionario de carrera, su inamovilidad en el empleo, que no en el puesto.

Centrándonos en el asunto que interesa particularmente, el de la clarificación de los puestos a desempeñar por los funcionarios públicos, el legislador se esfuerza en pergeñar un criterio delimitador, tratando de profundizar en el núcleo básico de materias o funciones que corresponden en exclusiva a los funcionarios. En el referido párrafo segundo del artículo 9 del EBEP se reserva a los funcionarios públicos « *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* ».

Con base en los criterios suministrados por el derecho y la jurisprudencia comunitaria²⁵, se ha extendido al ámbito subjetivo de los funcionarios la solución pensada en el ámbito comunitario para delimitar la cláusula de la reserva que permite a los Estados miembros de la Unión Europea establecer limitaciones al principio de libre circulación de trabajadores y excluir de la misma a los empleos en la Administración Pública (art. 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea). El artículo 9.2 del EBEP adopta el criterio fijado por el Tribunal de Justicia para definir los empleos de la Administración excluidos del ámbito de la libre circulación, que es el de los «empleos que implican una participación directa, o indirecta, en el ejercicio del poder público

²⁵ Y siguiendo también el precedente contemplado en la legislación local, en concreto el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de la Ley de Bases de Régimen Local, que contemplaba una reserva similar.

y en las funciones que tiene por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas» (entre otras, Sentencia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-47/2002).

Ahora bien, aunque nos parezcan conectados lo prevenido en el artículo 9.2 EBEP y la normativa comunitaria, entre ambas no existe una identidad absoluta porque su razón de ser no es la misma. La interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia de la cláusula de reserva se explica en el contexto de la máxima vigencia de la libre circulación de trabajadores, de ahí que la reserva comunitaria se haya interpretado de forma muy restrictiva en coherencia con su carácter de excepción de las libertades comunitarias. Pero el enfoque del EBEP es otro, su objetivo es identificar las funciones que deben quedar excluidas del régimen laboral o cualquier otro régimen que no sea el de funcionarios; no pretende dar una respuesta reguladora sólo al núcleo esencial o básico de funciones que han de quedar reservadas a los funcionarios, sino definir con mayor o menor precisión la frontera entre funcionarios y laborales, tal y como había sugerido la Comisión.

Pero, la fórmula legal, al acoger la doctrina general del Tribunal de Justicia, ha terminado dando tan sólo una respuesta minimalista o básica a tal objetivo, esto es, al posible contenido potencial de la condición de funcionario.

No obstante, cabe afirmar que la virtualidad de la previsión contenida en el artículo 9.2 EBEP no es la de determinar las funciones que deben corresponder a los funcionarios, sino simplemente la de establecer un principio general de reserva de funciones que corresponde al núcleo indeclinable de la actividad administrativa, de manera que no está prejuzgando el contenido mínimo de las tareas que han de quedar reservadas a los funcionarios.

La delimitación de las funciones propias del funcionario es tarea que se confía al legislador del Estado y de las Comunidades Autónomas. Procede recordar aquí de nuevo que el EBEP remite a las leyes de la función pública que se dicten por cada Administración pública la determinación de los puestos a ser desempeñados por personal laboral y funcionarial, siempre dentro del respeto a la reserva básica (art. 11.2) Serán, por tanto, las leyes generales o sectoriales, estatales o de Comunidad Autónoma, las que amplíen el criterio minimalista de reserva de funciones a los funcionarios adoptado por el EBEP y las que establezcan el reparto de funciones entre funcionarios y el personal laboral, tal y como lo viene haciendo en este momento, por ejemplo, el artículo 15.1.c) de la LMRFP, cuya vigencia no se ha visto alterada por el EBEP²⁶.

²⁶ Así lo viene considerando la propia Administración, según las Instrucciones para la aplicación del EBEP en la Administración General del Estado y sus organismos públicos,

En suma, una cosa se desprende de todo ello y es que la opción legal parece bastante alejada del objetivo anhelado por la Comisión de diferenciar con claridad los puestos de trabajo que corresponden a unos y otros y de reducir las distancias de régimen jurídico entre ambos colectivos. El EBEP se ha limitado en esta materia como en algunas otras, a dejar constancia de lo ya establecido, dando carta de naturaleza a un criterio plenamente consolidado sobre el indeclinable carácter funcional de ciertas funciones dentro de las Administraciones Públicas, y manteniendo un alto grado de indefinición y de inseguridad jurídica respecto de las funciones que deben corresponder a los funcionarios más allá de lo básico, al dejar un inmenso campo abierto a las distintas leyes de la función pública para su concreción.

2.2. *El carácter y peculiaridades de la relación laboral de empleo público*

La LEBEP refuerza el protagonismo creciente de la contratación laboral en el sector público, contemplando de forma específica al personal laboral como categoría de empleado al servicio de la Administración Pública. No es que con anterioridad no estuviera prevista la contratación laboral [lo admitían el art. 15.1.c) LMRFP para la Administración General del Estado, como he señalado anteriormente, y otras leyes de función pública de carácter autonómico para sus respectivos ámbitos, incluso normas sectoriales como la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades], sino que se le atribuía un carácter excepcional o subalterno y ahora el EBEP lo que hace es conferirle el mismo nivel de reconocimiento que a las otras clases de empleado público.

No obstante, la contratación de personal laboral no es algo que la Administración pueda decidir libremente, sino que se rige por el principio de determinación de los puestos de trabajo, pues para recurrir a ella es necesario que una Ley general de función pública del Estado o de las Comunidades Autónomas o una ley especial de un sector de la acción pública, delimite los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral (art. 11.2 EBEP). La mera voluntad de la Administración no es, por tanto, suficiente para dar carácter laboral a una relación; hace falta que sobre el puesto de trabajo en cuestión exista una reserva o un criterio general de atribución de funciones al personal laboral.

De todas formas, el EBEP deja a salvo la situación de los empleados laborales que actualmente estén desempeñando funciones reservadas a los funcionarios o que en un futuro pudieran estarlo como conse-

cuencia de la nueva distribución o reparto de funciones entre el personal funcionario y el personal laboral que lleven a efecto las distintas leyes de la función pública. La Disposición Transitoria Segunda prevé que este personal laboral pueda seguir desempeñando funciones de personal funcionario, si bien limitando tal posibilidad sólo a quienes reúnan la condición de fijo a la entrada en vigor del EBEP y a quienes en tal fecha se hallen realizando pruebas de selección o de promoción previamente convocadas.

La definición —más bien caracterización— de lo que se entiende por personal laboral de empleo público se lleva a cabo en el artículo 11.1 del EBEP. En dicho artículo se entiende por «personal laboral» el « *que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas*». Como se puede apreciar, el legislador renuncia a ofrecer una definición del personal laboral. Solo aporta alguna nota aislada (prestación de servicios) y una referencia indirecta de la noción, vinculando la condición de «personal laboral» al contrato de trabajo.

Dicha definición debe llevarse a efecto, pues, fuera del EBEP a partir de las notas que, según el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, configuran el contrato de trabajo y que caracterizan al trabajador asalariado. Sobre esta base se puede decir que la definición de trabajador laboral al servicio de la Administración Pública alcanza al empleado que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de la entidad pública.

En la caracterización del artículo 11.1 EBEP se advierte, no obstante una exigencia singular, que denota la preocupación del legislador por contribuir a dar seguridad jurídica y certidumbre al régimen jurídico aplicable a los empleados contratados laboralmente por la Administración. Es la referida a la formalización por escrito del contrato laboral. Frente al principio de libertad de forma que rige como regla general en el ordenamiento jurídico laboral (art. 8. 1 ET: «el contrato podrá celebrarse por escrito o de palabra»), en el ámbito de la contratación laboral en las Administraciones Públicas se impone el principio opuesto de la constancia por escrito. Es necesario que la relación laboral entre el empleado público y la entidad pública contratante se documente por escrito.

Con todo, no parece que el EBEP haya querido atribuir carácter constitutivo a la forma escrita, por lo que debemos entender que el contrato puede ser perfectamente válido y eficaz aun cuando no se haya formalizado por escrito. Los efectos de un posible incumplimiento han de quedar limitados a lo previsto en el artículo 8.2 ET; esto es, a considerar que el contrato se presume celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, admitiendo la posibilidad de la destrucción de dicha

presunción mediante la oportuna prueba en contrario por parte de la entidad pública empleadora.

Sobre el carácter de dicha relación laboral, vuelve a proponerse un problema ya surgido en el pasado²⁷, que posee una relevancia casi exclusivamente formal. Es el relativo a si la relación de los empleados públicos laborales debe configurarse o no como una relación laboral especial. Un sector de la doctrina científica se muestra a favor de considerarlo como una relación laboral especial en virtud de las múltiples peculiaridades que se regulan en el Estatuto Básico²⁸; otro, sin embargo, apelando a la dicción del artículo 2.1.i) del Estatuto de los Trabajadores, se inclina por conceptuarlo como un vínculo común con peculiaridades²⁹.

Desde luego el análisis objetivo de la regulación de las peculiaridades propias del empleado laboral público confirma la hipótesis de que el EBEP ha contribuido a promover un régimen jurídico hasta cierto punto construido extramuros del contrato de trabajo. Las peculiaridades que vamos a identificar de inmediato, «sobrepasan a una simple modularización»³⁰ de la regulación del contrato de trabajo común. Pero tales argumentos no son suficientes para superar el obstáculo que, a la conversión del contrato laboral del empleado público en una relación laboral especial, supone en nuestra tradición el artículo 2.1.i) ET. Lo que cuenta realmente es un requisito de índole formal: la «designación normativa»³¹. La declaración por ley permanece como único criterio para reconocer, más allá de la regulación misma de las especialidades, la naturaleza especial del vínculo contractual.

²⁷ Vid. M. GODINO REYES: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas-Argenteria, Madrid, 1996, pp. 279 y ss.

²⁸ Entre otros: T. SALA FRANCO: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en AA.VV. (Dir.: M. SÁNCHEZ MORÓN): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 117: «Si bien es cierto que el EBEP no manifiesta expresamente en ningún precepto de su articulado que crea una nueva “relación laboral especial”, lo cierto es que, sin decirlo, regula materialmente una nueva relación laboral especial para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», que bien podríamos denominar «relación laboral especial de empleo público»; J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (Dir.: LUIS ORTEGA ÁLVAREZ): *Estatuto Básico...*, op. cit., p. 97.

²⁹ J. P. LANDA ZAPIRAIN: «El empleo público después del Estatuto Básico del Empleado Público: en particular sus aspectos colectivos», op. cit., p. 2: «El artículo 2 de la LET exige, para la incorporación al ordenamiento de nuevas relaciones laborales especiales, que la Ley declare explícitamente la naturaleza laboral especial del vínculo contractual, y no parece que tan claro procedimiento haya sido olvidado por el legislador, sino más bien, no lo ha creído necesario».

³⁰ X. BOLTAINA BOSCH: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en AA.VV. (Dir.: S. DEL REY GUANTER. Coord.: M. PÉREZ FERNÁNDEZ, E. SÁNCHEZ TORRES): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 181.

³¹ M. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA: *Derecho del Trabajo*, Edit. Universitaria Ramón Areces, 15.ª edic., Madrid, 2007, p. 769.

Dado que el legislador del EBEP no ha querido dirimir *ex lege*, por las razones que sea, las divergencias sobre este viejo tema de la naturaleza del empleado laboral público, ni ha dado el paso de convertir esta relación en relación laboral especial, lo más convincente es entender que la relación laboral de empleo público no se configura como una relación laboral especial, aun cuando su régimen jurídico sea diferente en bastantes aspectos del común.

Por lo que se refiere a la configuración del régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones, no debe olvidarse que el empleado laboral público se rige en parte por principios comunes aplicables indistintamente al personal laboral y al personal funcionario, y en parte por unas reglas especiales referentes a la peculiaridades de la relación laboral de empleo público. El EBEP no dispensa al personal laboral un tratamiento sistemático y separado de las demás categorías. Las reglas sobre la relación laboral del empleado público se hallan dispersas a lo largo del articulado del EBEP. Y aparecen muchas veces entremezcladas entre las distintas normas que regulan el régimen jurídico de los funcionarios; unas veces con declaración expresa de su aplicación y otras no. Ello ha comportado que la actividad de selección sea una de las primeras y más delicadas actividades interpretativas que haya de acometerse para conocer su régimen jurídico.

Mediante las Instrucciones aprobadas el 5 de junio de 2007 por la propia Secretaría General para la Administración Pública se ha tratado de identificar las normas del EBEP que son de aplicación directa al personal laboral. Pero semejante propuesta, que ya es de por sí bastante sintomática de la dificultad interpretativa que entraña la técnica legislativa empleada para la regulación de esta relación laboral, no deja de suscitar cierta perplejidad sobre su real alcance por cuanto no contempla un número elevado de principios y normas que son también de aplicación al personal laboral. Como veremos, la Instrucción 5.^a, que es la que en concreto se ocupa de aclarar esta cuestión, no asume totalmente esa tarea.

La Secretaría General ha precisado así que son de aplicación directa las siguientes reglas del EBEP: a) «Funciones que puede desempeñar el personal laboral» (materia sobre la que, por cierto, nada se determina en la Ley, salvo lo previsto en la comentada Disp. Trans. 2.^a); b) «Acceso al empleo público del personal laboral» (se señala que serán de aplicación a la selección de personal laboral los principios para la selección del personal funcionario de carrera, además se alude a la igualdad en el acceso a las Administraciones para los extranjeros con residencia legal en España, art. 57.4); c) «Composición de los órganos de selección» (arts. 60 y 61.7); d) «Régimen disciplinario del personal laboral (arts. 93-98), e) «Despido improcedente» (art. 96.2) (en concreto lo relativo a la readmisión en caso de despido disciplinario por falta

muy grave declarado improcedente, excluyendo la opción); f) «Promoción del personal laboral fijo a la condición de funcionario» (Disp. Trans. 2.^a); g) «Provisión de puestos y movilidad» (art. 83); h) «Situaciones del personal laboral» (art. 92).

La individualización hecha por la Secretaría de estas reglas halla seguramente su justificación en la propia especificación o declaración expresa de aplicabilidad de las normas mencionadas. Pero no debe existir duda alguna, frente a tal exigua individualización de materias, de que el régimen jurídico singular del personal laboral público comporta un conjunto de principios y reglas más extenso, que alcanza entre otros contenidos el de los principios comunes. El listado de la Instrucción 5.^a conduce sólo a una extensión parcial del campo de aplicación del EBEP y no refleja la proyección real del EBEP sobre el personal laboral. El mandato del artículo 7 de que el personal laboral se rige «por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan», no puede interpretarse en el sentido de que sólo los preceptos que recojan semejante mención, como así parece hacer la referida Instrucción 5.^a, sean los que conformen el régimen jurídico aplicable a dicho personal.

El contenido de dicho régimen jurídico se enriquece por otros preceptos del EBEP, que tienen una vocación universal. En tal sentido, son de indiscutible aplicación al personal laboral los derechos individuales y colectivos que se proclaman de todos los empleados públicos en los artículos 14 y 15 del Estatuto Básico (salvo el derecho a la inamovilidad en cuanto aplicable sólo a los funcionarios) y los principios o deberes éticos contenidos en el Código de Conducta (arts. 52 a 54). Además, ha de tenerse en cuenta la existencia de algunas otras normas que, aunque se refieren a funcionarios, se aplican también total o parcialmente al personal laboral. Así lo establecido sobre la evaluación del desempeño (art. 20.1 y 2), límites de las cuantías y de los incrementos retributivos (art. 21.1), retribuciones diferidas como aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos (art. 29), deducción proporcional de haberes por ausencia o por ejercicio de derecho de huelga (art. 30), los principios generales en materia de negociación colectiva, representación y participación institucional (art. 31 con una mención específica al personal laboral en el art. 32), Mesas Generales de Negociación (art. 36), derecho de reunión (art. 46), lo previsto en el Capítulo V en lo relativo al régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones (art. 51); personas con discapacidad (art. 59), sistemas selectivos (art. 61), planificación de recursos humanos, la oferta de empleo público y los Registros de Personal y Gestión integrada de recursos humanos (arts. 69-71), y estructuración de empleo público (arts. 72-74).

En cuanto al régimen de contratación laboral establecido, el EBEP se muestra muy parco y no presenta apenas contenido diverso alguno

sobre lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores y ello a pesar de que en la aplicación de los principios laborales se han manifestado signos de tensión. Es sabido que la incidencia de tales principios es una de las áreas más controvertidas en la Administración. La intensidad de la demanda de justicia se concentra especialmente sobre los supuestos y régimen jurídico de la contratación temporal, en concreto sobre el uso de las distintas figuras contractuales.

Sin embargo, ha optado por una remisión genérica a la legislación laboral, no haciendo matizaciones ni poniendo restricciones o límites a la utilización de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral. La directriz expresada en el artículo 11.1 del EBEP —la contratación «*en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral*»— sanciona la vigencia de las fórmulas de contratación laboral existentes, aclarando cualquier posible duda sobre la operatividad más o menos controvertida de algún tipo, como pudiera ser el contrato de eventualidad, o el contrato de trabajo a tiempo parcial, pero sin despejar las incertidumbres sobre la «modalización» de los requisitos generales exigidos en particular por el artículo 15.1 ET, que viene admitiendo la jurisprudencia³². Las Administraciones Públicas podrán recurrir a cualquiera de las modalidades de contratación para cubrir sus necesidades de mano de obra, si bien, como es lógico, sometiéndose a los principios y normas que rigen en materia laboral y a las reglas establecidas en otros órdenes normativos, aunque su «modalización» queda al albur de las interpretaciones de los jueces de lo social.

La única innovación importante que ha introducido el artículo 11.1 EBEP en materia de contratación es la incorporación de una tercera categoría —el trabajador «*por tiempo indefinido*»— dentro del personal laboral al servicio de la Administración Pública, alumbrada por el Tribunal Supremo para dar solución a los casos de contratación irregular en las Administraciones Públicas, lo que bien puede ser interpretado como la consagración legal de la fórmula jurisprudencial de reequilibrio entre la garantía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y la tutela de los derechos que reconoce el Estatuto de los trabajadores, aunque constituye uno de los puntos más controvertidos del régimen de contratación en las Administraciones Públicas³³.

³² Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, 16.^a ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 523.

³³ Vid. al respecto, entre otros: J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al empleo público*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, pp. 303 y ss. M.^a DE SENDE PÉREZ-BEDMAR: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 313-314.

Se trata de una innovación tanto más significativa cuanto no tiene antecedentes en nuestro sistema normativo, ni en el panorama comparado y resulta, además, muy poco elaborada. Vale la pena recordar que el Estatuto de los Trabajadores solo contempla la figura del trabajador fijo, que es aquella en que la relación laboral carece de una previsión inicial sobre su duración y que se prolonga indefinidamente. La figura del trabajador «por tiempo indefinido» del EBEP aludiría, sin embargo, en el caso de que tratase de una traslación mimética de la formulación jurisprudencial, a una situación de contratado indefinido que no conllevaría fijeza en la plantilla porque ello está ligado a la contratación por el sistema de selección reglamentario y que subsiste hasta que se convoque el concurso correspondiente (SSTS 20-1-1998 y 21-1-1998). La consecuencia de su admisión representa la introducción, junto a la estabilidad real de la relación laboral, de una estabilidad relativa en el empleo, similar a la de los supuestos de la contratación temporal. Es decir que, en la Administración, además de trabajadores fijos de plantilla, habrá otros con un status jurídico parecido al de un trabajador con contrato de interinidad, toda vez que están sometidos directa o indirectamente a un límite temporal. De ahí que la propia jurisprudencia la haya calificado como de interinidad indefinida (STS de 27 de mayo de 2002).

La elección del legislador remedia la grave contradicción que se produce en los casos de contratación irregular en las Administraciones Públicas, entre la exigencia lógica de que, por respeto al principio de legalidad, las Administraciones carguen, al igual que cualquier empresa privada, con las consecuencias de sus actuaciones irregulares en el ámbito de las contrataciones, y la necesidad de evitar que el artículo 15.3 ET —que sanciona las irregularidades y fraudes en la contratación laboral con la transformación de dicha relación en indefinida— se convierta en la puerta falsa de acceso a la permanencia en la Administración. Lo que el legislador persigue, al incorporar esta solución jurisprudencial, es que no se pueda consolidar el empleo en la Administración sin la debida aplicación de los principios de mérito y capacidad establecidos en la Constitución, y, al mismo tiempo, que la no aplicación en su caso de los principios de selección no impida reconocer a los trabajadores afectados ciertos efectos presuntivos sobre la estabilidad en el empleo derivados de la legislación laboral.

Así las cosas, el carácter «indefinido» implicaría que la relación laboral con la Administración o entidad pública subsiste hasta la cobertura definitiva del puesto de trabajo mediante el procedimiento reglamentario.

De todas formas, no es seguro que la idea expuesta sea la que ha querido impulsar el legislador, pues no nace con este propósito. El término «indefinido» no figuraba en el Proyecto de Estatuto Básico y fue

introducido a su paso por el Senado —como ha puesto de relieve BOLTAINA BOSCH³⁴— merced a una enmienda formulada por el grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos con la intención de atender la particular situación del profesorado de religión que presta servicios en los centros docente públicos, y que mantiene una relación inestable con la Administración empleadora, al depender su vinculación de la declaración de «idóneos» por el episcopado. Como en el caso del trabajador indefinido no fijo, el contrato temporalmente indefinido del trabajador de religión se halla sujeto a una condición resolutoria, cuyo cumplimiento podría extinguir su contrato.

En cualquier caso, la expresión —«por tiempo indefinido»— añadida no encuentra el límite de la dimensión del colectivo al que se quiso referir (es significativo que no se haya referido a tal colectivo), lo que permite salvar la tímida desconfianza que su origen ha podido despertar sobre su extensión a otro tipo de trabajadores. Aun cuando esté pensado para tal supuesto, es lo cierto que el legislador ha ido más allá de la causa estructural que ha motivado, pues es evidente que la formulación tan genérica empleada, ha favorecido un grado mayor de incidencia. Además, no es impensable que se haya querido utilizar la amplia figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo para extender sus reglas al profesorado de religión.

Indicaciones aparte sobre la génesis de la figura, lo más significativo es que se ha omitido toda regulación sobre este tipo de trabajadores. Este vacío normativo constituye una de las áreas más críticas de la ordenación de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas dada la cantidad de casos de empleados laborales de las Administraciones que se encuentran en esta situación como lo confirma el número elevado de sentencias que reconocen tal condición por las irregularidades relevantes cometidas en su contratación. No es razonable que no se haya regulado algo, al menos sobre las cuestiones interpretativas de mayor enjundia. Hay algunos aspectos muy necesitados de aclaración: desde la relevancia del incumplimiento de las exigencias legales para la válida contratación, a la posible inadecuación de la técnica garantista del artículo 15 ET que se ha revelado particularmente perjudicial en el régimen de acceso a la función pública y que ha sido objeto de matización por la jurisprudencia, hasta aspectos discutibles de la praxis aplicativa de la doctrina jurisprudencial, que tienen que ver fundamentalmente con el alcance de los derechos y obligaciones de tales trabajadores.

En este sentido, se ha desperdiciado una buena ocasión para regular —como se ha escrito por algún comentarista del EBEP— el régimen

³⁴ «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en AA.VV. (Dir.: S. DEL REY GUANTER. Coord.: M. PÉREZ FERNÁNDEZ, E. SÁNCHEZ TORRES): «Comentarios al Estatuto Básico...», *op. cit.*, p. 189.

de derechos y obligaciones de los trabajadores ³⁵ e incluso para corregir algunas interpretaciones de los jueces que cabe considerar como más desequilibradas, tal como el no reconocimiento del derecho a la indemnización por extinción del contrato tras producirse la cobertura definitiva de la plaza mediante el procedimiento reglamentario por otro trabajador, o para adoptar otras medidas de tipo disciplinario al objeto de atajar aquello que sea consecuencia de una clara irresponsabilidad de los administradores públicos.

3. La cobertura de necesidades transitorias de personal a través de los empleados públicos de carácter interino o temporal

El recurso a mecanismos de empleo temporal —tan denostado por el uso injustificado y abusivo que a menudo se hace de él— viene constituyendo, sin embargo, parte esencial de la política de personal de las Administraciones Públicas, en la medida en que les permite dotarse, de forma ágil y rápida, de los recursos humanos necesarios para atender situaciones imprevistas o extraordinarias que supongan un incremento de actividad, para sustituir a los titulares o para cubrir las vacantes durante los procesos de cobertura definitiva. Sin aportar grandes novedades, el EBEP ha dado respuesta a esas necesidades de empleo temporal y urgente, acogiendo por un lado, la figura tradicional del funcionario interino (art. 10), si bien con algunos retoques para corregir las desviaciones más llamativas, señaladamente la utilización indiscriminada para cualquier tipo de causa y las dilaciones injustificadas en el puesto, y, por otro, la categoría de personal laboral temporal, bien conocida en la práctica, respecto de la cual no se hace indicación relevante alguna (art. 8.2.c). Es decir, que los mecanismos básicos de organización administrativa en lo que se refiere a la cobertura de necesidades transitorias permanecen y siguen integrándose de estas dos figuras.

³⁵ X. BOLTAINA BOSCH: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en AA.VV. (Dir.: S.DEL REY GUANTER. Coord.: M. PÉREZ FERNÁNDEZ, E. SÁNCHEZ TORRES): *Comentarios al Estatuto Básico...*, op. cit., p. 190, quien afirma que «la regla general debiera ser —como ya han señalado los Tribunales— la aplicación de las normas laborales en toda su extensión a los indefinidos no fijos, pero exceptuando expresamente a través del EBEP —como también ha recogido la jurisprudencia, si bien con imprecisión— aquellos derechos, ventajas y expectativas que están vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público a través de los principios de igualdad, mérito y capacidad».

3.1. La cuestionable dualidad de figuras de empleo precario: fungibilidad de funciones

Pese a las grandes «concomitancias», el legislador ha querido separar con nitidez la figura del funcionario interino del trabajador laboral temporal. El recurso a la primera figura sólo es posible por razones de necesidad y urgencia para desempeñar funciones propias de los funcionarios de carrera y siempre que concurra alguna de las circunstancias previstas en la Ley, según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 10.1 EBEP. Criterio decisivo en esta figura es, pues, la relación con las funciones típicas de los funcionarios públicos. Se admite su uso exclusivamente para realizar prestaciones reservadas a los funcionarios.

La segunda figura de empleo temporal no tiene delimitado un objeto específico en el EBEP. Se trata, por tanto, de una figura que no se vincula a un tipo específico de funciones. Pero, por exclusión, por cuanto no es utilizable para tareas propias de los funcionarios públicos, se entiende que la figura de los laborales temporales queda reservada para cubrir temporalmente los puestos de trabajo atribuidos al personal laboral y no reservados al personal funcionario.

Parece partirse, así, de la idea de que las funciones propias de los funcionarios solo pueden ser desarrolladas por los vinculados con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario y de que esa consideración impide o descarta la posibilidad de que el personal laboral temporal pueda desarrollar las funciones reservadas a éstos.

Sin embargo, no es claro que el establecimiento de un principio de reserva expresa de funciones a los funcionarios implique tal cosa, en tanto en cuanto en las situaciones de interinidad no se trata de adquirir la condición de funcionario de carrera, sino de establecer un vínculo temporal con un personal no estable para el desarrollo de funciones públicas; la necesidad de vincularse estatutariamente con la Administración por razón de la reserva en exclusiva a funcionarios de determinadas funciones públicas se justifica en el contexto de mecanismos de cobertura definitiva pero no necesariamente en situaciones de transitoriedad.

Por otra parte, el mantenimiento de esta dualidad de régimen no deja de ser también criticable desde el punto de vista del objeto, dado que en cualquiera de los dos casos —funcionario interino y contratado temporal laboral— su razón de ser estriba en la temporalidad del trabajo o en la urgencia de cubrir las necesidades temporales, imprevistas, extraordinarias o de carácter precario; «no existe, en sustancia, ninguna diferencia de contenido esencial en cuanto a la prestación de servicios, pues se trata de una mera cuestión de técnica organizativa a

utilizar por la Administración indistintamente»³⁶, al menos en teoría y más allá del régimen limitativo establecido. Porque, ¿qué problema puede haber, por ejemplo, para que la ausencia imprevista de un profesor de los cuerpos docentes (catedráticos o titulares) no pueda ser cubierta por un profesor contratado laboral (asociado, ayudante doctor o contratado doctor)?

Además, todo este doble mecanismo de cobertura de necesidades transitorias se hace aún menos justificable, desde el momento en que se ha producido una cierta unificación de las causas que pueden motivar la utilización de cualquiera de las dos formas de empleo temporal en las Administraciones Públicas. El artículo 10.1 EBEP utiliza un esquema bastante similar al de modalidades de contrato temporal del artículo 15 ET para el nombramiento de funcionarios interinos. Si bien no se trata de unas mismas causas, no son tantas las disimilitudes existentes; las causas de interinidad previstas en el EBEP son fácilmente reconducibles a las modalidades de contratación, como se comprobará más adelante.

Aún cabría añadir otro elemento más de proximidad que es la sujeción a unos mismos principios de acceso. Aunque nada establece el artículo 8.2 EBEP de los contratados temporales laborales, debe entenderse que a ellos les son de aplicación unos mismos principios constitucionales de legalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, que el EBEP recoge para todos los empleados públicos en general y para los funcionarios interinos en particular. No hay razón alguna para que cuando se adopta la forma de una relación laboral, la Administración aplique un menor nivel de exigencia de los principios básicos que informan el acceso al empleo público. De todas formas, se debe admitir, tanto en un caso como en otro, una cierta adecuación de tales principios en lógica correspondencia con la mayor celeridad de los procedimientos de cobertura provisional. El legislador asume de alguna manera esa modalización pues prevé en el artículo 10.5 EBEP la aplicación a los funcionarios interinos del régimen general de los funcionarios de carrera «en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición».

En suma, dada «la gran proximidad material»³⁷ entre la figura del funcionario interino y el contratado temporal laboral y teniendo en cuen-

³⁶ J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «El acceso al empleo público», *op. cit.*, p. 141.

³⁷ L. FERNÁNDEZ VILLAZÓN: «Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional», en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», vol. I, Madrid, MTAS, 2001, p. 723. En este sentido, A. OJEDA AVILÉS: *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1998, pp. 30-31, habla de «simbiosis» entre los dos modelos de organización de empleados públicos.

ta, además, que las garantías formales de acceso dispuestas para los funcionarios interinos han de ser aplicables a los contratos laborales temporales, cabe plantearse si tiene algún sentido seguir manteniendo este dualismo para la cobertura de necesidades temporales de mano de obra en la Administración.

3.2. *Circunstancias que justifican el recurso al nombramiento de funcionarios interinos*

Con respecto de los funcionarios interinos, uno de los problemas detectados ha sido de siempre el relativo a la frecuente desvirtuación de la figura, utilizada para cubrir necesidades que en realidad tienen carácter permanente, prolongándose su situación con carácter indefinido. A la solución de este problema trata de atender el EBEP, introduciendo un principio de causalidad en la utilización de esta modalidad de empleo temporal, generalizando y aplicando un principio garantizador ya existente en el régimen de contratación laboral temporal.

El legislador pretende poner coto a estos abusos exigiendo para el válido nombramiento de los funcionarios interinos la concurrencia y justificación de alguna de las causas o circunstancias temporales previstas en el EBEP. De manera que, el nombramiento de los funcionarios interinos se hace depender a partir de ahora de que exista correspondencia entre la duración temporal de la interinidad y la naturaleza temporal de las necesidades que trata de subvenir, debiendo entenderse, al igual que en el régimen laboral de contratación temporal, que la calificación de las partes no es suficiente para atribuir carácter de interinidad al nombramiento.

Las distintas circunstancias justificativas de la interinidad son las contempladas en el artículo 10.1 que se limita a mencionarlas sin incorporar una mínima regulación de ellas. Parece en todo caso que la relación es exhaustiva y que sólo en ellas se puede justificar el recurso a esta modalidad de empleo temporal en la Administración. Las dos primeras causas —a) «*la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera*» y b) «*la sustitución transitoria de los titulares*»— guardan similitud con el contrato de interinidad del artículo 15.1.c) ET, pues responden a una misma motivación, no otra que cubrir las vacantes de carácter transitorio, debidas a encontrarse pendientes de cobertura definitiva, o bien a ausencias temporales de empleados públicos con derecho a la reincorporación. El elemento común a ambos tipos de empleo temporal es, pues, la desocupación de una plaza de funcionario, que necesita ser cubierta por razones de interés público. La duración se extiende, en el primer supuesto, al tiempo requerido para la conclusión del proceso de selección y, en el

de sustitución transitoria de sus titulares, al tiempo durante el cual se mantenga el derecho a la reincorporación. Para evitar que, en el primer supuesto, la situación de interinidad se prolongue eternamente por la simple inacción de la Administración, se ha establecido la obligación de que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos se incluyan en la oferta pública de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce el nombramiento del interino y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización (art. 10.4 EBEP).

La tercera circunstancia prevista —«*la ejecución de programas de carácter temporal*»— es un supuesto no contemplado en el artículo 15.1 ET, pero que puede entenderse comprendido en el contrato de obra o servicio determinado (art. 15.1.a), toda vez que la jurisprudencia viene admitiendo la utilización de este contrato por las Administraciones para acometer trabajos de carácter temporal que dependen de una subvención o programación anual (así, por ejemplo, la STS de 28 de diciembre de 1998³⁸). De todas formas, no está muy clara su justificación porque no deja de ser un contrasentido vincular la ejecución de un programa que, por naturaleza, debe corresponder a necesidades temporales (en coherencia además con el carácter temporal de la interinidad), a las funciones que el EBEP reserva a los funcionarios interinos que son las relacionadas con las propias de los funcionarios de carrera y que, por tanto, han de ser por definición estables o de carácter permanente. Por otra parte, su escasa configuración normativa entraña un gran riesgo de desvirtuación de la figura del funcionario interino porque, al no contemplarse limitación alguna en cuanto a la duración o a las posibles prórrogas sucesivas, existe la posibilidad de que se formen bolsas de interinos por prolongación irregular o simple sucesión encadenada de nombramientos al amparo de programas que se reiteran por años sucesivos. A este respecto, el legislador no ha tenido en cuenta las garantías de control recomendadas por la Comisión para evitar el problema de la interinidad injustificada, en concreto, las propuestas de exigir una duración determinada y de prohibir que se prorroguen o se reiteren los programas temporales de similar contenido, sin que medie un informe previo sobre su eventual justificación.

La cuarta y última circunstancia —d) «*el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses*»— viene a ser casi un trasunto fiel de la modalidad de contrato de eventualidad prevista en el artículo 15.1.c) ET, pues se han recogido las expresiones típicas de este supuesto, excepto las «circunstancias de mercado». La incorporación de esta circunstancia puede ser explicada por la existencia de incrementos de actividad en las funciones propias

³⁸ RJ 1999/387.

de los funcionarios que exige a la Administración un incremento adicional de recursos humanos. Se trata en todo caso de un supuesto de incremento transitorio de personal que tiene una acotación temporal que reduce su operatividad, ya que el nombramiento de interinos para tales tareas no puede exceder de un plazo máximo de duración de seis meses dentro de un periodo de doce meses, que es un plazo coincidente con el que establece el Estatuto de los Trabajadores con carácter subsidiario para el supuesto de que los convenios colectivos no hayan previsto otra duración distinta. En consecuencia el nombramiento debe cesar en cuanto se alcance dicho plazo máximo. De todas formas, las previsiones del EBEP no son suficientes para resolver los problemas varios que suscita la traslación al ámbito funcional de esta modalidad contractual laboral, entre ellos, la validez de los nombramientos de interinos realizados para actividades de carácter periódico que, pese a tener una duración determinada, se corresponden con necesidades permanentes de la Administración, pues al repetirse por ciclos o temporadas, se trata de funciones de naturaleza permanente.

3.3. *La alta tasa de temporalidad en la Administración Pública y las medidas adoptadas para combatirla*

Constituye un lugar común afirmar que la tasa de temporalidad en las Administraciones Públicas resulta excesiva en relación con lo que sería justificable por las necesidades temporales y coyunturales de cada organización pública. Los diversos estudios y análisis realizados ³⁹ confirman este extremo, poniendo de relieve que la tasa actual para el conjunto de las Administraciones Públicas se mueve en un valor medio aproximado del 25 por 100 de los empleados públicos, dato que, pese a todo, se sitúa por debajo de la tasa registrada en las empresas privadas. Pero siendo un hecho grave en sí mismo, lo más inquietante es la marcada tendencia al crecimiento, que mantiene el empleo público en España, aunque no en todos los ámbitos porque la Administración General del Estado ha conseguido invertir la tendencia.

Si bien puede haber causas que expliquen una incidencia tan relevante de la contratación temporal en el sector público —entre ellas y muy especialmente la insuficiencia de las ofertas de empleo público, la falta de una adecuada ordenación de personal (esto es, ausencia o inadecuación de las relaciones de puestos de trabajo), aparte de un uso inadecua-

³⁹ Entre ellos el Informe del Defensor del Pueblo: «Funcionarios interinos y personal eventual: provisionalidad y temporalidad en el empleo público», 2003; y del Consejo Económico y Social: «La temporalidad en el sector público», 2004. Donde se constata una mayor incidencia de la temporalidad es en sectores como la educación y la sanidad y en la Administración local.

do de determinados contratos y de una excesiva externalización ⁴⁰—, no es lógico ni razonable que se sigan manteniendo relaciones de empleo temporales para cubrir necesidades de carácter permanente o estructurales de las Administraciones o entidades públicas porque, a la postre, ello incide negativamente en los servicios públicos ⁴¹.

En este sentido no se percibe en el EBEP una voluntad decidida tendente a reducir la preocupante tasa de temporalidad (no deja de ser sintomático que en la extensa Exposición de Motivos no se encuentre la más mínima alusión al problema), tal vez porque se considera que no es una materia propia de intervención normativa estatal sino de negociación colectiva con los agentes sociales o de planificación de recursos humanos a nivel autónomo dentro de cada ámbito. Pero, tampoco es que se haya ignorado por completo el problema de la temporalidad en el empleo público porque sí se adoptan algunas medidas, aunque pocas y aisladas, que pueden contribuir a paliar en parte el delicado problema.

El EBEP afronta el problema de la temporalidad con medidas que van en una doble dirección: unas se proyectan hacia el futuro, en la medida en que van encaminadas a evitar que siga incrementándose el empleo temporal; y alguna otra mira hacia el presente por cuanto busca remediar la situación actual culminando cuanto antes la provisión definitiva de puestos.

Entre las medidas con visión de futuro, cabe destacar, en primer lugar, la ya referida exigencia de incluir la plaza vacante de plantilla desempeñada por personal funcionario interino en la primera oferta de empleo público posterior a la interinidad, salvo que se decida su amortización (art. 10.4). Es una medida de respuesta orientada a combatir las dilaciones injustificadas en la cobertura de vacantes con funcionarios de carrera; dilaciones que responden en muchos casos a pura desidia o inactividad de las Administraciones Públicas, dado que prefieren cubrir sus necesidades permanentes con empleo precario porque eso les garantiza un menor coste retributivo, al no percibir los trienios y ciertos complementos vinculados a la condición de funcionarios [aunque esto ha cambiado porque a los interinos se les reconoce ahora el derecho a la percepción de los trienios (art. 25.2 EBEP)], y un despido libre y barato, aparte de una mayor ductilidad del empleado interino ⁴². Pero realmente no es una medida muy eficaz porque no viene acompa-

⁴⁰ Como describe el referido Informe del Comité del Consejo Económico y Social.

⁴¹ Juicio compartido, en general, por las Administraciones Públicas, tal y como se deduce de la «Declaración para la reducción de la temporalidad en el empleo en el sector público», suscrita el 14 de junio de 2005, por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.

⁴² J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al empleo público*, cit., p. 167.

ñada, como ya se ha comentado, de la única posible garantía de cumplimiento, cual sería —como propuso la Comisión— la atribución de responsabilidades personales a la autoridad o persona de la Administración encargada de llevar a efecto tal medida por su incumplimiento. Ciertamente, sería injusto hacerle responsable en exclusiva de las dilaciones que se puedan producir en los procedimientos de cobertura de vacantes ocupados por interinos, porque no siempre depende de dicha autoridad que los procedimientos se desarrollen con la agilidad y celeridad necesarias, pero sí que al menos se le puede exigir que active el mecanismo de cobertura de dichas vacantes, haciendo lo posible para que se apruebe la oferta pública de empleo y se publiquen las convocatorias correspondientes a esas plazas ocupadas interinamente.

Con idéntica finalidad de evitar que crezca la temporalidad en un futuro, el EBEP ha previsto, además, otras dos interesantes medidas en el artículo 61.8: una, la posibilidad de que los órganos de selección puedan proponer, siempre que la convocatoria lo permita, el acceso a la condición de funcionario de un número de aprobados superior al de plazas convocadas; y otra, que cuando se produzcan renunciaciones de los aspirantes seleccionados, antes de su nombramiento o toma de posesión, y con el fin de asegurar la cobertura efectiva de las plazas, el órgano convocante pueda requerir al órgano de selección relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos, para su posible nombramiento como funcionarios de carrera. Se trata de medidas bastante acertadas que pretenden agilizar los procedimientos de cobertura definitiva los puestos vacantes, evitando el recurso al personal temporal por no haber otra forma de cubrir las necesidades hasta el siguiente proceso de cobertura definitiva de los puestos no cubiertos ⁴³.

⁴³ A estas medidas se une una más contemplada en el nuevo apartado 5.º del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece que adquieren la condición de trabajadores fijos los trabajadores cuando sean contratados en régimen temporal para el mismo puesto de trabajo en la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales —incluidos los de puesta a disposición por ETT y excluidos los formativos, de relevo e interinidad—, con o sin solución de continuidad por un periodo de tiempo superior a 24 meses en un periodo de referencia de 30 meses; previsión que es de aplicación a las Administraciones Públicas, ya que la Disposición Adicional 15.ª del ET (redactada conforme a lo previsto en el art. 12 Trece de la Ley 43/2006) dispone que «*surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*». De lo expuesto se infiere que las Administraciones Públicas no pueden tener contratado temporalmente a un trabajador en el mismo puesto de trabajo por un tiempo superior al señalado. La superación del límite temporal en los supuestos de contratación temporal sucesiva, si concurren todos los requisitos exigidos por la Ley, tendrá como consecuencia inevitable o necesaria la transformación en trabajador indefinido no fijo, lo que no supone adquirir fijeza laboral, puesto que se añade en la propia norma laboral que ello «*no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los proce-*

En clave de presente, la medida más importante adoptada por el EBEP para mitigar el problema actual de la temporalidad en el sector público, consiste en permitir nuevos procesos extraordinarios de consolidación de empleo. La Disposición Transitoria Cuarta habilita a las Administraciones Públicas a efectuar convocatorias de 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 a 1 de enero de 2005. Conociendo las trabas que pone el Tribunal Constitucional a ciertos procesos anómalos de regularización, el EBEP ha sido muy preciso al señalar que en tales procesos selectivos debe garantizarse el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que debe observarse, además, lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 sobre sistemas selectivos. Lo cual significa que estos procesos de consolidación no pueden ser restringidos, es decir limitados a un determinado grupo, sino realizados a través de procedimientos abiertos en los que se garantice la libre concurrencia. No obstante, se acepta que los criterios de «tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas» y la «experiencia en los puestos objeto de convocatoria» puedan ser tenidos en cuenta a la hora de valorar los méritos de los candidatos en la fase de concurso (Disp. Trans. Cuarta, 3), aunque el Tribunal Constitucional no admite que los puntos concedidos por este criterio puedan ser los que permitan aprobar la oposición (STC 67/1989)⁴⁴. Estos procesos de consolidación de empleo, que han permitido a miles de trabajadores con prolongados periodos de servicios incorporarse definitivamente a la función pública, y que se vienen repitiendo con demasiada frecuencia en Ayuntamientos, Comunidades Autónomas y en determinados sectores como la educación y sanidad, sólo muy excepcionalmente deberían ser aplicados porque no siempre ofrecen, como señala el Informe de la Comisión, las necesarias

dimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable». La medida legal no persigue erradicar el uso irregular de la contratación temporal sino el propio uso legal y correcto de las modalidades de contratación temporal más allá del plazo indicado, por presumir que, una vez superado dicho plazo, las necesidades de la empresa no son coyunturales. Conviene llamar la atención, no obstante, sobre la entrada en vigor de la limitación prevista, pues la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 43/2006 dispone que sólo será aplicable a los trabajadores que suscriban tales contratos a partir del 15 de junio de 2006 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio), aunque permite tener en cuenta el vigente a la entrada en vigor de la normativa a los efectos del plazo y del periodo previsto. Lo cual supone que la medida legal de la limitación del encañamiento de contratos temporales no posee carácter retroactivo, o que a lo sumo tiene un carácter retroactivo parcial, y que empezará a surtir efectos una vez que, sumada a la duración del contrato vigente la de los sucesivos que celebre, se alcance o se supere el límite temporal establecido, con lo que los trabajadores afectados tendrán que esperar a que transcurra todo ese tiempo para adquirir la condición de trabajador indefinido no fijo.

⁴⁴ Vid. además las SSTC 27/1991 y 16/1998. El TC no permite que el porcentaje pueda superar el 45 por 100 del total de la puntuación.

garantías de igualdad, y se convierten no pocas veces en un auténtico «coladero» de personal interino que, luego de haber accedido a la situación de empleo temporal sin un verdadero procedimiento competitivo, se beneficia, además, del tiempo y de la especialización adquirida a lo largo de los años de servicio temporal al sobrevalorarse todo ello como mérito en los correspondientes procedimientos de concurso.

Las medidas expuestas son, como se puede comprobar, soluciones fragmentarias y parciales que no responden a una política de ordenación adecuada y de conjunto del problema de la temporalidad en el sector público. Para abordar con rigor este problema se requiere la adopción de medidas muy diversas algunas de las cuales trascienden la propia capacidad normativa de esta Ley; medidas como las propuestas por el Consejo Económico y Social, que son entre otras, la de garantizar la convocatoria periódica y sistemática de los correspondientes procesos de cobertura definitiva de los puestos vacantes, la de asegurar una ordenación adecuada y eficiente del personal al servicio de las Administraciones Públicas sobre el instrumento de la R.P.T., la de agilizar aún más los procedimientos de cobertura de vacantes, o la de delimitar con claridad qué actividades y servicios pueden ser objeto de externalización y cuáles han de quedar en el ámbito de la gestión directa por las Administraciones Públicas; y ya con carácter más específico en el ámbito de las corporaciones locales, donde alcanza una mayor incidencia la temporalidad, hace falta una mayor definición del núcleo de competencias y de servicios que deben prestar, al objeto de disponer también de unas bases financieras y presupuestarias más estables y reducir la dependencia de programas y subvenciones anuales.

4. Personal eventual de libre nombramiento: límites a la discrecionalidad gubernamental

El personal eventual se ha configurado tradicionalmente como personal de confianza política, vinculado temporalmente a la autoridad política que le designa o le nombra para desempeñar funciones de asesoramiento personal, pero en la práctica se ha ido desnaturalizando de tal manera que se ha convertido en un mecanismo de cobertura temporal de una serie de actividades ordinarias de dirección o gerenciales e incluso de funciones técnicas de carácter estructural o permanente de las Administraciones Públicas. Es una figura utilizada en todos los ámbitos de la Administración Pública, pero especialmente en el ámbito de las Administraciones Locales no muy grandes, donde cobra un peso importante al ser una forma de reclutamiento del personal directivo consentida por el artículo 176.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril en materia de régimen local.

El EBEP ha querido recuperar las señas de identidad perdidas de esta figura, perfilando mejor los matices que la distinguen no sólo de otros tipos de empleo temporal, sino del personal directivo, máxime después de haberse creado un nuevo tipo específico de directivo público. El personal eventual seguirá siendo un personal vinculado a la Administración, no con carácter permanente sino en virtud de nombramiento, y cuya función será la de prestar asesoramiento a la autoridad política que le nombra, percibiendo sus retribuciones con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

Sobre estas notas esenciales, el legislador, compartiendo las recomendaciones de la Comisión, ha introducido en el artículo 12 del EBEP algunas precisiones o cautelas que contribuyen a proporcionar una base más clara de sus funciones y a evitar el recurso indiscriminado a esta figura. Una primera precisión importante es que este personal «sólo» podrá realizar «funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial», lo que supone un acotamiento muy importante de sus atribuciones, quedando en todo caso excluidas las funciones que han de ser cubiertas con criterios profesionales y muy señaladamente las directivas o de gestión. No obstante, la tarea de identificación de los puestos reservados a este personal ha quedado inconclusa en la Ley en la medida en que remite a las distintas Leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP, la determinación de «los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal», y a los respectivos órganos de gobierno la fijación del número máximo de puestos que pueden ser desempeñados por personal eventual. Cabe pensar que, una vez que se determinen por ley los órganos que pueden recurrir a este tipo de nombramientos, la discrecionalidad gubernativa quedará notablemente reducida.

Otras precisiones incorporadas al referido precepto normativo han venido a apuntalar, más si cabe, su ya conocida estricta dependencia de la autoridad o cargo público que le nombra, remarcando el carácter discrecional y, además, temporal de su vinculación. Es por un lado la previsión de que el nombramiento será libre, lo que significa que la designación del personal eventual sólo depende de la voluntad del cargo público y, por tanto, no está sujeta a los principios constitucionales y procedimientos taxativos que rigen para el acceso a la función pública y «que son obligatorios para las demás clases de empleados públicos, hasta incluso para el personal directivo»⁴⁵. Y por otro, el establecimiento de que el cese será igualmente libre, debiendo cesar en todo caso «*cuando se produzca el cese de la autoridad a la que se presta la función de con-*

⁴⁵ J. CANTERO MARTÍNEZ: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (Dir.: LUIS ORTEGA ÁLVAREZ): «Estatuto Básico...», *op. cit.*, p. 104.

fianza o asesoramiento», con lo que se ponen límites también a la permanencia en el puesto, sin que pueda extenderse más allá de los periodos que determine la persona que le designa o del tiempo que permanezca el titular en el cargo.

Atendiendo a ese forma atípica de acceso a la Administración, basada nada más que en criterios de confianza personal, y a fin de controlar que no se produzcan abusos en la utilización de esta forma de empleo público, se contempla alguna exigencia añadida de transparencia pública como es la de hacer público el número de personal eventual con que se cuenta y sus condiciones retributivas. Por otra parte, se establece que la condición de personal eventual no constituye mérito para el acceso a la función pública, ni para la promoción interna de quienes ya fueran funcionarios.

En fin, es claro que el EBEP atribuye a este tipo de empleo un carácter de «excepción» en un sistema de empleo público regido por los principios de mérito y capacidad, y apuesta por su separación de las relaciones de empleo temporal y de cualquier otra que comporte un ejercicio de actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico o desempeño de puestos de trabajo estructurales o permanentes, tal y como había sugerido la Comisión, lo que obligará a revisar, especialmente a las Administraciones Locales, la política de reclutamiento de personal que ejerce funciones directivas, porque ya no se podrá seguir recurriendo a esta figura ⁴⁶.

5. La institucionalización de la figura del «personal directivo profesional». Problemas derivados de su indefinición jurídica

La creación del denominado «personal directivo profesional» constituye una de las grandes reformas que pretende llevar a cabo el EBEP en la organización administrativa. Tanta importancia se le atribuye a la institucionalización de esta figura que la Exposición de Motivos de la Ley lo considera «un factor decisivo de modernización administrativa». Y ciertamente no cabe restar un ápice de importancia a dicha afirmación por cuanto ni en el ámbito de la empresa privada, ni en el de la Administración Pública es concebible en la actualidad una forma verdaderamente eficaz y eficiente de gestionar los asuntos sin una dirección profesional. La Administración Pública, demasiado anclada todavía en una forma funcionarial y burocrática de gobierno de la cosa pública, nece-

⁴⁶ X. BOLTAINA BOSCH: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en AA.VV. (Dir.: S.DEL REY GUANTER. Coord.: M. PÉREZ FERNÁNDEZ, E. SÁNCHEZ TORRES): «Comentarios al Estatuto Básico...», *op. cit.*, p. 270.

sita incorporar un nuevo modelo de dirección y gestión pública más profesionalizado.

En el Informe de la Comisión se advertía de la necesidad de « *crear un grupo profesional que se inserte entre la dirección política y la función pública superior de carrera, precisamente en ese ámbito difuso y nunca bien delimitado en que se separan y confluyen la política y la administración* », esto es, se abogaba por abrir un cierto espacio para que unos profesionales con capacidad de liderazgo, formación específica y habilidades necesarias, puedan definir, bajo las instrucciones de políticas del Gobierno correspondiente, las estrategias de la entidad administrativa correspondiente, y asumir la gestión presupuestaria y de personal.

Evidentemente no se desconocía la existencia de la figura del empleado del sector público del más alto nivel y competencia porque es ya una realidad en algunos ámbitos de la Administración Pública. Personal que ejerce estas funciones existe y es además objeto de atención creciente por algunas Leyes de organización administrativa que prevén específicamente la creación de «órganos directivos»; así la LOFAGE desde 1997 para la Administración General del Estado, o la Ley 57/2003 de Modernización del Gobierno Local para los denominados municipios de gran población; y también la más reciente Ley 28/2006, de agencias estatales para la mejora de servicios sociales, que contempla una regulación de directivos públicos para tales agencias. Lo que ocurre es que ni la situación de este colectivo de personal ni las concretas regulaciones se corresponden con una auténtica profesionalización de la función directiva.

Los puestos de alta dirección en el sector público han sido y son desempeñados con frecuencia por funcionarios pertenecientes a cuerpos o escalas superiores que han sido reclutados por razones de simple afinidad o lealtad política o personal, sin excesiva consideración a sus cualidades, competencias y capacidades profesionales de dirección ⁴⁷. El perfil del directivo público actual responde, así, a una mezcla de elementos del modelo burocrático y del político ⁴⁸, si bien con claro predominio del componente subjetivo, porque el fundamento principal y último de su designación reside en la afinidad con quien le nombra más allá de los requisitos de profesionalidad. Un aspecto revelador del débil asentamiento institucional del personal directivo es precisamente el carácter discrecional de su nombramiento y cese. Son cargos vinculados a la autoridad política que los propone o designa y que, por tanto, duran

⁴⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», en AA.VV. (Dir.: M. SÁNCHEZ MORÓN): «Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...», *op. cit.*, p. 109.

⁴⁸ R. JIMÉNEZ ASENSIO: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro» (art. 13), en AA.VV. (Dir.: S. DEL REY GUANTER, Coord.: M. PÉREZ FERNÁNDEZ, E. SÁNCHEZ TORRES), «Comentarios al Estatuto Básico...», *op. cit.*, p. 216 y ss.

el tiempo que ésta considere oportuno y como máximo el tiempo que éste permanece en el cargo.

Por otra parte, los ejes de la reformas normativas que han tenido lugar en el sector público español tampoco han propiciado un sistema claramente profesional de directivo público porque, salvo la regulación de la Ley 28/2006, de agencias estatales, el resto se ha mantenido en la línea tradicional de reservar tales puestos a cuerpos de élite de la Administración, incluso se ha retrocedido en algún caso, como ha ocurrido con la LOFAGE al excluir la posibilidad de reclutamiento de personas externas a la Administración para tales cargos, permitiendo la incorporación a tales cargos de personal sin necesidad de acreditar la competencia profesional, y siendo el nombramiento libre así como el cese, es decir, sometido a la libre remoción por parte de la autoridad que le nombró. En suma, se ha instituido un sistema basado en la funcionarización de la provisión de puestos de trabajo y en la libre designación como forma de reclutamiento, sin una atribución muy clara de sus funciones y sin asegurar un periodo de estabilidad. La Ley 28/2006 ha dado, no obstante, algún paso significativo en el proceso de institucionalización de esta figura al prever en su artículo 23 criterios específicos de calificación de un puesto como directivo, al no limitar el proceso de selección sólo a los funcionarios y exigir un procedimiento selectivo público, y al someter el desarrollo de sus funciones a evaluación, vinculando sus retribuciones a los resultados. Pero se queda corta porque no prevé suficientes garantías de permanencia en el cargo, dejando demasiado abierta la posibilidad del cese ⁴⁹.

En medio de esta indefinición, el EBEP se ha propuesto el reto de regular la función directiva en el sector público con un propósito claro *«de avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal»*, según se expresa en la Exposición de Motivos. No habiendo un régimen o estatuto general para este grupo, ya el simple establecimiento de una normativa específica, como la contenida en el artículo 13 EBEP supone un avance. Lo que interesa saber es si dicha regulación recoge bien las especialidades propias y consustanciales del directivo público profesional. Y lo que cabe adelantar es que no se ha impulsado un reconocimiento suficientemente claro y explícito como para implantar un sistema de dirección pública verdaderamente profesional.

El EBEP se ocupa simplemente de establecer unos pocos criterios de determinación de la condición del personal directivo profesional, y ha optado una vez más por la vía indirecta de remitir al Gobierno y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas el estableci-

⁴⁹ R. JIMÉNEZ ASENSIO: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro»... *op. cit.*, pp. 223-224.

miento del régimen jurídico específico del personal directivo (art. 13.1), lo que supone, en el fondo, una renuncia tácita a ahondar en el régimen jurídico de clase de personal. Cabe decir, no obstante, en descargo del legislador que no podía agotar el tema porque está obligado a respetar las competencias de autoorganización de las Comunidades Autónomas en materia de función pública y a permitir un cierto desarrollo normativo en la configuración de este personal directivo. Pero no es motivo suficiente para no haber entrado en una mayor identificación de esta figura y en las líneas que separan los puestos del directivo profesional de otros puestos o cargos que pueden ser desempeñados por funcionarios o por personal laboral común.

A este respecto, debe destacarse ante todo la insuficiente determinación de la condición de personal directivo que se infiere del primer apartado del artículo 13 EBEP, cuando se especifica que « *es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas definidas como tales en las normas específicas de cada Administración* ». El legislador no ha hecho el más mínimo esfuerzo de definición de la figura dejando un amplio campo a la legislación de desarrollo. No obstante, adquiere un especial significado el hecho de que, tanto en el encabezamiento del precepto, como en este apartado se utilice el calificativo «profesional», porque implica una clara orientación hacia un modelo profesional de directivo público, es decir, que el directivo público debe ser una persona que haga «del desempeño directivo su profesión principal para la cual dispone de los conocimientos exigidos, de las habilidades requeridas y de las aptitudes necesarias para su correcto desempeño»⁵⁰. De lo cual se podría extraer también la conclusión de que se quiere acabar con los dos modelos de dirección pública: el funcionarial, limitado exclusivamente a ciertos cuerpos de élite de la Administración Pública o el de designación política, basado en la simple confianza política. Pero esto resulta desmentido de alguna manera por el término «podrá» utilizado en el párrafo primero del artículo 13 («*El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo...*») que no parece querer imponer a las distintas Administraciones este modelo de dirección pública basado exclusivamente en personas con competencias específicas para ejercer tales tareas.

Un segundo principio sobre el régimen del personal directivo, recogido en el EBEP, que (se antoja) puede tornarse polémico, es el relativo al proceso de selección. El apartado segundo del artículo 13 dispone que

⁵⁰ R. JIMÉNEZ ASENSIO: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro»..., *op. cit.*, p. 234.

«su 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». Aquí se percibe de nuevo la voluntad del legislador de otorgar a este colectivo un carácter netamente profesional, inclinándose por un sistema de selección en el que prevalezcan —como es lógico— no las razones de simple confianza o sintonía política, sino las de competencia profesional en el ámbito específico de la dirección pública. Especial relevancia tiene, sin embargo, el hecho de que se exija también la concurrencia, cuando en el Proyecto inicial no estaba previsto. Ello implica que la designación ya no podrá hacerse libremente sino a través de un proceso competitivo abierto a diferentes candidatos en el que se acrediten las cualidades profesionales en el campo de la dirección pública y se valoren sus méritos. Parece haberse optado, así, por un sistema de selección muy próximo al de cualquier empleado público o al establecido para la provisión de puestos por concurso, lo cual puede plantear problemas —como se ha observado en la doctrina— si se tiende a «hacer una aplicación estricta y poco modulada en determinados cargos directivos»⁵¹, pues es evidente que la selección de personal directivo requiere de una cierta discrecionalidad. Pero debemos entender que en modo alguno estas exigencias relegan a la inoperancia el «margen de discrecionalidad»⁵² necesario en el caso del nombramiento de directivos, sino que apuntan simplemente a una mayor consideración de las competencias profesionales en un procedimiento siempre abierto, plural y transparente.

La profesionalización del personal directivo regulado por el EBEP se hace evidente igualmente en el enunciado del apartado tercero, cuando dispone que «el personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados». Este precepto entronca con uno de los elementos centrales de la función directiva, a saber: la amplia extensión de facultades reconocidas, así como su efectivo y real ejercicio. Si se les reconocen competencias para definir estrategias, marcar objetivos y diseñar programas, se les debe también exigir responsabilidades por el ejercicio de su actividad y ese control de su actividad y de su rendimiento es lo que sanciona aquí el EBEP. De todas formas, el EBEP no hace alusión alguna al sistema de evaluación que se les vaya a aplicar, ni a las técnicas de medición objetivas de sus resultados.

El precepto ofrece también algún otro aspecto inédito del régimen jurídico del personal directivo, como es la regla de que «la determina-

⁵¹ *Ibidem*, p. 237.

⁵² M. SÁNCHEZ MORÓN: «Clases de personal», en AA.VV. (Dir.: M. SÁNCHEZ MORÓN): «Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...», *op. cit.*, p. 109.

ción de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley» (art. 13.4). Tiene plena lógica la regla desde el momento en que el directivo asume las funciones de rectoría representando a la Administración Pública en los procesos de negociación con los representantes de los empleados públicos. No tendría mucho sentido que el directivo, al tiempo que negocia las condiciones de trabajo de sus empleados públicos, hubiera de ocuparse de defender sus propias condiciones de trabajo junto con los organizaciones sindicales, porque eso le conduciría a una situación esquizofrénica de tener que defender sus intereses muy próximos a los de los empleados públicos y los contrapuestos de la Administración.

A estas escasas directrices o reglas se contrae el esquelético régimen jurídico del personal directivo profesional elaborado por el EBEP. A decir verdad, no cabe afirmar que se haya avanzado mucho en una regulación profesional de la función directiva pública; se trata más bien de un golpe de efecto con escaso grado de reconocimiento legal de la figura.

Antes de nada, es necesario recordar que lo que hace la Ley es abrir la posibilidad a una futura regulación del directivo público pues, como se ha señalado antes, el EBEP se limita a habilitar al Gobierno estatal y a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas para que éstos establezcan el régimen jurídico específico del personal directivo, sin venir obligados a ello. Puede darse, por tanto, la situación de que no se regule nada en esta materia con lo que seguiríamos guiados por la realidad del momento: el personal que ejerce funciones directivas se movería entre el viejo modelo corporativista y el politizado. Tal vez eso sea lo que ha preferido la clase política. Pues abrir espacio a una categoría intermedia entre la instancia política y la profesional del empleado público, aun considerándose un factor necesario de modernidad de la Administración, no deja de suscitar cierto recelo y desconfianza.

Por otra parte, tampoco se atisba en la regulación del EBEP una identificación básica de las funciones directivas. Lo ha dejado completamente abierto, que es tanto como decir totalmente indefinido, a merced de lo que en cada Ley o Reglamento quieran disponer las distintas Administraciones Públicas. Se trata de una forma elusiva de abordar el problema que facilita no sólo la más absoluta diversidad en cuanto a la causa y objeto de la relación estatutaria o laboral de este personal —que, por cierto, se ofrecen ambas como posible alternativa (art. 13.4)—, sino la inclusión de cargos y funciones que estructuralmente son subsumibles en una relación normal de empleo público.

Además, no cabe conceputar la caracterización básica del directivo público realizada por el EBEP como profesional porque no están recogidos todos los elementos esenciales del modelo profesional. Se echa en falta una mínima indicación sobre el carácter abierto o cerrado del modelo de función directiva que se pretende implantar. La institucionalización de un modelo profesional hubiera requerido la aceptación de un modelo abierto con posibilidad de incorporación de personal externo a la Administración Pública, sin perjuicio de que por exigencias de la propia legislación de la función pública, hubiera que reservar determinados puestos directivos a los funcionarios de carrera. Tampoco se repara en el dato de la permanencia en el puesto del personal directivo, con lo que persisten las dudas acerca de si el cese debe ser discrecional o si puede establecerse un periodo de estabilidad o ligar el cese a los resultados de su gestión. No se descarta nada pero es obvio que en caso de que las leyes de desarrollo se decanten exclusivamente por la primera opción, prevalecerá la clásica noción corporativista y no profesional de la función directiva. Otra omisión significativa se produce en materia retributiva, dejando en una ambigüedad (¿calculada?) la posibilidad de un sistema retributivo en función de los resultados y, por tanto, la de fijar una retribución superior a la de los funcionarios de cuerpos superiores. No se ocupa de este tema, lo que tampoco supone que se cierre la posibilidad de que las Leyes de desarrollo lo contemplen. Pero es evidente que, siendo un instrumento de política de reclutamiento sin duda eficaz que permite a la Administración atraer hacia el sector público a personal directivo del sector privado cuya presencia puede ser muy conveniente, su inclusión hubiera dado la medida real del verdadero carácter profesional del sistema que se pretende introducir.

Por lo demás, dicha regulación ha dejado abiertos una serie de problemas que sólo es posible enumerar. En primer lugar el confusionismo creado sobre la fuente normativa idónea para regular el estatuto del personal directivo. La Ley habilita a los Gobiernos respectivos para tal misión, lo cual significa que no es necesaria la Ley para desarrollar esta materia, y que se puede regular por reglamento. Pero ocurre que el poder reglamentario encuentra algunas limitaciones importantes para regular determinadas materias, al menos en primer grado, por la existencia de materias reservadas a la ley, entre ellas, las funciones reservadas a funcionarios, las situaciones administrativas o el sistema retributivo. Por consiguiente, parece que va a ser difícil que en el establecimiento del régimen jurídico del personal directivo se pueda eludir el recurso a la ley⁵³.

⁵³ R. JIMÉNEZ ASENSIO: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro»..., *op. cit.*, p. 233.

Se plantea también algún problema con relación a la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer un régimen diferenciado para los directivos en el supuesto de que se opte por un modelo abierto de función directiva; es decir, cuando los directivos no sean sólo de carrera o pertenezcan a unos cuerpos de élite dentro de la Administración pública sino cuando sean laborales o personas externas a la Administración. Difícilmente van a poder establecer reglas distintas de las que establece la normativa laboral, en este caso el Real Decreto 1383/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y al que se remite el EBEP, porque carecen de competencias normativas en materia laboral.

Resulta, asimismo, paradójico que a los altos cargos se les permita la vinculación contractual laboral cuando en realidad van a desempeñar funciones que muy bien pueden catalogarse de ejercicio de potestades públicas o relacionadas con la salvaguardia de los intereses generales de la Administración. Realmente existe una contradicción entre la posible vinculación contractual laboral como relación laboral de carácter especial de alta dirección (art. 13.4 EBEP) y la reserva a funcionarios efectuada en el artículo 9.1 EBEP ⁵⁴.

En fin, surgen dudas también sobre si es posible el sistema de libre designación para la cobertura de los puestos o funciones directivas. El EBEP contempla este procedimiento para los puestos de especial responsabilidad y confianza (art. 80.2). Las funciones que desempeñan los directivos públicos poseen innegablemente este carácter, por lo que éstos podrían ser reclutados a través de este sistema. Pero entonces, cabe preguntarse si tienen algún sentido las reglas sobre designación contempladas en el artículo 13.2 del EBEP, que casi no reconocen margen de discrecionalidad alguna para el nombramiento o contratación de directivos, sometiéndolos a un procedimiento de libre concurrencia.

Se percibe, en conclusión, una notable disonancia entre la línea de renovación impulsada por el Estatuto Básico del Empleado Público en la organización administrativa con la pretendida institucionalización del personal directivo y los resultados prácticos, ciertamente modestos, porque lo único que cabe afirmar después de lo expuesto es que lo regulado no alcanza la cota de reconocimiento profesional necesaria.

⁵⁴ X. BOLTAINA BOSCH: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en AA.VV. (Dir.: S.DEL REY GUANTER. Coord.: M. PÉREZ FERNÁNDEZ, E. SÁNCHEZ TORRES): «Comentarios al Estatuto Básico...», *op. cit.*, pp. 208-209.

IV. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y LA ADQUISICIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

1. El derecho al acceso al empleo público⁵⁵: su configuración legal por el EBEP

Pese a la terminante declaración inicial del artículo 55 EBEP —«*Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público...*»—, en modo alguno surge de dicha declaración —como ya subrayara el Tribunal Constitucional en su sentencia 50/1986 en relación con el art. 23.2 CE donde se consagra el referido derecho aunque sin el adjetivo «todos»— derecho subjetivo alguno a la ocupación de cargos o desempeño de funciones determinadas, y ni siquiera a proponerse como candidato para unos y otros. Es decir, que el precepto no se puede interpretar, «en el sentido tan incondicional como absurdo de que toda persona por el hecho de serlo, esté en condiciones de acceder al desempeño de cualquier cargo, profesión»⁵⁶.

Lo que garantiza el artículo 23.2 CE a todos los ciudadanos es el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes. La virtualidad reconocida por el Tribunal Constitucional a este derecho es la de tomar parte en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y *a fortiori* el derecho a la misma, cuando se reúnen las condiciones legales. Así pues, el genérico alcance de la previsión del EBEP, proveniente del texto constitucional, debe ser objeto de especificación en el sentido de que el elemento determinante de este derecho es el cumplimiento de los requisitos que señalen las leyes, porque el derecho sólo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto.

En este sentido el EBEP ha venido a precisar esos requisitos legales, que conforman el derecho subjetivo fundamental de acceso al empleo público, estableciendo una triple delimitación del ámbito protegido. Siguiendo el texto legal (art. 55.1), vemos que el primer criterio delimitador del ámbito protegido viene dado por los principios constitucionales de «igualdad, mérito y capacidad». El segundo criterio lo constituyen los principios legales de honda raigambre en la ordenación del sistema de acceso al empleo público, que vienen enunciados en el apartado 2 del artículo 55 EBEP. Y por último, hay que atribuir también carácter configurador del ámbito protegido del derecho subjetivo fun-

⁵⁵ Sumamente clarificador resulta el estudio de J. VIVERO: *El acceso al empleo público en régimen laboral*, de próxima publicación.

⁵⁶ F. PUERTA SEGUIDO: «El acceso al empleo público», AA.VV. (Dir.: L. ORTEGA ÁLVAREZ) «Estatuto Básico del Empleado Público», *op. cit.*, p. 400.

damental al acceso, a los «requisitos generales» contemplados en el artículo 56 del EBEP.

2. Principios rectores del acceso y su aplicación al personal laboral

Comenzando por los principios procurados por la Constitución, el principio de igualdad que emana del artículo 23.2 CE, se presenta como una manifestación del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, que, como ha declarado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 67/1989), es de aplicación cuando no esté en juego ninguna de las circunstancias específicas cuya discriminación veda el artículo 14. No procede entrar aquí en un análisis pormenorizado de este principio ni de las demás condiciones o criterios delimitadores del ámbito protegido, pero si cabe esbozar como dato fundamental que lo que el principio de igualdad impone es el establecimiento de unas condiciones objetivas iguales de acceso al empleo público, excluyendo «los requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionados capaces de generar discriminación (igualdad de oportunidades)»⁵⁷. Lo cual se traduce en que las reglas introducidas han de tener una fundamentación razonable y objetiva, y no ser discriminatorias mediante una alusión (explícita o encubierta) *ad personam*, estableciéndose en términos generales y abstractos, excluyendo «referencias individualizadas y concretas»⁵⁸.

El artículo 55.1 del EBEP alude sucesivamente a los principios de mérito y capacidad, que son los dos pilares sobre los que el artículo 103.3 de la CE fundamenta el acceso a la función pública. Al tipificar en este apartado ese triple principio el legislador nos está indicando la profunda interrelación existente entre el principio de igualdad y los principios de mérito y capacidad. Estos principios se hallan estrechamente ligados al principio de igualdad porque con ellos se configura el derecho a la igualdad del artículo 23.2 CE. La libertad del legislador en la regulación de las pruebas de acceso está limitada por la necesidad de no crear desigualdades arbitrarias, lo que se determina en función de si esas desigualdades «son ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad» (STC 67/1989). Con arreglo a estos principios, a los que tanto el legislador como la Administración pueden dotar de contenido concreto en cada caso (STC 58/1986), ha de interpretarse el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas,

⁵⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho de la función pública*, 4.ª edic. Tecnos, Madrid, 2004, p. 124.

⁵⁸ STC 27/1991 y sentencias citadas en la misma. *Vid.*, sobre el particular J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO: «El acceso al empleo público», *op. cit.*, p. 26.

toda vez que, a través de ellos se garantiza la igualdad ⁵⁹. Cuando en los procesos selectivos no se respetan los principios de mérito y de capacidad surge la desigualdad de trato contraria al artículo 23.2 CE.

Junto a los referidos principios constitucionales, el legislador prevé en el apartado 2 del artículo 55 EBEP, otra serie de principios ordenadores del conjunto del sistema del empleo público. El contenido de estos principios, considerados también principios rectores, reviste una importancia nada desdeñable no sólo desde la perspectiva de la configuración del derecho al acceso a la función pública, sino desde la finalidad de la ley porque, en última instancia, lo que tratan es de garantizar el principio de igualdad en los procesos de selección para la función pública.

Se trata de principios ya conocidos (aunque se incorporan algunos matices novedosos) y plenamente asentados en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, que se invocan sin especificar un contenido concreto, pese a labor conceptual clarificadora realizada en algún caso por la Comisión y que puede ayudar al intérprete a conocer su contenido. Son los principios de:

a) *Publicidad de las convocatorias y de sus bases*», debiendo entenderse por tal, como señala la Comisión, «la difusión efectiva de las convocatorias en una condiciones que permitan su conocimiento por la totalidad de las candidaturas potenciales».

b) *«Transparencia»*, que apunta, tanto a favor de la claridad en los criterios utilizados en la selección y en el proceso de designación de los miembros del órgano de selección, como a la exigencia de motivación de las resoluciones que se dicten, tal y como ya lo viene exigiendo el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 ⁶⁰.

c) *«Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección»*, que se especifica en el artículo 60.1 y 2 EBEP, y que supone entre otras cosas la exclusión de personal de representación o designación en los órganos de selección.

d) *«Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección»*: el primero de los cuales alude a autonomía y no injerencia de terceros en la toma de decisiones del órgano y el segundo a la capacidad de apreciación o valoración técnica de las cualidades y méritos de los postulantes a una plaza, de acuerdo con las bases de la convocatoria.

⁵⁹ J. L. LÁZARO: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio (arts. 55 a 62)», AA.VV. (Dir.: S. DEL REY. Coord.: M. PÉREZ y E. SÁNCHEZ): «Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público», *op. cit.*

⁶⁰ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios...», *op. cit.*, p. 399.

e) «*Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar*», en aras de la eficacia, lo que ha de ponerse en relación con lo previsto en el artículo 60.2 EBEP.

f) «*Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección*», para evitar que el excesivo formalismo y la lentitud en los procesos de cobertura sean la causa de huidas de los procedimientos de selección ordinarios.

No todos los principios generales de acceso apuntados por la Comisión han sido llevados al texto legal que ahora se comenta. Ha quedado descolgado el principio de libre concurrencia, lo cual podría alentar alguna duda sobre su hipotética vigencia. Pero ha de entenderse que resulta plenamente aplicable desde el momento en que el artículo 61.1 lo menciona como un criterio configurador de los procesos selectivos, y cuando, además el artículo 13 EBEP lo hace exigible en el caso, tal vez menos justificable de todos, de la selección del personal directivo, en el que lógicamente debe haber siempre un mayor margen de flexibilidad y de discrecionalidad.

Por lo demás, es preciso señalar que, aparte de la tipificación de los principios, lo importante aquí es el sentido del texto legal, que se inserta en la tendencia uniformadora de la regulación de las distintas modalidades de empleo público que proyecta el EBEP, pues el artículo 55.2 afirma que los referidos principios constitucionales y legales de configuración del derecho de acceso a la función pública serán de aplicación tanto a la selección de personal funcionario como al personal laboral. Así, tratándose de acceso al empleo público los principios jurídicos que operarán en uno y otro caso serán los mismos. No debe haber ningún signo diferencial cuando la Administración actúa como empresario, por lo que estará obligada a seguir los principios jurídicos que están incorporados al derecho fundamental de acceso al empleo público.

Eso ha de llevar a reclamar de los Tribunales, especialmente del Tribunal Constitucional, un mismo tratamiento en todos los casos en que se impetra el amparo ante supuestas discriminaciones injustificadas en el acceso al empleo público. Si la protección que otorgan el artículo 23.2 CE y el artículo 55 del EBEP es la relativa a la igualdad en el acceso y ella se proyecta y alcanza a toda la función pública en sus diversas manifestaciones del régimen jurídico del empleado público, no tiene mucha razón de ser que no puedan acceder, tal y como viene sosteniendo de antiguo el TC⁶¹, en amparo constitucional las demandas que

⁶¹ Así el ATC 880/1985 en un caso en que se niega el derecho a la no discriminación de unos médicos militares por considerar que las plazas convocadas a concurso por la Dirección Provincial del INSALUD no tenían carácter de funciones públicas.

reclaman una igualdad de trato en supuestos distintos de los de acceso a la condición de funcionario.

3. Requisitos generales de acceso para el personal funcionario y laboral

El derecho fundamental al acceso a los empleos públicos viene delimitado no sólo por los referidos requisitos del apartado 1 y 2 del artículo 55 EBEP, sino también —como se ha señalado anteriormente— por una serie de requisitos enunciados en el artículo 56 del EBEP, que se erigen igualmente en canon de legalidad. Son de índole subjetivo en tanto que son exigibles al candidato que pretende acceder a la función pública, y aplicables tanto en los procesos de selección de funcionario público como de contratado laboral. Ello supone que, la titularidad del derecho al acceso al empleo público sólo puede ser atribuida legalmente a quienes reúnan tales requisitos. La lista no depara grandes novedades, reproduciendo más o menos las mismas condiciones exigidas por la normativa anterior de función pública (art. 30 LFCE, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero), por lo que nos limitaremos a hacer un breve apunte de los aspectos más destacables de cada uno de los requisitos generales.

A) Con relación a la exigencia de la «nacionalidad española» —el primero de los requisitos exigidos [art. 56.1.a), en relación con el art. 57 EBEP]—, se sigue sin variaciones el criterio perfilado por el Derecho Comunitario y recogido en nuestro ordenamiento por la Ley 17/1993, y su normativa de desarrollo, en cuanto a la posibilidad de acceso al empleo público de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, lo que constituye un matiz importante al requisito señalado. En el artículo 57 EBEP se encuentra regulada la referida excepción, si bien sólo en lo que hace referencia al ámbito de la Administración del Estado, porque en lo que respecta al ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas, son ellas las que deben determinar las agrupaciones de funcionarios a las que no pueden acceder nacionales de otros Estados. Ello aparte, merecen ser destacados dos aspectos importantes de la nueva regulación: por un lado, siguiendo la recomendación de la Comisión, se abre la posibilidad de que por ley pueda eximirse del requisito de la nacionalidad para el acceso a la condición de funcionario cuando concurren razones de interés general (art. 57.5), lo que permitirá, en su caso, que determinados puestos reservados a personas de nacionalidad española, puedan ser ocupados, en ausencia de éstas, por ciudadanos extracomunitarios sin condición de reciprocidad; por otro, y aunque no constituye una novedad porque está contemplada en el artículo 10.2 de la LO 4/2000, de derechos y liber-

tades de los extranjeros en España, se permite que los extracomunitarios con residencia legal en España puedan acceder al empleo público de carácter laboral, en igualdad de condiciones que los españoles.

B) El viejo requisito de la ausencia de enfermedades o defectos físicos impeditivos para el desempeño de las correspondientes tareas se mantiene, si bien con un cariz nuevo. Ahora se alude a ello en términos «políticamente» más correctos, aunque algo más difusos, empleando la frase: «*Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas*» (art. 56.1.d). De todas formas, interesa matizar que, aun cuando es procedente exigir determinados requisitos de aptitud física y mental, nada puede justificar condiciones incompatibles con la no discriminación de las personas con discapacidad. Esto resulta obvio, pese a la falta de claridad del nuevo texto que ha omitido el término «correspondiente», con el que se hubiera disipado cualquier duda sobre la necesidad de poner en relación el condicionante de la capacidad funcional con el desempeño de la concreta función que va a desempeñar el candidato discapacitado. De manera que, el candidato discapacitado solo puede ser excluido de un proceso selectivo en función de los requisitos de idoneidad fisco-psíquicos exigidos en cada puesto a cubrir y no por cualquier otra sin vinculación funcional con las tareas. Por lo demás, y como medida favorecedora de la accesibilidad de los discapacitados, el artículo 59 EBEP ordena a las Administraciones Públicas la reserva en sus ofertas de empleo de un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con un grado de minusvalía superior al 33 por 100, y, al mismo tiempo, la realización de las adaptaciones necesarias tanto en el proceso selectivo, como, una vez superado dicho proceso, en los puestos de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad. De todas formas, mejor hubiera sido que esas adaptaciones del puesto se hubieran previsto en cualquier caso, para evitar que los condicionantes físicos del puesto se tornen en un impedimento discriminatorio para el ingreso.

C) La exigencia de la edad experimenta una pequeña modificación en el nuevo texto, por cuanto la edad mínima de acceso, situada anteriormente en dieciocho años, se ha rebajado a dieciséis (art. 56.c EBEP), haciéndola coincidir con la que rige en el Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral (art. 6 ET), lo que evidencia, una vez más, la tendencia a la unificación de los regímenes jurídicos de todos los empleados públicos. Por lo que respecta a la edad máxima para el acceso al servicio de las Administraciones Públicas, debemos entender que es la de jubilación forzosa —como se desprende del primer párrafo del art. 56.1.a) EBEP—, pero sólo en los casos en que proceda, porque para el personal laboral de las Administraciones Públicas, la jubilación es, en principio, voluntaria y puede ocurrir, bien que no existan previsiones convencionales que establezcan dicha limitación forzosa (posibi-

lidad restaurada tras la Ley 14/2005, de 1 de julio, mediante una nueva redacción dada a la Disposición Adicional Décima ET), en cuyo caso no operaría esa limitación temporal, o bien que, aun existiendo tales cláusulas, tampoco sea aplicable la limitación temporal al no tener cubierto el trabajador el mínimo de cotización para tener derecho a la pensión de jubilación. De todas formas, cabe que por ley se establezca otra edad máxima distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo, lo que el Tribunal Constitucional considera legítimo y no contrario al principio de igualdad, pero siempre que, atendiendo a las características del puesto de trabajo, se fije un límite de edad objetivo, basado en fundamentos razonables (STC 75/1983), y no se trate de norma que se aplique de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos como ocurría en el caso de la norma cuestionada en la STC 37/2004, que se aplicaba a todos los funcionarios públicos locales.

D) Pervive también, si bien con una redacción más actualizada, como requisito de aptitud y por tanto de acceso al empleo público, el de no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, así como el de no haber sido inhabilitado de forma absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaba. En lógica coherencia con la admisión al empleo público de extranjeros, se ha hecho extensible también su aplicación a todos los nacionales de otro Estado, que se encuentren en situaciones equivalentes, que impidan en su Estado, en los mismos términos, el acceso al empleo público (art. 56.1.d).

E) La exigencia de poseer la titulación requerida en cada caso (art. 56.1.e) resulta obvia y no precisa de mayores comentarios, salvo el de anotar que su interpretación exige, cuando menos, una lectura combinada con el artículo 76 EBEP.

Sobre el conocimiento de las lenguas cooficiales en el acceso al empleo, se reitera la muy abierta previsión del artículo 19.1 LMRFP, pero recogida sorprendentemente fuera del esquema de requisitos generales del apartado 1, en un añadido aparte (apartado 2 del art. 56), lo que no sé si revela la voluntad del legislador de darle un tratamiento especial teniendo en cuenta su aplicabilidad en marcos territoriales y organizativos específicos o la de rehuir el problema por la incapacidad de éste para abordarlo. En todo caso, lo cierto es que el EBEP se limita a recordar que: *«las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales»*. El legislador ha perdido así una mag-

nífica ocasión de establecer, con base en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, bastante asentada en la materia, los límites de desenvolvimiento de las Administraciones en su actividad reguladora de este requisito en los procesos de selección. Dada la relevancia del derecho en juego —me refiero al principio de igualdad de los potenciales candidatos a puestos de trabajo en Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales— no hubiera estado de más especificar alguno de los elementos esenciales que puede recabarse de la lectura de las principales decisiones. En tal sentido, me permito recordar que en la praxis jurisdiccional y judicial se ha considerado compatible con el principio de igualdad (arts. 23.2 y 103.1 CE) la exigencia del conocimiento de la lengua vernácula como elemento eliminatorio o excluyente de acceso a la función pública, no sólo cuando guarde relación con la requerida para desempeñar la función de que se trate (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de enero de 2000 ⁶²), sino con base en el criterio de la eficacia de la propia Administración autónoma, cuando «resulte imprescindible para que el funcionario pueda ejercer su trabajo en la Administración autonómica dado el carácter oficial del idioma... y dada la extensión del uso del (mismo) en todo el territorio de la Comunidad Autónoma» (STC 46/1991).

Aunque el centro de gravedad del derecho al acceso a la función pública radica en lo establecido en el EBEP, la configuración legal del derecho no se agota en las únicas condiciones de acceso hasta ahora analizadas (las previstas en el art. 55 y art. 56 apartados 1 y 2). Hay que tener en cuenta además, que pueden existir otros requisitos provenientes de otras normas al margen del EBEP. Eso se desprende del EBEP, que incorpora una cláusula general en tal sentido (apartado 3 del art. 56), señalando *«que podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos...»*.

La nueva perspectiva reguladora abre, sin embargo, algún interrogante importante acerca de la determinación de las restricciones al principio de igualdad, toda vez que el legislador ha sido muy permisivo al respecto consintiendo incluso que puedan individualizarse esos requisitos a través de cualquier vía, y no necesariamente por ley, como hubiera sido lógico, teniendo en cuenta que está en juego un derecho fundamental, como el acceso a la función pública. Los riesgos de una aplicación incierta y arbitraria son evidentes. No obstante, esa apertura normativa se hace con limitaciones muy significativas, pues se exige que los requisitos específicos *«guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar»* y se establezcan *«de manera abstracta y gradual»*, lo cual obliga a aplicar una misma lógica

⁶² RJ 2000/1227.

que en los anteriores requisitos de mérito y capacidad, esto es, crear normas o atribuir relevancia a requisitos particulares solo en la medida en que exista una vinculación funcional, o correlación objetiva con el ejercicio de las funciones o tareas públicas.

4. Órganos y procesos selectivos. Particularidades del sistema selectivo del personal laboral

Como la práctica diaria parece demostrar, uno de los mayores defectos de nuestros procesos selectivos es la falta de objetividad y de imparcialidad. Con relativa frecuencia, los procesos de selección son «afrontados por órganos no especializados y con una excesiva falta de transparencia, lo que los abre a los favoritismos del más diverso tipo»⁶³. Sabedor de la importancia que para la garantía del derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 CE tiene la regulación de los órganos de selección, el legislador ha fijado en el artículo 60 EBEP algunos criterios importantes sobre la composición de estos órganos y cualidad de sus miembros.

En primer lugar, impone el carácter colegiado de los órganos de selección, lo que parece casi una obviedad pues no es concebible que un órgano unipersonal realice un proceso de selección y menos un cargo público, con independencia de que en no pocas ocasiones se produzcan interferencias de los responsables políticos tratando de condicionar la voluntad del órgano de selección. Pero para conjurar ese riesgo y otros similares, exige, a continuación, reiterando lo ya destacado previamente en el artículo 55.2 EBEP, que « *su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros*»: lo primero (la imparcialidad) lleva a excluir la legitimidad de los miembros cuando concurren circunstancias que desde el punto de vista subjetivo u objetivo hagan perder la objetividad de criterio, lo que sucede particularmente en los casos «de relaciones previas indebidas o inconvenientes con los candidatos» y de existencia de «vínculos estrechos y regulares con alguno de ellos»⁶⁴; y lo segundo, (profesionalidad) viene a exigir que quien forme parte del órgano posea competencia técnica, lo que implica un amplio conocimiento del área profesional al que se referirá la plaza o puesto a cubrir.

Incluye, además, otras reglas novedosas que tienen que ver, por un lado, con la igualdad efectiva de hombres y mujeres y, por otro, con la superación de la anómala situación de la presencia en los tribunales de

⁶³ C. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico...», *op. cit.*, p. 185.

⁶⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios»..., *op. cit.*, p. 407.

representantes políticos o sindicales, que tanto daño hace a la credibilidad de los sistemas selectivos de acceso a la función pública.

Desde el enfoque de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, y en consonancia con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se ha establecido la exigencia de que en la composición de los referidos órganos de selección: «*se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre*». Adviértase, no obstante, la escasa estrictez de la medida, pues el término «tenderá» casi expresa más un deseo que una obligación. Lo único que evidencia es la voluntad del legislador de impulsar el objetivo previsto en la referida Ley Orgánica 3/2007 de «*promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración*» (art. 51). Las dificultades, como ya se ha hecho notar por la doctrina, estriban en que la paridad en los órganos de selección no siempre es posible, dada la composición por lo general impar de las comisiones de selección, aunque nada impide que en tales casos se pueda optar por una presencia desequilibrada a favor de la mujer, que es lo que tal vez debería hacerse, de acuerdo con el espíritu de la norma. En todo caso, sí que parece que la medida obliga a motivar, cuando no se cumpla el aludido criterio, las razones por las que no se ha procedido a una composición equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de selección, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 LO 3/2007; por otra parte, no cabe descartar que cuando no se ha respetado el indicado criterio y tampoco se han dado razones fundadas y objetivas para ello, habiendo posibilidades para alcanzar una composición equilibrada, se pueda anular un proceso selectivo⁶⁵.

En relación con la presencia en los órganos de selección de miembros en representación de grupos políticos o sindicales, el legislador ha tenido presente que —como señaló la Comisión— «estas prácticas no sólo carecen de toda justificación, sino que resultan absolutamente discordantes con las reglas consolidadas desde hace tiempo en los países democráticos de nuestro entorno». De ahí que, haciéndose eco de las recomendaciones de la Comisión, haya incorporado dos reglas básicas tendentes a garantizar la imparcialidad objetiva y el carácter exclusivamente técnico de la composición de los órganos de selección:

- La primera, contemplada en el apartado 2 del artículo 60 EBEP, contiene la prohibición de que el personal de elección o de

⁶⁵ En sentido divergente se expresa M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios»..., *op. cit.*, p. 406: «La expresión “se tenderá” exige hacer un esfuerzo para lograr la paridad o una situación de relativo equilibrio. Pero, como es lógico, la inexistencia de tal paridad o equilibrio (...), no vicia de nulidad el proceso selectivo».

designación política pueda formar parte de los órganos de selección; ya no será posible, por tanto, que representantes políticos ocupen puesto alguno en la comisión de selección, como ha sido práctica habitual, por ejemplo, en los Ayuntamientos en que el Presidente de la Corporación o miembro de ella en quien delegase, presidía el órgano de selección, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 el Real Decreto 896/1991.

- La segunda, recogida en el apartado 3 del artículo 60 EBEP, dispone que *«la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie»*. Conociendo la propuesta de la Comisión, parece que la directriz va referida fundamentalmente, aunque no se les mencione, a los representantes de las organizaciones sindicales u órganos unitarios de los representación de los empleados públicos a quienes se les impide intervenir en calidad de representantes en los órganos de selección; no obstante, el apartado contempla la prohibición con tal amplitud, que es aplicable a cualquier otro grupo representativo de intereses colectivos, por lo que parece que se trata de evitar cualquier tipo de clientelismo corporativo. De todas formas, la redacción no es muy afortunada porque al emplear los términos *«por cuenta de nadie»*, parece que está excluyendo incluso la posibilidad de actuar por cuenta propia, es decir, en su propio nombre o interés. Menos mal que previamente se afirma que la presencia será siempre a título individual, con lo que se evita caer en el absurdo señalado.

Pero parece que la redacción del último apartado no ha dejado satisfecho a los señores diputados porque más adelante, en otro precepto, no se descarta una posible participación de los sujetos sindicales en los procesos de selección. El artículo 61.7 EBEP autoriza, así, a las Administraciones Públicas a *«negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de la Organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos»*. Sorprende ciertamente esta previsión, que parece a primera vista una fórmula de compromiso encontrada por el legislador para satisfacer las frustradas esperanzas de los representantes sindicales de seguir interviniendo en los procesos de selección. No resulta, desde luego, nada fácil desentrañar las intenciones, ni el significado y alcance de este enigmático precepto. Tan solo una cosa parece clara y es que trata, en todo caso, de dar luz verde a una colaboración exclusivamente en el ámbito de los sistemas selectivos del personal laboral, puesto que se habla de convenios colectivos y no de otros productos específicos de la negociación colectiva de los funcionarios. Más allá de eso se abre una zona gris,

donde no se atisba cuál es el juego de la colaboración de las organizaciones sindicales en este terreno, puesto que el EBEP parece conceder escasas posibilidades de intervención en esta materia, tras excluir de la obligatoriedad de la negociación colectiva « *la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional* » (art. 37.2). A la ley y a la propia Administración le correspondería un papel irrenunciable en esta materia, por lo que no cabe que la competencia que legalmente les ha sido impuesta, sea objeto de negociación colectiva.

No obstante, y a pesar de estar imponiendo un criterio restrictivo, no creo que la Ley impida fórmulas participativas de los representantes de los trabajadores. No veo que eso sea incompatible con, por ejemplo, dar audiencia a los representantes de los trabajadores en los procesos selectivos. Es perfectamente posible que la Administración, antes de adoptar las diversas iniciativas en materia de procesos selectivos, abra algo parecido a un periodo de consultas para dar a conocer sus intenciones y recabar la opinión de los representantes de los trabajadores. En los juicios emitidos sobre este precepto, se tiende a poner bajo sospecha a los representantes sindicales con demasiada ligereza y se olvida que son de alguna manera garantes del cumplimiento de la legalidad en sus centros de trabajo. Creo que el espíritu de esta norma hay que buscarlo antes en las competencias de vigilancia del cumplimiento de la legalidad que tienen reconocidas las organizaciones sindicales, que en la concesión de ciertos espacios de participación para el contenido de las organizaciones sindicales. Hemos de pensar que, ante determinadas corruptelas llevadas a cabo por las Administraciones (causantes las más de las veces de la endogamia y el favoritismo), los sindicatos pueden ser los únicos agentes capaces de garantizar de forma efectiva la imparcialidad objetiva de los órganos de selección y eso requiere reconocerles algún tipo de presencia en los procesos selectivos. No en vano el artículo 31.6 EBEP atribuye a las organizaciones sindicales más representativas legitimación para interponer recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección.

De todas formas, esta colaboración en los procesos selectivos no puede significar, dados los términos tan rotundos en que se expresa el legislador en el artículo 60.3 EBEP, que los representantes puedan seguir designando representantes en los órganos de selección.

Por lo que respecta a los procesos selectivos, se ha partido de la existencia de varios aspectos problemáticos de la regulación en esta materia, necesitados de una revisión, entre ellos, el procedimiento excesivamente formalizado y abstracto de la selección que no siempre es capaz de descubrir la verdadera aptitud del candidato; la escasa variedad

de los sistemas selectivos, la rigidez de los instrumentos de selección, resultando poco eficaces para atender a las exigencias de agilidad, el carácter esencialmente memorístico de las pruebas, y la poca adecuación de éstas al desempeño posterior de las tareas.

El artículo 61 EBEP ha tratado de dar respuesta a todos estos problemas pero cabe decir que con soluciones muy poco eficaces, porque lo que se regula —por cierto, de una manera asistemática y poco ordenada, mezclando los principios informadores de los sistemas selectivos, las pruebas de selección y los sistemas selectivos (esto último es lo que da curiosamente título al precepto)—, es una reiteración de los criterios tradicionales, que han inspirado los procesos selectivos de las Administraciones Públicas en nuestro Derecho, siendo en general muy poco innovador.

Se ha sido algo sensible a los problemas relacionados con las pruebas de selección, como se pone de manifiesto en el apartado 2 del artículo 61 EBEP cuando establece que « *los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas* ». Por otra parte, se ha admitido una mayor diversidad de pruebas, pues aparte de aludir a la ya clásica prueba de conocimientos, se contemplan la comprobación de habilidades y destrezas, y el dominio de lenguas extranjeras (art. 61.2), y se permite que tales pruebas puedan completarse, además, con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas, e incluso con reconocimientos médicos (art. 61.5). De alguna manera, el legislador nos muestra el deseo de dar un giro a la regulación de la realización de las pruebas, pero se ha quedado en un vano intento porque lo regulado en este punto no deja de ser algo meramente descriptivo sin fuerza de obligar alguna.

En lo que atañe a los sistemas selectivos, y a pesar de las buenas intenciones del legislador, tampoco se ha avanzado prácticamente nada porque se mantiene la división tripartita del pasado; se vuelve a los «modelos estereotipados» de oposición, concurso-oposición, y concurso (éste ahora utilizable sólo con carácter excepcional y en virtud de ley) (art. 61.6 EBEP), sin que , además, todo lo anterior tenga reflejo alguno. No se ha atendido a las exigencias de diversidad y de agilidad planteadas por la Comisión, otorgando a esas otras fórmulas o instrumentos más dinámicos —contemplados más arriba— como las entrevistas o los cursos verdaderamente selectivos, incluso el periodo de prueba, la categoría de sistemas ordinarios de selección, que pueden cumplir junto con las pruebas teóricas y de méritos, o alternativamente en algún caso, una función de verificación de aptitudes y condiciones de los aspirantes.

En este punto no ha habido realmente un intento de aproximación a las pautas generales aplicadas en el sector privado; el EBEP mantiene un sistema altamente formalizado que seguirá sobrevalorando el esfuerzo memorístico y, en su caso, los méritos cuando se opte por valorar también los servicios prestados (por cierto, correctamente limitados ahora en el art. 61.3 EBEP al no permitir que determinen el resultado del proceso selectivo), y muy poco las condiciones reales de aptitud de las personas para el desempeño de los puestos de trabajo convocados, porque no hay regla alguna que obligue a ello. Repárese en que la directriz anteriormente comentada del artículo 61.2 EBEP, sólo hace mención a que «*los procedimientos de selección cuidarán ...*», lo que supone un «deber» muy débil, que desde luego no exige el tener que adecuar necesariamente, como sería lo lógico, las pruebas a las exigencias de las tareas de los puestos de trabajo, en los procesos selectivos.

Es hora, tal vez, de reconsiderar el mito de que la oposición es el instrumento de selección que mejor garantiza los principios de igualdad, mérito y capacidad. La valoración de la capacidad, o de la aptitud de un aspirante, difícilmente se puede apreciar únicamente a través de una oposición, esto es, superando simplemente una serie de pruebas teóricas y prácticas. Dudo que haya alguien en la empresa privada que recurra a este tipo de pruebas como criterio único de selección; el proceso de selección debe consistir en cualquier caso en la comprobación de la aptitud y eso no lo garantiza la simple oposición. Los procesos selectivos deben servir ante todo a esa función y si ésta no se valora correctamente porque no se utilizan los instrumentos adecuados para ello, no se puede decir que se esté garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Una de las pocas innovaciones de carácter relevante que ha aportado el legislador en esta materia se refiere al diferente sistema selectivo establecido para el personal funcionario y para el personal laboral, que resulta verdaderamente llamativo teniendo en cuenta el espíritu de integración que informa el texto legal. No se sabe por qué razón el Estatuto en artículo 61.7, establece un sistema selectivo más flexible para la contratación de personal laboral, al permitir la utilización indistinta de los tres métodos —la oposición, el concurso oposición y el concurso—, mientras que respecto del personal funcionario los métodos utilizables son los de oposición y concurso-oposición, y sólo excepcionalmente y por virtud de ley, se permite aplicar el concurso. Es decir, que el concurso que tiene carácter excepcional para los funcionarios, sin embargo, se le otorga el rango de un sistema ordinario de selección para los laborales fijos. La diferencia de tratamiento no tiene aparente justificación, lo que podría llevar —como ya se ha apuntado por algún comentarista— a algunas Administraciones a convertir el concurso en el sistema más utilizado de selección del personal laboral por la mayor

facilidad de acomodar el baremo de méritos valorables a las características y currículo de ciertos candidatos a los que se desea promocionar ⁶⁶.

5. Adquisición de la condición de funcionario de carrera y de personal laboral

La regulación relativa al acceso al empleo se cierra con el artículo 62 que establece los requisitos generales, que han venido rigiendo tradicionalmente, para adquirir la condición de funcionario de carrera. Dichos requisitos son los siguientes: A) Superación del proceso selectivo; B) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente; C) Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico; D) Toma de posesión dentro del plazo que se establezca. El añadido novedoso reside en el requisito relativo al acto de acatamiento, que implica sumisión a las normas legales correspondientes con el consiguiente deber de observancia de sus mandatos.

Hay que invocar, en fin, para completar el cuadro de requisitos exigidos para la adquisición de la condición de funcionario, el último párrafo del artículo 62, en el que se prevé la obligación, por parte de los aspirantes propuestos a ocupar la plaza, de acreditar que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria. Si no se acreditan dichas circunstancias, los aspirantes no podrán ser nombrados funcionarios y quedarán sin efecto las actuaciones llevadas a cabo con ellos.

El Estatuto no se ha ocupado de regular los requisitos de adquisición de la condición de personal laboral. Pese a ello, no existe duda, de que algunos de los señalados requisitos son también aplicables al personal laboral; así, es evidente, que debe superarse el proceso selectivo, aun con las características de agilidad necesarias en cada caso; asimismo, y aunque no se haya previsto un acto formal de acatamiento, qué duda cabe de que está sometido como todo empleado público al deber de respetar la Constitución y el resto de las normas que integran el ordenamiento (art. 53.1 EBEP); y por supuesto también está obligado a acreditar que reúne los requisitos exigidos en la convocatoria, en el momento en que se determine en la referida convocatoria. Al margen de estos requisitos, será imprescindible que se formalice el contrato de trabajo con arreglo a la normativa laboral para entender constituida la relación laboral y, en consecuencia, adquirir la condición de personal laboral.

⁶⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios»..., *op. cit.*, p. 413.

V. PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

El EBEP ha renunciado a ofrecer un tratamiento conjunto de las distintas causas por las cuales se pierde la condición de empleado público. La regulación contenida en el Capítulo II del Título IV, relativa a la «pérdida de la relación de servicio» —arts. 63 a 68 EBEP— se limita a contemplar las situaciones de pérdida de la condición de funcionario de carrera, pasando por alto las causas de pérdida de la condición de personal laboral. Tal vez esa ausencia de referencia a las causas de extinción de la relación de servicio del personal laboral obedezca a que el legislador ha considerado que el Estatuto de los Trabajadores es el instrumento más adecuado para establecer cuándo concurren las referidas causas.

No obstante, cabe suscribir la opinión de *lege ferenda* suscrita por la doctrina más atenta⁶⁷ de que podía haberse hecho un esfuerzo mayor de aproximación en temas tales como la renuncia o la inhabilitación absoluta o especial para cargo público. Incluso, algunas otras cuestiones, como la regulación de la jubilación de los empleados públicos, que se caracteriza por una diversidad de tratamiento en función de qué tipo de personal se trate, podían haber encontrado asimismo una solución inspirada en la igualdad de trato. En este sentido, el EBEP ha sido de alguna manera infiel a su propio designio de ofrecer aquello que es común al conjunto del personal que trabaja en el sector público, mas las especificidades de cada tipo de personal.

1. Las diferentes causas de pérdida de la condición de funcionario

El legislador, siguiendo la recomendación de la Comisión de mantener en términos generales la regulación anterior de las causas de extinción, se ha movido en una línea continuista en esta materia. Apenas incorpora alguna situación nueva —como alguna variante de jubilación de funcionario—, reiterando las ya conocidas causas de pérdida de la condición de funcionario público, previstas en los derogados artículo 37 LFCE de 1964 y artículo 33 LMRFP. Según el artículo 63 EBEP, las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera son:

a) La renuncia a la condición de funcionario. Es una forma voluntaria de extinguir la relación funcionarial, que sólo se «perfecciona»⁶⁸ cuando es aceptada expresamente por la Administración (art. 64.1 EBEP).

⁶⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios»..., *op. cit.*, p. 418.

⁶⁸ A. PALOMAR OLMEDA: «El nuevo Estatuto del Empleado Público», *op. cit.*, p. 39.

Naturalmente, la aceptación no puede estar condicionada a la aportación de una «explicación razonable» —como se ha sugerido en la doctrina⁶⁹— ante los problemas de ineficiencia administrativa que la renuncia puede generar—, porque, aparte de la dificultad de determinar los criterios con que valorar la razonabilidad de las decisiones adoptadas por el funcionario, no debe perderse de vista que se está ante una prestación de servicios en régimen de libertad; libertad que se predica no sólo del momento de la constitución de la relación funcionarial (toma de posesión de la condición de funcionario), sino de la extinción de la misma (cese en el servicio activo). No cabe impedir que el empleado público pueda, en ejercicio de esa libertad, dejar de prestar servicios a la Administración por su exclusiva voluntad, sin necesidad de alegar causa alguna y sin quedar sujeto a control alguno sobre la razonabilidad de la motivación causal, siempre que su renuncia no vaya en contra del interés o el orden público, ni perjudique a terceros (art. 6.3 CC). Los problemas derivados de las vacantes por renunciaciones se pueden solventar a través de fórmulas flexibles y adecuadas de contratación temporal e incluso haciendo uso ahora de la posibilidad prevista en el artículo 61.8 EBEP de incluir en la propia convocatoria la proposición de un número superior de aprobados al de plazas convocadas.

Lo que sí resulta razonable, sin embargo, y no está contemplado en la norma, es la exigencia de un plazo de preaviso para mitigar los problemas organizativos que puede generar una intempestiva voluntad de renuncia a la condición de funcionario. Se podía, así, haber establecido, a imagen y semejanza de la regulación laboral (art. 49.1.d ET), una obligación de preavisar.

La renuncia sólo puede ser restringida por la concurrencia de alguna de las dos circunstancias previstas en el artículo 64.2 EBEP; a saber: a) que el funcionario esté sujeto a expediente disciplinario; b) que haya sido dictado en su contra auto de procesamiento o de apertura de juicio oral por la comisión de algún delito. Se adopta esta medida restrictiva de su libertad para evitar posibles fraudes de ley; esto es, que el funcionario renuncie a la condición de funcionario para eludir la posible sanción de separación del servicio o de inhabilitación absoluta o especial de funcio-

⁶⁹ M. LUQUE PARRA: «Pérdida de la relación de servicio (arts. 63 a 68)», en AA.VV. (Dir.: S. DEL REY. Coord.: M. PÉREZ y E. SÁNCHEZ): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 706: «...considero que nuestra normativa sobre acceso, adquisición y pérdida de la condición de funcionario de carrera debería exigir una causa suficiente y adecuada que explique la renuncia voluntaria del trabajador a su condición de funcionario de carrera cuando ésta se ejercita en un plazo determinado y cercano a la obtención de dicha condición (pensemos uno o dos años). No se trata de exigir una motivación causal o unas razones que *de facto* deriven en considerar dicha renuncia voluntaria como una renuncia forzosa o seudoforzosa, sino en exigir una explicación razonable para que dicha renuncia pueda aceptarse sin consecuencias indemnizatorias».

nario, que puedan recaer en el expediente disciplinario o en el procesamiento penal, respectivamente, y, así, tener la posibilidad de reingresar de nuevo en la Administración mediante un nuevo proceso selectivo. Es preciso tener en cuenta que la renuncia a la condición de funcionario no inhabilita para ingresar de nuevo en la Administración Pública a través del procedimiento de selección establecido (art. 64.3 EBEP).

En cualquier caso, la relación de servicio no se extingue por la simple comunicación escrita de la renuncia a la Administración Pública por parte del funcionario, manteniéndose viva la condición de funcionario, hasta tanto se produzca la aceptación de la misma, momento a partir del cual se entiende extinguida la relación funcional. Queda la duda de si en ese intervalo puede el funcionario retirar su renuncia. Desde luego, en el ámbito laboral opera de manera irrevocable una vez que se recibe la comunicación por el empleador [STS (Social) de 26 de febrero de 1990⁷⁰], pero en el ámbito funcional la cuestión es posible que sea distinta, toda vez que la renuncia para configurarse como causa de pérdida de la condición de funcionario necesita de la aceptación expresa por la Administración y no basta la simple recepción como ocurre en la relación laboral.

b) La pérdida de la nacionalidad. La exigencia del requisito de la nacionalidad española o de otros Estados para el acceso a la función pública [arts. 56.1.a) y art. 57 EBEP] trae consigo que cuando se pierde dicha condición tenida en cuenta para el nombramiento, se pierda también la condición de funcionario. De todas formas, este efecto no se produce en todos los supuestos porque cabe que la condición de funcionario no se pierda si simultáneamente a la pérdida de la nacionalidad que sirvió para el nombramiento, se adquiere la nacionalidad española o la de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado al que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores (art. 65 EBEP).

c) La jubilación total del funcionario. Dado que en esta causa se registra alguna novedad importante y puesto que la jubilación ha vuelto recientemente al centro del debate con algunas modificaciones normativas en materia de Seguridad Social que alcanzan indirectamente a los funcionarios, resulta oportuno dejar el comentario para más adelante, el siguiente apartado, al objeto de dedicarle un poco más de atención, y toda vez que, además, se da una variedad de situaciones de jubilación reguladas en otro precepto aparte del EBEP.

d) La sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme. Las premisas de interpretación de esta causa no han sido

⁷⁰ RJ 1990/1234.

totalmente reveladas, por cuanto, a diferencia de las demás causas de pérdida de la condición de funcionario, la enunciación de esta causa no se ha completado con ninguna otra referencia normativa. No obstante, de los términos del artículo 56.1.d) y artículo 68 EBEP se infiere que la sanción de separación de servicio sigue siendo irreversible, pues el primer precepto excluye la posibilidad de participar en los procesos selectivos a los separados mediante expediente disciplinario y, por otra parte, el artículo 68 EBEP no contempla esta situación entre los supuestos de rehabilitación en la condición de funcionario. Lo cual hace de peor condición al separado mediante expediente disciplinario que al inhabilitado por condena penal, ya que a éste sí se le da la oportunidad de rehabilitación en dicha condición y de incorporarse tras el cumplimiento de la condena. De signo igualmente distinto, en cuanto al reintegro en la Administración, resulta también el tratamiento del despido del personal laboral de las Administraciones Públicas por motivos disciplinarios, pues el empleado expulsado por faltas muy graves no queda inhabilitado para ser titular de un nuevo contrato en otro puesto con funciones distintas a las que desempeñaba [art. 96.1.b) EBEP *a contrario sensu*] e incluso ser funcionario.

En todo caso, la pérdida de la condición de funcionario sólo se produce cuando la sanción de separación deviene firme, esto es, cuando ha caducado el plazo de interposición de recurso o se han agotado todos los recursos judiciales posibles. Ello no significa que la sanción no pueda imponerse hasta que no sea firme; es evidente que podrá ejecutarse antes porque «de lo contrario pueden producirse situaciones anómalas y perjudiciales para el servicio, ya que la firmeza puede tardar en producirse»⁷¹. En tales supuestos, si se anula administrativa o judicialmente la sanción provisionalmente impuesta, lógicamente el funcionario sancionado recupera su derecho a ser reintegrado en el puesto anteriormente ocupado, así como su derecho a cobrar los haberes dejados de percibir durante el tiempo en que estuvo temporalmente apartado⁷².

e) La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme. Se está aquí ante decisiones de órganos administrativos que traen causa en la imposición de una condena penal de inhabilitación. Estas causas operan de forma automática tan pronto como se produce la firmeza de la sentencia penal que la imponga. La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta «produce la pérdida de la condición de funcionario respecto a todos los empleos o cargos que tuviere» (art. 66, párrafo primero EBEP); en

⁷¹ M. SÁNCHEZ MORÓN: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», *op. cit.*, p. 420.

⁷² J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Acceso y movilidad de los funcionarios», *op. cit.*, p. 527.

cambio, la pena principal o accesoria de inhabilitación especial produce la pérdida de la condición de funcionario sólo «respecto de aquellos empleos o cargos especificados en la sentencia» (art. 66, párrafo segundo EBEP). La diferencia se halla, por tanto, en que en el supuesto de inhabilitación absoluta la pérdida de la condición de funcionario es absoluta, quedando el funcionario incapacitado para obtener el mismo o cualquier otro cargo o empleo público durante el tiempo de la condena que puede oscilar entre seis y veinte años (arts. 40 y 41 CP), mientras que en el supuesto de inhabilitación especial la pérdida de la condición es particular, quedando el funcionario incapacitado exclusivamente para el empleo o cargo sobre el que recayere u otros análogos durante el tiempo de la condena que puede ser de entre seis meses y veinte años (arts. 40 y 42 CP). En este último supuesto el funcionario puede solicitar el reingreso en activo en otro cuerpo si se encuentra en excedencia voluntaria, e incluso puede tomar parte en nuevos procedimientos de selección para el acceso a puestos no afectados por la incapacidad vinculada a la pena.

La regulación de esta causa extintiva —que no suspensiva— se caracteriza por ser más suave que la de la separación disciplinaria como lo evidencian dos hechos: por un lado, el que la condena no impide al funcionario volver a incorporarse de nuevo a la función pública una vez finalizado el cumplimiento de la condena; por otro, la posibilidad de rehabilitación prevista en el artículo 68.2 EBEP que admite que, con carácter excepcional, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas puedan conceder, la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiere perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. En el caso del separado disciplinariamente, por el contrario, la sanción es —como ya se ha observado— perpetua o de por vida; lo que supone que no puede volver a ocupar cargo alguno en la Administración y además que tampoco cabe su rehabilitación. El legislador no ha sido en este punto receptivo a las sugerencias hechas por la Comisión que proponía la fijación de un plazo máximo de sanción, coincidente con el plazo máximo de las penas de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos previstas en el Código Penal.

2. La jubilación de los funcionarios

El EBEP ha acogido, en fin —como ya se ha observado antes— la jubilación como causa de pérdida de la condición de funcionario. Y lo ha hecho de forma tradicional, adoptando una misma tipología, si bien con alguna significativa novedad en relación con la posibilidad de la

jubilación parcial, e introduciendo muy pocos cambios o matices respecto de la régimen jurídico anterior.

Cabría decir que el EBEP ha sido poco permeable a las reformas que se han ido produciendo en esta materia, en particular en lo que se refiere a la revisión de la edad de jubilación, a los incentivos a la jubilación anticipada y a la prolongación de la carrera funcionarial, o a la jubilación progresiva y flexible, ya que se ha limitado a presentar una regulación casi idéntica a la precedente, sin haber hecho prácticamente ningún esfuerzo de aproximación al régimen propio del personal laboral, en el que vienen produciéndose principalmente las referidas novedades.

No se ha conseguido ni siquiera una convergencia nominal porque unas mismas situaciones evocan —como se analizará de inmediato— distintos significados según se trate de funcionarios o de personal laboral. Así, por ejemplo, el concepto de jubilación voluntaria del EBEP, pese a ofrecer cierta similitud con el cese voluntario del personal laboral, tiene realmente un carácter de jubilación anticipada; y algo parecido ocurre con la jubilación forzosa del EBEP que más que un cese forzoso parece una jubilación ordinaria. Pero la diversidad de regulación donde se hace notar es en la utilización del concepto de jubilación por incapacidad permanente, que no tiene parangón al ser una figura realmente desconocida en el régimen de protección social del personal laboral.

El legislador ha querido, así, mantener un régimen específico de jubilación para los funcionarios, configurándolo de forma distinta con autonomía propia respecto del régimen de protección social del personal laboral y, por supuesto, manteniendo, aunque no se explicita, un régimen de financiación, gestión y prestaciones específicas. Lo cual no es sino la consecuencia de una secular separación de los sistemas de protección del personal al servicio de la Administración Pública, que el legislador no ha querido alterar.

De todas formas, no parece haber reparado lo suficiente en las consecuencias del trascendental dato de la existencia de colectivos de funcionarios, que, pese a no ser trabajadores asalariados en sentido técnico jurídico, se hallan integrados en el Régimen General de la Seguridad Social (funcionarios autonómicos, de las corporaciones locales, etc.). La diversidad de encuadramiento de los funcionarios públicos plantea serias dudas sobre las distintas formas de jubilación y legislación de protección social que les resulte aplicable, pues no deja de ser problemático que unos funcionarios se vean afectados al mismo tiempo por la normativa de su Régimen de encuadramiento (el General), y por el EBEP, esto es, por dos normativas que divergen en bastantes aspectos.

No obstante, parece que el legislador sí que ha sido algo «consciente de esta realidad»⁷³, pues ha facultado al Gobierno, en la Disposición Adicional Sexta, suponemos que para conseguir una «cierta equiparación y convergencia de regímenes», para presentar «*en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos*».

La causa de la jubilación se ha regulado en el EBEP de forma básica, con remisiones a las leyes de la función pública que se dicten en desarrollo y en términos suficientemente amplios, lo que permite albergar esperanzas de que se puedan acoger los cambios que se están produciendo en materia de jubilación, de forma que los funcionarios integrados en los regímenes especiales se benefician también de ciertas modalidades de jubilación, que se aplican al personal laboral.

Los supuestos de jubilación contemplados en el artículo 67.1 EBEP son cuatro; a saber: a) jubilación voluntaria a solicitud del funcionario; b) jubilación forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida; c) jubilación por declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala; d) jubilación parcial.

2.1. La jubilación voluntaria: un supuesto de jubilación anticipada

En el ámbito de la relación funcionarial, rige, en principio, al igual que en la relación laboral, el principio de voluntariedad en la jubilación. Efectivamente, el artículo 67.2 EBEP establece la posibilidad de, a solicitud del interesado, acceder a la jubilación voluntaria siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. Pero la jubilación voluntaria en el personal funcionario no posee las mismas connotaciones que la jubilación voluntaria en el personal laboral porque se configura en el EBEP más bien como algo excepcional. Para el régimen funcionarial la idea de jubilación forzosa a cierta edad sigue siendo el elemento característico y propio del mismo, a diferencia de cómo se plantea en el

⁷³ J. LÓPEZ GANDÍA: *La jubilación de los empleados públicos*, Edit. Bomarzo, Albacete, 2007, p. 22.

régimen de los trabajadores en general y del sector público en particular en que prevalece la idea de voluntariedad ⁷⁴.

Esa diversa orientación de la configuración general del principio de voluntariedad en el EBEP se hace aun más evidente en el párrafo segundo del artículo 67.2 EBEP cuando señala que: « *Por ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial*».

Interpretado el artículo 67.2 EBEP en clave de regulación histórica —es decir, a partir del art. 28.2 de la Ley de Clases Pasivas del Estado—, cabría pensar que el legislador ha querido instituir un principio general de voluntariedad en el párrafo primero del referido artículo 67.2, cuyos requisitos son tener cumplidos sesenta años y acreditar **30** años de servicios efectivos del Estado, y un régimen excepcional, más permisivo en el párrafo segundo del artículo 67.2, como el que dispone, por ejemplo, la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su Disposición Transitoria segunda, para los funcionarios de los cuerpos docentes no universitarios, al exigir los requisitos de tener cumplidos sesenta años de edad y acreditar **15** años de servicios efectivos al Estado.

Pero parece que el EBEP está pretendiendo otra cosa; esto es, prever un sistema de jubilación anticipada en el ámbito de la planificación de recursos humanos, como el contemplado anteriormente en el artículo 27 de la Ley 30/1984 para excedentes forzosos y funcionarios en expectativa de destino y consecuencia de un Plan de empleo ⁷⁵. Se trataría, en todo caso, de un derecho de anticipación de la edad de jubilación y no de la posibilidad también de poder voluntariamente prolongar sus servicios más allá incluso de la jubilación a edad ordinaria, que es lo que cualifica especialmente a la jubilación voluntaria. La jubilación llamada voluntaria ha de producirse necesariamente antes de la forzosa a los sesenta y cinco años de edad (art. 67.3 EBEP), pues su prórroga hasta los setenta —como se verá— queda supeditada a la aceptación por parte de la Administración competente, lo que la distingue claramente de la jubilación voluntaria en el ámbito laboral en que no existe límite temporal, salvo el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en los estrictos términos de validez exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Esta diversidad de concepción sobre el carácter de la jubilación voluntaria da lugar a diferencias importantes entre los dos tipos más importantes de personal al servicio de la Administración Pública, pues,

⁷⁴ J. LÓPEZ GANDÍA, *ibídem*, p. 23.

⁷⁵ J. LÓPEZ GANDÍA, *ibídem*, p. 53.

si bien para los laborales sometidos al Estatuto de los Trabajadores y encuadrados dentro del Régimen General el cese constituye una facultad plenamente voluntaria y se les permite mantenerse en el puesto más allá del límite de la edad ordinaria, para los funcionarios la jubilación voluntaria es una simple posibilidad de anticipar la edad jubilación sin opción a prolongar la permanencia en el servicio activo más allá de un máximo.

2.2. La jubilación forzosa

Aunque en la enumeración de modalidades de jubilación del artículo 67.1 EBEP figure en un segundo lugar, por detrás de la jubilación voluntaria, la jubilación forzosa ha sido y sigue siendo, como se acaba de señalar, la forma típica de jubilación de los funcionarios. La jubilación forzosa supone el cese obligatorio en la relación funcionarial cuando se alcanza una determinada edad. Según dispone el artículo 67.3 EBEP, dicha jubilación forzosa « *se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad* ». No obstante, el Estatuto mantiene la posibilidad de solicitar, dentro de lo que establezcan las leyes de Función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta la edad de setenta y cinco años, estando la Administración competente obligada a resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.

Realmente lo que irrumpe aquí es la jubilación ordinaria, disfrazada de jubilación forzosa, por cuanto, al preverse la jubilación más allá de los sesenta y cinco años, aunque no sea de una manera libre sino condicionada al cumplimiento de unos requisitos hoy por hoy inespecíficos, pierde de alguna manera el carácter de jubilación forzosa a esa edad. Si bien el cumplimiento de los sesenta y cinco años puede implicar el cese obligatorio en la relación funcionarial, existe la posibilidad de continuar más allá de esa edad, si la Administración accede a su petición, con lo que no cabe hablar en puridad de un cese forzoso. En verdad, la consideración de jubilación forzosa es aplicable propiamente a la edad de los setenta años en la que ya no es posible prolongar por más tiempo la permanencia en el servicio activo. Por todo ello, en el supuesto más general de jubilación forzosa a los sesenta y cinco años estaríamos más bien ante un supuesto de cese ordinario en el servicio activo.

A diferencia de lo que ocurre con el personal laboral, la jubilación forzosa para los funcionarios no está vinculada a objetivos de política de empleo; opera sencillamente como un supuesto de extinción por razón de edad. No resulta, sin embargo, claro que eso no contradiga de alguna manera el derecho al trabajo del artículo 35 de la Constitución y la

jurisprudencia del Tribunal Constitucional emanada al respecto⁷⁶. Desde luego no se acierta a ver fácilmente qué diferencia pueda haber entre los laborales de la Administración Pública a los que resulta aplicable la exigencia de vinculación a objetivos de política de empleo cuando se hallan sujetos a cláusulas de jubilación forzosa, y los funcionarios a quienes no se aplica pese a configurarse su jubilación como un cese obligatorio por edad, para justificar semejante desigualdad de tratamiento en el régimen de jubilación forzosa.

La jubilación a los sesenta y cinco años sólo aparece condicionada a la cobertura de los periodos de carencia de la pensión de jubilación. Subsiste en este sentido la regulación anterior sobre la posibilidad de prórroga en el servicio activo hasta completar el mínimo de cotización para causar derecho a pensión (art. 39.4 LFCE y art. 28.2 LCPE).

En todo caso, no procederá la jubilación forzosa del funcionario a los sesenta y cinco años tal y como prevé el EBEP hasta tanto las futuras leyes de desarrollo lo contemplen de forma específica, pues, de acuerdo con lo señalado en la Resolución de 21 de junio de 2007, por la que se han dictado las Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico, «con carácter transitorio hasta que se regulen los requisitos y condiciones de las modalidades de jubilación previstas en el EBEP, continúa en vigor el artículo 33 de la Ley 30/1984, sobre jubilación forzosa de los funcionarios públicos». Este precepto no establece que al cumplir los 65 años deba solicitarse la prórroga, ni que dicha prórroga quede supeditada a la aceptación por la Administración competente; al contrario, se limita a señalar que la declaración de jubilación forzosa «no se producirá hasta el momento en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los setenta años de edad». Es decir que, pese a la jubilación forzosa a los 65 años, la prórroga se concede automáticamente y cabe la permanencia en servicio activo hasta los 70 años. Éste será, en suma, el régimen aplicable mientras no se adopten las futuras leyes de desarrollo.

Hay que tener en cuenta, por lo demás, que el artículo 67.3 EBEP admite la existencia de normas estatales específicas de jubilación para determinados grupos de funcionarios. Entre los excluidos de la regla general y sometidos a su normativa específica se hallan, por ejemplo y, según lo dispuesto en la Resolución de 21 de junio de 2007, los funcionarios de los Cuerpos docentes Universitarios, que pueden, en virtud de lo previsto en el apartado 5 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1984 en su redacción dada por la Ley 27/1994, optar por

⁷⁶ A propósito del enjuiciamiento constitucional de la Disposición Adicional 10.ª del ET; *vid.* SSTC 58/1985 y 95/1985, entre otras. En este sentido, expresa también sus dudas J. LÓPEZ GANDÍA: «La jubilación de los empleados públicos», *op. cit.*, p. 26.

jubilarse voluntariamente a los sesenta y cinco años, o bien, en todo caso, a los setenta años, debiendo hacerlo en ambos casos a la finalización del curso académico en que hubieran cumplido dicha edad.

2.3. *La jubilación por incapacidad permanente*

El artículo 67.1.c) EBEP contempla —como se ha observado anteriormente— una modalidad *sui generis* de jubilación —la jubilación por incapacidad permanente—, que no constituye novedad alguna porque ya estaba prevista en el artículo 28.2.c) de la Ley de Clases Pasivas del Estado, como una de las clases de pensión en el Régimen de Clases pasivas, aunque no desde luego en la LGSS.

Desde la nueva perspectiva que ofrece el Estatuto, llama la atención la incorporación de la terminología propia de la LGSS sobre incapacidad permanente, en concreto el hecho de que se tomen las nociones de los grados de incapacidad, al distinguir como supuestos de jubilación por incapacidad: a) la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala; b) el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta; c) el reconocimiento de una pensión total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala. El Estatuto ha incluido, así, en esta situación protegida un sistema de graduación de incapacidades suprimido por la Ley 24/1997 de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, y que sólo transitoriamente se mantiene en vigor a la espera de que se produzca el desarrollo reglamentario de la Ley.

Pero el problema más importante no es ése, sino el desconocimiento o la falta de previsión de este sistema de graduación de incapacidades dentro del propio régimen de clases pasivas. En la vigente normativa de clases pasivas solo se contempla la jubilación por incapacidad permanente y ésta es calificada en función de si la lesión o proceso le imposibilita o no totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, escala, plaza o carrera [art. 28.2.c) LCPE]. De modo que, la calificación de jubilación por incapacidad es única —la total—, con lo que, declarada la imposibilidad para el desempeño de las tareas propias, solo se puede acceder a un único tipo de pensión, que se determina en función de los años de servicios efectivos prestados a la Administración. El pase a un sistema de graduación de incapacidades como el que pretende el EBEP requerirá una reforma del régimen de clases pasivas o una nueva normativa de aplicación del EBEP.

Por otra parte, el legislador se ha olvidado también de que en el sector público existe un colectivo numeroso de funcionarios encuadrados dentro del Régimen General de la Seguridad Social, lo que plantea la

duda de si les resultará de aplicación lo contemplado a este respecto en el EBEP, en concreto la figura de la jubilación por incapacidad permanente. Parece que no, aunque el EBEP, a diferencia de otros supuestos de jubilación —como la jubilación voluntaria (art. 67.2) o la jubilación parcial (art. 67.4)— no ha hecho ninguna salvedad al respecto, en el sentido de contemplar la figura sin perjuicio de «los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable». Y ello porque la LGSS no contempla la figura de la jubilación por incapacidad, por lo que cabe pensar, no que tal medida quede sin aplicación en el caso de estos funcionarios no integrados en regímenes especiales (MUFACE, MUGEJU, ISFAS), sino que debe ser de aplicación la normativa de la LGSS y en concreto, lo que les resulta propio de esta Ley, es decir, la figura de la incapacidad permanente en sus distintos grados. Todo ello puede traer consigo una desigualdad de trato en un doble sentido: por un lado, a favor de los funcionarios integrados en el Régimen General porque sus pensiones de incapacidad se van a devengar en función del porcentaje atribuido según el grado de invalidez (total, absoluta o gran invalidez); y por otro, a favor de los funcionarios incluidos en regímenes especiales en la medida en que gozan de un «cómputo privilegiado en relación con el régimen general», al considerarse como servicios efectivos prestados los que faltan al funcionario declarado incapaz para alcanzar la edad de retiro forzoso, lo que repercute en beneficio del periodo carencia y del cálculo de la pensión ⁷⁷.

2.4. La jubilación parcial

La previsión de la modalidad de jubilación parcial constituye una de las pocas innovaciones importantes que el legislador ha introducido en esta materia, aunque tampoco cabe atribuirle excesiva relevancia porque, considerada en sí misma, resulta insuficiente, como se observará, para satisfacer las exigencias de jubilación parcial de los funcionarios. Con anterioridad al Estatuto Básico, algunos colectivos de funcionarios disfrutaban ya de esta posibilidad de jubilación parcial —en concreto, el personal estatutario, pues se encontraba y se encuentra prevista en el Estatuto Marco del personal estatutario (Ley 55/2003, de 16 de diciembre)—, por lo que la novedad reside, no tanto en haberla acogido, cuanto en haberla reconocido en el artículo 67.1.d) EBEP como un derecho profesional de todos los funcionarios.

Del referido artículo se desprendería que todo funcionario, al igual que ocurre ya con el personal estatutario incluido en el Régimen general, tiene derecho a ver reconocida la posibilidad de cesar parcialmente

⁷⁷ J. LÓPEZ GANDÍA: «La jubilación de los empleados públicos», *op. cit.*, pp. 32-33.

en la relación administrativa, pudiendo compatibilizar la pensión parcial con un nombramiento a tiempo parcial.

El Estatuto regula esta situación en los apartados 4 y 2 del artículo 67, y lo hace de manera vaga e imprecisa, probablemente sin tomar conciencia de las implicaciones laborales y profesionales que la institución conlleva, y admitiendo que pueden darse situaciones distintas en función del régimen de protección social que les resulte aplicable en cada caso. En el apartado 4 se establece que: « *procederá la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable* ». El legislador da a entender que sobre la figura ahora contemplada puede haber diferencias entre los regímenes especiales de funcionarios y el Régimen general en los que pueden estar incluidos los funcionarios y que es desde el ángulo relativo a cada régimen como debe ser contemplada la situación. A la vista de lo cual, procede que analicemos tal cuestión desde la perspectiva de cada uno de estos regímenes para valorar la eficacia del reconocimiento de la jubilación parcial.

Por lo que respecta a los funcionarios integrados en los regímenes especiales, nada se dice de ellos en la normativa reguladora de la jubilación parcial —el RD 1131/2002, de 31 de octubre—; por otra parte, su normativa específica de seguridad social omite toda referencia a la figura, por lo que cabría entender que existe una exclusión implícita del acceso a esta modalidad de jubilación. La inclusión de la jubilación parcial en el Estatuto vendría a suponer un cambio significativo porque significaría —como se ha expresado antes— el reconocimiento para los funcionarios de la posibilidad de adoptar la modificación de la situación administrativa pasando de una situación de dedicación plena a otra de jubilación parcial. Pero esta posibilidad, en el contexto de la normativa vigente, resulta una quimera, ya que, por un lado, no se permite la prestación de servicios con dedicación parcial y, por otro, no se cumplen las previsiones del artículo 67.4 EBEP de que sólo procede la jubilación cuando el «funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidas en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable», dado que estas condiciones de acceso a la situación protegida en los regímenes especiales de los funcionarios no se encuentran previstas todavía. Parece que será necesario contar con una regulación específica o cuando menos con alguna modificación de su normativa de seguridad social «para que el derecho a la jubilación parcial pase de ser algo programático a ser verdaderamente efectivo» ⁷⁸.

⁷⁸ J. LÓPEZ GANDÍA: «La jubilación de los empleados públicos», *op. cit.*, p. 80.

En cambio, la situación podría considerarse *a priori* más favorable para los funcionarios encuadrados en el Régimen General, puesto que la jubilación parcial sí está incluida en el cuadro de prestaciones de dicho Régimen. Pero no hay que llamarse a engaño porque tampoco respecto de este personal funcionario tiene eficacia alguna el reconocimiento del Estatuto Básico, porque judicialmente se viene entendiendo que para acceder a la jubilación parcial es preciso ser trabajador por cuenta ajena en sentido técnico jurídico, dada la remisión que el artículo 166.2 LGSS hace al artículo 12.6 ET⁷⁹, y no parece que el reconocimiento del artículo 67 EBEP haya cambiado las cosas. Hace falta que el artículo 166.2 LGSS dé entrada a los funcionarios y permita el acceso a la jubilación parcial no sólo de trabajadores por cuenta ajena sino también de los funcionarios incluidos en el Régimen General. Tal modificación se podía haber hecho en la reciente Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social, que ha venido a revisar esta modalidad de jubilación, pero el legislador, más preocupado por prevenir el fraude que por crear criterios armonizadores, no ha considerado prioritaria la cuestión, remitiendo al futuro⁸⁰ y dejando el reconocimiento del derecho a la jubilación del EBDP como estaba, prácticamente inoperativa e inaplicable para los funcionarios. En suma, a falta, sobre todo, de una previsión específica en el régimen de seguridad social que reafirme su derecho a la jubilación parcial y, muy probablemente también, de alguna otra en su normativa profesional que permita la modificación de su dedicación en otra a tiempo parcial, los funcionarios del Régimen General seguirán sin poder acceder a la jubilación parcial, pese al reconocimiento del EBEP.

⁷⁹ STSJ de Cataluña, de 28 de junio de 2000, As. 30735; STSJ de Andalucía (Sevilla), de 8 de abril de 1999, As. 633. J. LÓPEZ GANDÍA: *La jubilación parcial de los funcionarios públicos*, Bomarzo, 2008, en prensa, p. 10.

⁸⁰ En su Disposición Adicional séptima se establece que: «En el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que abordará la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes.

En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior».

Comunicación a la Ponencia Temática I

**LA RELACIÓN LABORAL TEMPORAL
DEL EMPLEADO PÚBLICO**

M.^a CARMEN AGUILAR MARTÍN
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

1. LA REGULACIÓN APLICABLE AL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—2. LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL. 2.1. La situación actual de la contratación. 2.2. La duración del contrato de trabajo.—3. LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL IRREGULAR DEL EMPLEADO PÚBLICO. 3.1. La fijeza o no de la relación laboral en las Administraciones Públicas. Evolución jurisprudencial en materia de contratación irregular. 3.2. Breve reseña al régimen disciplinario del personal laboral no fijo.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. LA REGULACIÓN APLICABLE AL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El Estatuto Básico del Empleado Público regulado por la Ley 7/2007, de 12 de abril (BOE de 13 de abril) señala en su Exposición de Motivos que contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios públicos de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. Esta norma contempla conjuntamente el régimen legal de los funcionarios y del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, yendo con ello más allá del estricto mandato del artículo 103.3 de la Constitución que se refiere exclusivamente a los primeros en sus previsiones estatutarias, por lo que el legislador ha ampliado el ámbito subjetivo de la misma por encima de los límites funcionariales ¹.

La Constitución Española (en adelante, CE) determina que las Administraciones Públicas (en adelante, AAPP) deben servir con objetividad a los intereses generales y actuar conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. En lo que atañe a la función pública, por un lado, se establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, y por otro, se señala que la Ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Los títulos competenciales del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) son diferentes ². Mientras la regulación en el EBEP del régimen jurídico del personal laboral tiene su atribución com-

¹ DEL REY GUANTER, S.: «Prólogo», en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*; DEL REY GUANTER, S. (dir.), La Ley, Madrid, 2008, p. 43.

² Vid. Disposición Final Primera del EBEP.

petencial en el artículo 149.1.7.^a CE, que establece el monopolio normativo del Estado en materia laboral excluyendo cualquier intervención normativa de las Comunidades Autónomas, la regulación en el EBEP del régimen jurídico de los funcionarios parte del artículo 149.1.18.^a CE y por ello, tiene naturaleza de legislación básica, permitiendo su desarrollo por la legislación autonómica complementaria. Es por lo que el EBEP se configura como una norma básica que posteriormente debe ser desarrollada por otras, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias ³.

El carácter «integral» de la reforma realmente se adquirirá en el momento en el cual se hayan aprobado todas las Leyes de desarrollo, que conformarán así un complejo mosaico normativo que podremos denominar como el marco regulador del empleado público en las Administraciones Públicas españolas en el futuro ⁴. Tal y como se recoge en la propia Exposición de Motivos del EBEP, por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico habrá de aplicarse la legislación laboral común.

Esta situación de convivencia entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo no siempre ha sido «pacífica», sino que han surgido problemas y situaciones que los Tribunales han tendido que resolver, también con sus discrepancias de criterio. Estos problemas han sido básicamente jurídicos y de gestión del personal y el propio EBEP reconoce y regula. Cuestión distinta es que los afronte de una manera eficaz. En principio, el Estatuto debería ser la fuente legal primaria de regulación de la relación laboral del empleo público.

El mayor problema jurídico que suscita la relación laboral es la inseguridad jurídica sobre la norma realmente aplicable en cada caso, laboral común o administrativa ⁵. En ocasiones, esta norma se presenta como fuente primaria a la ley laboral común y a los convenios, en otras, como supletoria, a veces también remite a los convenios colectivos como fuente primaria o preferente, y otras veces remite directamente a la legislación laboral. Por ejemplo, en materia de promoción del personal

³ Vid. Resolución de 21 de junio de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE 23 de junio de 2007). En concreto en el apartado 5 se establecen las normas del EBEP aplicables al personal laboral.

⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*; DEL REY GUANTER, S. (dir.), La Ley, Madrid, 2008, p. 49.

⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 293-294, 2007, p. 115 y ss. El autor defiende que el EBEP regula caóticamente el «nuevo» régimen del personal laboral.

laboral, el EBEP remite a los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) o en los convenios colectivos.

Por tanto, el propio articulado del Estatuto es incierto en la determinación del régimen jurídico de aplicación a la relación laboral del empleo público. El artículo 7 del mismo se refiere a esta normativa, estableciendo que se regirá «además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». Pues bien, aunque el EBEP dedica este precepto a determinar con carácter general la «normativa aplicable al personal laboral», de él no pueden extraerse reglas claras al respecto, por cuanto asume un enfoque acumulativo, como si pudiera sumarse sin mayores problemas la vigencia de la «legislación laboral» y «normas convencionales» de aplicación general a las que remite, con la propia de los «preceptos» del EBEP que «dispongan» expresamente su aplicación a la relación laboral del empleo público⁶. Por parte de la legislación laboral, el precepto de referencia debe ser el artículo 3.1 ET donde se regulan las fuentes de la relación laboral, esto es, disposiciones legales y reglamentarias del Estado, convenios colectivos, contrato individual y usos y costumbres locales y profesionales.

2. LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL

2.1. La situación actual de la contratación

La Ley que regula el EBEP recoge los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad como principios rectores para el acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio, tanto para la selección del personal funcionario⁷ como para el laboral⁸. Sin embargo, mientras en el sector privado prima la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de la prohibición de cualquier forma de discriminación, en el sector público-administrativo es el principio de igualdad de trato y de oportunidades, a través de la acreditación del mérito mediante pruebas objetivas.

Así, los sistemas selectivos para los funcionarios de carrera serán oposición y concurso-oposición, sin embargo, para el personal laboral fijo serán oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de

⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: *Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos*, cit., p. 180.

⁷ Vid. artículo 61 del EBEP, sobre Sistemas Selectivos. Se establece que tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia.

⁸ Vid. artículo 55 del EBEP, sobre Principios Rectores.

méritos⁹. En este aspecto, la diferencia que establece el EBEP no es baladí, porque mientras para los funcionarios esta posibilidad tiene un carácter excepcional y exige una norma legal que lo establezca, para los laborales fijos parece contemplarse al mismo nivel que el resto. Además, las AAPP podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos. Sin olvidar que cuando el EBEP hace referencia a la consolidación del empleo tiene presente en todo momento como requisito, garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales¹⁰.

Un dato que ha venido a ser determinante en los últimos años, si no décadas, es la alta tasa de temporalidad que ofrece el empleo público, con especial incidencia en algunas AAPP¹¹. Se dan casos, efectivamente, de porcentajes de temporalidad que alcanzan el 30 por 100 del total de los empleados públicos e incluso superan esos porcentajes. El Consejo Económico y Social elaboró un Informe en 2004, al que procedió otro del Defensor del Pueblo, en el que se ponía claramente de manifiesto que el empleo público temporal (funcionarios interinos y contratados laborales temporales) empezaba a ser un lastre considerable para el correcto funcionamiento de las AAPP españolas.

Las causas de la temporalidad en el empleo del sector público son múltiples y de naturaleza diversa, económicas o financieras, organizativas, jurídicas, etc., y las mismas presentan distinta incidencia según los diferentes ámbitos de la Administración. Por ello, no cabe reducir o simplificar la explicación causal de una situación compleja que se ha venido alimentando a lo largo de muchos años en un contexto de cambios profundos y a veces acelerados de la Administración española y de los servicios públicos que presta¹². Tanto es así que la propia Exposición de Motivos del EBEP reconoce esta situación, y la justifica en parte, por la

⁹ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 143. A los sistemas de oposición, concurso-oposición y concurso, que son formalmente reconocidos, habría que añadir sus variedades falsificadas, pero legalmente admitidas, como de nuevo hace el Estatuto de forma vergonzante en las Disposiciones Adicionales 2.^a y 4.^a, y que son las oposiciones restringidas, las oposiciones con mochila y la funcionarización. Estas fórmulas consisten en la conversión, a través de unas oposiciones simuladas o, si se prefiere, «abaratadas», en la exigencia de conocimientos y rigores de pruebas, de empleados públicos interinos o de laborales en funcionarios de carrera.

¹⁰ Vid. artículo 55 EBEP sobre Principios rectores dentro del Capítulo I del Título IV sobre Adquisición y pérdida de la relación de servicio. Véase también la Disposición Transitoria 4.^a EBEP.

¹¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 54.

¹² Informe 3/2004 del Consejo Económico y Social sobre la temporalidad en el empleo en el sector público, del Consejo Económico y Social. <http://www.ces.es/informes.jsp>

flexibilidad que el régimen laboral introduce en el empleo público y por su mayor proximidad a los criterios de gestión de empresa privada.

En materia de contratación temporal del personal por las AAPP, como ya se ha mencionado antes, concurren normas de distintos ordenamientos, el laboral y el administrativo que han de ser objeto de una interpretación integradora y en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios. La normativa laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo, frente a las actuaciones que prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada, mientras que la administrativa consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público, y que al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. En el primer caso, en la normativa laboral, se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social en el ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, y en el segundo caso, la administrativa, se trata de un interés público de indudable relevancia constitucional. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial, en atención a la propia especialidad de la contratación de las AAPP y a los intereses que con aquélla se tutelan ¹³.

Para después centrarnos en el personal laboral, partimos de la clasificación que ofrece el Estatuto de empleados públicos, así distingue entre: Funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, «ya sea fijo ¹⁴, por tiempo indefinido ¹⁵ o temporal ¹⁶» y personal eventual.

El concepto de personal laboral se encuentra regulado dentro del propio EBEP como el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de perso-

¹³ Vid. STSS de 27 de marzo de 1998 y de 29 de mayo de 2001.

¹⁴ Tendrá este carácter el empleado que se vincule mediante un contrato de trabajo indefinido, en los términos previstos por la legislación laboral, formalizado por escrito y que haya accedido a ese puesto de trabajo conforme a los procedimientos legalmente establecidos para ello, en las condiciones fijadas por la legislación administrativa.

¹⁵ Son aquellos empleados que mantienen una relación laboral indefinida pero están pendientes de cobertura conforme a los procedimientos reglamentarios, lo que usualmente acaece por aplicación de las reglas laborales que «sancionan» con la indefinición de un contrato concluido como temporal en fraude de ley.

¹⁶ Quienes se vinculan a la Administración Pública por cualquier modalidad de contrato de trabajo prevista en las leyes laborales con duración determinada.

nal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las AAPP¹⁷. De este concepto podemos extraer, al menos, dos requisitos: en primer lugar, la exigencia de forma escrita cualquiera que sea la modalidad del contrato de trabajo, y en segundo lugar, es necesario que se trate de un modelo de contrato recogido en el ordenamiento laboral, ya sea indefinido o temporal, en sus diferentes modalidades. Por ejemplo, para el contrato indefinido, éste podrá ser (ordinario, para fomento del empleo o fijo discontinuo) y para los contratos temporales, a su vez éstos se clasifican en grupos de: contratos formativos (para la formación y en prácticas), estructurales (obra-servicio determinado, eventual e interino) y coyunturales (de relevo y para la sustitución de trabajadores de 64 años). A cualquiera de estos contratos le es de aplicación lo previsto en el artículo 14 ET sobre el periodo de prueba y, en su mayoría, pueden celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial.

En materia de encadenamiento de contratos temporales, el ET hace una puntualización en lo que respecta a las AAPP, estableciendo que lo dispuesto en el artículo 15.5 ET¹⁸ también surtirá allí sus efectos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales para el acceso al empleo, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate, a través de los procedimientos ordinarios¹⁹. A pesar de esta precisión hecha por el ET, el EBEP no aprovecha la oportunidad para limitar el uso abusivo de la contratación laboral temporal, a menudo para ocupar puestos de trabajo de carácter permanente, es decir, mantiene al personal temporal laboral sin fijar ninguna relación de preferencia por el empleo laboral de carácter fijo.

Este límite del artículo 15.5 ET ha sido tratado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en Sentencia de 7 de septiembre de 2006²⁰. El Tribunal llegó a la siguiente conclusión: que la ausencia de reparación económica al trabajador temporal de una Administración Pública que supera los límites nacionales, no cumple el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE y no se adecua a su contenido. Por lo que no sería descartable que en un futuro, los Tribunales tuviesen en cuenta

¹⁷ *Vid.* artículo 11 EBEP.

¹⁸ Artículo 15.5 ET «(...) Los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o mas contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por ETT, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos (...)».

¹⁹ *Vid.* Disposición Adicional 15.^a ET, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2006, primero, y después reiterada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo.

²⁰ *Vid.* SSTJCE de 7 de septiembre de 2006, en asunto C-53/04 y en asunto C-180/04.

esta Sentencia a la hora de determinar si procede o no una compensación económica al trabajador que ve extinguido su contrato.

Para concluir, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo hasta el momento es, que la Administración Pública está sometida a las normas reguladoras de la contratación temporal cuando actúa como empleadora de trabajadores que prestan sus servicios en régimen laboral, y que los incumplimientos de los requisitos que esta normativa impone para que las cláusulas de temporalidad sean válidas, acarrea para los órganos públicos, al igual que para los empresarios privados, la nulidad de tales estipulaciones, convirtiendo la relación temporal en indefinida²¹. Sin embargo, el contrato temporal ilegal en el sector público no conlleva ningún coste para las AAPP ni ninguna reparación económica para el trabajador²², ya que el contrato del indefinido no fija en el sector público puede ser extinguido por el cumplimiento de la condición resolutoria de la cobertura definitiva de la vacante de su puesto de trabajo, sin ninguna indemnización para el trabajador.

2.2. La duración del contrato de trabajo

El artículo 11 EBEP ordena al personal laboral conforme al criterio de la duración del contrato laboral en una clasificación tripartita, admitiendo que éste podrá ser: fijo, por tiempo indefinido o temporal. Por primera vez, por norma de rango legal se contempla esa triple clasificación, una vez que la jurisprudencia social diferenció el contrato de trabajo indefinido con fijeza y el contrato de trabajo indefinido sin ella, por inobservancia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

La contratación temporal requiere inexcusablemente la concurrencia de una causa objetiva que justifique la temporalidad de la relación laboral. Esto es, sólo procede en los concretos casos legalmente establecidos, sin que las partes puedan por su voluntad configurar como tem-

²¹ Vid. STS de 18 de marzo de 1991 y véase también Dictamen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 22 de junio de 2000, sobre la procedencia o no de que una sociedad estatal reconozca como contratos de trabajo por tiempo indefinido ciertos contratos celebrados por aquella con sus empleados y calificados de duración determinada. Requisitos de los contratos por obra o servicio determinados conforme a la legislación vigente y jurisprudencia. Nulidad de la cláusula de duración determinada incluida en los contratos con fraude de ley y conversión de los mismos en contratos por tiempo indefinido. Este mismo criterio de conversión del contrato de trabajo en indefinido por nulidad de la cláusula de temporalidad al no cumplirse los requisitos legalmente exigidos para la contratación temporal, mantiene la STS de 3 de noviembre de 1993, entre otras.

²² LAHERA FORTEZA, J.: «Comentario de Jurisprudencia. SSTJCE de 7 de septiembre de 2006», en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2007, p. 39.

poral una relación laboral en aquellos casos que no corresponda según lo dispuesto en la legislación laboral. En otro caso, cuando no exista causa de temporalidad o cuando las necesidades de la empresa sean permanentes, lo que procede es un contrato indefinido.

Por otro lado, conviene recordar que la celebración de un contrato de trabajo laboral temporal cualquiera que sea su modalidad, cuando no concurren los requisitos definidores del mismo, puede ser calificado como acto en fraude de ley. Así pues, con la sanción del fraude de ley no se persigue reprimir la mala fe, sino conseguir el cumplimiento de la Ley.

3. LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL IRREGULAR DEL EMPLEADO PÚBLICO

3.1. La fijeza o no de la relación laboral en las Administraciones Públicas. Evolución jurisprudencial en materia de contratación irregular

En lo que atañe al problema de la contratación laboral temporal de las AAPP, la Jurisprudencia ha ido corrigiendo sus interpretaciones y sin ánimo de ser exhaustiva, a continuación se señalan algunas de las actuaciones irregulares que han sido planteadas y resueltas por los tribunales. Así, en STS de 18 de marzo de 1991, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala declaró que las AAPP están plenamente sometidas a los límites que la legislación establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza. Esta doctrina se asentó y consolidó posteriormente²³.

Años más tarde, en Sentencia de 7 de octubre de 1996, se establece que la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido²⁴.

El alcance de esta doctrina se ha ido precisando. Así, la Sentencia de 20 de enero de 1998, a partir de la diferencia entre el reconocimiento de

²³ *Vid.* SSTs de 27 de enero, 6 y 18 de mayo 1992, de 22 de septiembre y 3 de noviembre 1993, de 8 de junio, 17 y 20 de julio 1995, y 26 de octubre, 30 de noviembre y 5 de diciembre 1996, entre otras.

²⁴ Es la primera vez que el Tribunal Supremo establece por Sentencia la diferencia entre personal fijo y contratado por tiempo indefinido.

carácter indefinido y la fijeza en la plantilla se señala que, el primero «implica desde una perspectiva temporal que el vínculo no está sometido, directa o indirectamente a un término», pero «esto no supone que el trabajador convalide una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas sobre selección de personal fijo en las AP». De esta forma, la Administración afectada no puede consolidar la fijeza en plantilla como una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y producida esta provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato²⁵. Esto es, el trabajador con contrato indefinido desplazado de su puesto de trabajo, puede ser despedido del mismo invocando la Administración como causa suficiente para ello la provisión regular de dicho puesto o plaza, lo que a la postre significa equiparar a los trabajadores con contrato indefinido a los trabajadores con contrato de interinidad, aunque sobre esta cuestión la propia Sala volverá años después²⁶.

A esta Sentencia de 20 de enero de 1998 se suceden otras²⁷, algunas de ellas decisivas, como la STS de 12 de marzo de 2002, sobre la diferencia entre el trabajador indefinido y el fijo o de plantilla a los casos de cesión ilegal de mano de obra, en supuestos en los que la cesionaria es la Administración Pública.

En mayo de 2002, la jurisprudencia²⁸ da un nuevo giro decidiendo que el cese de los trabajadores indefinidos no fijos, en el momento en que se cubre la vacante que ocupaban por el procedimiento reglamentario pertinente, no abre el derecho a indemnización alguna a su favor, puesto que la Administración Pública no necesitará seguir entonces el procedimiento de despido objetivo, en la medida en que la extinción se habrá producido por aplicación del artículo 49.1.b) ET, es decir, una causa válidamente consignada en el contrato y por tanto, sin derecho a percibir por la ruptura del vínculo contractual indemnización de ninguna naturaleza²⁹. Dos años más tarde, en junio de 2004, el mismo Tribunal Supremo³⁰ entiende que el cese de los trabajadores «indefini-

²⁵ Vid. STS de 21 de enero 1998. Véase también el voto particular que formula el Excmo. Señor don Luis Gil Suárez, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al que se adhieren otros Magistrados.

²⁶ DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», en *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 2007, p. 8.

²⁷ Vid. SSTs de 20 de abril de 1998, 3 de febrero de 1999, 17 de enero de 2000, entre otras.

²⁸ Vid. STS de 27 de mayo de 2002. Véase también el voto particular de cuatro Magistrados de la Sala.

²⁹ DE LA VILLA GIL, L. E.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, cit., p. 9.

³⁰ Vid. STS de 3 de junio de 2004.

dos temporales» es posible mediante cualquiera de las causas de extinción previstas en el artículo 49 ET. Una de dichas causas es el despido y cuando se produce habrá que entender aplicable el artículo 56.1 ET en todas sus consecuencias, salvo que se apreciara incompatibilidad con otras previsiones imperativas.

Posteriormente, en STS de 29 de noviembre de 2005 y de 3 de mayo de 2006, aunque con matices distintos entre ambas sentencias, la jurisprudencia da otro paso en aclarar las condiciones del indefinido no fijo y establece la naturaleza de este vínculo y su provisionalidad. Ambas, llegan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria especial que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984. En primer lugar, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad, y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente «un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría» y este derecho que puede otorgarse al trabajador, no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa. Por ello, sólo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras, e incluso para aquella tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 ET, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios, en orden a asegurar que la cobertura deba producirse respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida. El trabajador podrá optar a la plaza, pero sólo en los sistemas de provisión externos y en igualdad de condiciones con el resto de los participantes. La incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía. El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva ³¹.

A estas Sentencias continúan otras fundamentalmente con las mismas pretensiones, esto es, la calificación o no de la fijeza de la relación laboral, pero sin el mismo alcance que las anteriores. En el siguiente supuesto, el trabajador presta sus servicios para la Administración Pública en virtud de un contrato de trabajo de carácter temporal y poco tiempo después de su nombramiento como delegado sindical, ve extinguida su relación laboral por amortización del puesto de trabajo. El

³¹ *Vid.* STS de 3 de mayo de 2006.

demandante reclama a la Administración por despido con vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical. En este sentido el Tribunal Constitucional recuerda que la libertad sindical no confiere a los representantes sindicales un derecho de intangibilidad de su puesto de trabajo, de forma que no puede impedir a la Administración el adoptar aquellas medidas que, desde el aspecto organizativo de sus servicios, considere necesarias para el mejoramiento y mayor eficacia de éstos, corrigiendo sus deficiencias con la adscripción a los mismos de aquel personal que estime más capaz, sin que tal cambio constituya limitación alguna al libre ejercicio de sus funciones sindicales. Por ello, la legítima decisión administrativa de amortización del puesto de trabajo se encuentra también limitada por el respeto a los derechos fundamentales³².

Pocos meses después, en septiembre de 2007, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre la condición de fijo de un trabajador en este caso cesado por la cobertura reglamentaria de la vacante. La Sala IV reiterando doctrina sostiene la inaplicabilidad del plazo máximo previsto de duración del contrato de interinidad del artículo 4.2.b) del Real Decreto 2720/98. Declara el cese ajustado a derecho, razonando que es inaplicable el plazo de tres meses para los procesos de cobertura de las vacantes cubiertas en régimen de interinidad, al estar sometida a normas regladas mediante convocatoria pública de selección y promoción, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad y que normalmente, alcanza una duración superior a la máxima de tres meses establecida con carácter general para los empleadores privados.

Con el EBEP en vigor, se establece un régimen transitorio para el personal laboral fijo que antes del 13 de mayo de 2007 estuviera desempeñando funciones o puestos clasificados como propios del personal funcionario, ya que podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos o Escalas a los que figuren adscritos las funciones o puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición³³. La solución es aceptable. Pero evidencia la incoherencia ac-

³² Vid. STC Sala Primera. Sentencia 168/2006, de 5 de junio de 2006. Recurso de amparo 3458/2003.

³³ Vid. Disposición Transitoria Segunda. Ramón Parada es muy crítico con los procedimientos de selección restringidos o con los libres en los que se reconoce una «doble mochila», ya que no solamente se valora el tiempo de servicios prestados, sino también las pruebas selectivas superadas para acceder a la condición de empleado laboral.

tual, en la medida en que se confirma cómo un cierto número de puestos reservados legalmente para funcionarios son realmente ejercidos por laborales, siendo la solución la continuidad en tal situación y no necesariamente su «funcionarización»³⁴ como debería³⁵.

En definitiva, en aplicación del artículo 103.3 CE, la jurisdicción competente niega la condición de fijo de plantilla a quien no ha accedido a un puesto de empleo público superando las pruebas que acrediten que lo ha hecho con respeto a los principios constitucionales³⁶.

3.2. Breve reseña al Régimen Disciplinario del personal laboral no fijo

El Título VII del EBEP establece el régimen disciplinario de todos los empleados públicos, con algunas particularidades en lo que se refiere al personal laboral, ya que en lo no previsto en este título se regirá supletoriamente por la legislación laboral.

Como ya se ha mencionado antes, el EBEP recoge una triple clasificación del personal laboral dentro de los empleados públicos, así distingue entre: fijo, por tiempo indefinido y temporal. Sin embargo, sólo establece para el fijo la siguiente precisión dentro del artículo 96.2 «procederá en todo caso la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave».

La aplicación del artículo 96.2 del EBEP supone un desplazamiento de la legislación laboral, pues descarta la opción de la indemnización para los despidos improcedentes que, en cambio, sí tiene el empleador privado y también significa la nulidad sobrevenida de toda cláusula convencional que deje en manos del trabajador esa facultad de opción. En este punto, no sería extraño que en un futuro se interponga una cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, ya que no parece compatible la distinción efectuada por el artículo 96.2 con el diferente tipo de estabilidad en el empleo que él mismo introduce.

³⁴ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 146. La «funcionarización» es un procedimiento que consiste en convertir empleados públicos laborales en funcionarios de carrera.

³⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: *Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos*, cit., p. 189.

³⁶ Vid. STC Sala Primera. Sentencia 168/2006, de 5 de junio de 2006. Recurso de amparo 3458/2003.

Si de lo que se trata es de impedir que se pueda prescindir de manera injustificada y a cambio de indemnización del personal laboral dotado de estabilidad y con vocación de permanencia, asimilándolo en buena medida al personal funcionario, dicha justificación vale tanto para el personal fijo como para el temporalmente indefinido cuya relación jurídica materialmente suele prolongarse mucho en el tiempo, y además tiene *de facto* y a veces también *de iure* vocación de estabilidad, sobre todo por la expectativa de conversión en indefinido a través de algún proceso de consolidación de empleo público precario, que el propio EBEP en la Disposición Transitoria 4.^a viene a normalizar ³⁷.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La lectura de la Exposición de Motivos del EBEP parece transmitir un nuevo intento de acercamiento en la forma de gestión de la Administración a la empresa privada, buscando mayor eficacia, profesionalización, mejor ordenación de sus efectivos, modernización, etc. A pesar de ello, se queda bastante lejos de conseguirlo ya que existen importantes diferencias por muchos motivos, algunos puestos de relieve en los apartados anteriores como los principios rectores, los criterios de selección del personal, la forma de organizar al personal e incluso la extinción de la prestación de servicios. Es evidente que un trabajador contratado en una empresa privada, no trabaja en condiciones de igualdad respecto de otro contratado con el mismo tipo de contrato, en un puesto de trabajo similar, pero cuyo empresario es la Administración Pública. El primero queda sólo bajo la protección del ordenamiento laboral, mientras que el segundo está protegido por dos ordenamientos, el administrativo y el laboral, cuyos límites competenciales no están claros.

En este contexto, se pueden presentar al mismo tiempo situaciones similares con diferente régimen jurídico. Veamos algunas de ellas. En primer lugar, entre dos trabajadores con contrato laboral indefinido uno de ellos trabajando para una empresa privada y el otro para la Administración Pública, cuando la principal diferencia debería ser el empresario, en realidad existen muchas y de gran alcance, por ejemplo, los efectos indemnizatorios de su extinción. No podemos olvidar, que en la legislación laboral no existe diferencia entre el fijo y el indefinido, mientras que en el EBEP se tratan como dos empleados diferentes. En segundo lugar, también se pueden plantear importantes diferencias entre dos empleados públicos que prestan sus servicios dentro de la misma Admi-

³⁷ VIVERO SERRANO, J. B.: «El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2007, p. 63.

nistración Pública pero con diferente régimen, por ejemplo, uno personal laboral indefinido y el otro, personal laboral fijo. Y en tercer lugar, entre personal contratado en las mismas condiciones pero, por ejemplo, en diferente Comunidad Autónoma. Con el tiempo veremos si estas situaciones tienden a homogeneizarse o por el contrario mantienen sus diferencias, como es mi opinión.

Por otro lado, resaltar que el legislador no ha aprovechado la oportunidad de frenar la contratación laboral temporal en las AAPP y de poner fin a la inseguridad jurídica que ello supone. Si bien la Exposición de Motivos del EBEP parte «del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es funcional», lo cierto es que la contratación laboral está cada vez más presente en las AAPP, y muchas veces, como ya se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores, esta situación pasa a convertirse en irregular. Ni antes ni ahora, las normas han recogido soluciones a este problema planteado con frecuencia ante los Tribunales, y que han resuelto sentando jurisprudencia, no exenta de complicaciones y de discrepancias. Tal vez, si la extinción del indefinido no fijo supusiera para la Administración un coste a efectos indemnizatorios, probablemente se frenase este tipo de irregularidades en la contratación.

El carácter de mínimo de la regulación estatutaria, lógica respecto del personal funcional dado que el Estatuto ha de ser desarrollado por las Leyes de la Función Pública estatal y autonómicas, no lo es respecto de la «relación laboral especial» del personal laboral, que ya no va a tener ocasión de nuevas regulaciones legales (aunque siempre cabrá un desarrollo reglamentario por parte del Estado). Así, hay notables ausencias de regulación: contratación temporal irregular, procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos laborales, extinción contractual, etc.³⁸.

³⁸ SALA FRANCO, T.: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2007, p. 2419.

Comunicación a la Ponencia Temática I

UNA VÍA DE CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO: LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO
Profesora Ayudante Doctor
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. EL ACCESO A LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO: IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD Y PRUEBAS RESTRINGIDAS.—II. LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO POR LA VÍA DE LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN. a) Instrumentos normativos de incorporación de procesos de funcionarización en la Administración central, autonómica y local. b) Algunas precisiones sobre el personal funcionarizable.—III. REVISIÓN CRÍTICA: EXCEPCIONALIDAD INICIAL, PERMANENCIA DE LA MEDIDA Y NORMA BÁSICA (DT 2.^a EBEP).

I. EL ACCESO A LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO: IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD Y PRUEBAS RESTRINGIDAS

«*El régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional*», reza la Exposición de Motivos del EBEP ¹ reconociendo, a continuación, el papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas ². Previamente, la STC 99/1987, que revisó la constitucionalidad de la LMRFP ³, declararía que el sistema de función pública por el que opta el constituyente español de 1978 (art. 103.3 CE) es de derecho público, de carácter estatutario y no de régimen laboral. Aun cuando ha de admitirse esta preferencia constitucional por el régimen estatutario, no puede desconocerse que el TC flexibiliza aquella rigidez inicial en sentencias posteriores (STC 37/2002) y, además, no ha ofrecido criterios deducibles desde la CE para determinar con claridad qué puestos de trabajo en el sector público están reservados a funcionarios ⁴. Podríamos afirmar, por tanto, que la CE acepta y el EBEP mantiene, un modelo dual de función pública. A tal efecto es preciso reseñar aquí que EBEP, a diferencia de la LMRFP (art. 15.1.c)], elude la limitación legal del desempeño de funciones por personal laboral ⁵.

¹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

² «...La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración».

³ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, 5.ª edición, p. 48.

⁵ No obstante, este artículo 15.1.c) LMRFP no ha sido derogado por el EBEP y, además, las Instrucciones de 5-6-2007 para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (Resolución de 21-6-2007 de la Secretaría General para la Administración Pública) lo declaran expresamente en vigor.

Dejando sentado este modelo dual de empleo público del EBEP y la aparente neutralidad legal respecto a la opción funcionarios/laborales⁶, en todo caso, el acceso a la condición de funcionario habrá de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad⁷. Preceptos constitucionales clave en la materia serán el artículo 103.3, que establece que será la ley la que regule el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, y el artículo 23.2, que reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Este derecho a la igualdad puede verse limitado —o excluido— si se accede a la función pública por la vía de las pruebas restringidas. La limitada aceptación constitucional de estas pruebas exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: excepcionalidad, establecimiento en una ley de su carácter restringido, supuesto amparado constitucionalmente, empleo del sistema una sola vez, no selección *ad personam* y proceso selectivo en el que se cumplan los principios de mérito y capacidad (SSTC 27/1991, 151/1992, 302/1993, 60/1994, 16/1998, 12/1999, 38/2004 y 31/2006). La consideración de los servicios prestados no es contraria a estos principios (SSTC 67/1989, 185/1994, 93/1995 y 83/2000). Así, la STC 107/2003 indicaría que la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a la finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente se establece una desigualdad, ésta viene impuesta por un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública. Es razonable y proporcionado, por ejemplo, valorar aquellos méritos un 45 por 100 de la puntuación total de un concurso pero no tenerlos en cuenta en la puntuación de una oposición o fase de oposición en la que han de evaluarse solamente los conocimientos. Asimismo, también contraría la igualdad la mayor valoración de los servicios prestados en la Administración Pública convocante o la experiencia en el concreto puesto que se cubre y no en otros similares⁸.

⁶ El artículo 9.2 EBEP reserva a los funcionarios el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración se establezcan.

⁷ El EBEP fija como principios rectores de acceso al empleo público (no ya a la función pública) la igualdad, el mérito y la capacidad. En consecuencia, las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal, funcionario y laboral, mediante procedimientos en los que se garanticen estos principios constitucionales (art. 55.1 y 2 EBEP).

⁸ Pese a ello, el propio EBEP en su DT 4.^a al prever convocatorias de pruebas para consolidar el empleo temporal recoge la posible valoración, en la fase de concurso, del tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y « *la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria* », apartándose, así, de la jurisprudencia en la materia (SSTS de 23-12-1996 y 5-3-2002, entre otras). A los límites en la valoración como mérito de los servicios prestados se refiere, en general, el artículo 61.3 EBEP al indicar que

Las excepcionales pruebas restringidas de acceso a la función pública son aceptadas, por tanto, por el TC con las limitaciones expuestas y tienen tal carácter las pruebas previstas en la DT 15.^a 2 LMRFP⁹. Esta DT se incluye en la LMRFP por la Ley 23/1988, de 28 de julio, que dio una nueva redacción a algunos artículos de la LMRFP tras la citada STC 99/1987. Entre los artículos modificados se sitúa el artículo 15.1 cuyo apartado c) recoge que, con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración General del Estado, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social serán cubiertos por funcionarios, estableciendo, a continuación —y como excepción— determinadas funciones que *podrán ser desempeñadas por personal laboral*. Esta nueva redacción del precepto motivó la necesaria incorporación de la DT 15.^a LMRFP cuyo número 2 permitía, al personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 se encontrara ocupando puestos de funcionarios en aquellas Administraciones, la participación en pruebas selectivas de acceso a Cuerpos y Escalas a los que figuraran adscritos aquellos puestos. Las SSTs 20-6-1996 y 28-1-1997 y el ATC 177/1999 declararían la constitucionalidad de aquellas pruebas selectivas restringidas, pues una vez que se define qué puestos corresponden obligatoriamente a funcionarios y cuáles potestativamente a laborales, la adaptación de los *mal clasificados* justifica y ampara constitucionalmente el proceso de funcionarización¹⁰. Es esta vía de acceso a la función pública un proceso selectivo *ad hoc*, restringido al máximo (sólo está previsto para los miembros del colectivo funcionarizable, con exclusión de los demás ciudadanos)¹¹, al cual sólo puede acceder el trabajador afectado por ocupar un puesto readscrito a funcionarial¹². Estas pruebas restringidas pueden calificarse de *absolutas* pues existe una plaza o puesto por aspirante (coincidencia entre puesto afectado, empleado que lo ocupa y proceso convocante) frente a las *relativas* en las que hay más aspirantes que plazas¹³.

en los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrá otorgarse a dicha valoración una puntuación proporcionada, que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.

⁹ SSTs 20-3-2002, 5-4 y 14-5-2001 y SSAN 12 y 13-7-2001.

¹⁰ BOLTAINA BOSCH, X.: «Los procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. Su encaje en el marco constitucional español», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 38, 2004, p. 60.

¹¹ ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, J. M.: «La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 2000, p. 365.

¹² BOLTAINA BOSCH, X.: «La funcionarización del personal laboral de las Administraciones Públicas. Consecuencias sobre el nuevo vínculo jurídico: ¿*untertium genus* transitorio funcionarial?», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 168, 2005, p. 310.

¹³ BOLTAINA BOSCH, X.: *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas españolas. Régimen jurídico del proceso selectivo restringido*, Ed Cedecs, Barcelona, 2005, p. 138.

Fue, por tanto, la ley estatal la que al incorporar aquellas pruebas restringidas incluyó una excepción al artículo 19.1 LMRFP (pruebas libres de acceso a la función pública). Otra excepción es la recogida en la DT 6.^a 4 del mismo cuerpo legal, que permite a los Consejos de Gobierno de las CC.AA. convocar —satisfaciendo determinados requisitos— pruebas específicas de acceso para los contratados administrativos hasta determinada fecha (14-3-1984). En sentencias 151/1992 y 302/1993, el TC recordaría que, como regla general, las Administraciones Públicas Autonómicas no pueden recurrir a turnos restringidos, siendo la propia ley la que fija las bases y determina algunas excepciones a esta regla general. Así, la posible competencia autonómica para convocar pruebas de carácter restringido queda limitada por dos requisitos: uno personal (las pruebas se dirigen a los contratados administrativos) y otro temporal (los contratados han de serlo en virtud de convocatorias públicas anteriores al 15 de marzo de 1984). Fuera de estos supuestos será inconstitucional la previsión autonómica de pruebas restringidas como volverá a declarar el TC en las sentencias 38/2004 y 31/2006 que analizan, específicamente, la constitucionalidad de procesos de funcionarización previstos en leyes autonómicas (concretamente, de Asturias y del País Vasco¹⁴). Declara el TC en aquellas sentencias que no existe una norma básica estatal que permita a las CC.AA. legislar en el sentido que lo hace el Estado en la DT 15.^a LMRFP. Las CC.AA. carecen de competencia para establecer unilateralmente un sistema de acceso a la función pública distinto del previsto en el artículo 19.1 LMRFP. Este precepto prohíbe los turnos restringidos y, por tanto, las previsiones legales autonómicas que los incorporen serán inconstitucionales. Así, las CC.AA. no ostentan competencia alguna para regular la funcionarización del personal laboral de forma restringida y sólo podrían prever procesos de funcionarización si una norma de carácter básico estableciera una excepción al artículo 19 LMRFP que es norma básica (art. 1.3 LMRFP) ¹⁵.

¹⁴ En la STC 38/2004 se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra al artículo único de la Ley de Asturias 4/1996, de 13 de diciembre, que reformó la DA 8.^a de la Ley de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública del Principado y, por su parte, la STC 31/2006 versa sobre la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley del País Vasco 16/1997, de 7 de noviembre, que modificó la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca. En ambas sentencias declara el TC la inconstitucionalidad de las pruebas de acceso a la función pública que no son libres o abiertas por vulnerar la norma básica estatal (art. 19.1 LMRFP). En el caso de Asturias la ley autonómica instauraba una vía restringida de acceso consistente en la realización de cursos y en el supuesto de la ley vasca las pruebas de acceso a la función pública docente (profesores de *ikastolas*) no eran libres o abiertas ni requerían titulación.

¹⁵ Lógicamente siempre quedaría abierta la posibilidad de que el personal laboral se presentara en condiciones de igualdad a pruebas selectivas de plazas funcionariales.

II. LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO POR LA VÍA DE LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN

Cuando abordamos el análisis de los procesos de funcionarización discutimos sobre el modelo de empleo público, el acceso a la función pública, los derechos adquiridos y la técnica normativa ¹⁶. Centramos ahora las reflexiones en la técnica normativa empleada para abrir esta vía de acceso a la función pública que es la funcionarización, dejando fuera de este análisis el tema de los derechos adquiridos que desbordaría la necesaria limitación de un trabajo de este tipo.

a) Instrumentos normativos de incorporación de procesos de funcionarización en la Administración central, autonómica y local

Es evidente que los procesos de funcionarización han de contar con la cobertura legal necesaria sin perjuicio de posteriores desarrollos normativos de base heterónoma (leyes, reglamentos [decretos, órdenes...]) o autónoma (convenios colectivos, Pactos y Acuerdos) ¹⁷. Partiendo de ello, analizamos brevemente cuáles han sido los instrumentos normativos de incorporación de procesos de funcionarización en la Administración central, autonómica y local ¹⁸.

A nivel estatal, la posibilidad de poner en marcha procesos de funcionarización estaba, como vimos expresamente prevista en la DT 15.^a 2 LMRFP. Esta disposición fue completada por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1989, 1990 y 1991 ¹⁹ y por el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de marzo de 1991 ²⁰, que establecería que aquellos procesos se realizarían a través de un turno específico denominado «*Plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas*». Pese a que la DT 15.^a pretendía dar salida a una situación

¹⁶ SÁINZ MORENO, F.: Prólogo al libro de Xavier Boltaina Bosch, «La funcionarización del personal laboral...», *op. cit.*, p. 22.

¹⁷ A veces (y, con bastante frecuencia) el esquema es el inverso, se plasma en Ley lo previamente negociado sobre los extremos de la funcionarización.

¹⁸ Estos procesos de funcionarización también se han puesto en marcha en otras administraciones (v.gr., universidades [vid.: BOLTAINA BOSCH, X.: «La funcionarización del personal laboral...», *op. cit.*, pp. 79-82]).

¹⁹ Ley 37/1988, de 28 de diciembre (art. 39), Ley 4/1990, de 29 de junio (art. 33) y Ley 31/1990, de 27 de diciembre (arts. 32 y 37).

²⁰ La Orden de 23-3-1991 fue declarada legal por la referida STS 20-6-1996 al considerar que era un acto administrativo cuya eficacia se agotaba con la finalización de los procesos de funcionarización. La Orden que recogía el Acuerdo fijaba instrucciones dirigidas a los órganos de la Administración que habrían de convocar las correspondientes pruebas selectivas para asegurar la necesaria coordinación de criterios.

excepcional, la realidad ha demostrado que los procesos de funcionarización continúan y junto a la previsiones sobre el particular de normas legales y reglamentarias se localizan productos de negociación colectiva que contemplan aquella particular vía de acceso a la función pública. A título de ejemplo, el Acuerdo Administración-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la Administración Pública para el periodo 1995-1997 dedica su capítulo XXIV a la funcionarización, asumiendo el compromiso —incumplido— de concluir el proceso antes de finalizar 1997 y el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004 establece que cuando exista personal declarado indefinido no fijo por sentencia²¹, que estuviera desempeñando funciones equivalentes a las de Cuerpos y Escalas de personal funcionario, su puesto se transformará en funcional.

A nivel autonómico habría que plantearse si pueden convocar las CC.AA. estas pruebas restringidas específicas de acceso a la función pública, posibilidad claramente excluida tras las referidas SSTC 38/2004 y 31/2006. Con anterioridad a estos pronunciamientos del TC, se defendió la aplicación de la DT 15.^a 2 LMRFP a la Administración autonómica por considerar a aquel precepto norma básica —excepción de otra norma básica que es el art. 19.1 LMRFP²²— y algunos autores mantendrían, por su parte, que la aplicación de esta Disposición a la Administración estatal no prejuzgaba que no pudiera ser aplicada (aplicación supletoria —art. 1.5 LMRFP—)²³ en otros ámbitos territoriales y/o funcionales²⁴. Procesos de funcionarización se han puesto en marcha en todas las CC.AA. al amparo de Leyes autonómicas de Función Pública, de sus reformas o de instrumentos legales diversos (v. gr., Leyes autonómicas de Presupuestos) sin perjuicio del desarrollo reglamentario posterior del proceso. Puede afirmarse que lo que pretendió ser la solución legal (DT 15.^a LMRFP) de un problema puntual en la Administración estatal ha sido el inidoneo asidero legal de las CC.AA. (y de otras Administraciones) para abrir procesos de funcionarización desde 1988 hasta la actualidad. En algunas ocasiones aquella inadecuación entre el vínculo jurídico del empleado público y la naturaleza del puesto que ocupaba se dio tras la modificación de la Ley Autonómica de Función Pública con pos-

²¹ Dictada a partir de 7-10-1996 cuya relación laboral con la Administración fuera anterior al 2-12-1998.

²² En este sentido, Dictamen del Consejo de Estado 30-6-1994.

²³ Establece este precepto que la LMRFP tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación.

²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.: «La funcionarización del personal al servicio de las Administraciones Públicas: La constitucionalidad de la medida y la limitación de sujetos», en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Tomo I. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. MTAS, Madrid, 2001, p. 797. En la jurisprudencia STS 28-11-1992, SSTSJ Andalucía 17-5 y 28-11-1999.

terioridad a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, lo que ha llevado a autores como BOLTAINA BOSCH a considerar que la función pública autonómica necesitaba, de igual manera, la corrección que motivó, en el ámbito estatal, la introducción de la DT 15.^a ²⁵. Algunas de estas normas autonómicas recogen vías bastante expeditivas para acceder a la función pública, como son aquellas que prevén la simple realización de cursos formativos (Valencia, Asturias) ²⁶ o la (*escandalosa*) integración o adscripción directa tras una manifestación de voluntad escrita (Navarra) ²⁷.

Antes de la entrada en vigor de la DT 2.^a EBEP y tras los últimos pronunciamientos del TC, queda claro que no podían preverse procesos de funcionarización en las Leyes de Función Pública Autonómica por varias razones: a) La posibilidad prevista en la DT 15.^a tiene una doble limitación en su ámbito de aplicación. A nivel funcional, circunscribe sus efectos a la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos y a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y, a nivel temporal, la funcionarización allí prevista alcanza al personal laboral fijo que ostentara tal condición el 30 de julio de 1988 ²⁸. b) Cuando la Ley estatal ha querido dar entrada a las CC.AA. para regular turnos restringidos, así lo ha hecho (DT 6.^a 4 LMRFP), y c) El artículo 19.1 LMRFP tiene carácter básico (sistemas de concurso, concurso-oposición y oposición abiertos para garantizar el respeto a la igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública) y la DT 15.^a LMRFP, que prevé pruebas restringidas es una excepción a aquél. Sólo una ley estatal podrá incorporar aquellas excepciones (SSTC 38/2004 y 31/2006) y, por ello, las CC.AA. no podían abrir nuevos procesos de funcionarización en sus Leyes de Función Pública, pues la referida

²⁵ Por tanto sería lícita, en su opinión, la previsión autonómica de pruebas de funcionarización siempre que (aplicando la doctrina del TC sobre pruebas restringidas), se recogieran en norma con rango de ley, se tratara de una situación excepcional y se tutelaran valores reconocidos constitucionalmente (generalidad de puestos de trabajo en la Administración pública cubiertos por funcionarios) (BOLTAINA BOSCH, X.: «La funcionarización del personal laboral...», *op. cit.*, p. 73).

²⁶ Ley 1/1996, de 26 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Adaptación del Régimen Jurídico del personal de ésta a la naturaleza de los puestos que ocupa, y Ley 4/1996, de 13 de diciembre (declarada inconstitucional por la STC 38/2004), de reforma de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública del Principado.

²⁷ *Vid., in extenso*, BOLTAINA BOSCH, X.: «Los procesos de funcionarización del personal laboral...», *op. cit.*

²⁸ Fecha de entrada en vigor de la Ley 23/1988, de 28 de julio. Las STSJ del País Vasco de 30-10-2000, STSJ de Andalucía, de 24-5-1999 y SSTSJ de Madrid, de 17-12 y 19-12-2002 se pronunciaron sobre el límite temporal máximo del 30-7-1988, lógica limitación atendiendo a la naturaleza del precepto legal que prevé la funcionarización (DT). En contra, el referido Dictamen del Consejo de Estado de 30-6-1994 tras mantener el carácter básico de la DT 15.^a LMRFP, acepta que la normativa autonómica fije otros límites temporales: fecha de entrada en vigor de nuevas Leyes de Función Pública o modificación de las anteriores, en las que se reserven determinados puestos a funcionarios.

DT 15.^a es excepcional y pretendía resolver una cuestión puntual²⁹ (nueva adscripción de puestos a personal funcionario como consecuencia de la reforma del art. 15 LMRFP tras la STC 99/1987).

En relación a la posibilidad de abrir procesos de funcionarización por los entes locales, es preciso partir de una premisa inicial relativa a la carencia de potestad legislativa de aquéllos y a la necesidad de que las Leyes de Función Pública local sean aprobadas por el Estado o por las CC.AA. Recuerda en este sentido la STC 1/2003, que el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva para el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, mientras que a las CC.AA. les corresponde la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de acuerdo con aquella legislación básica en relación con el estatuto de la Función Pública autonómica y local. En base a ello, habría que plantearse si algún precepto legal estatal habilita a la Administración local para abrir procesos de funcionarización ya que las posibles previsiones autonómicas quedan descartadas por las explicaciones precedentes. La respuesta es negativa pues la DT 15.^a LMRFP no es de aplicación a las entidades locales, aun cuando algún autor haya defendido su aplicación supletoria y la posible previsión de procesos de funcionarización en Planes de Empleo (medida de racionalización de recursos humanos prevista en el art. 18 LMRFP)³⁰.

Tras lo expuesto, podemos afirmar que no cabían procesos de funcionarización abiertos por leyes no estatales. La entrada en vigor del EBEP cambia tal situación y ahora sí podrán ponerse en marcha, conforme a la legalidad, nuevos procesos de funcionarización en las Administraciones Públicas (estatales, autonómicas y locales) dado que, a pesar de la similitud entre la DT 15.^a 2 LMRFP y la DT 2.^a, párrafo 2.º EBEP, la nueva norma —que es básica— elimina cualquier referencia que limite su ámbito objetivo aplicación (Administraciones Públicas implicadas), pero fija una limitación temporal (fecha de entrada en vigor) que, no obstante, y como expondremos a continuación, ha de ser interpretada de forma flexible³¹.

²⁹ En línea similar, mantenía ENDEMAÑO ARÓSTEGUI la inviabilidad jurídica de que las CC.AA. incorporaran pruebas restringidas («La funcionarización del personal laboral...», *op. cit.*, p. 379).

³⁰ ROSADO ARROYAL, J. A.: «¿Funcionarios y laborales o empleados públicos? Posible alternativa al doble régimen: la funcionarización», en *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 17, 2003, p. 2913. En esta línea también, STSJ de Andalucía, de 2-7-1998. En contra, PÉREZ LUQUE, A.: *La laboralización y funcionarización en la Administración Pública Local*, Ed. CEMCI, 1999, pp. 100-103.

³¹ Establece la DT 2.^a, párrafo 2.º EBEP, que el personal laboral fijo podrá participar en procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe,

b) Algunas precisiones sobre el personal funcionarizable

Conforme a la DT 15.^a será personal funcionarizable el personal laboral fijo que el 30 de julio de 1988 esté prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios. Es común la referencia a este personal con exclusión, por tanto, del personal indefinido pero no fijo y del personal temporal. Como se conoce, la figura del indefinido no fijo es de creación jurisprudencial y se distingue netamente del trabajador indefinido fijo de la Administración. En esta línea, afirma la STS 17-1-2000³² que la condición de trabajador fijo en las Administraciones Públicas se adquiere únicamente mediante la acreditación de mérito y capacidad en el correspondiente concurso público exigido por la normativa específica de dichas Administraciones, mientras que la calificación de una relación de trabajo como indefinida, con lo que ello comporta a los efectos del régimen jurídico de su duración y de su extinción, depende exclusivamente de lo establecido con carácter general en el ET y sus disposiciones complementarias. Aquel contrato indefinido no fijo trae su causa de un contrato temporal ilícito que se prolonga en el sector público hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente³³.

En algún supuesto, las normas autonómicas excluyen a trabajadores fijos discontinuos y a tiempo parcial³⁴ del colectivo funcionarizable, opción refrendada por los tribunales que no vulnera el principio de igualdad³⁵.

III. REVISIÓN CRÍTICA: EXCEPCIONALIDAD INICIAL, PERMANENCIA DE LA MEDIDA Y NORMA BÁSICA (DT 2.^a EBEP)

Como indicábamos anteriormente, la excepcional DT 15.^a LMRFP presentaba importantes limitaciones funcionales, personales y tempora-

siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose, a estos efectos, como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.

Por su parte, el párrafo 1.º establece una garantía de estabilidad en el empleo pues, con independencia de la posible funcionarización del párrafo 2.º, el personal laboral fijo que a la entrada en vigor del Estatuto estuviera desempeñando funciones de personal funcionario, o pasase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrá seguir desempeñándolas.

³² *Vid.*, además, SSTs de 7-10-10 y 30-12-1996, 20-1-1998, y MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido», en *RL*, núm. 1, 2004, pp. 157-176.

³³ SSTs de 21-1, 20 y 28-4-1998, 26-1-1999 y 29-11-2000. *Vid.*, además, SSTs de 27-5-2002 y 3-6-2004.

³⁴ Decreto Foral de Navarra 387/1993, de 27 de diciembre.

³⁵ SSTSJ de Navarra 5 y 20-12-1995 y 17-1 y 29-1-1996.

les y era específica para resolver una cuestión concreta (inadecuación vínculo jurídico/puesto ocupado) en una Administración determinada. Ni el artículo 15 LMRFP ni la DT 15.^a tienen, decíamos, carácter básico, sin embargo, las Administraciones autonómicas han utilizado este *asidero legal* para prever procesos de funcionarización en sus Leyes de Función Pública. La aplicación supletoria de la Transitoria 15.^a se ha alegado en ocasiones y no deja de sorprender, pues aquella pretendía dar salida o solventar una situación muy concreta. Prácticamente en todas las Administraciones (estatal, autonómica, local, universidades) se ha sentido la *necesidad de funcionarizar* ante la contratación de laborales para desarrollar funciones u ocupar puestos de funcionarios, las modificaciones en las Leyes Autonómicas de Función Pública o los cambios en las RPTs respecto a la distribución de funciones entre personal funcionario y laboral y se han abierto procesos de funcionarización manifiestamente ilegales. Ello ha supuesto dar carta de naturaleza a las *excepcionales* pruebas restringidas de acceso a la función pública que son vías de ingreso en la misma por *la puerta de atrás* (de *donación de empleo público*, hablan algunos autores ³⁶). Recientemente, como exponíamos, en SSTC 38/2004 y 31/2006 se declara expresamente la inconstitucionalidad de procesos de funcionarización previstos en leyes autonómicas (concretamente, de Asturias y del País Vasco). Las CC.AA. sólo podrían prever procesos de funcionarización si una norma de carácter básico estableciera una excepción al artículo 19.1 LMRFP, que es norma básica. Tal carácter básico tenía el Anteproyecto de Ley de Estatuto Básico de Función Pública de 1999 ³⁷, cuya DT 1.^a establecía que los puestos de personal laboral a los que correspondía el ejercicio de funciones que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 9.2 y 11.e) de ese texto, debieran ser realizadas por funcionarios, se mantendrían con carácter de a extinguir en tanto no quedaran vacantes o se funcionarizaran los titulares de los mismos procurando que no existieran ambas clases de personal realizando las mismas funciones. Este malogrado texto normativo abría un nuevo proceso de funcionarización ³⁸ y dado su carácter básico hubiera supuesto un respaldo normativo legal para los procesos autonómicos de conversión de personal laboral fijo en funcionario. Es reseñable que en esta DT no se incorporaban limitaciones funcionales (Administraciones Públicas implicadas) ni temporales (personal laboral fijo a la fecha de entrada en vigor de la norma).

Éste era el estado de la cuestión con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP. Ahora, esta norma básica respalda legalmente la

³⁶ PÉREZ LUQUE, A.: «La laboralización y funcionarización...», *op. cit.*, p. 101.

³⁷ BOCG núm. 177-1. 5 de julio de 1999.

³⁸ En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El personal laboral de la Administración en el anteproyecto de Estatuto de Función Pública», en *Tso*, núm. 104-105, 1999, p. 12.

puesta en marcha o apertura de nuevos procesos de funcionarización no recogiendo la ley, sin embargo, las pretensiones de algunos Grupos Parlamentarios que pretendía incluir mayor detalle (y seguridad jurídica, añadimos nosotros) en la previsión legal de aquéllos³⁹. La DT 2.^a, párrafo 2 EBEP prevé, como ya hiciera —y hace— la DT 15.^a 2 LMRFP y sin mencionarlos expresamente, los turnos o pruebas restringidas de funcionarización. Entre ambas normas transitorias existen importantes diferencias y algunas similitudes que señalamos a continuación:

— En cuanto a las diferencias hemos de comenzar afirmando que la DT 2.^a, párrafo 2.º EBEP, prevé un supuesto de *promoción cruzada*⁴⁰, que es una modalidad de promoción interna que ya recogía el artículo 22.3 LMRFP⁴¹. Así, la funcionarización como simple vía de

³⁹ Las enmiendas se centraron en las siguientes cuestiones: a) previsión de plazo para poner en marcha procesos de funcionarización (máximo cinco años —Enmiendas núm. 60 del Grupo Parlamentario Mixto, y núm. 226 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds—). b) Rúbrica de la DT 2.^a (*Permanencia en el puesto de trabajo del personal laboral que desempeñe funciones correspondientes a funcionarios y culminación de los procedimientos de funcionarización* —Enmienda núm. 256 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria-Nueva Canarias—). c) Referencia a la competencia autonómica para regular, mediante Ley, el proceso restringido de integración en la condición de funcionario de carrera (*las CC.AA. podrán regular, mediante Ley, el referido proceso para su función pública autonómica y, si correspondiese, para las Corporaciones Locales y el personal de Administración y Servicios de las Universidades Públicas de su ámbito territorial. La normativa que al respecto se dicte por parte de las CC.AA. podrá adecuar el proceso de funcionarización a las particularidades de su función pública, respetando siempre los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que se determinen* —Enmienda núm. 328 del Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana—. En sentido similar, reconociendo la competencia de CC.AA. y entes locales de convocar turnos restringidos cuando así lo prevean las normas de Función pública, Enmienda núm. 497 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió).

⁴⁰ En esta materia indicaría el Informe de la Comisión de Expertos que la promoción interna debería ofrecer oportunidades semejantes, dentro del mismo nivel de cualificación y especialización, a funcionarios públicos y empleados públicos con contrato laboral, destacando la posibilidad de promoción desde la condición de empleado laboral a cuerpos, escalas y grupos de funcionarios, con los requisitos y mediante las pruebas correspondientes (*Informe de la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. INAP, Madrid, 2005, p. 111).

⁴¹ Este número 3 del artículo 22 LMRFP, que se incorporaría a la norma por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre —completada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre— establece que a propuesta del Ministerio de las Administraciones Públicas, el Gobierno podrá determinar los Cuerpos o Escalas de funcionarios a los que podrá acceder el personal laboral de los grupos y categorías profesionales equivalentes al grado de titulación correspondiente al Cuerpo o Escala al que se pretende acceder, siempre que: a) desempeñen funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico; b) se deriven ventajas para la gestión de los servicios; c) se encuentren en posesión de la titulación requerida; d) hayan prestado servicios efectivos durante al menos dos años como personal laboral fijo en categorías del grupo profesional a que pertenezcan o en categorías de otro grupo profesional para cuyo acceso se exija el mismo nivel de

adaptación del régimen jurídico del empleado público al puesto de funcionario que ocupa (DT 15.^a 2 LMRFP) se completa en la DT 2.^a, párrafo 2.º EBEP con un ascenso o promoción profesional. Esta nueva regla desvirtúa la razón de ser de la funcionarización, que es la adaptación del vínculo jurídico al puesto de trabajo y dificultará, en la práctica, aquellos procesos. Como ya ha avanzado BOLTAINA BOSCH ello puede conducir a que se articulen como *cosméticas promociones internas horizontales* (arts. 16.3 y 18 EBEP) ⁴² lo que en realidad son meras adaptaciones de régimen jurídico. Aquella promoción interna supondría, en tal caso, un aparente acceso a otros cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional ⁴³. De cualquier forma, esta promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 18.1 EBEP) ⁴⁴ y especifica la DT 2.^a, párrafo 2.º EBEP, que el tipo de prueba selectiva es el concurso-oposición, frente al silencio de la DT 15.^a 2 LMRFP sobre el tipo de prueba de acceso.

La DT 2.^a EBEP indica, además, que aquellas pruebas podrán convocarse conjunta o separadamente con procesos selectivos de libre concurrencia y elude (es norma básica), a diferencia de la DT 15.^a LMRFP, cualquier referencia a las Administraciones implicadas. Otra omisión del EBEP es la relativa a los trabajadores con contrato suspendido y reserva de puesto de trabajo ⁴⁵, olvido legal que entiendo habrá de ser subsanado con la debida inclusión de aquéllos en el ámbito personal de aplicación de los procesos de funcionarización.

— En relación a las similitudes hay que señalar la común referencia al personal laboral fijo a la entrada en vigor de la norma (excluyendo,

titulación, y e) superen las correspondientes pruebas. La nueva DA 25.^a LMRFP (incorporada por esa misma Ley 53/2002) articula ya un proceso de este tipo (personal laboral del Grupo E que accede, con carácter funcionarial, al Grupo D).

⁴² El artículo 16 EBEP distingue entre promoción interna vertical (ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo o grupo de clasificación profesional a otro inmediatamente superior) y promoción interna horizontal (acceso a cuerpos o escalas del mismo grupo profesional).

⁴³ BOLTAINA BOSCH, X.: «Clases de personal», en AA.VV. (dir.: Salvador DEL REY GUANTER): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 212.

⁴⁴ Además deberán respetarse los principios recogidos en el artículo 55.2 EBEP: publicidad, transparencia, imparcialidad, profesionalidad, independencia, discrecionalidad técnica de los órganos de selección, adecuación, contenido de procesos selectivos/funciones tareas a desarrollar y agilidad.

⁴⁵ El Proyecto de Ley sí extendía el ámbito de aplicación de la DT 2.^a (*Permanencia en el puesto de trabajo del personal laboral que desempeñe funciones correspondientes a funcionarios*) al personal laboral cuyo contrato se encontrara suspendido y tuviera derecho de reserva de puesto de trabajo conforme a lo establecido en el ET (BOCG, núm. 94-1, 8 de septiembre de 2006).

a *sensu contrario*, a los indefinidos no fijos)⁴⁶, la posesión de la necesaria titulación y el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria para acceder a los Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los puestos (y funciones, incorpora el EBEP) que desempeñen los trabajadores y la valoración como mérito de los servicios efectivos prestados como personal laboral y las pruebas selectivas superadas para adquirir tal condición. Además, en términos bastantes similares, el párrafo 1.º DT 2.ª EBEP y el número 1 DT 15.ª LMRFP establecen una garantía de estabilidad en el empleo para el personal laboral —fijo, precisa el EBEP— que desempeñe funciones de funcionario a la fecha de entrada en vigor de la norma respectiva⁴⁷. Es aquélla una singular garantía de indemnidad para el personal que no supere las pruebas selectivas o que no opte a las mismas pues estos trabajadores laborales fijos podrán permanecer en sus puestos de trabajo sin que su contrato pueda ser extinguido por causas objetivas, colectivas o fuerza mayor.

El EBEP precisa normas de desarrollo y serán las futuras Leyes de Función Pública de la Administración General del Estado o las nuevas o modificadas Leyes de Función Pública autonómica las que determinen los puestos reservados a funcionarios y los que pueden ser ocupados por personal laboral. En este sentido, al no emplear el EBEP la técnica del artículo 15.1.c) LMRFP (que, por cierto, el Estatuto no deroga) de limitar la prestación de servicios del personal laboral sólo a determinados puestos, las leyes de desarrollo —salvando el art. 9.2 EBEP—⁴⁸ cuentan con gran autonomía para determinar los puestos/funciones de laborales y funcionarios⁴⁹. La entrada en vigor de aquellas normas (y la necesidad de funcionarizar, por tanto) se producirá en un momento muy posterior a la fecha fijada en la DT 2.ª EBEP, con lo cual se plantea la duda de

⁴⁶ En este sentido, BOLTAINA BOSCH, X.: «Clases de personal», *op. cit.*, nota al pie núm. 77, p. 191, y CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (dir.: LUIS ORTEGA ÁLVAREZ): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, p. 91. Para laborales temporales la vía de consolidación es la criticada DT 4.ª EBEP.

⁴⁷ La STS de 4-2-1992 declararía que el número 1 de la DT 15.ª LMRFP otorga una garantía al personal laboral afectado por el artículo 15 del mismo texto legal que se extiende a la conservación del puesto de trabajo desempeñado y al mantenimiento de las expectativas de promoción profesional. La referencia a la promoción profesional desaparece en la DT 2.ª, párrafo 1.º EBEP, recogándose, sin embargo, en el párrafo 2.º un supuesto de *promoción cruzada* (vid. *supra*).

⁴⁸ Vid. *supra*, nota al pie núm. 6.

⁴⁹ El EBEP sigue en este punto al Informe de la Comisión de Expertos que recomendaba que un Estatuto Básico elaborado con criterios de subsidiariedad y que pretendiera aplicarse por muy distintas Administraciones, no debería prejuzgar de manera concreta qué puestos o funciones habrían de quedar reservadas a funcionarios y cuáles podrían ser desempeñados por personal laboral. «Esa en una decisión que debe corresponder, tal como hoy sucede, al legislador en el ámbito del Estado y de las CC.AA. y a las Entidades Locales en el marco de las leyes sobre régimen local (Informe de la Comisión...)» (*op. cit.*, p. 52).

cuál será la que habrá que tomar como referencia a efectos de determinar el personal funcionarizable. Parece lógico pensar que ahora sí podemos flexibilizar el plazo dado el carácter básico de la norma y su necesidad de desarrollo posterior, opción que no considerábamos posible cuando el único *asidero legal estatal* de la funcionarización era la DT 15.^a 2 LMRFP.

El EBEP es, en palabras de SÁNCHEZ MORÓN, un texto de «*baja densidad normativa*», susceptible de ser adaptado por la legislación de desarrollo a las características de cada Administración y, además, es un texto que contiene aquello que conviene regular para el conjunto de las Administraciones Públicas⁵⁰. Este carácter básico de la norma y, sin duda, la declaración de inconstitucionalidad de las pruebas restringidas de funcionarización autonómicas operada por las SSTC 38/2004 y 31/2006 ha motivado la amplia previsión legal de los procesos de funcionarización del EBEP (DT 2.^a) que serán susceptibles de apertura (ahora sí) en cualquier Administración Pública. Parece evidente que el EBEP abre de nuevo (de facto no se cerró nunca) la *senda de la funcionarización*, pero no puede perderse de vista el carácter de pruebas restringidas de esta vía de acceso a la función pública. Por ello, dado su carácter excepcional, el proceso habrá de contar con las debidas garantías. Esto es, a partir de la entrada en vigor de la norma básica podrían plantearse pluralidad de situaciones que legitimarían, en unos casos, la funcionarización al amparo legal de la DT 2.^a EBEP y, en otros, requerirían una cobertura legal adicional:

— Es praxis usual en el *modus operandi* de la Administración Pública española (estatal, autonómica, local, universidades...) la contratación de personal laboral para ocupar puestos reservados a funcionarios, situación en la que pueden encontrarse muchos efectivos en el momento de entrada en vigor del EBEP. Estos empleados públicos quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la DT 2.^a EBEP, norma básica que sería objeto de aplicación directa⁵¹ (en este sentido, Instrucciones

⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Consideraciones sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia Administrativa*, núm. 36, 2007, pp. 12-13. En esta línea mantendrá, por su parte, PAREJO ALFONSO, que en la integración del estatuto de la función pública, las bases cumplen una función de mínimo común uniforme, respetando el cual los desarrollos autonómicos pueden establecer regulaciones de lógica propia, añadiéndolas a las básicas o completando éstas, siempre que no contradigan el mínimo uniforme que las mismas representan. Esto significa el reconocimiento a las CC.AA. de una amplia libertad en la últimación del estatuto de la función pública, la propia y también la de las Entidades Locales («Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades Autónomas», en AA.VV.: *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Ed. COLEX, Madrid, 2003, p. 44).

⁵¹ En esta línea mantiene CASTILLO BLANCO que el EBEP contiene normas de directa aplicación en multitud de materias, afirmando, a continuación, que el Estatuto es norma principal (v.gr., art. 55.2), norma directiva (v.gr., art. 20), que cumple una función de estándar mínimo (v.gr., art. 48.1) y que configura un menú dispositivo (v.gr., art. 24) («El

de 5 de junio de 2007 para la Administración General del Estado ⁵²). A partir de aquí las Administraciones Públicas podrían regular procesos de funcionarización en instrumentos normativos diversos (leyes, reglamentos...) respetando, en todo caso, las límites de la DT 2.^a EBEP (procesos selectivos de promoción interna, sistema de concurso-oposición, prestación de servicios como personal laboral fijo en funciones de personal funcionario a la fecha de entrada en vigor del Estatuto...).

— El EBEP es norma básica que será objeto de desarrollo por normas estatales y autonómicas que interpretarán la reserva funcionarial del artículo 9.2 EBEP, pudiendo alterar la distribución de funciones y puestos a desarrollar por personal funcionario y laboral ⁵³. En tal caso, Administración central, autonómica y local podría tener la necesidad de funcionarizar a su personal, ¿con qué base normativa podrían hacerlo? Entiendo que respetando los límites de la DT 2.^a, las Leyes de Función Pública podrían prever procesos de funcionarización y fijar como límite temporal la fecha de su entrada en vigor ⁵⁴. La limitada previsión del EBEP sobre la reserva de puestos y funciones a personal laboral y funcionario y la necesaria aprobación o revisión de las Leyes de Función Pública tras la entrada en vigor del EBEP, permite esta interpretación flexible. No obstante, una interpretación rígida que limitara los supuestos de funcionarización al primer apartado (a saber, personal laboral fijo que desempeñara puestos de funcionario a la entrada en vigor del EBEP) no podría quedar descartada *a priori* teniendo en cuenta la limitada aceptación constitucional de estas pruebas restringidas (antes, eso sí, de la aprobación del EBEP).

— Sentadas las dos premisas anteriores habría que continuar afirmando que no cualquier cambio en la distribución de puestos o funciones

Estatuto Básico del Empleado Público: ¿Hasta dónde llegan las bases? [El sistema de empleo público en un gobierno multinivel]», III Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Granada, enero de 2008, texto inédito, p. 13 del ejemplar multicopiado).

⁵² 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 declaran directamente aplicable la DT 2.^a en esta Administración eliminando la referencia del párrafo 2.º de la DT 2.^a EBEP a que los procesos selectivos de promoción interna podrán ser convocados «de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia», y refiriendo que, de este modo, la Administración actúa conforme a la STC 38/2004.

⁵³ El artículo 11.2 EBEP da cuenta de ello al establecer que las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por personal laboral, respetando, en todo caso lo establecido en el artículo 9.2 (reserva a funcionarios públicos).

⁵⁴ Esto ya ocurrió con los procesos de funcionarización previstos en la DT 15.^a 2 LMRFP para la Administración del Estado. Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1989, 1990 y 1991 incluyeron (arts. 39, 33 y 32, respectivamente), en el ámbito de aplicación de aquella funcionarización a sujetos inicialmente excluidos y, en estos casos, la fecha a considerar no sería el 30 de julio de 1988, sino la de entrada en vigor de la Ley de Presupuestos respectiva (SAN 12-7-2001). *Vid. supra*, nota al pie núm. 19.

entre funcionarios y laborales legitimaría aquel acceso singular a la función pública. Otras situaciones posibles (se siguen contratando laborales para puestos de funcionarios, se modifican RPTs considerando como funcionariales puestos inicialmente laborales y ocupados por personal laboral...) podrían generar la necesidad de funcionarizar. Nos situaríamos ante lo que RODRÍGUEZ RAMOS llama *círculo vicioso de la funcionarización*, planteando esta autora si no sería conveniente buscar una fórmula para terminar con estos procesos o si no habría que regularlos más detalladamente, considerándolos como procesos continuos en el tiempo o como un mecanismo o instrumento más de gestión de mano de obra que tendría a su disposición la Administración Pública empleadora. Ello tendría efectos positivos al contemplarse una partida en las correspondientes Leyes de Presupuestos para la funcionarización del personal laboral, sin que tuviera que incluirse como gastos imprevistos ⁵⁵.

No podemos olvidar, sin embargo, el carácter de turnos restringidos de los procesos de funcionarización y aun cuando la DT 2.^a, párrafo 2.º EBEP abra esta vía singular de acceso a la función pública ello no puede suponer dar carta blanca a las Administraciones para funcionarizar, sin el amparo legal oportuno y garantizando los principios constitucionales de acceso al empleo público, a su personal laboral fijo. Más restrictiva aún es la posición de algún autor que sostiene, en base a la doctrina constitucional expuesta sobre las excepcionales pruebas restringidas, que de la referida DT 2.^a EBEP no se infiere la configuración de procesos selectivos restringidos limitados únicamente al personal afectado por esta disposición, sino meramente la posibilidad ya existente de que las pruebas de promoción interna se puedan llevar a cabo en convocatorias independientes de las de nuevo ingreso. Así, mantiene CANTERO MARTÍNEZ que a los procedimientos selectivos de promoción interna para la ocupación de plazas funcionarizadas podrá concurrir cualquier funcionario o laboral que cumpla los requisitos, pues fuera de la situación excepcional de la DT 15.^a LMRFP: « *es muy difícil argumentar que vuelvan a concurrir motivos excepcionales pues, en caso contrario, empezaríamos a movernos en una delicada espiral que podría dejar sin contenido la aplicación del derecho fundamental de acceso a las funciones públicas* (art. 23.2 CE)» ⁵⁶.

En definitiva, si la DT 2.^a EBEP pretendía poner orden en el desconcierto se queda a medio camino, pues aun cuando algunos extremos

⁵⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.: «La funcionarización del personal...», *op. cit.*, p. 805. Por su parte, MOLERO MARAÑÓN hablará de la funcionarización como « *eterna asignatura pendiente de la Administración*» (*Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 23).

⁵⁶ CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Ámbito de aplicación y clases de personal...», *op. cit.*, pp. 92-93.

ya quedan claros (norma básica, tipo de pruebas de acceso) otros van a seguir planteando problemas interpretativos (límite temporal) y, además, la nueva norma incorpora nuevos espacios de inseguridad jurídica al confundir los procesos de funcionarización con procesos de promoción interna (*promoción cruzada*, concretamente)⁵⁷. De cualquier forma y al margen de opiniones particulares, lo que sí es cierto es que la estabilidad en el empleo del personal laboral fijo, erróneamente encuadrado, queda garantizada por la norma básica, pues estos empleados públicos podrán seguir desempeñando las funciones de personal funcionario (DT 2.^a, párr. 1.º). Es esta una norma específica, fuente de un derecho de estabilidad que prevalece sobre la norma laboral ordinaria⁵⁸.

⁵⁷ Se plasma así en el EBEP (como ya ocurriera en la LMRFP —art. 22.3—) «una ósmosis entre la política de fomento de la promoción interna y de funcionarización del personal» (BOLTAÑA BOSCH, X.: «La funcionarización del personal laboral...», *op. cit.*, p. 53. *Vid.*, además, CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Ed. Laborum, Murcia, 2003, pp. 97 y 98).

⁵⁸ STSJ de Andalucía, de 12-11-2002. Este pronunciamiento jurisprudencial interpretaba el núm. 1 de la DT 15.^a LMRFP y la norma laboral ordinaria que refería era el artículo 39 ET.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LAS IRREGULARIDADES ESENCIALES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LA LUZ DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

ICÍAR ALZAGA RUIZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. EL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA.—III. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA O EN CADENA.—IV. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS Y LA NECESARIA REFORMA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 15.^a ET.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La clasificación de los contratos según su duración es una cuestión a la que se enfrenta todo ordenamiento jurídico, al tratarse de uno de los aspectos de la relación laboral en el que convergen con más fuerza los intereses contrapuestos de empresarios y trabajadores. Lo preferible para el trabajador, al menos en teoría, es vincularse a la empresa a través de un contrato de duración ilimitada, es decir, tener un empleo estable que le permita organizar su vida profesional y personal; mientras que la empresa prefiere establecer una vinculación con el trabajador por el tiempo en que estrictamente precise de sus servicios ¹.

La cuestión referente a la duración del contrato de trabajo cuando el empresario es una Administración Pública ha provocado una gran litigiosidad en nuestros Tribunales y una abundante actividad de la doctrina científica. Se ha centrado en determinar los efectos que la comisión de irregularidades en la contratación por tiempo determinado tiene sobre la relación de trabajo y, en concreto, si provoca o no la conversión del contrato temporal en un contrato por tiempo indefinido. Es precisamente en este punto donde han surgido los principales problemas interpretativos ante una eventual vulneración de los principios constitucionales de acceso al empleo público.

En los ejemplos que expondremos en las siguientes páginas trataremos de evidenciar la intencionalidad, no tanto del legislador como de la jurisprudencia, de tomar en consideración la peculiaridad del empleador público, interpretando la norma de acuerdo con tal circunstancia. Abordaremos la problemática relativa a los efectos que se derivan del incum-

¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Diputación de Zaragoza, Barcelona, 2004, p. 49.

plimiento de las normas laborales sobre duración del contrato de trabajo, con especial detenimiento en la distinción entre trabajadores fijos y trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, así como en el análisis de los encadenamientos contractuales, todo ello a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE).

II. EL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA

Sabido es que el artículo 103.3 CE exige que el acceso al empleo público esté presidido por los principios de mérito y capacidad. Por su parte, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público² establece en su artículo 55.2 que las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal garantizando, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad³. Y, en fin, el artículo 15.3 ET, de plena aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas, dispone que se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

El cumplimiento simultáneo del contenido del artículo 15.3 ET y el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público crean una tensión de intereses difícil de conjugar: por una parte, la normativa laboral defiende la estabilidad en el empleo al imponer la conversión de la relación ilícita en indefinida y, por otra, la normativa administrativa, aboga por el respeto de los principios mencionados al exigir el cumplimiento de unas pruebas de selección. La conversión de un contrato temporal ilícito en un contrato por tiempo indefinido supondría la no superación de las pruebas de acceso al empleo público⁴.

Las soluciones que podrían ofrecerse a este conflicto son dos. O bien se opta por defender el principio de estabilidad en el empleo, por lo que el contrato temporal ilícito habría de presumirse celebrado por tiempo indefinido. O bien se apuesta por garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad que imperan en las Administraciones Públicas, de forma que el contrato temporal ilícito permanecería en vigor

² BOE de 13 de abril.

³ Añade, además, que será necesario el respecto de los principios de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y, en fin, agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

⁴ LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2001, p. 130.

hasta el momento de la cobertura definitiva de la plaza, por medio de los sistemas habilitados al efecto.

La postura del Tribunal Supremo no ha sido uniforme. Pueden diferenciarse varias etapas en esta evolución doctrinal. Veamos cuáles son.

En un primer momento, el Tribunal Supremo consideró plenamente aplicable al sector público la presunción a favor del carácter indefinido de la relación laboral, sin que con ello se vieses afectados —se nos decía— los principios que rigen el acceso al empleo público. La aplicación del artículo 15.3 ET era consecuencia del respeto del principio de legalidad contenido en el artículo 9.3 CE. Y, así, el Tribunal Supremo defendía que «las Administraciones Públicas cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales no están exentas de atenerse y tienen que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, otra opción chocaría con el principio constitucional de legalidad; tampoco existe prohibición alguna [...] de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios. En definitiva, no es posible eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y, mediante, generadoras de derechos y obligaciones para las Administraciones Públicas, si bien con la salvedad [...] de que la fijeza que pudiese alcanzarse no permite, por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional»⁵.

De acuerdo con esta inicial doctrina, los efectos legales del despido se aplicaban en su integridad en los supuestos en que las Administraciones Públicas eran quienes contrataban. Ahora bien, como hemos dicho, los organismos públicos, además de respetar la exigencia de cumplimiento de las normas laborales, están sometidos a las exigencias de la normativa administrativa y constitucional. Conjugando ambos presupuestos, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que por el simple hecho de no haberse cumplido las normas laborales en materia de contratación temporal, no podía aceptarse la fijeza de los así contratados, por cuanto esa decisión era contraria a las exigencias constitucionales de

⁵ STS de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1864). En parecidos términos, SSTS de 18 de marzo de 1991 (Ar. 1875), 27 de enero de 1992 (Ar. 75), 6 de mayo de 1992 (Ar. 3577), 23 de octubre de 1992 (Ar. 7676), 3 de noviembre de 1993 (Ar. 8539) y 9 de junio de 1995 (Ar. 4774), entre otras.

cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

En este segundo momento, el Tribunal Supremo distinguió entre el trabajador fijo de plantilla —que ha superado las pruebas de selección establecidas— y el trabajador indefinido no fijo de plantilla —con quien las Administraciones Públicas habían celebrado un contrato de trabajo ilegal—. En efecto, a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996⁶, el Tribunal, si bien aplica la presunción a favor del carácter indefinido de la relación laboral en los supuestos de fraude de ley, recuerda el necesario respecto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, en base a ello, presenta la curiosa distinción entre trabajadores fijos y trabajadores indefinidos no fijos de plantilla. Posteriormente, la STS de 20 de enero de 1998⁷ —con un voto particular formulado por el Magistrado don Luis Gil Suárez, al que se adhirieron los Magistrados don Arturo Fernández López, don Fernando Salinas Molina, don Miguel Ángel Campos Alonso y don Leonardo Bris Montes—, precisó el alcance de la anterior doctrina. Reiteró que en esta materia juegan normas de distintos ordenamientos —el laboral y el administrativo— que han de ser objeto de una interpretación integradora. El ordenamiento laboral parte de la defensa de la estabilidad en el empleo. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo en el sector público. De todo ello deduce el Tribunal que «el efecto que la Ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma especial de procedimiento no puede ser la adquisición de fijeza y esta consecuencia no querida por la Ley no puede producirse porque se haya infringido una norma laboral. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, ni directa, ni indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas»⁸.

En base a esta doctrina, la presunción contenida en el artículo 15.3 ET se aplica, pero con matices, en el sector público, en la medida en que

⁶ Ar. 7492. En el mismo sentido, SSTs de 10 de octubre de 1996 (Ar. 7613), 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864), 14 de marzo de 1997 (Ar. 2471), 24 de abril de 1997 (Ar. 3498) y 7 de julio de 1997 (Ar. 6250).

⁷ Ar. 1000.

⁸ SSTs de 21 de enero de 1998 (Ar. 1138), 27 de marzo de 1998 (Ar. 3725), 20 de abril de 1998 (Ar. 3725), 28 de abril de 1998 (Ar. 3874), 19 de enero de 1999 (Ar. 810), 26 de enero de 1999 (Ar. 1105), 8 de febrero de 2000 (Ar. 1744), 29 de mayo de 2000 (Ar. 4804), 29 de noviembre de 2000 (Ar. 1440) y 3 de junio de 2004 (Ar. 5386), entre otras.

el contrato temporal ilegal no se convierte en indefinido —pese a la engañosa denominación empleada por el Tribunal—, sino que se equipara, más bien, al contrato de interinidad por vacante: El contrato temporal ilegal se prolonga hasta la cobertura definitiva de la vacante, constituyendo, pues, un contrato de interinidad por vacante ⁹.

En fin, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2002 ¹⁰ afirmó que «la ocupación definitiva mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción contractual, subsumible en el artículo 49.1. b) ET». De esta forma, la cobertura definitiva de la plaza se constituye en una condición resolutoria consignada válidamente en el contrato y, en consecuencia, su cumplimiento extingue el contrato indefinido no fijo de plantilla, sin ninguna indemnización para el trabajador.

De lo anterior se infiere que el contrato temporal ilegal en el sector público no conlleva ningún coste para las Administraciones Públicas, ni ninguna reparación económica para el trabajador. Sólo implica la sustitución de la cláusula de temporalidad ilegal por otra causa legal de extinción contractual: la ocupación de la plaza por el procedimiento previsto reglamentariamente.

III. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA O EN CADENA

Otra cuestión que reviste especial interés es la relativa a la contratación temporal en cadena, es decir, la sucesión de contratos temporales suscritos con un mismo trabajador sin solución de continuidad o tras interrupciones de mayor o menor brevedad. En concreto, nos referimos al control judicial del encadenamiento de contratos temporales celebrados con un único trabajador.

Dos son los momentos o etapas legislativas en esta materia —antes y después de la reforma de 2006—, con un claro reflejo en la jurisprudencia que resuelve sobre el carácter fraudulento o no de la cadena contractual. Veamos cuáles son esas dos etapas.

En un primer momento, en el que la única previsión legal al respecto establecía la presunción del carácter indefinido de los contratos temporales celebrados en fraude de ley ¹¹, la posición del Tribunal Supre-

⁹ ALZAGA RUIZ, I.: *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, Edersa, Madrid, 2000, p. 124.

¹⁰ Ar. 9893. En este sentido, STS de 26 de junio de 2005 (Ar. 4259).

¹¹ Artículo 15.3 ET.

mo¹² en relación al alcance del control de legalidad de los contratos de trabajo sucesivos y, en concreto, para la determinación de la indemnización por despido y la antigüedad del trabajador en la empresa, fue la siguiente:

1. Si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual, deben ser examinados todos los contratos sucesivos.
2. Si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días, previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad.
3. En aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de extender, exclusivamente, al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido.
4. No obstante lo anterior, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acredite una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, la unidad esencial del vínculo contractual.

Para el Tribunal Supremo, en este momento inicial, la sucesión de continuidad de contratos temporales no se producía cuando, entre la conclusión de un contrato y la suscripción del siguiente mediaba una interrupción breve —de menos de veinte días—, inferior al tiempo de caducidad de la acción por despido. El transcurso del plazo de caducidad sin accionar frente a la extinción, hacía que ésta desplegase todos sus efectos¹³. La solución adoptada por el Tribunal Supremo era sencilla: ante la falta de ejercicio de un derecho por parte del trabajador dentro de un determinado periodo de tiempo, se producía la consiguiente extinción del mismo. Optaba el Tribunal por la seguridad jurídica,

¹² SSTs de 20 y 21 de febrero de 1997 (Ar. 1457 y 1572), 25 de marzo de 1997 (Ar. 2619), 5 y 29 de mayo de 1997 (Ar. 3654 y 4473), 17 y 28 de noviembre de 1997 (Ar. 8425 y 8632), 2, 21 y 23 de abril de 1998 (Ar. 3260, 3727 y 3733), 22 de junio de 1998 (Ar. 5785), 30 de marzo de 1999 (Ar. 4414), 16 de abril de 1999 (Ar. 7093), 15 de febrero de 2000 (Ar. 2040), 22 de abril de 2002 (Ar. 7796) y 28 de febrero de 2005 (Ar. 3399), entre otras.

¹³ SSTs de 23 de mayo de 1994 (Ar. 5361), 3 de febrero de 1995 (Ar. 775) y 24 de enero de 1996 (Ar. 194), entre otras. Tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos, ya que en realidad, no se da, por parte del trabajador, una voluntad liberatoria y extintiva de la relación indefinida que le une con la empresa. Al respecto, SSTs de 18 de marzo de 1991 (Ar. 1875), 27 de enero de 1992 (Ar. 75) y 29 de marzo de 1993 (Ar. 2218).

al basar su decisión en la presunción de abandono del derecho por el trabajador y declarar, así, la conveniencia de que las diversas situaciones jurídicas del trabajador no estuvieran sometidas permanentemente a la posibilidad de revisión, de forma que si existían razones para permitir ésta, el trabajador, facultado para ello, había de actuar a tiempo. Excepcionaba el Tribunal Supremo los supuestos de fraude de ley, en los que no había de atenderse al transcurso de los veinte días cuando existía unidad esencial del vínculo laboral ¹⁴.

A partir de la sentencia de 16 de mayo de 2005 ¹⁵, el Tribunal Supremo introduce un, a nuestro entender, acertado cambio en esta doctrina al inaplicar la tesis de los veinte días en el cálculo del complemento salarial por antigüedad en los casos de encadenación de contratos de duración determinada, en la medida en que —se nos dice— el supuesto de cálculo del complemento de antigüedad es distinto al del control de la legalidad de una cadena de contratos temporales ¹⁶. O, dicho en otros términos, a partir de ese cambio jurisprudencial, el cálculo del complemento de antigüedad ya no se reinicia de cero tras interrupciones entre contrato y contrato superiores a veinte días. Se calcula en función del tiempo en que el trabajador ha estado vinculado a la empresa desde el primer contrato con independencia, por tanto, de que hayan existido interrupciones superiores a los veinte días entre contrato y contrato. Las previsiones contenidas en la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada ¹⁷, de computar con los mismos criterios la antigüedad de los trabajadores fijos y temporales, recogidas en el artículo 15.6 ET, vinieron a reforzar esta nueva doctrina jurisprudencial.

A partir de 2005, se establecen, pues, dos criterios diferentes en la determinación del tiempo de servicios del trabajador en la empresa: uno, a efectos del cálculo del complemento de antigüedad (desde el primer contrato que vincula al trabajador a la empresa) y, otro, a efectos del cálculo de la indemnización por despido (al que se aplica la regla general de los veinte días).

¹⁴ Ya expusimos nuestro desacuerdo con esta excepción en ALZAGA RUIZ, I.: *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, cit., p. 57 y ss.

¹⁵ Ar. 5186. En idéntico sentido, SSTs de 23 de mayo de 2005 (Ar. 5767), 7 de junio de 2005 (Ar. 6018) y 28 de junio de 2005 (Ar. 9183), entre otras, en las que se defiende cómo: «la Sala debe rectificar este criterio de aplicación de esa doctrina para el cálculo de trienios, para adoptar otro más ajustado a Derecho. El supuesto de antigüedad, a los efectos de su remuneración, constituye un problema de características diferentes al de examinar la legalidad de los contratos a efectos de resolver sobre la legalidad de la extinción del último de los que hayan podido integrar una cadena de contratos temporales».

¹⁶ Sobre el particular, cfr. LAHERA FORTEZA, J.: «Nuevo cálculo del complemento de antigüedad en las cadenas de contratación temporal», en *RL*, núm. 23, 2005, p. 33 y ss.

¹⁷ Diario Oficial de 10 de julio de 1999.

IV. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS Y LA NECESARIA REFORMA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 15.^a ET

Las recientes sentencias del TJCE, de 7 de septiembre de 2006¹⁸, van a traer consigo, a nuestro juicio, una necesaria revisión de la citada doctrina. Veamos por qué.

En estos dos pronunciamientos, el TJCE resuelve sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Génova en relación a la posible inadecuación de la legislación italiana a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada¹⁹. En concreto, la legislación italiana distingue entre el encadenamiento de contratos temporales en el sector privado y en el sector público: en aquél, la superación de un cierto límite temporal conlleva la transformación del contrato temporal en un contrato por tiempo indefinido y, en éste, la ilegalidad en la contratación temporal no conlleva la conversión de la relación temporal en indefinida, aunque sí implica, a diferencia de la legislación española, el otorgamiento de una indemnización de daños y perjuicios al trabajador afectado.

Planteadas cuestión prejudicial en relación a la posible inadecuación de esta diferencia de trato entre el sector privado y el sector público, la respuesta del TJCE fue la siguiente:

1. La Directiva 1999/70/CE es plenamente aplicable en el ámbito de las Administraciones Públicas, puesto que no contiene ninguna excepción al respecto²⁰.
2. Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas destinadas a prever abusos en la encadenación de contratos temporales en el sector público, aunque estas medidas no tienen por qué consistir en la conversión de los contratos temporales ilegales en contratos por tiempo indefinido.
3. Las medidas adoptadas no deben ser «ni menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio

¹⁸ Asuntos C-53/04 y C-180/04. Al respecto, SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre la aplicación del nuevo artículo 15.5 ET en el sector público», en *AS*, núm. 22, 2006.

¹⁹ Diario Oficial de 10 de julio de 1999.

²⁰ Cita expresamente la sentencia Adeneler y otras de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04.

de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario».

4. De lo anterior se infiere que el tratamiento de los límites en el encadenamiento de contratos temporales en el sector público debe superar el doble juicio de equivalencia y efectividad. Concluyen las sentencias afirmando que la reparación económica al trabajador vinculado por medio de un contrato temporal ilegal en el sector público supera el juicio de equivalencia y efectividad, por lo que es plenamente conforme a la Directiva 1999/70/CE la no conversión del contrato temporal ilegal en indefinido en el seno de las Administraciones Públicas.

La doctrina del TJCE en dichos pronunciamientos puede resumirse en estas dos afirmaciones: toda normativa nacional que, en el ámbito del sector público, prohíba la transformación de los contratos temporales ilegales en contratos por tiempo indefinido, «sin ninguna medida efectiva que evite y sancione la utilización abusiva» de la contratación temporal vulnera lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE. Por tanto y *a sensu contrario*, toda normativa nacional que incorpore una medida alternativa que compense al trabajador por los perjuicios causados (con el percibo, por ejemplo, de una indemnización de daños y perjuicios), en los supuestos de no transformación de los contratos temporales ilegales en contratos por tiempo indefinido, cumple con lo dispuesto en la mencionada Directiva.

Dicho esto, las siguientes preguntas parecen obligadas: ¿cumple la normativa española con la regulación comunitaria en la materia? ¿Es ajustada a Derecho comunitario la doctrina jurisprudencial española que distingue entre los trabajadores fijos y los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla?

En nuestro ordenamiento, la tesis que diferencia entre trabajadores fijos y trabajadores indefinidos no fijos de plantilla se aplica en el sector público a dos supuestos: *a)* A aquellos en los que el empresario realiza una contratación temporal ilegal (al aplicarse la doctrina jurisprudencial expuesta), y *b)* A las contrataciones temporales en cadena (a tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional 15.^a ET). La conexión entre la Disposición Adicional 15.^a ET y la construcción jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo de plantilla deriva de la ausencia de una normativa singular aplicable a estos supuestos. En ambos casos, la celebración de un contrato temporal ilegal en el sector público no conlleva reparación económica alguna, ni de ningún otro tipo para el trabajador. Sólo implica la consideración de que el contrato temporal ilegal se encuentra sometido a la condición resolutoria consistente en la ocupación de la plaza por el procedimiento previsto reglamentariamente.

Esta posibilidad de ausencia de una medida alternativa que evite y sancione el fraude de ley en la contratación temporal en el sector público es precisamente la que rechaza el TJCE, al no cumplir el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE ²¹.

Como es sabido, la primacía del Derecho comunitario significa que sus normas tienen preferencia sobre las de Derecho nacional, de manera que, en caso de conflicto, se deben aplicar aquéllas, cualquiera que sea el rango de las normas internas y con independencia de que hayan sido aprobadas con posterioridad ²². O, dicho en otros términos, las disposiciones comunitarias forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros ²³.

El principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional se extiende a todas las normas de Derecho interno —sean constitucionales ²⁴ o de rango inferior ²⁵ y anteriores o posteriores a la norma comunitaria ²⁶— y se impone no sólo a las autoridades de los Estados miembros sino también a los particulares en sus relaciones mutuas ²⁷. Su consecuencia fundamental es la inaplicabilidad del Derecho nacional cuando sea incompatible con el Derecho comunitario ²⁸. A esta virtud de imponerse sobre los contenidos del Derecho interno se le llama primacía, principio estrechamente conectado con la eficacia directa del Derecho comuni-

²¹ LAHERA FORTEZA, J.: «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *RL*, núm. 10, 2007, p. 43.

²² Sentencia Costa/Enel, de 15 de julio de 1964, Asunto 6/64. En extenso, cfr. ALZAGA RUIZ, I.: «La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral», en *AL*, núm. 13, 2007, p. 1536 y ss.

²³ Sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77.

²⁴ El Derecho comunitario, pese a su primacía sobre el Derecho interno, no posee rango constitucional. La eventual contradicción entre el contenido de una norma comunitaria y el de una norma interna «no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, Ponente: Excmo. Señor don Jesús Leguina Villa; 64/1991, de 22 de marzo, Ponente: Excmo. Señor don Jesús Leguina Villa, o 180/1992, de 16 de noviembre, Ponente: Excmo. Señor don Luis López Guerra, entre otras). En consecuencia, no corresponde al Tribunal Constitucional «pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y el sistema normativo de la Unión Europea» (STC 147/1996, de 19 de septiembre, Ponente: Excmo. Señor don Pedro Cruz Villalón). Ni tampoco decidir si una directiva comunitaria «ha sido o no correctamente incorporada al ordenamiento interno ni, en su caso, si está siendo correctamente aplicada» (STC 13/1998, de 22 de enero, Ponente: Excmo. Señor don Álvaro Rodríguez Bereijo).

²⁵ Sentencia San Michele, de 22 de junio de 1965, Asunto 9/65.

²⁶ Sentencia Pigs Marketing Board/Redmond, de 29 de noviembre de 1978, Asunto 83/78.

²⁷ Sentencia Nordsee/Reederei Mond, de 23 de marzo de 1982, Asunto 102/81.

²⁸ Sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77.

tario²⁹. Y la razón de ser de esta obligación, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁰, no es otra que la de garantizar la especificidad del Derecho comunitario y la uniformidad en su aplicación.

Pues bien, en nuestra opinión, si la Disposición Adicional 15.^a ET se opone, como hemos visto, a lo dispuesto por la Directiva 1999/70/CE y a la jurisprudencia del TJCE sobre el particular, la consecuencia ha de ser necesariamente su inaplicación a los supuestos de contratación temporal ilegal en el sector público.

O dicho en otras palabras, a nuestro juicio, de lo anterior se infiere, por una parte, que la doctrina jurisprudencial que distingue entre trabajadores fijos e indefinidos no fijos de plantilla habrá de ser necesariamente revisada a la luz de lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el particular; y, por otra, que no es ajustada a Derecho comunitario la Disposición Adicional 15.^a ET, que no prevé una compensación económica u otra medida reparadora para los trabajadores vinculados a las Administraciones Públicas por medio de un contrato temporal ilegal, por lo que no debe ser aplicada y, habrá, por tanto, de ser necesariamente reformada por el legislador español.

En segundo lugar cabe preguntarse si es adecuada o no a la normativa y jurisprudencia comunitarias la normativa y jurisprudencia españolas relativas a la contratación temporal sucesiva o en cadena.

Quizá el mayor problema que plantea la regla general de los veinte días, vigente aún para el cálculo de la indemnización por despido, sea el de su adecuación al contenido de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio. En efecto, en la cláusula 5.1.b) de la citada Directiva se obliga a los Estados miembros a concretar, cuando no existan medidas legales equivalentes, la duración máxima total de los sucesivos contratos temporales y a definir lo que ha de entenderse por «sucesivos contratos». En nuestro país, no existía previsión legal equivalente a la prevista en la Directiva, por lo que estábamos obligados a su trasposición. El plazo para la trasposición de la citada Directiva finalizó el 10 de julio de 2001³¹, sin que España cumpliera con dicha obligación.

Finalmente, el RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo³², por el que se modificó el apartado 5 del ar-

²⁹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «El ordenamiento jurídico comunitario: caracteres generales y elementos constitutivos», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1974, p. 597 y ss.

³⁰ Sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77.

³¹ Excepcionalmente la Directiva establecía un plazo de un año más para los supuestos en los que «fuera necesario tener en cuenta dificultades particulares o la aplicación mediante convenio colectivo», plazo que también transcurrió en exceso sin que nuestro país llevara a cabo la transposición requerida.

³² BOE de 14 de junio.

título 15 ET ³³, introdujo una definición de la expresión «utilización sucesiva de contratos temporales», dando, así, cumplimiento a lo previsto en la Directiva 1999/70/CE. Nuestro legislador estableció dos regímenes distintos: uno para el sector privado —en el que se sanciona la contratación ilegal en cadena con la conversión del contrato temporal en indefinido— y otro para el sector público —en el que el trabajador no recibe compensación alguna—. La normativa española no incorporó, por tanto, ninguna medida alternativa que compensase al trabajador por los perjuicios causados en estos supuestos, tal y como obliga la normativa comunitaria.

En concreto, el apartado 5 del artículo 15 ET estableció, para el sector privado, que: «[...] 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 puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea 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».

La nueva regulación obliga, pues, a contabilizar todos los contratos temporales y de puesta a disposición con el trabajador, con o sin solución de continuidad, sin que se interrumpa el cómputo por el transcurso de los veinte días.

Por su parte, la STJCE de 4 de julio de 2006 ³⁴ ha venido a reforzar esta postura, al declarar que la norma que fije la utilización sucesiva de los contratos temporales en función de las interrupciones de veinte días entre contrato y contrato en el seno de las empresas privadas, vulnera lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 1999/70/CE ³⁵. Explica la sentencia que «una disposición nacional que únicamente considera sucesivos los contratos temporales separados por un intervalo máximo de veinte días laborales puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil de la Directiva».

En base a lo anterior, para el sector privado y tras la entrada en vigor del RDL 5/2006, parece claro que la doctrina de los veinte días habrá de ser necesariamente revisada para adecuarse a las actuales pre-

³³ Denuncia el retraso en la trasposición de la Directiva, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La contratación temporal sucesiva: los desajustes de nuestra legislación al Derecho Comunitario», en *RL*, núm. 9, 2004, p. 1 y ss., y VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: *La precariedad laboral en España*, Comares, Granada, 2004, p. 112 y ss.

³⁴ Asunto C-212/04.

³⁵ Comenta esta sentencia, LAHERA FORTEZA, J.: «La definitiva crisis de la jurisprudencia de los veinte días en el encadenamiento de contratos temporales a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *RL*, núm. 6, 2007, p. 41 y ss.

visiones legales y a la doctrina del TJCE en la materia. Sólo cabe esperar, pues, que el Tribunal Supremo modifique su doctrina, a nuestro entender, inaplicable ya también en la valoración de la legalidad de la cadena contractual y, en especial, a los efectos del cálculo de la indemnización por despido. En nuestra opinión, ya no es posible poner los contadores a cero cada veinte días para eludir las reglas sobre el empleo de carácter indefinido, en virtud de lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia del TJCE sobre el particular.

Una vez expuesta la situación en el sector privado, la pregunta parece obligada: ¿la tesis de los veinte días puede considerarse también superada en el encadenamiento de contratos temporales en el seno de las Administraciones Públicas? Al respecto, la Disposición Adicional 15.^a ET establece para el sector público una regulación distinta a la contemplada en el artículo 15.5 ET para el sector privado. Dispone que lo dispuesto en el citado precepto «surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable». El trabajador vinculado a las Administraciones Públicas por medio de un encadenamiento de contratos temporales de dos años en un periodo de dos años y medio no adquiere la condición de fijo, sino de indefinido no fijo de plantilla, en la medida en que su contrato se extinguirá con la cobertura reglada de su vacante. O dicho en otros términos, los contratos temporales ilegales celebrados en cadena se convierten en indefinidos no fijos y se extinguirán por el cumplimiento de la condición resolutoria consistente en la cobertura definitiva de la vacante, sin que el trabajador reciba reparación económica alguna.

Ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en las anteriores páginas sobre la no adecuación de la Disposición Adicional 15.^a ET al contenido de la Directiva 1999/70/CE y, sobre todo a la interpretación que de la misma hace el TJCE en sus sentencias de 7 de septiembre de 2006 ³⁶ y a ello nos remitimos. En nuestra opinión, no es posible continuar aplicando la doctrina jurisprudencial de los veinte días, no sólo al sector privado, sino también al público.

³⁶ Asuntos C-53/04 y C-180/04.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUT GARCÍA, C.: «El contrato de interinidad: ¿sujeto a término o condición resolutoria?», en *TS*, núm. 36, 1993, pp. 23 a 28.
- ALZAGA RUIZ, I.: *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, Edersa, Madrid, 2000.
- «La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral», en *AL*, núm. 13, 2007, pp. 1536 a 1557.
- «Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad», en AA.VV.: *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008 (en prensa).
- CAMPS RUIZ, L. M.: *La contratación laboral temporal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CARDENAL CARRO, M. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Los contratos temporales estructurales», en AA.VV.: *Los contratos temporales*, dir.: A. V. Sempere Navarro, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 158 a 196.
- CORDERO SAAVEDRA, L.: *El régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, Murcia, 2003.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal», en *Temas Laborales*, núm. 85, 2006.
- GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.
- LAHERA FORTEZA, J.: «Los contratos temporales en unificación de doctrina», en *La Ley*, Madrid, 2001.
- «Nuevo cálculo del complemento de antigüedad en las cadenas de contratación temporal», en *RL*, núm. 23, 2005, pp. 33 a 39.
- «La definitiva crisis de la jurisprudencia de los veinte días en el encadenamiento de contratos temporales a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *RL*, núm. 6, 2007, pp. 41 a 47.
- «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *RL*, núm. 10, 2007, pp. 39 a 45.
- LANDA ZAPIRAÍN, J. P. y otros: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993.
- LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995.
- MERCADER UGUINA, J.: *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PÉREZ REY, J.: *La transformación de la contratación temporal en indefinida*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- SAZ, S. DEL: *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre la aplicación del nuevo artículo 15.5 ET en el sector público», en *AS*, núm. 22, 2006.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M.: *Los contratos de trabajo ordinarios en el ordenamiento laboral*, La Ley, Madrid, 1996.

- SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Cuadernos Aranzadi, núm. 17, Cizur Menor, 2003.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La contratación temporal sucesiva y los desajustes de nuestra legislación al Derecho comunitario», en *RL*, núm. 9, 2004, pp. 1 a 12.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: *La precariedad laboral en España*, Comares, Granada, 2004.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**LOS LÍMITES EN EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS
NO COMUNITARIOS A LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA ESPAÑOLA**

RAÚL AYUSO MOZAS
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS NO NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA. 1.1. La Constitución Española y el alcance del artículo 23.2. 1.2. La LO 7/1985 y la prohibición del desempeño de cargos públicos. 1.3. La Ley Orgánica 4/2000 y el reconocimiento legislativo de la posibilidad de acceso de los extranjeros a la Administración Pública. 1.4. La reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. 1.5. El Estatuto Básico del Empleado Público, una progresión incompleta.—2. EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA.—3. LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.—4. EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS COMO PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS NO NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

1.1. La Constitución Española y el alcance del artículo 23.2

El origen de las restricciones establecidas por la legislación española en cuanto al acceso de los extranjeros a la Administración Pública se halla en la propia Constitución Española. Señala ésta en su artículo 23.2 que los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes», lo cual ha de ser completado con la restricción contenida en el artículo 13.2 donde se señala que «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23». Es decir, mientras el artículo 23 configura el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos como un derecho propio de todo ciudadano, el artículo 13 limita su ámbito subjetivo a los ciudadanos españoles.

Si bien puede llamar la atención de que dicha limitación subjetiva no fuese llevada a cabo por el propio artículo que declara el derecho, utilizando meramente la expresión «los españoles» y no «los ciudadanos», como de hecho hace en otros apartados ¹, resulta comprensible la opción tomada por el legislador constitucional debido a que el derecho señalado aparece ligado en el artículo 23 con el «derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal» reco-

¹ Véanse los artículos 14, 19 y 29 del texto constitucional, encuadrados, como el artículo 23, en la Sección primera del Capítulo II dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas.

gido en su apartado primero. Este último derecho, como el anterior, si bien se proclama de todo ciudadano aparece necesariamente restringido al conjunto de los ciudadanos españoles por el artículo 13, incluyendo además, en su redacción original, una precisión específica «salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales», precisión que previsiblemente debería ser modificada, como de hecho sucedió², en el supuesto de una futura entrada de España en la CEE. El artículo 23 posee una especial protección por su inclusión como derecho fundamental en el Capítulo segundo, Sección primera del Título I, lo cual conlleva un procedimiento de reforma especialmente riguroso³ el cual pudo ser eludido incluyendo la delimitación del ámbito subjetivo en el artículo 13, carente de dicha protección específica.

En definitiva, sólo los españoles son titulares del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, lo cual no implica, por otro lado, que se impida constitucionalmente el acceso de los extranjeros a los mismos sino que meramente no se garantiza que dicho acceso se produzca en un régimen de igualdad con los ciudadanos españoles. Otorgar una interpretación más amplia del artículo 23 que supusiese la restricción de los extranjeros en el acceso a la totalidad de las funciones y cargos públicos supondría su incompatibilidad con el derecho comunitario, en tanto que la posibilidad contemplada en el artículo 39 (antiguo 48) del Tratado constitutivo de la Unión Europea de que los Estados miembros establezcan limitaciones en cuanto al acceso de los ciudadanos comunitarios a los empleos en la administración pública ha sido interpretado restrictivamente por el Tribunal de Luxemburgo entendiendo que tan solo se refiere a puestos que «impliquen una participación en los Poderes Públicos y estén conexas a la tutela de intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas»⁴ y no, por tanto, a cualquier cargo público⁵.

El propio Tribunal Constitucional, ha delimitado el alcance de dicho precepto al señalar que «no configura un derecho fundamental sustantivo de acceso a las funciones y cargos públicos» sino que «garantiza

² La modificación del apartado segundo fue llevada a cabo por la Reforma Constitucional de 27 de agosto de 1992, con el objetivo de autorizar el sufragio activo en las elecciones municipales de los ciudadanos comunitarios residentes en nuestro país, constituyendo hasta el momento la única reforma operada sobre nuestra Carta Magna.

³ El artículo 168 CE establece este procedimiento reforzado con respecto al procedimiento genérico de reforma contenido en el artículo 167, incluyendo, entre otras especificidades, la disolución de las Cortes y un preceptivo referéndum que, en el caso de la reforma llevada a cabo, no fueron llevados a cabo.

⁴ STJCE de 17 de diciembre de 1980, Asunto Comisión c. Bélgica, 149/79.

⁵ En este sentido, M. A. BALLESTER PASTOR: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 43.

una situación jurídica de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, con la consecuencia de que no pueden establecerse requisitos para acceder a los mismos que tengan carácter discriminatorio»⁶, es decir, se trata de «un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en último término, ante este Tribunal toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad»⁷. Con ello el Tribunal ha venido a corregir cierta jurisprudencia anterior que tendía a confundir, al menos en su redacción, la garantía de igualdad con el derecho al acceso⁸.

1.2. La LO 7/1985 y la prohibición del desempeño de cargos públicos

La primera norma postconstitucional destinada a regular la situación de los extranjeros en España, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, sí que contiene, al contrario de lo que hemos señalado respecto a la propia constitución, una prohibición expresa respecto al acceso de éstos a la administración pública. Efectivamente, el apartado primero de su artículo 5 establecía que «los extranjeros no podrán (...) acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad». A pesar de la firmeza de la prohibición, el alcance que había de ser dado a la misma dependía en gran medida del contenido que se diese al concepto *cargos públicos* y, más allá, de su distinción con respecto de las funciones públicas.

Como ya ha sido visto, el artículo 23 CE señala el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con lo que junto al término cargo público aparece el de función pública. Parte de la jurisprudencia ha entendido que ambos términos complementan una misma realidad, de este modo, el acceso a un cargo lleva implícito el ejercicio de una serie de funciones públicas por lo que no cabe confrontar ambos términos sino entender que el concepto cargo público engloba el de funciones públicas y, por tanto, el derecho primigenio recogido en el dicho artículo es el del acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, derecho respecto del cual el acceso a las funciones públicas con las mismas garantías aparecería como derivado. Es decir, difícilmente podría accederse al ejercicio de funciones públicas sin haber accedido antes a un cargo público desde el que ejercerlas. Heredera de este concepto, es la jurisprudencia que se esfuerza por distinguir entre

⁶ STC 47/1990, de 20 de marzo. En un sentido similar, ver las sentencias del TC 148/1986, 193/1987, 47/1990, 200/1991, 353/1993 y 73/1998.

⁷ STC 50/1986, de 23 de abril.

⁸ Ver STC 5/1983, de 4 de febrero, o STC 23/1984, de 20 de febrero.

cargo público representativo y no representativo, los cuales llevan implícitamente aparejadas sus respectivas funciones representativas y no representativas⁹.

Este concepto amplio de cargo público no llevaría a concluir que la prohibición contenida en la LO 7/1985 impedía completamente el acceso de los extranjeros a la Administración pública, al no poder ocupar éstos ningún cargo público, independientemente de su naturaleza —sea o no ésta representativa—, y, consecuentemente, no poder ejercer ningún tipo de función pública¹⁰.

Entiendo, sin embargo, que esta jurisprudencia había de ser corregida con otra más acertada que otorga un significado alternativo y no complementario de los términos funciones y cargos públicos. Según ésta, con la distinción recogida en el artículo 23.2 CE «se reconocen, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales a través del cual se despliega un aspecto de la participación de los ciudadanos en las instituciones públicas que tienen su conexión propia en los principios que, según el artículo 103 de la Constitución, deben regir la organización y funcionamiento de la Administración y, de otro lado, los derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el artículo 1 de la Constitución»¹¹, con lo que «el derecho de acceso a los cargos públicos que

⁹ Ver la STC 24/1990, de 15 febrero, donde la falta de distinción entre cargos y funciones públicas se hace especialmente patente.

¹⁰ Incluso partiendo de un concepto amplio de cargo público, C. CONSUEGRA I GINER entiende que «esta interpretación nace de una equiparación errónea del término cargo público con la ocupación de cualquier puesto de trabajo a la Administración. Al respecto, hay que tener en cuenta que el término cargo público abarca dos acepciones: una, referida al ejercicio de un cargo de representación política, y la otra, a la del ejercicio de la función pública. En ésta última no se puede incluir al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, haciendo una interpretación tan restrictiva al ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como es el derecho al trabajo, ya que de así haberlo deseado al legislador habría hecho una alusión expresa al respecto». CONSUEGRA I GINER, F., «Los extranjeros no comunitarios y la Función Pública Local», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4 (2004), p. 655.

¹¹ STC 71/1989, de 20 de abril. Según PULIDO QUECEDO resultaría «conveniente separar nítidamente el concepto de cargo público del de función pública, reservando aquél para los cargos de naturaleza representativa (art. 23.1 en conexión con el art. 23.2 CE) y no representativo (si bien delimitando, de forma más estricta, dicha noción) y restringir la noción de funciones públicas a las situaciones derivadas del acceso y permanencia en la función pública, lo que requiere previamente la adopción de un criterio formal o material de dicha noción». PULIDO QUECEDO, M.: «Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas: (comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30 (1990), p. 165. Esta triple distinción pretende, aparentemente, hacer compatibles ambas líneas jurisprudenciales cuando en realidad el concepto de funciones públicas parece coincidir con el de cargos públicos no representativos.

regula el artículo 23.2 interpretado en conexión en el 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los Entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 CE —Comunidades Autónomas, municipios y provincias—¹².

Es decir, mientras el acceso a los cargos públicos viene íntimamente relacionado con el derecho, reconocido a los ciudadanos en el artículo 23.1 CE, a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal; el acceso a las funciones públicas se complementa con la previsión recogida en el artículo 103.3 CE, de que este acceso se lleve a cabo bajo los principios de mérito y capacidad. Una interpretación como la rebatida, en la que cargos y funciones fuesen equivalentes, llevaría a exigir en el acceso a los cargos públicos el cumplimiento de estos mismos principios, cuyo contenido parece poco compatibles con un proceso electoral por sufragio universal.

En definitiva, entendemos que la prohibición recogida en el artículo 5 de la LO 7/1985 hacía referencia exclusivamente «al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad» y no incluía, por tanto, a las funciones públicas que no impliquen dicho ejercicio¹³.

A esta ausencia de prohibición en el ejercicio de dichas funciones, habría que añadir la autorización expresa, recogida en el apartado tercero del mismo artículo, respecto al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica por parte de extranjeros; una autorización que, previsiblemente, hace referencia a ejercicio de dichas actividades en centros de carácter público, no sólo por su inclusión en este mismo artículo 5 sino porque una previsión de tal tipo referida a la actividad privada de docentes e investigadores resultaría poco comprensible. De cualquier forma, es necesario señalar que dicha previsión no supone el levantamiento de una prohibición genérica, en tanto dichas actividades no aparecen relacionadas ningún cargo público ni suponen el ejercicio de autoridad, sino que sirve para dotarlas de una protección específica derivada de su inclusión en una ley de carácter orgánico.

¹² STC 23/1984, de 20 de febrero.

¹³ En este mismo sentido, la sentencia del TSJ de Andalucía, de Málaga, de 10 de julio de 1998, recurso 253/1998, entiende que «sostener la tesis contraria sería tanto como admitir que los ciudadanos extranjeros en ningún caso pueden prestar servicios para la Administración Pública, lo que estimamos no es voluntad del legislador, el cual lo que pretende con dicho precepto es vetar a los extranjeros el acceso a las tareas de gestión y protección de intereses generales normalmente conectados con el ejercicio de la soberanía estatal o, lo que es lo mismo, una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas».

1.3. La Ley Orgánica 4/2000 y el reconocimiento legislativo de la posibilidad de acceso de los extranjeros a la Administración Pública

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, vino a sustituir la anterior LO 7/1985 estableciendo, en cuanto al acceso a la Administración Pública se refiere, un régimen más favorable para los ciudadanos extranjeros.

En primer lugar, desaparece la prohibición que la regulación anterior establecía, con todos los matices señalados, respecto al desempeño de cargos públicos por parte de los extranjeros, una modificación que hay que entender en consonancia con la ya anteriormente señalada reforma constitucional llevada a cabo el 27 de agosto de 1992 con el objetivo de autorizar el sufragio activo en las elecciones municipales de los ciudadanos comunitarios residentes en nuestro país.

En segundo lugar, se recoge de forma genérica el derecho al trabajo —derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena¹⁴— de los extranjeros y señala específicamente la posibilidad de que los mismos accedan «como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y publicidad»¹⁵. Esta autorización expresa a llevar a cabo una actividad laboral en el seno de la Administración pública supone una mejora evidente respecto de la regulación anterior donde, si bien no existía —como ha sido argumentado— la prohibición de que dicha actividad fuese llevada a cabo, tampoco aparecía un derecho expreso que pudiese ser esgrimido por el extranjero al cual se le impidiese el acceso a la misma¹⁶.

¹⁴ Esta es la redacción contenida en el artículo 10.1 de la ley, perifrasis que parece querer evitar la enunciación del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 35 CE exclusivamente a los españoles, pero cuyo contenido resulta equivalente al mismo. De cualquier forma, supone un avance respecto a la regulación de la LO 7/1985, donde no se hacía referencia alguna al derecho al trabajo de los extranjeros, a pesar de que sí que se les reconocían derechos específicamente laborales como el de sindicación o el de huelga.

¹⁵ Apartado segundo del artículo 11 de la ley en su redacción original.

¹⁶ De todos modos, es necesario señalar como, a pesar del reconocimiento expreso del derecho, su perfeccionamiento se ha visto dificultado desde la propia Administración Pública. En este sentido, CONSUEGRE I GINER advierte que «durante el último trimestre del año 2002, del total de bases publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, para la provisión de puestos de trabajo en régimen laboral de los entes locales de este ámbito territorial, sólo en el 43 por 100 se respeta la legalidad vigente, mientras que el 57 por 100 restante siguen exigiendo el requisito de la nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea para participar en procesos selectivos (incluso en algún caso sólo la nacionalidad española)». CONSUEGRA I GINER, F.: «Los extranjeros no comunitarios y la Función Pública Local», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4 (2004), p. 655.

De cualquier forma, no cabe ignorar que la expresa referencia al derecho de los extranjeros a acceder a una actividad laboral al servicio de las Administraciones Públicas, del mismo modo que impide una interpretación rígida que rechace todo acceso de los extranjeros a la función pública, puede ser utilizado como argumento que *stricto sensu* o *ad contrarium* niegue la posibilidad de que la relación de los extranjeros con la Administración Pública sea distinta a la de personal laboral.

Finalmente, señalar como la previsión relativa al acceso por parte de los extranjeros al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica, posibilidad anteriormente admitida en la LO 7/1985, se ve completada en el artículo 9 de la LO 4/2000 con la autorización para «crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes».

Es necesario señalar como el apartado que contiene tanto la antigua como la nueva previsión no aparece en el artículo 10, referido al derecho al trabajo y a la seguridad social, sino en el artículo 9, destinado a regular el derecho a la educación. Esta localización resulta ciertamente criticable, en primer lugar, porque desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica, así como la creación y dirección de centros educativos o científicos, poco tienen que ver, a pesar del ámbito donde se desarrollan, con el derecho a la educación de quienes ejercitan dicha actividad, y mucho, sin embargo, con el derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena.

No sólo eso, la separación de este apartado con la regulación del acceso a la Administración pública de los extranjeros dificulta su propia interpretación en tanto que, como antes veíamos, el desempeño de actividades docentes o investigadoras al que se hacía referencia era el llevado a cabo en el ámbito público. No creo, sin embargo, que pueda llegarse a una interpretación distinta a la que, respecto a una previsión idéntica, otorgábamos al artículo 5.3 de la LO 7/1985, pero es necesario admitir que parte de la argumentación anteriormente ofrecida pierde su fundamento, no sólo por su diferente situación, sino porque, además, las actividades anteriormente señaladas son ampliadas con la creación y dirección de centros y, si bien esta dirección puede ser llevada a cabo en un ámbito público, es evidente que la creación dichos centros se sitúa en un ámbito exclusivamente privado.

1.4. La reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, de 22 de diciembre

Las particulares circunstancias en las que se aprobó la LO 4/2000, aprobada a pesar de la posición contraria del Gobierno, manifestaban

la fragilidad de una norma sostenida por una exigua mayoría ¹⁷. Esta fragilidad se concretó con el cambio de mayoría en el Parlamento tras las elecciones de 12 de marzo de 2000 y la aprobación de la LO 8/2000, que venía a modificar, apenas once meses después de su entrada en vigor, la LO 4/2000.

Si bien el contenido sustancial de la LO 4/2000 se mantiene, es necesario señalar dos modificaciones que, respecto a la materia tratada, merecen ser señaladas.

En primer lugar, el artículo 9 introduce un nuevo requisito para los extranjeros que pretendan llevar a cabo actividades docentes o investigadoras, o bien, crear o dirigir centros donde se desarrollen dichas actividades, al exigir que estos extranjeros sean residentes en España. La exigencia de que aquellos extranjeros que pretendan llevar a cabo la creación o dirección de centros en España sean residentes puede ser comprensible; no lo es tanto, sin embargo, que para la mera labor docente o investigadora sea necesario dicho requisito ya que estas actividades son frecuentemente llevadas a cabo por un periodo de tiempo reducido ¹⁸. Ciertamente, la autorización para la realización de actividades lucrativas, regulada en el artículo 36 de la LO 4/2000, establece que la concesión de la misma habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, con lo que dicha autorización supondría el cumplimiento del requisito ¹⁹, sin embargo, paralelamente la misma ley señala entre los sujetos exceptuados de dicha autorización a:

- «a) los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados, por el Estado, las comunidades autónomas o los entes locales o los organismos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores.

¹⁷ El texto se aprobó en el seno del Congreso, con la significativa abstención de los diputados del Partido Popular, cuyo grupo parlamentario incluyó importantes enmiendas en el texto aprobado por el Senado que fueron rechazadas por el Pleno del Congreso de los Diputados, dando lugar a un hecho inédito, hasta entonces, en nuestro sistema político, la aprobación de una importante ley orgánica, con la oposición abierta del Gobierno y del grupo parlamentario que lo apoyaba. R. ODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios», en *Relaciones Laborales*, vol. II (2000), p. 94.

¹⁸ A modo de ejemplo, el artículo 6 del Régimen de contratación por la Universidad de Salamanca de profesorado visitante (aprobado en la sesión ordinaria del Consejo de Gobierno de 28 de abril de 2005) establece que dicha contratación podrá tener una duración mínima de un mes y no podrá ser superior al año.

¹⁹ Si bien es necesario señalar que esta es una posibilidad introducida por la reforma llevada a cabo por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, por lo que, tras la LO 8/2000, autorización para trabajar y permiso de residencia habían de ser adquiridos con anterioridad al inicio de la actividad laboral.

- b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.
- c) El personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas»²⁰.

Resulta sorprendente que por un lado se exceptúe a estos sujetos de la autorización para trabajar y, por otro, se les exija la residencia en España, lo que parece reflejar una excesiva rigidez por parte de la ley en este apartado que le condena a un más que previsible incumplimiento²¹.

En segundo lugar, se establece que el acceso como personal laboral al servicio de la Administración pública de los extranjeros residentes en España se hará «en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea». Dejando a un lado la caótica redacción que se deriva de la introducción a modo de remiendo de la previsión señalada²², parece que la misma pretende equipar a los extranjeros de terceros países con los extranjeros provenientes de un Estado miembro, diferenciando ambos de los nacionales españoles que, previsiblemente, podrían gozar de unas condiciones más beneficiosas en el acceso a la contratación laboral por parte de la Administración pública. Si bien aparentemente esta previsión parece tener un contenido restrictivo, de hecho supone una potencial mejora, dado que, ante el silencio previo, difícilmente podía sostenerse la completa equiparación de los extranjeros con los ciudadanos españoles²³, ni tampoco, a falta de una referencia expresa²⁴, la de los extranjeros no comunitarios con los na-

²⁰ Artículo 41 de la LO 4/2000 en su redacción actual tras la reforma llevada a cabo por la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

²¹ A este respecto, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, no ha recogido, ni en su versión original ni en las sucesivas reformas, la necesidad de un permiso de residencia previo a la contratación de profesores visitantes.

²² Extranjeros son, igualmente, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, exceptuando los españoles que, si bien no son extranjeros, si son nacionales de un Estado miembro.

²³ Recordemos, en este sentido, que la combinación de los artículos constitucionales 13 y 23 daba como resultado que los únicos a los que se garantizaba el acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad fuesen los españoles. En contra de esta opinión, CONSUEGRE I GINER entendía que «el texto de su artículo 10.2 no deja lugar a dudas y equipara, por fin y en el terreno laboral, a los extranjeros no comunitarios y a los españoles, con respecto a su derecho de acceso a puestos de trabajo en la Administración Pública». CONSUEGRE I GINER, F.: «Los extranjeros no comunitarios y la Función Pública Local», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4 (2004), p. 655.

²⁴ Aunque discutible, esta es la interpretación que mayoritariamente ha adoptado la jurisprudencia.

cionales de Estados miembros de la Unión Europea, los cuales, como después se verá, gozan de una situación privilegiada respecto a aquellos en el acceso a la función pública.

1.5. El Estatuto Básico del Empleado Público, una progresión incompleta

El teórico avance que suponía para la totalidad de extranjeros su equiparación con los nacionales de Estados miembros su contratación laboral, se ve superado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, al establecer ésta que «podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles».

Ello implica que, en cuanto al acceso a la función pública a través de la contratación laboral, el legislador ha optado por ampliar las condiciones de igualdad a su grado máximo eliminando cualquier tipo de discriminación proveniente de la nacionalidad de los candidatos, y ello a pesar de que, como hemos visto, estaba autorizado constitucionalmente a establecer distinciones a favor de los ciudadanos españoles. No obstante, esta licencia constitucional había sido, como se verá, fuertemente limitada con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea y con el posterior desarrollo del derecho y la jurisprudencia comunitarios, los cuales venían exigiendo la restricción del ámbito en el que era aplicable un trato de favor para los españoles.

En este sentido, es preciso ver cómo la equiparación, llevada a cabo por la LO 8/2000, entre extranjeros comunitarios y no comunitarios en cuanto al acceso como personal laboral ha servido de enlace para que la igualdad entre los españoles y el resto de nacionales de Estados miembros no dejase fuera a los nacionales de terceros países, lo cual, sin embargo, sí sucede en otras formas de empleo público.

De cualquier forma, y a pesar de sus limitaciones, ha de resaltarse la modificación introducida puesto que, como el propio estatuto subraya, «la manifestación más significativa de esa tendencia a la diversidad [en los regímenes de empleo público] viene siendo el recurso por muchas Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral», además de que «no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral»²⁵.

²⁵ Exposición de Motivos del Estatuto Básico del Empleado Público.

2. EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

La adhesión de España a las Comunidad Económica Europea en 1986 y la posterior aprobación del Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, supuso la aparición en de una nueva categoría de ciudadanos que venía a distorsionar la clásica división entre ciudadanos nacionales y extranjeros. La posterior legislación y, muy especialmente, jurisprudencia comunitarias surgidas desde entonces no han hecho sino definir y precisar la posición que esta categoría ha de ocupar en los distintos sistemas nacionales, orientando y —no pocas veces— corrigiendo las legislaciones de los distintos Estados miembros. España, como no podía ser de otra forma, y, más concretamente, la cuestión relativa al acceso de los ciudadanos comunitarios a la Administración Pública no ha sido ajena a este proceso.

La adhesión de España al acuerdo Schenguen en 1991 y su entrada en vigor en 1992, supuso la plena aceptación de la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Europea y la consecuente abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros. A pesar de que el propio tratado constitutivo excluía que dicha libertad fuera aplicada a los empleos en la Administración pública ²⁶, la jurisprudencia comunitaria se había encargado de hacer una interpretación restrictiva de dicha exclusión que exigía que la regulación contenida en la ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España —encargada, como hemos visto, de regular el acceso de los extranjeros al empleo público en España— fuese profundamente revisada.

El resultado fue la aprobación de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, la cual, todavía con una actitud reacia a la equiparación de derechos entre ciudadanos españoles y comunitarios en cuanto a su acceso a la Administración pública, establecía que el mismo se produjese en igualdad de condiciones tan sólo en una serie de ámbitos determinados que correspondían exclusivamente al ejercicio de investigadoras, docentes, de correos o sanitarias de carácter asistencial —siempre, eso sí, que no impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas—, así como a «los demás sectores de la función pública a los que, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores», fórmula que permitía incluir una poco probable amplia-

²⁶ Artículo 39 (antiguo 48) apartado cuarto.

ción por parte de una normativa europea que, como hemos señalado, partía de la no aplicación de la libertad de circulación a los empleos de las distintas administraciones nacionales.

Igualmente se establecía la exigencia de que fuese el Gobierno o, en su caso, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas los que determinasen, en el ámbito de sus respectivas competencias, los cuerpos, escalas, plazas o empleos, a los que, de acuerdo lo anteriormente señalado, pudieran acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, si bien dicha determinación no fue entendida por los tribunales como imprescindible a la hora de permitir el acceso de los mismos²⁷.

El siguiente paso en el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos comunitarios, viene marcado por la reforma de la anterior regulación, llevada a cabo por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta norma introdujo una modificación de la Ley 17/1993, que vino a establecer la igualdad de condiciones entre los españoles y los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión en cuanto al acceso a todo empleo público, exceptuando únicamente aquellos que implicasen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público o bien supusiesen el desempeño de funciones que tuviesen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas.

La modificación contenida en esta ley suponía, básicamente, la normativización de la jurisprudencia previamente asentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La distinta orientación de esta norma se observa igualmente en cuanto a la función que la misma encomienda al Gobierno y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas, los cuales ya no han de especificar los puestos a los que pueden optar los ciudadanos comunitarios sino aquellos a los que no pueden acceder, convirtiendo, por tanto, en excepción la limitación que en la anterior regulación constituía la regla general²⁸.

²⁷ En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en su sentencia de 27 de diciembre de 2000, recurso 88/1999, indicaba que: «la falta de determinación por la Administración Autonómica (...) en el ámbito de sus respectivas competencias, de los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos, a los que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea (...), no puede servir de excusa para eludir su aplicación con exclusión de su participación en las convocatorias y superación de los procesos selectivos correspondientes».

²⁸ Completando esta previsión, el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, aprueba la relación de Cuerpos y Escalas a los que no podrán acceder los nacionales de otros Estados.

Toda esta regulación viene a ser derogada por el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, el cual, sin embargo, no introduce ninguna modificación significativa más allá de la recopilación bajo un criterio más sistemático de todo el régimen anterior en un mismo artículo.

3. LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Como ya ha sido señalado, la previsión contenida en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, referente a la exclusión de la libre circulación en el ámbito de la Administración pública, ha sido fuertemente matizada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

En su sentencia de 12 de febrero de 1974 ²⁹, el Tribunal manifiesta las que serán las líneas maestras de una interpretación restrictiva de la citada derogación. Así, señala que a la misma «no se le pueda atribuir un alcance que sobrepase el objeto por el cual la cláusula ha sido establecida», siendo por tanto irrelevante que el trabajador «se halle contratado en calidad de obrero, empleado o funcionario, o incluso que su vínculo laboral se someta al derecho público o privado» y excluyendo así que la derogación pueda depender de la naturaleza del vínculo jurídico que nace entre el trabajador y la Administración.

Posteriormente el Tribunal ³⁰ se ha encargado de perfilar los empleos que pueden quedar excluidos de la libre circulación de trabajadores en base a que ni «la delimitación de la noción de Administración Pública no puede dejarse a la completa discrecionalidad de los Estados miembros», ni «cabe acoger una interpretación en virtud de la cual la excepción del artículo 48.4 tenga un alcance general referido a todos los puestos de trabajo en la Administración». Es necesario, por tanto, que la excepción se limite a aquellas «actividades que impliquen una participación en los poderes públicos y estén conexas a la tutela de intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas» ³¹.

Ya ha sido señalado como esta jurisprudencia impulsado modificaciones legislativas que adecuasen la normativa española a la inter-

²⁹ STJCE de 12 de febrero de 1974, Asunto *Sotgiu*, 152/73.

³⁰ STJCE de 17 de diciembre de 1980, Asunto *Comisión contra Bélgica*, 149/179.

³¹ En el mismo sentido se han manifestado las STJCE de 3 de junio de 1986, Asunto *Comisión contra Francia*, 307/84; de 16 de junio de 1987, Asunto *Comisión contra Italia*, 225/85; de 30 de mayo de 1989, Asunto *Allué y otros contra Università degli studi di Venezia*, 33/88; de 27 de noviembre de 1991, Asunto *Bleis*, C-4/91; de 2 de agosto de 1993, Asuntos *Allué y otros contra Università degli studi di Venezia y Università degli studi di Parma*, C-259/91, C-331/91 y C-332/91; y de 23 de febrero de 1994, Asunto *Scholz*, C-419/92.

pretación en ella contenida, dando como resultado la creación entre la totalidad de extranjeros de una categoría «privilegiada», en cuanto al acceso al empleo público se refiere, compuesta por los nacionales del resto de Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo³², así como los nacionales de aquellos Estados a los que, en virtud de Tratados Internacionales celebrados por la Comunidad Económica Europea y ratificados por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

No cabe duda de que, a pesar de su reflejo en las legislaciones nacionales, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas limita su ámbito de intervención al marco normativo comunitario y de que su actuación viene condicionada por la afectación de los derechos de los sujetos en él comprendido, entre los cuales no se encuentran, evidentemente, los extranjeros provenientes de terceros países. Dicho esto, es necesario, sin embargo, plantear si la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia no puede tener un valor cuando menos orientador en cuanto a la interpretación que los propios tribunales nacionales llevan a cabo respecto de la normativa española.

La base fundamental donde descansa la doctrina comunitaria, esto es, la aplicación, a la hora de determinar el ámbito de empleo público restringido para los nacionales de un país, de un criterio funcional —cimentado en el desempeño de actividades que impliquen participación en el poder público o incidan en la tutela de intereses generales del Estado— habrá de orientar la interpretación que los propios tribunales españoles lleven a cabo respecto a la normativa nacional aplicable a los ciudadanos comunitarios. ¿Resulta, por tanto, coherente el mantenimiento de un criterio institucional —fundamentado en la naturaleza, discrecionalmente establecida por la Administración, del vínculo jurídico que une a ésta con su empleado— aplicable al resto de extranjeros en la interpretación de unas normas que, en muchos casos, serán coincidentes con las aplicadas a los ciudadanos comunitarios?

Si bien estos últimos carecen de la libertad de circulación proclamada por el Tratado Constitutivo, no es menos cierto que el propio ordenamiento español les reconoce el derecho al trabajo³³ y establece que el mismo se ejercerá, una vez adquirida la residencia permanente, en igualdad de condiciones que los españoles³⁴. ¿Está justificado que este derecho sea cercenado en cuanto a su aplicación en el ámbito público por la

³² Es decir, los nacionales de los 27 Estados que componen la Unión Europea, teniendo en cuenta las restricciones que respecto a dicha libertad se han establecido para los países de reciente entrada, más los nacionales de Islandia, Liechtenstein y Noruega.

³³ Artículo 10.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero.

³⁴ Artículo 32.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero.

mera definición formal que la Administración quiera dar al puesto de trabajo ofertado? ¿Debe ser mantenida la exclusión de los trabajadores extranjeros no comunitarios en empleos públicos³⁵ que no impliquen, ni directa ni indirectamente, 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, por el mero hecho de que los mismos sean dotados de un carácter funcional?

4. EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS COMO PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS

Lejos de querer hacer un estudio exhaustivo del alcance de la modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, reforma llevada a cabo por la Ley 32/2002, de 5 de julio, que posibilitó el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional³⁶, este último epígrafe pretende enlazar las conclusiones extraídas de los apartados anteriores con la argumentación contenida en la exposición de motivos de esta última ley.

Se señala en la misma que el «fenómeno de la inmigración (...), no sólo necesita una disposición solidaria de la sociedad española, sino que además impone un esfuerzo común de todos los poderes e instituciones públicos. A este esfuerzo no han de quedar ajenas las Fuerzas Armadas. Ello supondrá, por otra parte, lograr un cierto incremento —en todo caso no muy significativo— en la base de reclutamiento. Ello requiere la adopción de las medidas legales oportunas a fin de levantar la prohibición de que nacionales de otros países puedan formar parte de nuestras Fuerzas Armadas»³⁷.

³⁵ La lista de estos empleos va desde personal sanitario —médicos (STSJ del Principado de Asturias, de 29 de diciembre de 1999, rec. 2036/1997; y de 19 de enero de 2000, rec. 615/1997) o enfermeros (STSJ de Les Illes Balears, de 21 de noviembre de 2000, rec. 680/2000), incluso en régimen de interinidad (STSJ de Castilla-La Mancha, de 11 de abril de 2000, rec. 2401/1997)— o del servicio de correos (STSJ de Cataluña, de 14 de enero, núm. 286/1998), a profesores de violonchelo (STSJ de Madrid, núm. 295/2001 de 24 de marzo de 2001).

³⁶ Es importante subrayar que la condición de militar profesional no tiene un carácter laboral sino que se define tanto por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas (art. 94.4), como por la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, que la sustituye en este apartado, como una «una relación jurídico-pública de carácter especial».

³⁷ Con lo que se corrobora, en palabras de MALDONADO RAMOS que «las Fuerzas Armadas no cumplen en nuestro país una función únicamente disuasoria o defensiva, sino también socializadora y de fomento de la igualdad, en consonancia con la caracterización constitucional del Estado como social y democrático de Derecho». MALDONADO RAMOS, J.: «Extranjeros y defensa nacional», en AA.VV. (coord.: A. PALOMAR OLMEDA), *Tratado de extranjería*, 2.ª ed, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 822.

En primer lugar, llama la atención que este «esfuerzo común de todos los poderes e instituciones públicos», que en el ámbito de las Fuerzas Armadas ha dado la posibilidad de que a las mismas se incorporen un amplio número de extranjeros no comunitarios³⁸, no haya generado en el resto de instituciones públicas un «esfuerzo» paralelo que facilitase la entrada de este colectivo en otros ámbitos públicos distintos del militar.

Posteriormente, junto al objetivo prioritario de favorecer la integración de los inmigrantes, se señala una consecuencia supletoria del mismo, esto es, «un cierto incremento —en todo caso no muy significativo— en la base de reclutamiento». Este incremento no muy significativo fue concretado por el Reglamento de Acceso de Extranjeros a la Condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería³⁹, el cual fijó un cupo máximo del 2 por 100 del total de efectivos de tropa y marinería profesional, cupo al que se le dio una vigencia de tres años.

Apenas dos años después y antes, por tanto, de cumplirse la vigencia señalada, este porcentaje fue ampliado hasta el 7 por 100, si bien esta medida no tuvo como objetivo el incremento en la base de reclutamiento sino —como el propio Real Decreto 2266/2004, de 3 de diciembre, introductoria de la medida indicada en su Exposición de Motivos— que «considerado el incremento de este colectivo en la sociedad española y para facilitar su presencia e integración en nuestra realidad social, [era] aconsejable variar la previsión inicial con el aumento de este porcentaje aunque no [hubiese] transcurrido el periodo de tres años citado». Esta medida se vio complementada con la ampliación —llevada a cabo por la Orden 217/2005, de 30 de diciembre— de las especialidades a las que podían acceder extranjeros.

Finalmente, la Orden 66/2007, de 4 de mayo, llevó a cabo una nueva ampliación tanto del porcentaje, fijado en el 9 por 100, como de las unidades y especialidades a las que pueden acceder los extranjeros señalados, justificada, nuevamente, en el importante «incremento del colectivo de extranjeros en la sociedad española» y «considerando que el objetivo de facilitar su presencia e integración en nuestra realidad social mantiene su plena validez».

Sin querer dudar de que el objetivo perseguido por las normas mencionadas sea el señalado, y no la ampliación del número de posibles candidatos a incorporarse a un ejército profesional necesitado de personal, sí parece conveniente que otros ámbitos de la Administración pú-

³⁸ La medida resulta de aplicación a los nacionales de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

³⁹ Aprobado por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre.

blica participen del entusiasmo integrador manifestado por las Fuerzas Armadas permitiendo la incorporación de extranjeros no comunitarios. La valoración positiva que ha tenido la presencia de los mismos en un sector estrechamente vinculado con la salvaguardia de intereses generales del Estado como es el militar, quizás puede servir como aliciente a la apertura de otros ámbitos como el sanitario, administrativo o educativo, sobre todo teniendo en cuenta que quizás es más efectivo «facilitar su presencia e integración en nuestra realidad social» permitiéndoles ocupar un puesto de funcionario cualquier municipio español en lugar del de militar de tropa en Afganistán.

El mantenimiento de esta restricción no sólo supone una limitación de los derechos de los extranjeros no comunitarios sino que, más allá, afecta a la totalidad de los ciudadanos residentes en nuestro país, en tanto que una limitación injustificada de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública que lleve a excluir a candidatos al mismo en razón de la nacionalidad su nacionalidad y no de su competencia no puede sino generar un peor desenvolvimiento de los servicios públicos desarrollados por la Administración española.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DOCENTE
E INVESTIGADOR LABORAL DE LAS
UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

DULCE MARÍA CAIRÓS BARRETO

Profesora Contratada Doctora
Universidad de La Laguna

SUMARIO:

1. EL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR CON RÉGIMEN LABORAL DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.—
2. LOS NUEVOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR LABORAL TRAS LA LO 4/2007.—3 . A PROPÓSITO DE LA CARRERA PROFESIONAL DEL PROFESOR E INVESTIGADOR LABORAL.—
4. OTROS CONTRATOS DE TRABAJO EN EL SENO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS Y SU CONFIGURACIÓN TRAS LA LO 4/2007.—5 . LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR LABORAL.

1. EL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR CON RÉGIMEN LABORAL DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

El régimen jurídico del personal docente e investigador al servicio de las Universidades Públicas ha sufrido en los últimos años un conjunto de nuevas configuraciones, modificaciones, contra-modificaciones y adiciones que aconseja una reflexión profunda, no ya sobre el sentido o la bondad de la nueva regulación, sino sobre el propio contenido de la misma, de modo que la primera cuestión sobre la que parece conveniente realizar una reflexión seria y pausada es la relativa a la identificación del régimen jurídico aplicable.

El artículo 47 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), establecía que el personal docente e investigador de las Universidades Públicas estaría compuesto de funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y de personal contratado, siendo este personal contratado en régimen laboral, según disponía su propio artículo 48.1. Además, el número 3 permitía que las Universidades contratasen para obra o servicio determinado personal docente, investigador, técnico u otro personal, para el desarrollo de proyectos concretos de investigación científica o técnica. A continuación, la LOU señalaba las posibles figuras de contratación en régimen laboral en las Universidades Españolas, de acuerdo a una serie de criterios y requisitos de acceso a los mismos. Este artículo fue modificado por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de modificación de la LOU, en cuyo texto se disponían algunas aclaraciones con respecto a la redacción tan aséptica del texto anterior, señalando más correctamente que las Universidades podrían contratar personal docente e investigador en régimen laboral a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario y también mediante las modalidades previstas en la LET para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo,

así como personal investigador, técnico u otro personal a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica.

El régimen aplicable a estas figuras contractuales es el configurado en la LOU y sus normas de desarrollo y, de modo supletorio, será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y el resto del ordenamiento laboral. Pero el mismo precepto introduce la norma según la cual las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias y en los términos de la LOU, establecerán el régimen jurídico del personal docente e investigador laboral.

Varias son las cuestiones que esta regulación sugiere: si se trata de contratos de trabajo a los que habrá de aplicárseles el régimen laboral común, en todo lo que no esté regulado en la LOU, que será de aplicación preferente y hasta qué punto pueden las Comunidades Autónomas regular aspectos determinados del régimen jurídico del personal docente e investigador laboral, es decir, cuál es, de ser alguno, su título competencial.

El 13 de mayo de 2007 entraba en vigor la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo artículo 2 incluía en su ámbito de aplicación a las Universidades Públicas y a continuación señalaba dos reglas específicas para el personal docente y el investigador: con respecto al personal investigador, se contiene la posibilidad de dictar normas específicas para adaptar el Estatuto a sus peculiaridades y con respecto al personal docente, se señala que se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas y por lo establecido en el propio Estatuto Básico, excepto en una serie de materias: carrera profesional y promoción interna, concepto y modalidades de retribuciones complementarias y las prescripciones en materia de movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas.

La publicación del Estatuto Básico del empleado público y su aplicación al personal de las Universidades Públicas, y en concreto, al personal docente de las mismas, ha supuesto de hecho un nuevo marco jurídico a tener en cuenta a la hora de determinar el régimen jurídico del personal docente en general, y del personal con contrato de trabajo en particular, y ello no sólo porque el mismo texto de la ley contiene una remisión expresa a su régimen jurídico, sino por su vocación de aglutinar aquellas características o principios básicos de regulación que son comunes a cualesquiera personal que preste servicios en las Administraciones Públicas.

El sistema de fuentes aplicable al personal docente en régimen laboral de las Universidades Públicas queda, por lo tanto, configurado del siguiente modo: en primer lugar, será de aplicación la LOU, norma

estatal especial o específica por razón del tipo de Administración Pública de que se trata. En segundo lugar, el Estatuto Básico del Empleado Público en lo que haya expresado su carácter preferente sobre la LET. Supletoriamente con respecto a la LOU, y en tanto contratos de trabajo sometidos al ordenamiento laboral, será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo. Finalmente, en el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas, podrán estas dictar normas de determinación de ciertos aspectos de la regulación jurídica, especialmente en materia retributiva ¹.

Este entramado de remisiones normativas no resultará, sin embargo, tan árido y difícil de desentrañar. Hay que partir de que la LOU no ha establecido el régimen jurídico de la relación de trabajo del personal docente e investigador contratado, se ha limitado a señalar una serie de nuevos contratos de trabajo que serán los que puedan utilizarse en las Universidades Públicas españolas ². Para la determinación del régimen jurídico ha seguido dos vías simultáneas, desde luego, no muy afortunadamente configuradas. Estas vías han sido, por un lado, la llamada a la actuación de las Comunidades Autónomas para que, en el ámbito de sus competencias y siempre dentro de los límites marcados por la LOU, establezcan el régimen del profesorado. La otra vía es la necesaria entrada del Derecho del Trabajo y sus normas reguladoras, en virtud del carácter laboral del contrato, que será de aplicación supletoria con respecto a la LOU. Desde una relación ley general-ley especial entra el EBEP para recordar que el régimen del personal laboral en las Administraciones Públicas puede diferir del laboral común.

Como se ha señalado ya de modo meridianamente claro ³, la entrada de las Comunidades Autónomas en este punto se hará a través del ámbito competencial que ostenten en virtud de la materia, y la materia es laboral, por lo cual se trata de un ámbito en el que tiene el Estado la competencia exclusiva, de modo que la actuación de las Comunidades Autónomas se circunscribe a la ejecución de la legislación laboral del

¹ Artículo 55 LOU: «Las Comunidades Autónomas regularán el régimen retributivo del personal docente e investigador contratado en las Universidades públicas». Con carácter adicional, podrán establecer también retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales por el ejercicio de funciones relativas a actividad y dedicación docente, formación docente, investigación, desarrollo tecnológico, transferencia de conocimientos y gestión.

² También en parte en la Universidad privada, ya que el artículo 72 LOU en su nueva versión establece los requisitos generales que deben cumplir los profesores de universidad privada, si bien, se han rebajado de modo significativo las exigencias contenidas en la versión originaria.

³ DE LA VILLA GIL, L. E.: «Sobre la actividad normativa de las Comunidades Autónomas y las Universidades en materia laboral del profesorado universitario», en *RGDTSS*, 2004, núm. 6, pp. 1-11. También, aunque de modo más atenuado, DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria», en *RL*, 2005, núm. 14, pp. 31-50.

Estado, esto es, la asunción de la actuación administrativa y reglamentaria interna necesaria para la puesta en práctica de la norma estatal⁴. Desde este prisma habrá que entender la llamada que hace la LOU a la intervención autonómica para la determinación del régimen jurídico del personal docente e investigador contratado y, en su virtud, juzgar el desarrollo del régimen jurídico del personal laboral docente e investigador que han hecho ya algunas Comunidades Autónomas, lo que en algunos casos llevará a la duda acerca de su legalidad⁵.

En este escenario no se puede perder de vista que lo que la LOU ha efectuado es una laboralización de una importante parte del profesorado de las Universidades Públicas, sin que pueda afirmarse que lo haya hecho de un modo decidido y rotundo a favor de la modernización de la Administración pública Universidad, dado que perviven los dos modelos de prestación de servicios que caracterizaban el modelo español. Puede decirse por ello que, simplemente, se ha dado un paso más en la atormentada historia del contrato de trabajo en la Administración Pública⁶. Y es precisamente este hecho el que lleva a indagar los principios y la posible influencia que tendrá en el régimen laboral del personal docente e investigador la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público.

2. LOS NUEVOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR LABORAL TRAS LA LO 4/2007

La LOU creó unos nuevos contratos de trabajo para el personal docente, a saber, el contrato del profesor ayudante doctor, de profesor

⁴ DE LA VILLA GIL, L. E.: «Sobre la actividad normativa de las Comunidades Autónomas y las Universidades en materia laboral del profesorado universitario», *op. cit.*, p. 7: «cabe que las CC.AA. establezcan válidamente medidas de selección, formación y promoción del profesorado, decidan los puestos de trabajo que deben cubrirse por el profesorado laboral o las características de aquellos puestos, así como la dedicación del profesorado, las funciones de desempeño de sus tareas en cada uno de tales puestos, las evaluaciones periódicas, los registros del personal docente e investigador, las condiciones de trabajo no contradictorias ni inferiores a las dispuestas en la legislación del Estado y otras análogas».

⁵ De modo tajante se pronuncia DE LA VILLA GIL, L. E.: «Sobre la actividad normativa de las Comunidades Autónomas y las Universidades en materia laboral del profesorado universitario», *op. cit.*, p. 3. También, *vid.* ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La contratación laboral del profesorado en la Ley Orgánica de Universidades*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 2002, p. 21. MOLINA NAVARRETE, C.: «Improvisación» de la LOU, pervisión de la práctica, ¿sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?, en *RDS*, 2004, núm. 25, pp. 83-111. DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria», *op. cit.*, pp. 35-44.

⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La contratación laboral del profesorado en la Ley Orgánica de Universidades», *op. cit.*, p. 13.

contratado doctor y de profesor colaborador, y laboralizó a los profesores ayudantes, asociados, eméritos y visitantes ⁷. Al mismo tiempo, reconoció los contratos para obra o servicio en el marco de proyectos concretos de investigación científica o técnica. Y todo ello sin alterar el régimen de los cuerpos docentes universitarios, que continúan estando formados por los Profesores Titulares de Universidad y los Catedráticos de Universidad ⁸.

El modelo de carrera académica universitaria que la Exposición de Motivos de la LOU expresa haber concebido de modo coherente y equilibrado consta de tres modalidades contractuales, las dos primeras de evidentes rasgos formativos, configuradas para operar de modo sucesivo, y una tercera de carácter estable, que no ha sido suficientemente configurada por la LOU ni como una alternativa a los cuerpos docentes universitarios, ni como la culminación de la carrera laboral ⁹.

Un análisis de las causas y fundamentos de estos tipos contractuales y su relación con los cuerpos docentes universitarios pondrá de manifiesto si la LOU ha reconocido una auténtica carrera académica universitaria y hasta qué punto ha optado por el contrato de trabajo como figura para la prestación de la actividad docente e investigadora en la Universidad, o bien, se limita a jugar en el terreno conocido y semipan-

⁷ La Disposición Derogatoria única de la LOU dejó sin vigencia el soporte de la contratación en régimen administrativo, al derogar expresamente la Disposición Adicional 20 de la Ley 30/1984, según el cual los contratos docentes universitarios de profesores asociados, visitantes y ayudantes tendrían con carácter excepcional naturaleza administrativa.

⁸ Las Disposiciones Adicionales primera y segunda de la LO 4/2007 establecieron la integración de los Catedráticos de Escuela Universitaria y Titulares de Escuela Universitaria en los cuerpos de CU y TU.

⁹ El artículo 51 de la LOU en versión de 2001, que estaba dedicado a los profesores colaboradores, fue dejado sin contenido por la LO 4/2007. Su Disposición Transitoria Segunda establece que reglamentariamente, y previo informe del Consejo de Universidades, el Gobierno determinaría las condiciones y plazos en los que, de forma excepcional, las Universidades podrán contratar Profesores Colaboradores entre Diplomados, Arquitectos Técnicos o Ingenieros Técnicos y hayan obtenido el correspondiente informe favorable por parte de la ANECA o agencia autonómica equivalente. Tal desarrollo reglamentario aún no se ha producido, pero parece clara la intención del legislador de relegar esta figura de profesorado a supuestos excepcionales y a aquellos trabajadores que no estén en condiciones de obtener el título de Doctor. En su versión originaria, la ley concebía esta figura como un contrato de carácter indefinido, inicialmente destinado a Diplomados, Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos en determinadas Áreas de Conocimiento aunque posteriormente se amplió a cualquier Área y trabajador posible. Con respecto a los profesores que a la entrada en vigor de la LO 4/2007 están prestando servicios como profesores colaboradores, la Disposición Adicional 3.ª LOMLOU establece que podrán continuar en el desempeño de sus funciones docentes e investigadoras. Y si están contratados con carácter indefinido, obtienen el título de Doctor y la correspondiente evaluación positiva de su actividad según el artículo 52.a) accederán directamente a la categoría de Profesor Contratado Doctor en sus propias plazas.

tanoso de la aplicación y adaptación del Derecho del Trabajo a las Administraciones Públicas.

A) **El contrato de Ayudante** aparece configurado en la LOU, tanto en la versión originaria como en la redactada por la LO 4/2007, como un contrato de naturaleza formativa (su finalidad principal *será la de completar la formación docente e investigadora* de los trabajadores, art. 49.b) LOU) para ser utilizado en la contratación de quienes hayan sido admitidos o estén en condiciones de ser admitidos en los estudios de doctorado.

Los sujetos posibles de este tipo de contrato serán las personas que hayan finalizado los estudios conducentes a la obtención de los títulos de Licenciado, Arquitecto o Ingeniero, o los nuevos Títulos de Grado y hayan comenzado o vayan a comenzar los estudios de posgrado que lleven a la obtención del Título de Doctor. No podrá concertarse, por tanto, este contrato con los actuales Diplomados, Arquitectos técnicos o Ingenieros técnicos.

El contrato será de carácter temporal y con dedicación a tiempo completo. La duración mínima del contrato será de un año y la máxima de cinco, dentro de ese margen, si el contrato se concierta por un periodo inferior al máximo establecido se podrá prorrogar hasta alcanzar éste. Dado que la duración mínima del contrato es de un año, cabe pensar que las prórrogas serán por la misma duración, de modo que cabrán cuatro prórrogas como máximo.

Las actividades a las que el Profesor Ayudante se dedicará son completar su formación, cursando las materias del programa de doctorado y finalizar con la realización y defensa de la tesis doctoral, así como la colaboración en tareas docentes de índole práctica hasta un máximo de 60 horas anuales.

Nótese que el contrato es a tiempo completo, lo que significa que se ha primado de modo decidido su naturaleza formativa. El carácter práctico de las horas de docencia que puede realizar el profesor habrá que entenderlo en sus justos términos: a nadie se le escapa que a un profesor en formación no se le puede pedir que sea eficiente solucionando un supuesto práctico que exige un enorme conocimiento y dominio de las cuestiones teóricas. Se tratará, en todo caso, de cuestiones de desarrollo de destrezas o habilidades de carácter práctico y accesorio de las teóricas.

El régimen diseñado por la LOU acaba señalando que el cómputo de la duración del contrato, a diferencia de lo que es regla general en el Estatuto de los Trabajadores, se interrumpirá si se produce una situación de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento

durante el periodo de duración del mismo, de modo que esos tiempos no contarán a la hora de determinar la duración máxima del contrato.

B) El contrato de Profesor Ayudante Doctor (art. 50 LOU) se celebrará con Doctores, previa evaluación positiva de su actividad por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o del órgano de evaluación externa que la Comunidad Autónoma determine. Se trata de un requisito que se añade a la obtención del grado de Doctor y que consiste en una demostración de los méritos reunidos por los candidatos en actividades de formación, de investigación y de docencia. Como mérito preferente a la hora de la celebración del contrato recoge la versión vigente de la LOU la estancia del candidato en universidades o centros de investigación de reconocido prestigio, españoles o extranjeros, distintos de la universidad que lleve a cabo la contratación. Este mérito precedente sustituye a la anterior regulación, que establecía un auténtico requisito de validez del contrato cuando exigía que el candidato acreditase al menos dos años de desvinculación con la Universidad que pretendía la contratación y la dedicación de ese tiempo a tareas docentes e investigadoras en centro no vinculados a la misma.

Se trataba de una norma de enorme rigidez que pretendía fomentar la movilidad del futuro profesorado universitario, pero que suponía, al mismo tiempo, un recorte de derechos y un obstáculo a veces casi insalvable para las personas que tras la finalización de los estudios obtenían en su misma Universidad una beca para la realización de tesis o un contrato de Ayudante. Al mismo tiempo, no fue seguida esta norma por el desarrollo de programas de movilidad del profesorado o por convenios de colaboración entre Universidades y centros de investigación o de estos entre sí para fomentar el intercambio de personal dedicado a tareas de investigación y/o docencia, a pesar del expreso mandato de la Disposición Adicional Décima LOU ¹⁰.

Con buen criterio, por tanto, la reforma operada por la LO 4/2007 sustituyó este requisito por su consideración como mérito preferente a la hora de la contratación. Parece que, tanto antes como ahora, la desvinculación se deberá haber producido tanto tras la finalización de los estudios, para la realización de la tesis doctoral (como becario predoctoral o Ayudante en otro centro), como tras la obtención del grado

¹⁰ «Los poderes públicos promoverán mecanismos de movilidad entre las Universidades y otros centros de investigación, son sus correspondientes programas de financiación. Asimismo, promoverán medidas de fomento y colaboración entre las Universidades, centros de enseñanzas no universitarias, Administraciones Públicas, empresas y otras entidades, públicas o privadas, para favorecer la movilidad temporal entre su personal y el que presta servicios en estas entidades (...) se tendrá en cuenta la singularidad de las Universidades de los territorios insulares y la distancia al territorio peninsular».

de doctor, en la modalidad, entonces, de beca posdoctoral o contrato de investigación en otro centro.

El objeto del contrato será la realización de tareas docentes y de investigación con dedicación a tiempo completo. Se trata de un contrato de naturaleza temporal, con una vigencia mínima de un año y máxima de cinco, con posibilidad de prórroga si se concierta por un tiempo menor y con la finalidad de perfeccionar al profesor en tareas docentes e investigadoras. La causa formativa, por tanto, aún siendo evidente, se configura de modo más difuso en el objeto del contrato, y el legislador ha decidido poner un límite temporal estricto como factor de control.

Una muestra más de la naturaleza formativa de esta figura se encuentra en la letra c) del artículo 50 LOU, según la cual se considerarán conjuntamente la celebración de este contrato y la del contrato de Ayudante para configurar la duración máxima posible del profesor en estas dos figuras contractuales. Ningún profesor podrá estar contratado, en la misma o distintas universidades, con arreglo a estas dos figuras contractuales por un tiempo superior a ocho años. Ello supone que el legislador ha estimado que la formación del profesor y su desarrollo de una carrera universitaria es una situación que no puede prolongarse en el tiempo más de ocho años, con independencia de cuántas sean las Universidades en las que se haya prestado servicio, de modo que un mismo trabajador no podrá agotar estas dos modalidades contractuales en su duración máxima si ha ocupado ambos puestos. Puede interpretarse como un signo de flexibilidad en la configuración de estos dos contratos concibiendo estas dos figuras en su conjunto y estableciendo un periodo máximo de tiempo para que el trabajador pase a una situación laboral más estable.

Del mismo modo que se había regulado para el profesor ayudante, las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento interrumpirán el cómputo del tiempo máximo del contrato.

C) El contrato de Profesor Contratado Doctor se celebrará con Doctores que hayan obtenido la evaluación positiva de su actividad por parte de la ANECA o del órgano de evaluación externo que la Comunidad Autónoma determine¹¹.

La causa del contrato ya no es formativa, ya que se explicita que el profesor tendrá plena capacidad docente e investigadora y el objeto de su contratación será el desarrollo de tareas de docencia e investigación o, prioritariamente, de investigación. Se señala también que el contrato

¹¹ Ahora sin ningún otro requisito de antigüedad, requisito que sí se exigía en la versión anterior de la LOU (acreditación de un mínimo de tres años de actividad docente e investigadora o prioritariamente investigadora de carácter posdoctoral).

será de carácter indefinido y a tiempo completo, no siendo posible ya, por ello, que ninguna regulación autonómica lo establezca con carácter temporal o a tiempo parcial.

Se trata sin duda del contrato más controvertido de la regulación de la LOU. Parece estar configurado ahora como la culminación de la carrera universitaria, ya que sus facultades son plenas en materia de docencia e investigación¹², tal y como sucede con los Cuerpos Docentes Universitarios, ya reducidos a los Catedráticos de Universidad y Titulares de Universidad, y a los que se les reconoce de igual modo plena capacidad docente e investigadora.

Este reconocimiento general de capacidad docente e investigadora plena tanto a los Contratados Doctores, como a los Titulares y Catedráticos, unido a las limitaciones que el artículo 48 LOU establece en relación el número de profesores con contrato de trabajo que puede haber en las Universidades¹³ lleva a considerar que la carrera laboral de los Profesores en la Universidad se ha concebido, en términos de cuerpos y escalas en la Administración, como una situación jerárquica inferior. La carrera académica que la LOU ha pretendido garantizar pasa, por tanto, por una fase de sucesivos contratos de trabajo, en la misma u otra Universidad, y, a continuación, el acceso a la funcionalización en los mismos términos en los que ha sido configurado tradicionalmente.

Con estas reglas finaliza el régimen de estas figuras contractuales diseñado en la LOU. Otras condiciones de estos contratos y el régimen jurídico aplicable habrán de encontrarse en la legislación laboral general o la administrativa que corresponda y en la norma autonómica que sea de aplicación, en los términos y con el alcance legal que de igual modo corresponda. Así, por ejemplo, todos estos contratos deberán celebrarse por escrito, porque así lo establecen los artículos 8.2 y 5 LET y los artículos 11 del EBEP y 33 del Real Decreto 364/1995.

¹² A diferencia de lo que hacía el originario artículo 52 LOU, que simplemente señalaba, al igual que se hacía con los Profesores Ayudantes Doctores, que las tareas a desarrollar serían de docencia o investigación o, en el caso del contratado doctor, también prioritariamente investigadores, sin predefinir la capacidad docente e investigadora de ninguno de ellos.

¹³ El personal docente e investigador contratado no podrá superar el 49 por 100 del personal docente e investigador de la Universidad. Tal cómputo se realizará de acuerdo con las siguientes reglas: se trata del 49 por 100 del personal en tiempo completo, de modo que los Profesores a tiempo parcial computarán proporcionalmente a su dedicación. Computarán todos los Profesores excepto los que no impartan docencia en las enseñanzas conducentes a la obtención de los títulos oficiales, debe entenderse tanto de grado como de posgrado. Tampoco computará el personal de los institutos de investigación adscritos a la Universidad, si que importe si imparten docencia en los títulos oficiales de grado o posgrado.

3. A PROPÓSITO DE LA CARRERA PROFESIONAL DEL PROFESOR E INVESTIGADOR LABORAL

Lo que motiva estas reflexiones es la cuestión de la complicada regulación de la carrera profesional de los profesores e investigadores de carácter laboral en el seno de la Administración Pública universitaria. El artículo 16 del Estatuto Básico del Empleado Público define la carrera profesional como «el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad», si bien se trata de la promoción o carrera profesional de los funcionarios de carrera; al mismo tiempo, al artículo 14.c) EBEP señala entre los derechos de los empleados públicos «la progresión en la carrera profesional y promoción interna según los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación». Si bien se trata en este caso de una redacción genérica para todos los empleados públicos, es notorio que la promoción interna, y así lo recuerda el propio artículo 16 EBEP, es un procedimiento reservado a la promoción de los funcionarios de carrera, tanto horizontal como verticalmente, nunca referida a los trabajadores. El derecho a la carrera profesional y a la promoción de los trabajadores «se hará efectivo a través de los procedimientos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos» (art. 19 EBEP).

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2001, por su parte, se enorgullece de haber implantado «el desarrollo de una carrera académica equilibrada y coherente, mediante la creación de nuevas figuras contractuales y la introducción de incentivos, según parámetros de calidad, por parte de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las propias Universidades».

Esa carrera universitaria consiste en el paso, en el supuesto estándar¹⁴, por tres tipos de contrato, dos de naturaleza formativa y temporal y uno de carácter indefinido y, a continuación, la promoción exige necesariamente el acceso al cuerpo de funcionarios de los cuerpos docentes universitarios. El párrafo 3 del artículo 48 LOU señala que el sistema de acceso a estos contratos será el concurso público¹⁵, con las garantías, por tanto, de publicidad y libre concurrencia. La convocatoria será comunicada con la suficiente antelación al Consejo de Universi-

¹⁴ Para la obtención de la autorización necesaria para acceder a la figura de Profesor Contratado Doctor o a los cuerpos Docentes Universitarios será necesario, en caso contrario, haber estado prestando servicios de algún modo que permita la obtención de méritos de investigación y docencia, que son los tenidos en cuenta tanto por la ANECA como por las Agencias Autonómicas para la concesión de las oportunas autorizaciones o acreditaciones.

¹⁵ Excepto la figura de Profesor Visitante.

dades para su difusión entre todas ellas. La selección se efectuará con respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, teniendo la consideración de mérito preferente estar acreditado para participar en los concursos de acceso a los cuerpos docentes universitarios. A tenor de lo expuesto parece claro que cada uno de los posibles accesos de un profesor a un contrato distinto, de carácter jerárquico superior, ha de estar precedido de un concurso público de acceso en el que se garantice la libertad de concurrencia de candidatos.

Hasta qué punto la necesidad de pasar al menos por tres concursos de acceso de carácter libre, sin garantía de conservación del puesto de trabajo para consolidar una posición estable en la Administración Pública sea compatible con el derecho a la promoción y a la estabilidad es una cuestión que escapa a estas líneas, pero sí justifica la regulación convencional que de la carrera universitaria está extendiéndose en las Universidades españolas¹⁶.

En la mayoría de los convenios colectivos vigentes se reconoce el derecho de los profesores contratados con una modalidad de contrato de carácter temporal a promocionar a una plaza de carácter indefinido o de nivel superior, y a los profesores con contrato indefinido el derecho al acceso a un nivel más alto o a los cuerpos de funcionarios docentes. Significativos a este respecto son los convenios colectivos de las Universidades andaluzas y de Castilla-León, que contemplan un plan de promoción y estabilización que va desde el reconocimiento del derecho a la dotación de una plaza en la RPT que les posibilite la promoción a la figura superior hasta la regulación de auténticos procedimientos de promoción interna para el acceso al nivel superior desde las figuras inferiores y la transformación de los contratos previa la acreditación de los requisitos legalmente exigidos para ello¹⁷. No pueden criticarse tales iniciativas si lo que justifica el recurso a los concursos públicos, libres y abiertos es la garantía de la eficacia en la prestación del servicio público.

En relación con el derecho a la estabilidad y el desarrollo de una carrera profesional para los trabajadores con contrato de Ayudante cabe preguntarse si, sin perjuicio de su carácter eminentemente formativo,

¹⁶ Hay nueve convenios colectivos vigentes y se están negociando otros cinco: cuentan con convenio colectivo las Universidades de la Comunidad Autónoma andaluza, la Universidad de Zaragoza, la Universidad de Castilla-La Mancha, las Universidades de Castilla y León, las Universidades catalanas, las Universidades gallegas, las Universidades de Madrid, la Universidad de Navarra y la del País Vasco. Se están negociando los de las Universidades Canarias, de la Universidad de las Islas Baleares, de la Universidad de Extremadura y de la UNED. *Vid.* la relación de convenios suscritos y el texto en http://www.feteugt.es/CM_Fete/uploads/2008/Universidad/

¹⁷ Regulan el derecho de promoción y las regularizaciones de determinadas contrataciones los convenios de las Universidades catalanas, Castilla-La Mancha y País Vasco.

podría concertarse con personas que ya estuviesen en posesión del Título de Doctor, y ello a tenor de lo establecido en el propio artículo 49 LOU, según el cual cabe entre quienes «estén en condiciones de ser admitidos en los estudios de doctorado».

La razón que podría argüirse sería que, siendo ya doctor, aún no se hayan obtenido los requisitos y/o acreditaciones para acceder a la figura de Profesor Ayudante Doctor. Ciertamente, quien ya es Doctor está en condiciones de ser admitido en esos estudios, pero en unos de otra disciplina, no se puede ser doctor dos veces en la misma disciplina. No cabe duda de que contratar como ayudantes a personas que ya están en posesión del Título de Doctor constituye un fraude a la norma, porque la finalidad del contrato es, precisamente, la realización de la tesis doctoral. Ahora bien, si la obtención del título de Doctor tiene lugar durante la vigencia del contrato, no parece que se pueda producir una extinción sobrevenida del contrato por cumplimiento de su finalidad: ni el contrato está sometido a condición resolutoria, ni consta en la ley ninguna causa de extinción distinta a la del transcurso del tiempo máximo de vigencia. Supondría, además, una vulneración del derecho del profesor a su promoción profesional, porque se le impediría seguir obteniendo méritos para su paso a otra figura contractual. Implicaría, al mismo tiempo, una contravención de las normas y principios inspiradores de la propia LOU, que tanto en su exposición de motivos como a lo largo de su articulado pretende crear y promocionar una auténtica carrera profesional del profesorado. En este caso, quizás más que en cualquier otro, podrían arbitrarse fórmulas mediante la negociación colectiva de transformación de este contrato en el contrato que corresponda según la acreditación o acreditaciones que obren en posesión del trabajador, o bien, esperar al transcurso del tiempo máximo de vigencia del contrato, dando tiempo, de ese modo a que el profesor pueda desarrollar sus tareas investigadores y/o docentes y obtener las acreditaciones necesarias para continuar con el desarrollo de su carrera profesional.

Otra cuestión que puede incidir en la carrera profesional de los profesores es la aplicación del artículo 15.5 LET a la contratación laboral en la Universidad. Ciertamente, se plantean dos problemas, en primer lugar, la aplicación de esta norma laboral, que anuda a determinados encadenamientos de contratos en el mismo puesto de trabajo la consecuencia de provocar la declaración de fijeza del trabajador, al personal laboral de las Universidades¹⁸, personal que presta servicios con contratos especiales de trabajo y no con los contratos de trabajo que regula la LET, a lo que habrá que añadir la evidente naturaleza formativa de los contratos de

¹⁸ La Disposición Adicional 15.ª LET establece la aplicación de tales reglas en la Administración Pública, si bien con la peculiaridad de que la Universidad puede convocar el concurso y cubrir la plaza por el procedimiento reglamentario.

Ayudantes y Profesores Ayudantes Doctores y, en segundo lugar, la contradicción con el régimen contractual regulado en la LOU y, especialmente, con los artículos 49 y 50 LOU, que diseñan un juego de contratos de naturaleza temporal con el límite máximo de ocho años, tras los cuales, o se promociona a otra figura o se extingue el contrato ¹⁹.

4. OTROS CONTRATOS DE TRABAJO EN EL SENO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS Y SU CONFIGURACIÓN TRAS LA LO 4/2007

La LOU regula, además, otras figuras contractuales al margen de las que inserta en la que denomina carrera académica. Estas figuras contractuales son, en general, viejas conocidas por la legislación universitaria española y la característica más sobresaliente que puede mencionarse es que han sufrido un proceso de laboralización.

A) **Contrato de Profesor Asociado**, que se podrá celebrar con especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad fuera del ámbito académico universitario para desarrollar exclusivamente tareas docentes, con el objetivo de que aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la Universidad.

Se trata de un contrato de carácter temporal, trimestral, semestral o anual, con posibilidad de renovación por periodos de igual duración, siempre que se siga acreditando el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario. Y será un contrato a tiempo parcial, por su propia naturaleza de prestación de trabajo compartida con el ejercicio de otra actividad profesional.

Según establece la Disposición Adicional 22.^a LOU, si estos profesores son funcionarios públicos dados de alta en el régimen de clases pasivas del Estado continuarán con su respectivo régimen, sin que proceda su alta en el régimen general. Si están sujetos al régimen general o a alguno especial distinto del sistema de clases pasivas, serán alta en el general, y los que no estén dados de alta en ningún régimen obligatorio serán, también, alta en el régimen general.

B) **Contrato de Profesor Visitante**. Se podrá concertar con profesores o investigadores de reconocido prestigio de otras Universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros. El objeto

¹⁹ Vid. SEMPÉRRE NAVARRO, A. V.: «El profesorado laboral de universidades públicas: inesperadas afectaciones (RD-Ley 5/2006), previsible evolución (Estatuto Básico de empleados públicos) y anunciada contrarreforma (Ley Orgánica de Universidades)», en SEMPÉRRE NAVARRO, A. V. (dir.): *El personal docente e investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Laborum, 2006, pp. 221-274.

del contrato es desarrollar tareas docentes o investigadoras a través de las que se aporten los conocimientos y la experiencia docente e investigadora de esos profesores a la universidad española.

El contrato será de carácter temporal, y la duración será la que acuerden las partes. La dedicación será a tiempo completo o parcial, según, también, acuerdo entre las partes, con respeto, naturalmente, a lo establecido en los Estatutos de la Universidad o en la norma autonómica de referencia. Con respecto a las reglas en materia de Seguridad Social, son las mismas que las establecidas para los profesores asociados.

C) **Profesor Emérito.** Se remite la regulación de las condiciones de prestación a los Estatutos de la Universidad. Se señala exclusivamente que se nombrarán entre profesores jubilados que hayan prestado servicios destacados a la Universidad. A diferencia de lo que establecía el anterior artículo 54 LOU, no se señala ahora que su relación de trabajo sea de carácter laboral, pero dado que se regula la figura en la sección primera (Del Personal Docente e Investigador Contratado) no queda más remedio que concluir con la naturaleza laboral del «nombramiento». Deja de ser una regla legal el hecho de exigir como requisito para el nombramiento haber pertenecido a los cuerpos docentes universitarios, es decir, partir de la condición de funcionarios, sino que ahora puede tratarse de cualquier profesor universitario jubilado. Con respecto al régimen de Seguridad Social, establece la Disposición Adicional 22.^a LOU que los profesores eméritos no serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, coherentemente con el hecho de que son trabajadores jubilados. Sí será necesario, sin embargo, un desarrollo reglamentario de la LOU que determine el ámbito temporal del nombramiento y el régimen de prórrogas, en su caso, régimen retributivo y la relación entre esta prestación de servicios y la percepción de la pensión de jubilación. En su defecto, han sido las Universidades por medio de su normativa interna o los convenios colectivos los que han desarrollado aspectos como la duración del contrato.

Estos tres contratos se celebrarán, también, por escrito. Serán aplicables las normas generales de la Universidad en materia de determinación de las condiciones de trabajo, en particular, jornada y salarios.

D) **Contrato de interinidad.** A diferencia de lo que había diseñado la LOU en su versión inicial, su actual artículo 48 establece expresamente que las Universidades podrán contratar personal docente e investigador mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. Estas modalidades serán las reconocidas en el artículo 15.c) LET, y, a pesar de no haberlo mencionado expresamente, en el artículo 4.1 del Real Decreto 2720/1998), esto es, la contratación de profesorado para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de

puesto de trabajo, siempre que en el contrato se especifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución y para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.

La utilización de este tipo de contrato no plantea grandes dudas de interpretación cuando se aplica en el seno de las Administraciones Públicas. Pero sí plantea problemas en relación con su utilización en la Universidad. Con carácter general será posible para todas las nuevas figuras contractuales, ayudantes, ayudantes doctores, colaboradores, contratados doctores y asociados, pero no debe olvidarse que cuando se trata de la sustitución de contratos temporales, el hecho mismo de la suspensión del contrato de origen no prolonga su vigencia, y, por lo que se refiere a los requisitos para la cobertura de los puestos, deben los profesores sustitutos cumplirlos de igual modo (requisitos de estar en posesión del título de doctor y de la correspondiente acreditación o autorización)²⁰. El contrato de interinidad debe celebrarse a tiempo completo, excepto cuando el trabajador sustituido es un trabajador a tiempo parcial o se haya acordado una reducción de su jornada por razones legales o convencionales o para ejercitar los derechos regulados en los artículos 37.4 bis y 37.5 LET. Este hecho determina que haya de ajustarse la regulación legal del contrato de interinidad para su utilización en las Universidades, ya que la sustitución de un profesor universitario, en los términos en los que la LOU la reconoce, viene normalmente referida a su labor docente, no a la investigadora, de gestión o de extensión²¹, lo que ha llevado a la mayor parte de Universidades a sustituir las bajas de profesores con contratos de asociado a tiempo parcial, práctica que ahora debe reputarse ilegal.

D) Contrato de obra o servicio determinado para incorporar personal investigador, técnico u otro personal para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica. Esta modalidad contractual remite a la contratación de personal investigador del artículo 17 de la Ley 13/1986, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, modificado por la Disposición Adicional Séptima de la Ley 12/2001, que regula dos específicos contratos, uno para obra o servicio determinado en el seno de proyectos concretos de investigación científica o técnica y una modalidad de contrato en prácticas para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología²².

²⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La contratación laboral del profesorado en la Ley Orgánica de Universidades», *op. cit.*, p. 33.

²¹ GARCÍA MELLA, D. M.: «Contratos de sustitución en el ámbito docente universitario», en SEMPERE NAVARRO, A. V., *op. cit.*, pp. 149-151.

²² Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El personal adscrito a proyectos de investigación», en SEMPERE NAVARRO, A. V., *op. cit.*, pp. 363-392.

5. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR LABORAL

Con carácter general las condiciones de trabajo del profesorado laboral se encuentran en los convenios colectivos²³ y han sido estos los encargados de adaptar el régimen laboral general a la prestación de servicios del personal académico en las universidades. Algunas Comunidades Autónomas, en sus normas sobre Universidades, han desarrollado importantes parcelas de las condiciones de trabajo que deben ser objeto de negociación, pero esta intromisión, en caso de ser posible y legal, sigue dejando que la negociación colectiva ocupe la posición que le corresponde en la determinación de las condiciones de trabajo de los profesores e investigadores laborales. Esta regla general no viene distorsionada por la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público más que en contados supuestos en los que se produce una remisión expresa y en primer lugar a sus normas.

Con respecto al régimen jurídico del personal laboral, el EBEP remite la regulación de las siguientes materias a la norma laboral, por tanto, regulación legal y convencional según las reglas conocidas: la carrera profesional y la promoción profesional, la retribución, con respeto, en todo caso, de los límites derivados de las leyes de presupuestos de cada ejercicio, la clasificación profesional, así como las posibles «situaciones» del personal laboral. Por el contrario, impone la regulación establecida para funcionarios públicos con respecto a los sistemas de selección de personal y al régimen disciplinario. Con respecto a otras cuestiones establece un régimen «mixto», de regulación laboral, excepto en determinados supuestos en los que expresamente se establece el régimen funcionarial. Así, en materia de negociación colectiva, representación y participación²⁴, en materia de jornada, permisos y vacaciones del personal laboral²⁵ y en materia de provisión de puestos y movilidad del personal²⁶.

De una revisión de los convenios colectivos vigentes se extrae que han regulado la contratación, modalidades, duración y dedicación, el

²³ Aunque algunas normas autonómicas de universidades hayan llevado a cabo un auténtico desarrollo de las condiciones de trabajo del profesorado laboral, por ejemplo, la Ley 1/2003, de Universidades de Cataluña.

²⁴ Los artículos 36.3, 38.8 y 46.1.d) EBEP han introducido modificaciones en materia de negociación colectiva y derecho de reunión de los empleados públicos. Para la negociación de las materias comunes al personal funcionario y laboral se constituirá en cada una de las Administraciones territoriales una Mesa general de negociación. En materia de derecho de reunión, éste se concibe conjuntamente como derecho de los empleados públicos.

²⁵ La regulación es la contenida en el EBEP y en la legislación laboral (art. 51 EBEP).

²⁶ Se regirá por lo dispuesto en los convenios colectivos y, en su defecto, por lo dispuesto en el EBEP para el personal funcionario de carrera (art. 83 EBEP).

procedimiento de selección, designación y actuación de las comisiones de selección y procedimiento de actuación. La determinación de la jornada de trabajo se remite prácticamente en todos los convenios colectivos a la regulada para el personal funcionario de los cuerpos docentes universitarios, jornada que viene normalmente establecida por las normas autonómicas. Lo mismo se establece con respecto a vacaciones, permisos y licencias.

El régimen retributivo, tal y como establece el artículo 55 LOU se remite a su determinación por la norma autonómica, y, efectivamente, es el objeto fundamental de la práctica totalidad de las leyes y decretos autonómicos sobre Universidades. Dentro de este margen, los convenios colectivos han establecido la estructura y composición del salario.

Con respecto al régimen disciplinario, los convenios colectivos remiten su regulación a lo establecido para los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios. También se regulan de modo conjunto para el personal al servicio de las Universidades los derechos de formación, acción social, salud laboral y derechos sindicales.

Las vicisitudes de la relación laboral sólo son objeto de convenio en lo referido a excedencias. Habrá que tener en cuenta que serán de aplicación los artículos 39, 40 y 41 LET, de modo que ciertas decisiones organizativas que suelen adoptarse en el seno de órganos colegiados, como los Consejos de Departamento o las Juntas de Facultad pueden convertirse en decisiones que, en caso de no mediar acuerdo, deben entenderse comprendidas en el poder de dirección del empresario y, en caso de exceder de esos límites, deben realizarse por las causas y trámites que la norma laboral regula ²⁷. Serán de aplicación, de igual modo, las causas de suspensión y extinción establecidas en los artículos 48 a 56 LET, especialmente, en el caso de los contratos de carácter temporal, los de Ayudantes y Ayudantes doctores, obra o servicio, Asociados, Visitantes y Eméritos, será de aplicación el artículo 49.c) y el trabajador tendrá derecho a recibir, a la extinción del contrato, una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de ocho días de salario por año de servicio, salvo que en convenio colectivo se fije una mayor.

²⁷ Vid. las consideraciones, a ese respecto, de PARDO AZNAR, P.: «Novaciones contractuales: adscripción a centros, asignaturas, turnos, horarios, dedicación, etc.», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *op. cit.*, pp. 153-181.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**LIBRE DESIGNACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y LESIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES**

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

Profesora Ayudante LOU
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y POTESTADES DISCRECIONALES. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.—2. LÍMITES A LAS FACULTADES DE LIBRE DESIGNACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.—3. MECANISMOS DE CONTROL: LA JUSTIFICACIÓN MATERIAL DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y POTESTADES DISCRECIONALES. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El respeto de los derechos fundamentales por parte de los empleadores a la hora de ejercitar el poder de dirección empresarial ha sido una constante en la doctrina constitucional desde el inicio de su labor. No obstante, la evolución de esta materia ha estado sometida a numerosos obstáculos que han dificultado, sobre todo en términos temporales, la construcción de una doctrina unánime respecto de los límites que impone su reconocimiento constitucional frente a las distintas facultades que se engloban en el poder de dirección empresarial, especialmente en aquellos casos en que la lesión del derecho se produce por el ejercicio de facultades discrecionales.

A pesar del carácter discrecional que presentan las facultades de libre designación en su faceta positiva (designación) y negativa (cese), lo cierto es que existen ciertos límites a su ejercicio que derivan del reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador. Si bien a estos efectos se podrían considerar la generalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección I, Capítulo II, Título I de la CE, hemos optado por centrarnos únicamente en dos de ellos, por ser los que, a nuestro juicio, presentan una evolución más acusada. Nos referiremos, por tanto, a los derechos de libertad sindical y al derecho a la no discriminación por razón de sexo. La protección de ambos derechos recibirá, a efectos expositivos, un tratamiento conjunto, por presentar contornos similares en la tutela que les dispensa la doctrina constitucional.

Si atendemos a la doctrina constitucional sobre los actos empresariales lesivos de los derechos fundamentales, podríamos afirmar que han sido sobre todo los derechos mencionados (los derechos de libertad sindical y el derecho a la no discriminación por razón de sexo) los que, en distintas formas y etapas, han caracterizado e impulsado tan importante acervo jurisprudencial. Como por todos es conocido, fue una vul-

neración de los derechos de libertad sindical la que ocasionó la famosa STC 38/1981, de 23 de noviembre, que vino a introducir en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina de la nulidad de los actos discriminatorios y de los actos lesivos de los derechos fundamentales (en aquella época, especialmente, los derechos de libertad sindical)¹. Y fue también en la década de los ochenta, a través de la prohibición de discriminación por razón de sexo, cuando, por primera vez, la protección de un derecho fundamental permitía obstaculizar el ejercicio de una potestad discrecional del empresario: la resolución del contrato durante el periodo de prueba [STC 94/1984, de 16 de octubre (F.J. 3.º)].

A pesar de la prontitud y de la cercanía de estos pronunciamientos, no se puede afirmar que el control de las potestades discrecionales empresariales a través de los derechos fundamentales haya tenido un tratamiento homogéneo parta todos estos derechos, puesto que, si bien es cierto que en el ámbito de la prohibición de discriminación por razón de sexo la línea doctrinal evolucionará imparable a partir de 1984²; no lo es menos que la discriminación o represalia por el ejercicio del resto de derechos fundamentales quedará estancada en el control de las facultades disciplinarias u otras facultades empresariales más o menos regladas. Esta circunstancia, al menos por lo que respecta al control de los actos que pudieran adoptarse por el empresario como represalia al ejercicio de derechos fundamentales, se solventará a finales de la década de los noventa, con la formulación de la garantía de indemnidad sindical³.

Efectivamente, la garantía de indemnidad, aplicada a los derechos de libertad sindical, supone una extensión de la nulidad a todos los actos lesivos del derecho de libertad sindical, desde el momento en que la doctrina constitucional la considera aplicable a todas las facultades empresariales, bien se trate de facultades disciplinarias ejercitadas con

¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1983, p. 64 y ss.

² Esta línea jurisprudencial se consolidará más adelante respecto de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (SSTC 173/1994, de 7 de junio; 17/2003, de 30 de enero).

³ Una concepción amplia de esta institución, entendida como mecanismo que protege al trabajador frente a las represalias empresariales por el ejercicio de derechos fundamentales en RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M.: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», en *RL*, núm. 14, 2003, p. 637; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad», en *JL*, núm. 20, 2004, p. 5 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: «Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales», en VV.AA.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, La Ley, 2006, p. 398. En el mismo volumen, CASAS BAAMONDE, M. E.: «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad. El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional», p. 697 y ss.

el máximo rigor (esto es, el despido) o de facultades organizativas ⁴. En este sentido, el logro fundamental será la proclamación de la doctrina de la nulidad respecto de decisiones discrecionales del empresario que no tengan encomendada, ni en la regulación legal ni en la convencional, una enumeración de causas para su adopción, circunstancia que no significa (sobre todo estando en peligro un derecho fundamental) que el empresario no deba aportar una justificación que demuestre el carácter no lesivo de su decisión.

Por tanto, el gran avance que supone esta nueva institución jurisprudencial es que exige, en el ámbito de las facultades discrecionales del empresario, la justificación material de las decisiones empresariales que transgredan los límites que, a través del reconocimiento del los derechos fundamentales, impone la Constitución ⁵. Y mucho más tratándose del contexto más propicio para la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, por consistir en decisiones que no requieren motivación y carecen de un marco normativo expreso que, observando las exigencias constitucionales, encaucen su adopción ⁶.

Sobre la base de diferenciar discrecionalidad y arbitrariedad, se someten a los principios derivados del derecho las facultades empresariales con mayores dosis de discrecionalidad, como las facultades de selección y contratación de trabajadores ⁷. En estos supuestos, la no contratación de un trabajador por represalia frente al ejercicio de un derecho fundamental se asimila al despido, al igual que anteriormente sucedió con los despidos discriminatorios por razón de género y como posteriormente sucederá respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ⁸. No obstante, los supuestos más numerosos que se han planteado en el ámbito laboral (circunstancia predicable también en el ámbito de la función pública) versan sobre diversas decisiones empresariales discrecionales que implican perjuicios para el trabajador en el ámbito de su promoción profesional y salarial.

⁴ STC 87/1998, de 21 de abril (F.J. 3.º). Sobre facultades organizativas, STC 90/1997, de 6 de mayo (F.J. 4.º y 6.º); 168/2006, de 5 de junio (F.J. 8.º).

⁵ SSTC 114/2002, de 20 de mayo (F.J. 7.º), y 171/2003, de 29 de septiembre (F.J. 6.º).

⁶ Han incidido en este aspecto las SSTC 94/1984, de 16 de octubre (F.J. 3.º) y 198/1996, de 3 de diciembre (F.J. 4.º), sobre la extinción de la relación laboral en periodo de prueba; STC 90/1997, de 6 de mayo (F.J. 4.º) y 87/1998, de 21 de abril (F.J. 5.º), sobre facultades organizativas.

⁷ SSTC 29/2002 y 30/2002, ambas de 11 de febrero, analizan los supuestos de dos trabajadoras afiliadas a CC.OO. que, tras la finalización de su contrato en prácticas, no son contratadas con carácter indefinido por la realización de actividades sindicales.

⁸ STC 173/1994, de 7 de junio, y 87/2004, de 30 de septiembre, respectivamente.

2. LÍMITES A LAS FACULTADES DE LIBRE DESIGNACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Como veremos en seguida, a pesar de que la doctrina de la nulidad de los actos lesivos de los derechos fundamentales ha nacido y se ha desarrollado, sobre todo, en el ámbito laboral, es precisamente en el ámbito de la función pública donde está desplegando todo su potencial en la actualidad. Y ello porque en este ámbito, ante casos de posible vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, se exige con más concisión la justificación de las decisiones empresariales de carácter discrecional.

No obstante, antes de entrar a analizar estos supuestos, hay que advertir que, hasta hace relativamente poco tiempo, la doctrina de los actos lesivos de los derechos fundamentales tenía bastante menos incidencia en el ámbito de la función pública que en el ámbito laboral. En este sentido, hay que tener en cuenta que la consagración de esta doctrina en la función pública ha sido bastante tardía y que, a diferencia de lo ocurrido en el ámbito laboral, donde ha evolucionado al impulso de lesiones sobre dos derechos fundamentales (libertad sindical y prohibición de discriminación por razón de sexo), su desarrollo se ha producido a causa, sobre todo, de la lesión de los derechos de sindicación, sin que en este caso la discriminación por razón de sexo haya sido determinante para la extensión al control de facultades discrecionales.

Como norma general, el Tribunal ha considerado desde sus primeros pronunciamientos que las medidas que se dirigen a la protección de los derechos fundamentales no tienen por qué sufrir matizaciones cuando el empleador es una Administración Pública, si bien la rotundidad con que ha exigido la justificación de estas decisiones ha variado considerablemente a lo largo de los años ⁹. Especialmente significativa a estos efectos ha resultado la aplicación de la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba o la prueba de indicios.

A estos efectos, es necesario destacar una vertiginosa evolución que utiliza, al menos en los primeros pronunciamientos, grandes dosis de flexibilidad en su aplicación de la doctrina, endureciendo la prueba de indicios e, incluso, por sorprende que pudiera parecer, exonerando de la carga probatoria a la Administración ¹⁰. Como norma general, la resolu-

⁹ STC 85/1995, de 6 de junio (F.J. 4.º); 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 5.º).

¹⁰ Los pronunciamientos más significativos en este sentido son las SSTC 293/1993, de 18 de octubre, y 85/1995, de 6 de junio. Ambas se refieren a la adscripción de varios funcionarios a nuevos puestos de trabajo en virtud de un procedimiento de reorganización empresarial, con condiciones laborales, sobre todo económicas, inferiores a las que venían

ción de estos supuestos se produce de forma automática, al no haber presentado los funcionarios indicios suficientes de que la conducta administrativa sea lesiva de su derecho fundamental. Y no se trata sólo de una mayor exigencia en la presentación de indicios para que se pueda estimar la posibilidad de lesión del derecho fundamental, sino de que, en algunas ocasiones, parece exigirse de los recurrentes una auténtica prueba (no sólo la alegación de indicios) de que se ha producido efectivamente la lesión del derecho fundamental ¹¹.

Sin embargo, al igual que hemos destacado para el ámbito laboral, también en el ámbito de la función pública la formulación de la garantía de indemnidad por ejercicio de determinados derechos fundamentales (sobre todo, derechos sindicales) producirá una notable evolución en la cuestión del control de potestades discrecionales lesivas de los derechos fundamentales de los trabajadores ¹². Es, por tanto, en el marco de la garantía de indemnidad donde los pronunciamientos del Tribunal relajarán las exigencias respecto de los indicios presentados por el funcionario, aplicando estrictamente la inversión de la carga de la prueba a la Administración en los supuestos de libre designación ¹³.

Es precisamente en estos supuestos, facultad discrecional por antonomasia, donde la doctrina constitucional empieza a considerar que los principios que rigen la actuación de los poderes públicos (principio de objetividad, sometimiento a la legalidad y prohibición absoluta de arbitrariedad) determinan la necesidad de acreditar la regularidad de los actos administrativos en aquellos casos en que por parte de los funcionarios se hayan presentado indicios de vulneración de su derecho fundamental. Desde esta perspectiva, tal como afirma la doctrina constitucional, *«el margen de discrecionalidad característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales»* ¹⁴.

disfrutando en su extinta unidad. En ambos casos se alega que la decisión empresarial tiene como única causa las actividades sindicales desarrolladas por los recurrentes.

¹¹ STC 85/1995, de 6 de junio (F.J. 6.º).

¹² Por todas, SSTC 111/2003, de 16 de junio (F.J. 5.º); 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 4.º).

¹³ La STC 17/1996, de 7 de febrero (F.J. 6.º), y más tarde la STC 202/1997, de 25 de noviembre (F.J. 5.º y 6.º), exigirá efectivamente la carga probatoria a la Administración, al considerar que *«la simultaneidad entre la exoneración del servicio como efecto del nombramiento sindical y el cese, correlativamente acordado, permite apreciar una relación de causa a efecto en la que correspondía a la Administración justificar suficientemente cuáles fuesen los motivos de autoorganización en que se fundó una medida que, sin ellos, queda desprovista de otro fin conocido que el de privar del puesto a un representante sindical beneficiario de la situación indicada y precisamente con motivo de esta situación»*.

¹⁴ SSTC 111/2003, de 16 de junio (F.J. 5.º); 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 5.º y 7.º).

Como ya hemos comentado, son numerosos los supuestos en los que la doctrina constitucional ha debido pronunciarse sobre las facultades de libre designación en el ámbito de la función pública. Mayoritariamente, se trata de casos en los que se ejercita la facultad de libertad de cese en un puesto de libre designación como medida de represalia frente al ejercicio de derechos sindicales por parte del trabajador ¹⁵. Sólo excepcionalmente, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre supuestos de ceses contrarios a la prohibición de discriminación por razón de sexo, requiriendo, en estos casos, la justificación de la decisión empresarial en los mismos términos en que se exige en los supuestos de vulneración de los derechos de libertad sindical ¹⁶.

Para el análisis de los distintos supuestos, la doctrina constitucional parte de dos argumentos básicos. En primer lugar, que a pesar de que las potestades de libre designación y de cese constituyen facultades de discrecionalidad de la Administración, su ejercicio no puede ser arbitrario, por lo que estas facultades resultan fiscalizables cuando exista desviación de poder o en aquellos casos en que puedan lesionar (o constituir un instrumento de coacción y represalia) el ejercicio de derechos fundamentales que, por su propia naturaleza, se erigen en límites de estas potestades

¹⁵ La STC 17/1996, de 7 de febrero (F.J. 6.º), considera lesivo de los derechos de libertad sindical el cese en un puesto de libre designación (Jefe del Grupo Técnico de la Jefatura Superior de Policía de Sevilla) tras acceder al cargo de Vicepresidente y Asesor Jurídico Regional del Sindicato Profesional de Policía. Más controvertida puede resultar la STC 202/1997, de 25 de noviembre, en la que se analiza el cese de un funcionario como Jefe del Gabinete Técnico de la Comisaría General de Policía Judicial y, como consecuencia de ello, es nombrado en puesto de trabajo «no singularizado». El cese fue consecuencia directa de haber solicitado el Presidente del Sindicato de Comisarios de Policía el pase del trabajador a la situación de liberado sindical. También la STC 79/2004, de 5 de mayo, tiene por objeto el examen del cese de un trabajador (Jefe del Servicio Técnico de Intervención Urbanística) miembro de la Junta de Personal y reintegrado tras la falta de conformidad de este órgano, aunque adscrito y trasladado a la Oficina Técnica de Arquitectura. En la STC 216/2005, de 12 de septiembre, se analiza el cese en puesto de libre designación (Personal Operativo Subinspector UTA de la Brigada Provincial de Información) de un funcionario policial que quedó adscrito a la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana de la misma Jefatura. El recurrente alegó que el cese (de 2 de marzo de 2000) se producía por haber sido designado como representante de los trabajadores y haber iniciado labores de actividad sindical (9 de junio de 1999). La STC 111/2003, de 16 de junio (F.J. 5.º), resuelve el recurso presentado por varios dirigentes sindicales al haber sido excluidos de la lista de aprobados en un Concurso-oposición para ocupar plazas de sargento en el Servicio de Extinción de Incendio y Salvamento del Ayuntamiento de Barcelona, debido a los cargos sindicales y a las críticas vertidas en los medios de comunicación sobre el funcionamiento del servicio.

¹⁶ Es el caso de la STC 98/2003, de 2 de junio, que enjuicia un cese en un puesto de libre designación (Jefa de la Secretaría del Consejero de Presidencia de la Comunidad de Madrid) de una trabajadora al poco tiempo de haber anunciado su embarazo. Las alegaciones empresariales se centran en la pérdida de confianza del Consejero de Presidencia por incorrecto desempeño de su trabajo, circunstancias que no resultaron probadas.

discrecionales¹⁷. En segundo lugar, que la provisión de un puesto de trabajo dentro de la función pública mediante el sistema de libre designación no faculta a la Administración para ordenar su cese con *omnímoda libertad*, pues aunque dicha facultad, inserta lógicamente en el ámbito de la libre designación, pertenece al ámbito de la discrecionalidad, exige una adecuada motivación que excluya su carácter atentatorio o contrario a los derechos fundamentales¹⁸.

Sentadas estas premisas y partiendo del rechazo al carácter intangible de los derechos fundamentales (lo que no supone más que la negativa a aceptar una eficacia absoluta e indiscriminada), la cuestión que hay que determinar es si la decisión de la Administración constituye una sanción encubierta, una represalia o reacción frente al ejercicio de derechos fundamentales por parte del trabajador, o bien una manifestación del poder de autoorganización de la Administración que, al no tener esta finalidad, será completamente lícita¹⁹. Planteada la cuestión en estos términos, la única forma de comprobar que la decisión empresarial no se ha adoptado como represalia frente al ejercicio de derechos fundamentales del trabajador o por causas discriminatorias por razón de género es acudir a la inversión de la carga de la prueba o prueba de indicios.

Como por todos es conocido, en aquellos casos en que se alega que una determinada decisión o conducta empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales del trabajador; corresponde al empresario probar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. No obstante, para que opere este desplazamiento no basta que el trabajador alegue la vulneración de su derecho, sino que debe acreditar la existencia de indicios « *que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato* »²⁰. Se trata, por tanto, y al igual que se exige en el ámbito laboral, de una prueba de indicios o de principio de prueba en el que se acredite la existencia

¹⁷ STC 98/2003, de 2 de junio (F.J. 3.º); 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 5.º).

¹⁸ En el ámbito de la Libertad sindical, SSTC 17/1996, de 7 de febrero (F.J. 6.º); 202/1997, de 25 de noviembre (F.J. 5.º y 6.º); En el mismo sentido taxativo, 111/2003, de 16 de junio (F.J. 5.º); 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 5.º), y 168/2006, de 5 de junio (F.J. 5.º y 8.º). En el ámbito de la discriminación por razón de sexo, 98/2003, de 2 de junio (F.J. 2.º).

¹⁹ La STC 202/1997, de 25 de noviembre (F.J. 4.º), es clara en este sentido, al considerar que los derechos de libertad sindical no impiden, por sí mismos, a la Administración adoptar aquellas medidas que, desde el aspecto organizativo de sus servicios, considere necesarias para el mejoramiento y mayor eficacia de éstos, corrigiendo sus deficiencias con la adscripción a los mismos de aquellos funcionarios que estime más capaces, sin que tal cambio constituya, en principio, limitación alguna al libre ejercicio de sus funciones sindicales.

²⁰ Especialmente, SSTC 202/1997, de 25 de noviembre (F.J. 4.º); 98/2003, de 2 de junio (F.J. 2.º).

de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad²¹. El objetivo fundamental de esta prueba de indicios es que el trabajador, a través de una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación, permita al juez deducir la posibilidad de que la decisión empresarial se ha producido vulnerando el derecho fundamental del trabajador²².

En cuanto a la prueba de indicios, ya hemos señalado cómo se ha producido una importante evolución en el ámbito de la función pública que ha tenido como resultado fundamental una flexibilización considerable en su exigencia al trabajador. Hasta tal punto es así que, en los supuestos en que se produce la lesión del derecho por ejercicio de facultades de libre designación, se consideran indicios suficientes la simple simultaneidad/concatenación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental por parte del trabajador y la decisión empresarial. Desde esta perspectiva, la simultaneidad entre el ejercicio del derecho y la adopción de la decisión empresarial genera una relación causa-efecto que constituye indicio suficiente a efectos de requerir la justificación material de la decisión adoptada²³. No obstante, hay que tener en cuenta, en caso de correlación y temporalidad de los hechos alegados, que no es necesario que la conducta de represalia por la actuación sindical del trabajador se manifieste de manera inmediata después de haberse producido dicho hecho, pues, a juicio del Tribunal, « *todas las decisiones exigen un determinado periodo de maduración y puesta en práctica y las decisiones discriminatorias no tienen por qué, por el hecho de serlo, constituir una excepción* »²⁴.

No obstante, y a pesar de que estas declaraciones constituyen un factor común en la mayoría de los pronunciamientos examinados, hay que tener en cuenta que en algunos de ellos la simultaneidad temporal se rodea de otras circunstancias como el hecho de que no se produzca ningún hecho significativo que pudiera justificar la decisión empresarial en el tiempo que media entre el ejercicio del derecho (o el conocimiento empresarial a estos efectos) y el cese en el puesto de libre designación. O que, dándose esta circunstancia, el cese se haya producido después de una larga relación de confianza entre los sujetos, sin que sea determinante para su exclusión como indicio que la prestación de servicios se haya desempeñado en puestos diferentes²⁵.

²¹ STC 79/2004, de 5 de mayo (F.J. 3.º).

²² STC 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 4.º).

²³ SSTC 17/1996, de 7 de febrero (F.J. 6.º); 202/1997, de 25 de noviembre (F.J. 4.º).

²⁴ STC 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 7.º).

²⁵ STC 98/2003, de 2 de junio (F.J. 3.º).

Con carácter general, se puede advertir que, sólo excepcionalmente, se producen pronunciamientos que entran a valorar y, por tanto, a exigir con un mayor rigor los indicios presentados por el trabajador. Son sobre todo casos en que, además de darse una cierta simultaneidad entre el nombramiento del trabajador como representante sindical y la decisión empresarial lesiva, se han producido ciertas actividades del trabajador identificadas como desarrollo de la actividad sindical, siendo finalmente el sentido de esta actividad la que provoca la decisión empresarial. Así ocurre, por ejemplo en la STC 79/2004, de 5 de mayo, en la que se declara la lesión del derecho fundamental apoyándose en que el cese en el puesto de trabajo de libre designación se ha producido por el desarrollo de funciones como representantes de los trabajadores, puesto que, tras diecinueve años de vinculación funcionarial como Jefe del Servicio de Intervención de la Gerencia de Urbanismo, el trabajador resulta cesado precisamente tras haber sido elegido representante de los trabajadores y, sobre todo, desde el momento en que el ejercicio de su cargo le lleva a mantener acaloradas discusiones con el Alcalde del Municipio sobre determinadas decisiones, como la de mantener a trabajadores que realizaban el mismo tipo de trabajo en categorías profesionales distintas u oponerse a la Concejalía de Urbanismo respecto de las obras de remodelación de una plaza. A todo ello se añadía que los motivos alegados por la Administración, basados exclusivamente en su potestad de autoorganización, se revelaron completamente ficticios pues se acaba convocando un concurso-oposición para cubrir la misma plaza en la que fue cesado el trabajador.

Por tanto, tratándose de facultes discrecionales de libre designación y cese, también se aplica la doctrina de los actos lesivos de los derechos fundamentales, que a través de la inversión de la carga de prueba genera la necesidad de que una decisión empresarial discrecional resulte motivada en los mismos términos requeridos para cualquier otra decisión reglada. Y ello es así porque cualquier decisión empresarial, aunque no haya sido regulada o encauzada por el ordenamiento jurídico, puede atentar contra el ordenamiento constitucional, muy especialmente, contra los derechos fundamentales de los trabajadores. Como expresamente declara la doctrina constitucional *«la mencionada carga probatoria opera igualmente en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, pues ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador»*²⁶.

Y siendo así, esto es, habiendo comprobado que la doctrina de la inversión de la carga de la prueba rige en los mismos términos, cuando

²⁶ SSTC 98/2003, de 2 de junio (F.J. 2.º); 79/2004, de 5 de mayo (F.J. 3.º).

no en términos más flexibles, que los aplicados en el ámbito laboral cuando se trata controlar la legitimidad de una decisión empresarial reglada, lo único que nos queda por determinar es si el carácter discrecional que presentan este tipo de decisiones influye o condiciona los criterios materiales que la doctrina constitucional exige en la justificación de la decisión empresarial lesiva de los derechos fundamentales, aspecto que intentaremos examinar en el siguiente apartado.

3. MECANISMOS DE CONTROL: LA JUSTIFICACIÓN MATERIAL DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL

El grado de vigencia o vinculación de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a las facultades empresariales de libre designación depende del nivel de exigencia y del tipo de criterios materiales que la doctrina constitucional exija a la justificación de la decisión empresarial susceptible de lesionarlos. En este sentido, no se puede afirmar que los pronunciamientos recaídos aporten grandes innovaciones respecto de aquellos otros que analizan la legitimidad de las facultades regladas en el ámbito laboral, lo que no significa, si atendemos a la naturaleza discrecional de las facultades que estamos manejando, que la doctrina constitucional en esta materia no resulte trascendental y novedosa, por varias razones.

En primer lugar, porque la doctrina constitucional sale al paso, en la generalidad de los supuestos planteados, de aquella argumentación, contenida en las sentencias recurridas, por la que considera innecesario justificar las decisiones de libre designación o cese, basándose en su carácter discrecional. A estos efectos, como hemos tenido ocasión de comprobar, la doctrina constitucional se muestra unánime al rechazar este tipo de argumentación, por considerar que una justificación consistente en constatar que la provisión del puesto de trabajo se ha producido por el sistema de libre designación (y, por tanto, por el carácter discrecional de las facultades que lleva aparejadas) no es suficiente a efectos de desvirtuar la prueba indiciaria presentada por el trabajador ²⁷.

En segundo lugar, porque, si bien es cierto que de la doctrina constitucional que hemos manejado se deriva que el control constitucional de estas potestades discrecionales se relaciona íntimamente con la prohibición de arbitrariedad que ha de regir las actuaciones de las Administraciones públicas (art. 9.3 CE), no lo es menos que en los controles materiales mencionados o efectuados para analizar la legitimidad de las posibles intromisiones en los derechos fundamentales subyace una cier-

²⁷ SSTC 79/2004, de 5 de mayo (F.J. 6.º); 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 7.º).

ta diferenciación que no permite identificar las conductas arbitrarias con las conductas lesivas de los derechos fundamentales. De hecho, de acuerdo con la doctrina mas solvente más solvente en la materia, el control adecuado para evitar la arbitrariedad es el principio de razonabilidad ²⁸ y sorprendentemente, ninguno de los pronunciamientos examinados, a pesar de mencionarlo constantemente, centra en exclusiva el control material de las decisiones empresariales en este juicio. Es más, se podría considerar que la mayoría de los pronunciamientos van más allá de este criterio material, al exigir un control más extenso que el que deriva de verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución impugnada, basándose en que los derechos afectados en estos casos son derechos sustantivos, por lo que se requiere examinar detenidamente la corrección constitucional de la ponderación efectuada entre el ejercicio del derecho y sus límites, con objeto de evitar que el contenido del derecho fundamental resulte indebidamente sacrificado ²⁹.

Llegados a este punto, sería necesario identificar los criterios concretos que ha de presentar la justificación de la decisión empresarial para desvirtuar la prueba de indicios presentada por el trabajador. Desgraciadamente, y a pesar de que son muy numerosos los pronunciamientos emitidos, el hecho de que en la mayoría de los supuestos la Administración se haya escudado en el simple ejercicio de potestades discrecionales, sin ahondar en las razones que le han llevado a adoptar la medida examinada, no han posibilitado declaraciones taxativas en este sentido. No obstante, existen dos caminos a través de los cuáles podríamos obtener ciertas directrices sobre los criterios materiales que predominan en el control de legitimidad al que se someten las facultades de libre designación en el ámbito de la Administración Pública.

En el ámbito de las declaraciones generales, la generalidad de los pronunciamientos contiene alusiones a distintos criterios materiales aptos para fiscalizar las facultades de libre designación. Así, una vez establecido que la justificación empresarial ha de centrarse en demostrar que los hechos que motivaron la decisión son completamente ajenos a todo móvil discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales, la mayoría de los pronunciamientos coincide en proclamar, dada la imposibilidad de practicar la prueba negativa de ausencia de discriminación o de lesión del derecho fundamental, que el empresario debe demostrar

²⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar», en *CDP*, núm. 9, 2003, p. 69; GARCÍA SAN MIGUEL, L.: «El Principio de Igualdad», Madrid, Dykinson, 2002, p. 165 y ss.; MERCADER UGUINA, J. R.: «El marco teórico del principio de igualdad», en VV.AA.: *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, CEF, 2003, p. 246 y ss; RUBIO LLORENTE, F.: «Igualdad», en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 3369.

²⁹ STC 17/1996, de 7 de febrero (F.J. 6.º).

la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada ³⁰, añadiendo, en algunos casos, y con ello dando a entender que la aplicación de ambos criterios no son suficientes, el carácter completamente ajeno a todo propósito discriminatorio ³¹. Más claras resultan aquellas dicciones que, en los mismos pronunciamientos, se refieren a la necesidad de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión ³², o que requieren que la decisión empresarial obedezca a causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales y con entidad suficiente para justificar su adopción ³³.

Ciertamente, no se puede determinar con carácter categórico los criterios que subyacen en este conjunto de declaraciones jurisprudenciales, pero sí parece estar más o menos claro que el control efectuado sobre las facultades de libre designación van más allá de la aplicación del criterio de razonabilidad. Así parece derivarse del segundo camino que, en aras de esclarecer esta cuestión, nos ofrece la jurisprudencia constitucional: el análisis de la argumentación constitucional que lleva a rechazar la suficiencia de la causa alegada por la administración pública en los pocos casos en que ésta se produce ³⁴.

Efectivamente, en aquellos supuestos en que la Administración alega la existencia de una potestad genérica o la existencia de una norma que pudiera cobijar la decisión de cese adoptada (como, por ejemplo, la modificación orgánica de una determinada sección o unidad administrativa), la jurisprudencia constitucional entra a analizar la suficiencia de la causa alegada. Y es en este examen de suficiencia donde se ponen de manifiesto circunstancias tan importantes para la protección de los derechos fundamentales como que la Administración no había acreditado la necesidad de reforzar la plantilla ni la necesidad de que fuera el demandante el sujeto al que había que cesar, lo que, unido a la confirmación en sus respectivos puestos del resto de responsables de los diferentes servicios técnicos, lleva a concluir que la decisión administrativa se adoptó como reacción frente a la actividad sindical desarrollada por el actor ³⁵.

Ello nos demuestra que, a pesar de la ambigüedad que parece derivar de las declaraciones generales contenidas en la doctrina constitu-

³⁰ STC 202/1997, de 25 de noviembre (F.J. 4.º).

³¹ STC 98/2003, de 2 de junio (F.J. 2.º). La STC 79/2004, de 5 de mayo (F.J. 3.º), alude a la necesidad de probar que las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental.

³² STC 98/2003, de 2 de junio (F.J. 2.º).

³³ SSTC 79/2004, de 5 de mayo (F.J. 3.º); 216/2005, de 12 de septiembre.

³⁴ SSTC 79/2004, de 5 de mayo (F.J. 6.º) y 216/2005, de 12 de septiembre (F.J. 7.º).

³⁵ STC 79/2004, de 5 de mayo (F.J. 6.º).

cional, lo cierto es que, desde el momento en que a la doctrina de la nulidad de los actos lesivos de los derechos fundamentales, y con ella la prueba de indicios, se le encomienda la finalidad primordial de garantizar, ante indicios de lesión o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental, que la decisión empresarial responda a causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales y con entidad suficiente para justificar su adopción, se está exigiendo, al menos implícitamente, que el control de legitimidad de estas medidas se realice a través, entre otro ceteris, de la necesidad de la medida empresarial. Sólo así se podrá evitar que decisiones empresariales que carecen de la más mínima cobertura legal por su carácter discrecional aprovechen esta circunstancia para sancionar el ejercicio de un derecho fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar», en *CDP*, núm. 9, 2003.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad. El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional», en VV.AA.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, La Ley, 2006.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales», en VV.AA.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, La Ley, 2006.
- GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad», en *JL*, núm. 20, 2004.
- GARCÍA SAN MIGUEL, L.: *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2002.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «El marco teórico del principio de igualdad», en VV.AA.: *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, CEF, 2003.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1983.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», en *RL*, núm. 14, 2003.
- RUBIO LLORENTE, F.: «Igualdad», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 3369.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**LOS EFECTOS DE LA ANULACIÓN JUDICIAL
DE LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS
EN EL EMPLEO PÚBLICO**

JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ

Profesor Contratado Doctor
Universidad de La Laguna

SUMARIO:

I. LA ANULACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS DE FUNCIONARIOS Y PERSONAL LABORAL.—II. ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS SEPARABLES.—III. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y LA ANULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.—IV. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO COMO PUNTO DE REFERENCIA. A. Ámbito de aplicación. B. Transmisión de la nulidad o anulabilidad. C. La pérdida de la condición de empleado público como consecuencia de la anulación judicial de las pruebas selectivas: aplicación de la legalidad vigente. 1. Nulidad o anulabilidad de las pruebas e ineficacia derivada. 2. Vicisitudes administrativas y procesales.—V. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MARZO DE 1999.

I. LA ANULACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS DE FUNCIONARIOS Y PERSONAL LABORAL

La necesidad de que la Administración Pública desarrolle procedimientos de selección del personal a su servicio se desprende de una doble exigencia constitucional: la ley debe concretar a qué requisitos cabe condicionar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), como también debe regular un acceso a la función pública basado en los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). Mediante los procedimientos de selección, la Administración comprueba que en los candidatos interesados en los puestos a cubrir concurren los requisitos que en cada caso corresponda exigir, así como vela porque pugnen entre sí en condiciones de igualdad y, finalmente, escoge a los candidatos que acrediten mayor mérito y capacidad para ocupar el puesto de que se trate.

Si bien podría parecer que, por su tenor literal, los citados artículos 23.2 y 103.3 CE están pensados inicialmente para el personal funcionario, en la actualidad es indiscutido que son también de aplicación cuando la Administración pretenda cubrir ciertos puestos de empleo público no con funcionarios sino con personal laboral¹.

¹ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 16.ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 2007, p. 206. No interesa ahora analizar cuál pueda ser el fundamento constitucional del empleo público funcional y cuál el del laboral, sino constatar que ambos tipos de empleados públicos deben ser seleccionados mediante un procedimiento cuyos principios son, por razones constitucionales, los mismos. Como señalan PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 15.ª edic., Edit. universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 513, «son dos regímenes jurídicos diferentes, con apoyo constitucional distinto, cuya convivencia no es pacífica, pero que están hoy en permanente ósmosis de tal suerte que el derecho regulador de la función pública se interrelaciona con técnicas de Derecho del Trabajo para la conformación del vínculo estatutario».

En este ámbito del acceso al empleo público previa la celebración de las pertinentes pruebas selectivas, existe un alto nivel de litigiosidad. Téngase en cuenta cómo es habitual que sea ostensiblemente mayor el número de candidatos frente al de puestos a cubrir; esto, unido a que, también con mucha frecuencia, la propia naturaleza de los puestos para los que se convocan las pruebas «atrae» a personas de cierto nivel formativo, desemboca en que no sea extraño encontrarse con que los candidatos no elegidos impugnen las pruebas realizadas ².

Al margen de cuáles puedan ser las circunstancias subjetivas del caso concreto, cuando unas pruebas selectivas de empleo público son anuladas en sede judicial es incuestionable que habrá que retrotraer el procedimiento de selección hasta el punto señalado por el órgano jurisdiccional y que, por lo tanto, deviene inválido el resultado de las pruebas anuladas, es decir, los candidatos que habían resultado elegidos dejan de serlo. Con independencia de los derechos que pudieran asistir a dichos candidatos inicialmente elegidos y de que puedan iniciar acciones judiciales para defender la validez de las pruebas y, por ende, de su elección para ocupar los puestos para los que dichas pruebas fueron convocadas, y/o para exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados, la anulación judicial de las pruebas no entraña mayor complejidad que la administrativa de retroceder en un procedimiento y de repetir las pruebas correspondientes, así como tendrá la Administración que improvisar medidas organizativas ante la no cobertura de las plazas afectadas como consecuencia de la anulación de las pruebas.

En la práctica suele plantearse un problema añadido de aparente mayor entidad: cuando el órgano jurisdiccional dicta sentencia anulando las pruebas, los candidatos seleccionados han ocupado ya sus puestos, no en precario sino cumpliendo todas las formalidades correspondientes: tomas de posesión si se trata de funcionarios públicos, formalizaciones de contratos de trabajo en el caso del personal laboral ³.

² Sin pretensión de analizar ni elaborar estadísticas al respecto, no cabe duda de que no siempre se trata de una protesta motivada por el descontento que provoca no ser candidato seleccionado después del esfuerzo realizado; al contrario, son muchos los casos en que, a juzgar por el sentido de las numerosas resoluciones judiciales existentes en la materia año tras año, la Administración convocante de las pruebas no ha actuado de forma correcta, sin entrar en que, en ocasiones, dichas incorrecciones sean el resultado de una actuación maliciosa de dicha Administración tendente a la elección de personas con arreglo a criterios ajenos a los principios de mérito y capacidad y más relacionados con la amistad, el «enchufismo» y circunstancias similares.

³ Se trata de una situación que suele ser inevitable cuando se producen estas impugnaciones, debido a que, desde una perspectiva fáctica, la lentitud parece ser consustancial a la Administración de Justicia, mientras que la Administración Pública actúa con mayor rapidez, al menos en este terreno. Ambas vicisitudes provocan el problema planteado, si bien cabría pensar que, aún agilizando el funcionamiento de la justicia, siempre sería harto

A pesar de la mayor envergadura que reviste la problemática descrita (de forma especial, es obvio, para esos empleados públicos que, ocupando ya sus puestos de trabajo, pierden súbitamente sus empleos), no existen en ella elementos que compliquen de forma cualitativa, desde una óptica jurídica, lo que conlleva la anulación judicial de las pruebas selectivas; en esta ocasión, el órgano jurisdiccional impondrá la retroacción del procedimiento de selección al punto en que dejó de ser válido, declarando nulo el resultado de las pruebas y, elemento añadido en este caso, ordenará que cese la prestación de servicios por parte de los empleados públicos que formalizaron dicha condición a partir de las pruebas anuladas. Que la anulación judicial de las pruebas selectivas implica la pérdida de la correspondiente condición de empleado público auspiciada y causada por dichas pruebas, es algo que, como se expondrá, cabe derivar de forma clara de la legalidad vigente y que es indubitado tanto para la jurisprudencia como para la doctrina ⁴.

La pérdida de la condición de empleado público es, en la referida problemática, una consecuencia jurídica de la anulación judicial del procedimiento de selección, pudiéndose llegar a dicha conclusión a través de una triple lógica constitucional, administrativa y contractual ⁵.

difícil conseguir que el pertinente proceso judicial contencioso-administrativo avanzara a un ritmo tal que fuera dictada la sentencia antes de la ocupación de sus puestos de trabajo por parte de los candidatos seleccionados en las pruebas impugnadas. El caso es que muchas anulaciones judiciales de pruebas selectivas implican no sólo la retroacción del procedimiento de selección y, normalmente, la repetición de las pruebas, sino enfrentarse a un problema añadido de aparente mayor entidad: los candidatos seleccionados con arreglo al resultado de tales pruebas ya ostentan la condición de empleado público, no ya en un sentido amplio de la expresión posibilitado por la publicación de las listas de candidatos seleccionados tras la realización de las pruebas sino porque han tomado posesión o se han suscrito los contratos de trabajo, según se trate, respectivamente, de funcionarios o de «laborales», y ha comenzado, de forma material, la prestación de los servicios inherente al puesto de empleo público conseguido.

⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Edit. Iustel, Madrid, 2004, p. 226, sistematiza la nulidad del contrato (en el ámbito del Derecho Administrativo) considerando que «los contratos administrativos pueden extinguirse, también, al igual que los actos, cuando concurra en ellos alguna infracción del ordenamiento jurídico. Esta infracción puede afectar: a) bien a alguno de los actos administrativos previos mediante los que el contrato nace a la vida (actos preparatorios, procedimiento de licitación o adjudicación), b) bien a alguna de las cláusulas materiales del contrato que definen los derechos y obligaciones de las partes».

⁵ Por una parte, realizando una interpretación conjunta de los artículos 23.2 y 103.3 CE, si el procedimiento de selección ha sido anulado no está garantizado que los candidatos seleccionados mediante dicho procedimiento reúnan los requisitos exigidos por la ley, o que hayan concurrido en condiciones de igualdad, o que su elección haya sido la más apropiada en función de los principios de mérito y capacidad. La anulación judicial de las pruebas selectivas habrá estado motivada por algunas irregularidades, lo cual abre interrogantes acerca de si quienes se han convertido en empleados públicos lo han conseguido en un procedimiento de selección que haya respetado las exigencias constitucionales. Por otra parte, cuando se trate de funcionarios públicos, se estaría ante empleados públicos que han

La discusión surge no a la hora de negar la pérdida de la condición de empleado público tras la anulación judicial de las pruebas selectivas, sino al determinar qué derechos asisten al empleado público que pierde dicha condición de la forma descrita. Entendiendo que es inevitable esa pérdida de la condición de empleado público recientemente conseguida, según qué naturaleza jurídica se entienda que tiene el fenómeno experimentado por el empleado público afectado se encontrará éste en una diferente situación jurídica. Afrontando el problema desde una perspectiva no tanto jurídica como social o, incluso, humanitaria, habrá que pensar si el empleado podrá cobrar o no lo que le corresponda por lo que ha trabajado hasta el cese de su actividad, así como si, además, podrá obtener una indemnización con la que se le reparen los daños y perjuicios que le ocasiona la anulación judicial de las pruebas. Ahora bien, un sereno razonamiento jurídico debe servir para, dejando de lado otras perspectivas, determinar, primero, qué naturaleza jurídica tiene lo acaecido desde el punto de vista de los empleados públicos afectados (con abstracción de lo que para estos suponga concluir una u otra cosa) para, segundo, extraer las pertinentes consecuencias jurídicas, sin olvidar nunca que, en Derecho, el fin no justifica los medios.

II. ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS SEPARABLES

En el Derecho Administrativo es habitual que cierto acto administrativo venga precedido de otros actos administrativos, preparatorios éstos de aquél, en especial en materia de contratación administrativa. En el supuesto que ahora interesa abordar, el procedimiento de selección mediante el que la Administración Pública determina qué sujetos son los apropiados para, según criterios de mérito y capacidad, adquirir la condición de empleado público, es, dicho procedimiento, un conjunto de actos preparatorios respecto de la toma de posesión del funcionario o de la formalización del contrato de trabajo en el caso del personal laboral. Téngase en cuenta que, en este supuesto, tales actos preparatorios constituirán siempre una premisa sin la cual jamás será posible que un ciudadano se convierta en empleado público. Se trata, por lo demás, de una

tomado posesión de su condición partiendo de unas pruebas que han sido anuladas, imponiendo en este sentido una lógica de Derecho Administrativo que, como se expondrá, lleva a la «transmisión» de la nulidad de las pruebas a la adquisición de la condición de funcionario. Si los empleados públicos lo son mediante contratos de trabajo, cabe pensar (en estrictos términos jurídico-contractuales propios de la Teoría General del Contrato, en el Derecho Civil, sin perjuicio de que, como se verá, en el Derecho Administrativo habría también apoyos para esta idea) en que, faltando un requisito esencial del contrato como es, en la contratación laboral por parte de la Administración, la determinación del trabajador idóneo, la anulación judicial de las pruebas selectivas causa la nulidad del contrato.

clásica cuestión de Derecho Administrativo que, en esencia, tiene un tratamiento unitario⁶.

Esta posibilidad teórica de la existencia de actos preparatorios, de un acto administrativo o de un contrato, que es una posibilidad en el ámbito del Derecho sustantivo, puede, sin embargo, ser compatible, en un plano de Derecho adjetivo, con la conveniencia de que, procesalmente, no tenga relevancia la relación funcional existente entre el acto o contrato y sus actos preparatorios, de tal forma que un acto preparatorio puede ser un acto separable a efectos jurisdiccionales⁷.

III. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y LA ANULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril (en adelante, E.B.E.P.) no regula de forma exhaustiva el procedimiento de selección del candidato idóneo para ocupar una plaza de empleo público, menos aún regula la anulación del procedimiento de selección, que deberá regirse por normas generales del Derecho Administrativo.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 1, 11.ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 2002, p. 700, expone cómo «la competencia y el procedimiento tienen (...) una regulación unitaria y común en todos los procesos contractuales, con independencia de la regulación, pública o privada, del fondo del contrato, respecto del cual son cuestiones separables». Se trata, señalan los autores, de una idea «surgida en el Derecho francés» que tuvo acogida en nuestra jurisprudencia y finalmente incorporada al Derecho español por primera vez en la LCE.

⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo, parte general*, 2.ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 2006, p. 68, abordando la cuestión de la «aplicación del Derecho Administrativo y del Derecho Privado a la organización y a la actividad administrativa», precisa: «cuando la Administración crea relaciones jurídicas de Derecho privado, como sucede cuando firma un contrato civil (por ejemplo, de arrendamiento de un inmueble) o cuando contrata personal laboral, o crea entidades de Derecho privado, siempre existe al menos una decisión inicial de carácter público y de naturaleza unilateral, que está sometida al Derecho administrativo. Es el caso de la *adjudicación* del contrato privado a una persona determinada, seleccionada entre todas las que han presentado sus ofertas, o de la *selección* del trabajador entre una pluralidad de aspirantes, o de la *decisión de crear* una empresa privada de capital público o de adquirir participaciones en el capital de una sociedad privada. Tales decisiones han de adoptarse en virtud de un procedimiento administrativo, regido por el Derecho administrativo, y son verdaderos actos administrativos, aunque después la relación jurídica creada (o la entidad constituida) se rija por el Derecho privado, civil, mercantil o laboral. Según una técnica jurídica conocida desde antiguo, se trata de *actos separables*, esto es, separables del negocio jurídico o de la persona jurídico-privada a que dan vida, actos que pueden ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

VIVERO SERRANO, J. B.: *El acceso al empleo público en régimen laboral*, en prensa, aborda en profundidad la aplicación de la teoría de los actos separables en el ámbito de la contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas.

En su Título V regula el E.B.E.P. la «ordenación de la actividad profesional»⁸, haciendo referencia a diversos actos de la Administración que deberán preceder a la celebración de un procedimiento de selección. En un sentido amplio, podría concebirse el procedimiento de selección como aquél que comienza con la relación de puestos de trabajo, continúa con la oferta de empleo público y culmina en la celebración de unas pruebas selectivas, que conformarían el procedimiento de selección en sentido estricto⁹. Buena muestra de esta relación aparece en el artículo 70.1 E.B.E.P., en el que se establece que la publicación de la Oferta de Empleo Público comporta la «obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas». Desde luego, en los aludidos actos de la Administración previos al desarrollo de un procedimiento de selección (en sentido estricto) podría incurrirse en anomalías que podrían desencadenar la anulación de las pruebas selectivas. Sin embargo, el E.B.E.P. se refiere a dichos actos en un sentido positivo, partiendo de la hipótesis de que en los mismos se cumplirá con la legislación vigente, no estableciéndose nada para el caso en que se produzcan impugnaciones.

El Título IV del E.B.E.P. regula la «adquisición y pérdida de la relación de servicio»¹⁰. Dentro de dicho Título, existe un Capítulo I que regula el acceso al empleo y la adquisición de la condición de funcionario, mientras que el Capítulo II está dedicado a la pérdida de la misma. Por lo que respecta a los artículos 55 a 62 (Capítulo I), en ellos no se regula de forma pormenorizada el procedimiento de selección pero sí se establecen numerosas exigencias, requisitos, puntualizaciones, principios, etc., elementos en definitiva que deberán caracterizar a todo procedimiento de selección. Sin embargo, nada se establece en estos artículos 55 a 62 ni en otra parte del E.B.E.P. sobre qué sucede cuando en un procedimiento de selección no se cumplen tales elementos esenciales, ni qué ocurre cuando uno de estos procedimientos es impugnado ni qué debe hacerse cuando, tras una posible impugnación, el órgano jurisdiccional competente anula un procedimiento de selección.

Los artículos 55 a 62 E.B.E.P. casi incitan a su lectura maliciosa. Dejando de lado el «acceso al empleo público de nacionales de otros Estados» (art. 57), el «acceso al empleo público de funcionarios españoles de Organismos internacionales» (art. 58) y la cuestión de las «personas con discapacidad» y las ofertas de empleo público (art. 59),

⁸ PALOMAR OLMEDA, A., en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 427 a 471, ofrece un estudio completo de esta materia.

⁹ Para un análisis exhaustivo del mismo, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, 5.ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 2008, p. 132 y ss.

¹⁰ Para un análisis sistematizado de dicho Título, AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley, 2008, pp. 671 a 737.

los demás artículos se refieren a aspectos centrales del procedimiento de selección que enlazan de lleno con posibles causas de nulidad del procedimiento; dicho de otra forma, se trata de exigencias legales que conectan con muchas circunstancias que se describen en las resoluciones judiciales que, año tras año, anulan en España numerosos procedimientos de selección. A título ejemplificativo, el artículo 55, tras recordar la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, añade en su apartado segundo seis principios más que están detrás de muchas impugnaciones, debido a su incumplimiento: publicidad de convocatorias y bases, transparencia ¹¹, imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en su actuación, etc. Nótese como, no en vano, algunos de estos principios han sido «elevados» a la categoría de «fundamentos de actuación» en el artículo 1.3 E.B.E.P. ¹².

Tras no establecerse nada en estos artículos 55 a 62 del E.B.E.P., acerca de la posibilidad de que un procedimiento de selección sea anulado en sede judicial, los artículos 63 a 68, reguladores de la «pérdida de la relación de servicio» (Capítulo II del Título IV), sólo se refieren a cinco causas que generan dicha pérdida y no incluyen nada relacionado con la anulación judicial de las pruebas. Concretamente, se menciona la renuncia por parte del funcionario, la pérdida de la nacionalidad (requisito general previsto en el comentado art. 56), la jubilación total, la

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Derecho Administrativo», *ob. cit.*, destaca la importancia creciente que en un Estado democrático de Derecho debe tener el principio de transparencia administrativa, más aún teniendo en cuenta la actual situación de avanzado desarrollo tecnológico que facilita la información. En palabras del autor: «Administración en democracia significa Administración transparente. Sin embargo, la transparencia administrativa es una conquista reciente e incompleta, pues en otros tiempos y en regímenes no democráticos el secreto y la reserva eran reglas de comportamiento de la burocracia pública e instrumento de su poder. Todavía ese lastre histórico mantiene en la práctica su influencia» (p. 79), señalando en otro lugar que «la sociedad de la información en que nos ha tocado vivir facilita el desarrollo de estos objetivos de transparencia y de comunicación, aunque a la vez plantea nuevos problemas jurídicos de gran importancia, relativos sobre todo a la protección de la vida personal y la intimidad» (p. 452).

¹² Continuando con la lectura en clave de «previsibles impugnaciones», el artículo 56 regula en sus apartados primero y segundo una serie de requisitos generales que deben concurrir en quien pretenda participar en un proceso de selección como candidato aspirante a una plaza, para luego referirse en su apartado tercero a la posibilidad de que se prevean en la convocatoria de las pruebas «otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar», añadiéndose que «en todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general» (en clara referencia a la proscripción de las convocatorias y bases predeterminadas para favorecer a determinadas personas por razones subjetivas). Finalmente, el artículo 61 contempla asuntos como la posible valoración de otros méritos al margen de las pruebas de capacidad (art. 61.3) o la necesidad de que, en ocasiones, la superación de las pruebas de capacidad pueda completarse (en aras de la objetividad y racionalidad, se advierte en el precepto) con otras exigencias objetivas (superación de cursos, periodos de prácticas, exposición curricular de los candidatos) o subjetivas en esencia (pruebas psicotécnicas, realización de entrevistas).

sanción disciplinaria de separación del servicio y la imposición de pena de inhabilitación absoluta para cargo público tras la comisión de un delito por parte del funcionario.

Quizá sea explicable que no se prevea la anulación judicial de las pruebas selectivas como causa de pérdida de la condición de empleado público. El artículo 63 E.B.E.P. integra causas que generan dicha pérdida en el caso del funcionario cuya prestación de servicios ha sido iniciada en un momento dado sin irregularidades de ningún tipo, tratándose de causas que se producen con posterioridad a la toma de posesión y que no guardan relación con el procedimiento de selección. En todo caso, podía haber sido incluida la pérdida de validez de dicho procedimiento como causa de la pérdida, valga la redundancia, de la condición de empleado público. Por lo que respecta a la omisión en los artículos 55 a 62, reguladores del acceso al empleo público y de la adquisición de la relación de servicio, de toda referencia a la posibilidad de que no se respeten todas las exigencias en los mismos fijadas y de lo que ello podrá acarrear, pueden pensarse que se trata de una cuestión adjetiva que no se ha querido regular en una norma sustantiva; sin embargo, como se verá a continuación, en una norma de Derecho sustantivo como la Ley de Contratos en el Sector Público sí se ha previsto la posibilidad de que se anulen judicialmente los actos preparatorios (las pruebas selectivas en el caso del empleo público) de los diferentes contratos regulados en dicha Ley. El legislador ha perdido una vez más, con este nuevo E.B.E.P., la oportunidad de aportar seguridad jurídica regulando de forma explícita la cuestión de la anulación judicial de las pruebas de selección de empleados públicos.

IV. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO COMO PUNTO DE REFERENCIA

A. Ámbito de aplicación

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), tras dedicar sus artículos 2 y 3 a la delimitación del ámbito de aplicación de forma genérica y del ámbito subjetivo de lo que se deba entender por sector público (a los efectos de dicha LCSP), aumenta el grado de concreción en su artículo 4, en el que determina los «negocios y contratos excluidos». Tras la exclusión en el artículo 4.1 LCSP de hasta diecisiete «negocios y relaciones jurídicas», el artículo 4.2 LCSP reitera que cada una de las figuras excluidas por el artículo 4.1 se regirán por su normativa específica y añade que se aplicará de forma supletoria la LCSP.

Precisamente la primera exclusión que aparece en el citado artículo 4.1 LCSP es la de «la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral», es decir, no se aplica la LCSP a la prestación de servicios de los empleados públicos, siendo posible ésta mediante una relación jurídica cuyos actos previos de preparación (procedimiento de selección), desarrollo y finalización no se rige por la LCSP sino por su normativa específica: E.B.E.P y legislación laboral.

Sin embargo, el artículo 4.2 LCSP establece que en la relación jurídica que se entabla entre la Administración Pública y su personal se podrá aplicar dicha LCSP cuando ello sea necesario para resolver dudas y lagunas¹³. En este sentido, cabe efectuar tres puntualizaciones:

¹³ Esta aplicación supletoria de los principios caracterizadores de la ley reguladora de la contratación administrativa ha venido constituyendo una seña de identidad de las sucesivas leyes que en los últimos decenios se han ocupado de la materia. La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, no hacía referencia a ninguna aplicación supletoria de su articulado ni de sus principios informadores no tanto porque se rechazara dicha posibilidad como porque se trata de una época en la que existía un abismo entre la formalización de ciertos contratos por parte de la Administración Pública y la cuestión del personal funcionario de la misma, siendo entonces dos materias distantes entre las que, por entonces, no cabía entablar relación de ningún tipo (por la propia naturaleza de la contratación regulada en esta Ley de 1911, no era concebible la posibilidad de que la Administración pudiera utilizar dicha contratación para nutrirse de personal. Así, los artículos 47 y siguientes de la citada Ley regulaban una «contratación de servicios y obras públicas» que debía siempre realizarse mediante subasta pública). El Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, incorporó por primera vez, en su artículo 18, tercer párrafo, la aplicación de «los principios establecidos en esta Ley sobre competencia y procedimiento». La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de la Administración Pública, derogadora del citado Decreto de 1965, utilizó por primera vez los términos que en la actualidad aparecen en la LCSP, en concreto el artículo 3 de dicha Ley 13/1995 excluía en su apartado primero diversos negocios y contratos, contemplándose en el apartado segundo del mismo artículo la posibilidad de resolver con los principios de dicha Ley 13/1995 las dudas y lagunas que la normativa reguladora de los mismos generen. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no supuso ninguna novedad en este terreno. Como ya se ha expuesto, en 2007 se aprueba una nueva Ley, la LCSP, quedando derogado el aludido Real Decreto Legislativo 2/2000, nueva Ley cuyo artículo 4.2 reitera la aplicación supletoria de los principios estructurales de la misma en términos muy similares a los que hasta entonces había venido utilizando siempre el legislador desde 1965.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Derecho Administrativo», *ob. cit.*, p. 122, explica cómo «el aluvión de normas escritas de diferente origen, rango y estructura que es consustancial al Derecho administrativo de nuestro tiempo tiene como consecuencia práctica un incremento de la utilización de principios generales del Derecho para la resolución, en particular judicial, de los conflictos. Ésta es una evidencia, dentro y fuera de nuestras fronteras. Más que una paradoja se trata de una especie de compensación o de reacción frente a la hiperproducción normativa, ya que la respuesta jurídica más sencilla al caso concreto —y con frecuencia la más acertada en término de justicia sustantiva— suele hallarse en la aplicación de principios generales y no tanto en la búsqueda y en la exégesis de preceptos que muchas veces son de ínfimo rango y de finalidad coyuntural».

1.^a) Aunque no se explicita en dicho artículo 4.2, la aplicación de la LCSP en los contratos, negocios y demás relaciones jurídicas enumeradas en el artículo 4.1 es siempre supletoria. Como se establece en aquél, todo lo contemplado en éste está regulado en sus normas especiales, sobreentendiéndose que si se recurre a la LCSP será porque con dichas normas no es posible zanjar dudas que se planteen, o contengan anomalías.

2.^a) No se trata de aplicar de forma directa lo detallado en el extenso articulado de la LCSP para resolver cuantas dudas se planteen o vacíos normativos existan en materia de relación jurídica de empleo público. Según reza el mentado artículo 4.2 LCSP, cabe aplicar «los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».

3.^a) La referida aplicación de los principios de la LCSP en el ámbito de las prestaciones de servicios por parte de empleados públicos no tiene carácter facultativo. Los términos utilizados en el artículo 4.2 LCSP denotan imperatividad: la relación de servicio de los empleados públicos se rige por su legislación específica, «aplicándose» los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que se presenten.

B. Transmisión de la nulidad o anulabilidad

Cuando en los actos preparatorios de un negocio jurídico concurre causa de nulidad o anulabilidad, dicho negocio jurídico deviene nulo. Se trata del principio de «transmisión» de la nulidad, plasmado desde hace muchos años en las diferentes leyes que han regulado la contratación administrativa¹⁴. El artículo 31 LCSP no deja lugar a dudas: «Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada (...), serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva, por

¹⁴ Al igual que se ha expuesto en relación con la aplicación supletoria de los principios que estructuran la LCSP, en esta cuestión sucede otro tanto, ofreciendo la LCSP una regulación de la misma que ha venido siendo característica de sus antecesores normativos. Los artículos 62 y 66 de la LCAP 1995 eran el correlativo de los actuales artículos 31 y 35 LCSP, como lo fueron posteriormente los 61 y 65 de la LCAP 2000. La LCAP marcó un hito normativo respecto de la regulación anterior de esta cuestión, de rango reglamentario, concretamente se trataba del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que regulaba el Reglamento General de Contratación del Estado, que había derogado al anterior Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, regulador del anterior Reglamento General. Para un estudio exhaustivo de los artículos 61 a 65 LCAP 2000. DÍAZ DELGADO, J.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (GARCÍA MACHO, R., dir.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 318 a 366.

concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes»¹⁵.

El artículo 35 LCSP, con una loable claridad, proporciona aún mayor seguridad jurídica, si cabe, en esta materia, regulando los «efectos de la declaración de nulidad», poniendo de nuevo de manifiesto que es irremediable la nulidad del contrato como consecuencia de la declaración de nulidad de sus actos preparatorios. En todo caso, se trata de una concreción en la LCSP de lo que, con carácter general, se regula en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 64 está dedicado a la «transmisibilidad» de la nulidad o anulabilidad entre actos administrativos o entre partes de un mismo acto administrativo¹⁶.

C. La pérdida de la condición de empleado público como consecuencia de la anulación judicial de las pruebas selectivas: aplicación de la legalidad vigente

1. Nulidad o anulabilidad de las pruebas e ineficacia derivada

Partiendo de la aplicación supletoria de los principios configuradores de la LCSP en materia de empleo público, no estableciendo nada el E.B.E.P para los supuestos de anulación de las pruebas selectivas y de lo que deba ocurrir con las relaciones de servicio ya formalizadas y comenzadas, corresponde resolver dichos supuestos mediante el principio de transmisión de la nulidad recogido en la LCSP. Tras la anulación judicial del procedimiento de selección, devienen nulas las tomas de posesión de los funcionarios que traigan causa de dicho procedimiento, como serán nulos los contratos de trabajo suscritos para vincular a

¹⁵ Se trata de un postulado del Derecho Administrativo que es indiscutido y que, como ha señalado la doctrina administrativista, es innegable a pesar de que, desde una perspectiva general de la validez del acto administrativo, el legislador siempre ha sentido «aversión» hacia la invalidez de los actos administrativos, probablemente por todo lo que rodea a la Administración Pública y las complejos problemas que dicha invalidez puede provocar. En esta línea, SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Principios de Derecho Administrativo, II», *ob. cit.*, p. 143.

¹⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Principios de Derecho Administrativo General II», *ob. cit.*, p. 143, reúne las diferentes figuras reguladas en los artículos 64 a 67 LRJAP tras la conocida enumeración de causas de nulidad (art. 62 LRJAP) y de anulabilidad (art. 63 LRJAP) del acto administrativo, en lo que el autor denomina «otras técnicas de reducción de la invalidez», precisando cómo, por lo que respecta al artículo 64 LRJAP y la no transmisión de la invalidez, «la independencia debe entenderse en el sentido de inexistencia de relación de causalidad, de tal forma que sólo serán «dependientes» aquellos actos de trámite [léase, en este contexto, contratos suscritos por la Administración] que no podrían realizarse válidamente de no haberlo sido alguno de los que le antecede [en este contexto, actos preparatorios]».

la Administración con los aspirantes elegidos mediante el mismo. Es indudable que habría sido ideal que el nuevo E.B.E.P hubiera regulado de forma expresa estas vicisitudes que pueden darse ¹⁷, como lo hace la LCSP, sobre todo en aras de la seguridad jurídica ¹⁸. Sin embargo, no lo ha hecho pero no por ello deben existir dudas al respecto: la LCSP cubre esta laguna y sus principios proporcionan una solución, que además es coherente con lo que en Derecho supone hablar de nulidad.

El rigor normalmente característico de la nulidad de pleno Derecho, así como de las consecuencias que proceda derivar de la misma, debe verse atemperado en esta ocasión con un principio característico del Derecho del Trabajo y que cabe extender, en general, a todo empleo, incluido el público. Habiendo tenido lugar una prestación de servicios por parte del empleado, éste tiene siempre el derecho elemental a recibir la correspondiente remuneración. Precisamente en el Estatuto de los Trabajadores es clásica la regulación cuyo artículo 9 contempla de la nulidad del contrato de trabajo, en concreto su apartado segundo: «en caso de que el contrato resultase nulo» (y debiendo, por lo tanto, cesar las prestaciones que se vinieran derivando de dicho contrato), el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido» ¹⁹.

La aplicación del artículo 9 LET cuando se produzca una anulación judicial de pruebas selectivas de personal laboral viene impuesta por la circunstancia de que dicha anulación genera la ineficacia de los contratos de trabajo que se hubieren formalizado. Desde una perspectiva técnica no cabe hablar, en un sentido preciso, de extinción de tales contratos, teniendo en cuenta que las causas de extinción del contrato de trabajo son las relatadas en el artículo 49 LET (que, aunque deja fuera algunos supuestos, reúne todas las opciones posibles a nivel conceptual ²⁰). Téngase en cuenta que esta conclusión es alcanzable aún sin

¹⁷ En esta línea, VIVERO SERRANO, J. B.: «El acceso al empleo público...», *ob. cit.*

¹⁸ Asimismo, en caso de que en el futuro exista una ley específica para la contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas, lo cual viene siendo ya una necesidad cada vez más acuciante, dicha ley debería regular de forma expresa la nulidad del contrato de trabajo derivada de la anulación judicial del anterior procedimiento de selección.

¹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Validez del contrato», en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edit. Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, tomo III, Madrid, 1985, pp. 25 a 50, analiza en profundidad este precepto y, a los efectos de lo que ahora interesa, recuerda, por ejemplo, que si procederá la restitución del salario percibido cuando éste haya sido abonado de forma anticipada por el empresario y resulte que la nulidad del contrato se produce sin haberse prestado todos los servicios correspondientes a dicho anticipo. Por otra parte, señala el autor, el derecho del trabajador al cobro del salario correspondiente al trabajo realizado es coherente con la técnica jurídica de la nulidad, a pesar de los efectos *ex tunc* que ésta tiene, dado que no es posible la «devolución» del trabajo ya prestado.

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho del Trabajo», *ob. cit.*, p. 710.

reparar en la aplicación supletoria de los principios de la LCSP: median- do una relación funcional entre las pruebas selectivas y los posteriores contratos de trabajo, desde una simple perspectiva jurídico-contractual es obvio que la anulación de las pruebas elimina la cobertura legal de los contratos que se firmaron con los aspirantes elegidos mediante di- chas pruebas; éstas no constituyen un acto preparatorio anecdótico, al contrario, es una premisa mayor que hayan existido y que se hayan desarrollado de forma legal, cuya falta genera la nulidad de los contratos por falta de un requisito esencial previo de los mismos ²¹.

Téngase en cuenta que, hasta aquí, se han manejado argumentos de Derecho Administrativo, así como otros relacionados con la Teoría General del Contrato en la órbita del Derecho Civil. Aunque excede del objeto de lo que aquí interesa plantear, no se olvide que, además, en los supuestos descritos existe una ineficacia del contrato de trabajo provo- cada por un «error en la persona» en el que ha incurrido la Administra- ción que suscribe el contrato con el trabajador que resulta idóneo según las pruebas a la postre anuladas en sede judicial ²². Se trata de un ar- gumento sustantivo de Derecho Civil que refuerza aún más, si cabe, la irremediable nulidad del contrato («nulidad» con el estricto significado que dicho término tiene en el Derecho en general, en el Derecho Civil en particular y, por extensión, en el Derecho del Trabajo en materia de nulidad y extinción del contrato) ²³.

²¹ En contra de esta posición, MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho del Trabajo», *ob. cit.*, p. 710, quienes, refiriéndose a dife- rentes supuestos de extinción del contrato de trabajo que no contemplados en el artículo 49 LET, indican que dicho artículo «[no] se hace cargo de los singulares problemas que a veces presenta la extinción del contrato de trabajo en las Administraciones Públicas, que en ocasiones se produce como consecuencia de la nulidad del proceso de selección (TS de 10 de marzo de 1999)».

²² Ver DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas ante la anulación del procedimiento de selección (y II)», en *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2002, pp. 80 a 83.

²³ Esta última referencia al Derecho Civil es acogida, de soslayo, en el artículo 22 LCSP, en el que se plasma otro principio básico de dicha ley, a saber, el de «necesidad e idoneidad del contrato». Tras advertir el precepto que en el sector público se deben formalizar sólo los contratos cuya necesidad imponga la consecución de los fines institucionales correspondientes, insta a continuación a que tanto dicha necesidad como la idoneidad del objeto y contenido del contrato (interesa aquí sobre todo esto último) se indiquen con claridad en la documentación preparatoria (las bases, por ejemplo) antes de iniciar el pro- cedimiento encaminado a su adjudicación (las pruebas selectivas, por ejemplo), que, se sobreentiende, debe centrarse en la correcta elección de, por lo que respecta a la idoneidad, el aspirante adecuado, sin errores que debiliten el carácter idóneo del contrato que final- mente se suscriba.

2. *Vicisitudes administrativas y procesales*

Sin pretensión de plantear en profundidad la problemática que puede suscitarse a nivel administrativo, en especial la responsabilidad que pueda exigirse a la Administración desarrolladora del procedimiento de selección anulado, o desde una perspectiva procesal, pudiendo, por ejemplo, darse diversos incidentes procesales en el proceso judicial anulador de las pruebas selectivas así como pueden presentarse cuestiones relacionadas con la ejecución de la sentencia en relación con los recursos que pudieran interponerse, conviene hacerse eco de tres precisiones de cierta relevancia potencial:

1.^a) El artículo 35.1 LCSP recuerda que no se trata sólo de, en caso de anulación judicial de las pruebas selectivas, liquidar el contrato con la correspondiente restitución recíproca de las cosas que se hubieran entregado en cumplimiento del mismo, o su valor si ello no fuera posible; además, habrá que barajar la posibilidad de que «la parte que resulte culpable [de las causas que provocan la anulación judicial] deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido». Se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual que, primero, exige que medie culpabilidad de la Administración o del empleado público que ocupa su puesto con base en las pruebas anuladas y, segundo, que se hayan producido daños y perjuicios. Desde luego lo segundo siempre se dará, de una u otra forma, con mayor o menor dimensión, pero siempre la anulación judicial del procedimiento de selección causa daños y perjuicios, como mínimo en cuanto a la necesidad de repetir las pruebas y los costes que ello acarrea. Otra cosa es que exista o no culpabilidad de alguna de las partes ²⁴.

²⁴ Cabe imaginar, o simplemente deducir de las resoluciones judiciales que cada año anulan procedimientos de selección en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, por ejemplo, supuestos de culpabilidad exclusiva de la Administración debida al desarrollo del procedimiento con manifiestos vicios; o de culpabilidad concurrente, en casos de corrupción en los que la Administración intente falsear el procedimiento para conseguir que cierto sujeto se haga con el puesto de emplea público correspondiente, al margen de los principios de mérito y capacidad, si bien en estos casos más que indemnización de una parte a la otra habrá que estar más atentos a la responsabilidad penal en que se pueda haber incurrido. Finalmente, piénsese en supuestos en los que, aún habiendo actuado con absoluta corrección la Administración convocante de las pruebas, se anula la lista de candidatos, en todo o en parte, al descubrirse que no se cumplían realmente los requisitos previos que las bases exigían a los candidatos, desconocimiento debido a la conducta maliciosa de éstos.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 8.^a edic., edit. Civitas, Madrid, reimpresión de 2003, p. 406, aborda, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y refiriéndose a los presupuestos de la misma, la cuestión de «la incidencia de causa extraña, culpa de la víctima y hecho de un tercero. El concurso de causas y su tratamiento».

En consecuencia, resultaría desde todo punto desproporcionado y precipitado entender que, de forma general, debe haber siempre responsabilidad de una de las dos partes, que deberá entonces indemnizar a la otra. Puede que el empleado público sea quien haya conseguido que la Administración le elija como candidato idóneo pero mediante engaño, ocultación o circunstancias similares, en cuyo caso, es obvio, el empleado público es quien debe indemnizar a la Administración (o quien puede que tenga que indemnizar si la Administración se lo exige). En caso de que la culpabilidad resida en la Administración, el artículo 35.1 LCSP enlaza con el conocido principio de responsabilidad de la Administración por daños causados a partir del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, consagrado en el artículo 106.2 CE, precepto repetido casi de forma idéntica en el artículo 139.1 LRJAP, con clara intención de marcar la diferencia respecto del derecho del ciudadano a obtener una indemnización para compensar los daños causados por la Administración de Justicia pero, en este caso, sólo cuando haya existido un funcionamiento anormal de la misma, o si se ha producido un error judicial (art. 121 CE). En definitiva, para el empleado público obtener una indemnización debe, primero, no ser responsable de la anulación de las pruebas y, segundo, existir una responsabilidad de la Administración en la que haya incurrido de forma culpable ²⁵.

2.^a) Una vez que hayan sido anuladas judicialmente las pruebas selectivas, la Administración podría valorar, de forma excepcional, la posibilidad de que, para evitar graves trastornos en el servicio público afectado, siga teniendo lugar la prestación de servicios del empleado público cuya relación de servicio ha devenido ineficaz, no hasta que se repitan las pruebas sino, como máximo, hasta que se adopten (que debe hacerlo la Administración con urgencia) medidas para evitar el aludido trastorno. Así se desprende de lo establecido en el artículo 35.3 LCSP.

3.^a) Es automática la pérdida de la condición de empleado público cuando se anulan judicialmente las pruebas selectivas de las que trae causa. En particular cuando se trate de personal laboral, tratándose de un supuesto de ineficacia del contrato derivada de la anulación judicial de ciertos actos administrativos que son presupuesto esencial del mismo, sólo procede extraer las oportunas consecuencias de la correspon-

VIVERO SERRANO, J. B.: «El acceso al empleo público...», *ob. cit.*, comenta esta diversidad de circunstancias que pueden estar relacionadas de forma directa o indirecta con la anulación de un procedimiento de selección.

²⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Derecho Administrativo», *ob. cit.*, pp. 904 a 913, sistematiza los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, recordando, entre otras cosas, que los daños y perjuicios causados constituyen una lesión resarcible sólo cuando, de entrada, exista antijuridicidad, elemento que, como expone el autor, ha sido ponderado por una variada jurisprudencia que utiliza la teoría del «margen de tolerancia» para valorar la razonabilidad, la proporcionalidad, etc.

diente resolución judicial, sin que sea necesaria la acción declarativa de la nulidad del contrato. Otra cosa es que sea incorrecta la ejecución de la sentencia y que ésta sea instada, en especial, por los candidatos no elegidos. Asimismo, en caso de que el empleado público considere que se merece una indemnización deberá solicitarla mediante la correspondiente acción judicial.

V. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MARZO DE 1999

En sede jurisprudencial es necesario separar el personal funcionario y el personal laboral. Tras la sorprendente sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el 10 de marzo de 1999, se ha dado lugar a un planteamiento dual en la aplicación judicial del Derecho, que éste no contempla y del que se deriva, aún más tras las citadas recientes leyes como el E.B.E.P y la LCSP, una muy diferente situación para el empleado público que pierde tal condición a partir de la anulación judicial de las pruebas selectivas tras las que resultó elegido, diferencia que depende de que dicho empleado sea funcionario o laboral.

Cuando se trate de empleados públicos que ostenten la condición de funcionarios, no existen líneas jurisprudenciales que, en esta materia, aporten matices o que sea necesario tener en cuenta porque modulen la aplicación de la legalidad vigente. Existen, desde luego, numerosas impugnaciones de pruebas selectivas de funcionarios, desestimándose en unos casos la demanda y estimándose en otros con las correspondientes consecuencias²⁶.

Por lo que respecta a la citada Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1999, sin entrar a fondo en un análisis de la misma, se trata de una resolución judicial en la que, incurriendo en graves defectos de técnica jurídica, se violenta la legalidad vigente no extrayendo de la misma las correspondientes consecuencias jurídicas, sean más o menos afortunadas, sino dando fundamento jurídico a una indemnización que deberán siempre obtener los empleados públicos que, tratándose de personal laboral, vean que cesa la prestación de sus servicios como consecuencia de la ineficacia de los contratos (ineficacia generada

²⁶ El Tribunal Supremo ha dictado en los últimos tiempos diversas sentencias en esta materia, siendo más habitual que se trate de resoluciones judiciales en cuyo fallo se le da la razón al aspirante que impugna el resultado de las pruebas. Así, por ejemplo, las sentencias de 22 de marzo, 12 de julio y 20 de noviembre, todas de 2006 (RJ 2006/1594, 2006/4937 y 2007/570, respectivamente). En otros niveles jurisdiccionales también aparecen sentencias de cierto interés en este terreno, como por ejemplo, la dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo el 22 de diciembre de 1999 (RJCA 1999/4448).

por la anulación judicial del previo procedimiento de selección). Por más que un fin a alcanzar resulte más que loable y justo ²⁷, los Tribunales de Justicia son los primeros que deben velar por la correcta aplicación e interpretación del Derecho, debiendo evitar una utilización inapropiada del mismo ²⁸.

A modo de resumen, esta Sentencia confunde la figura de la extinción del contrato con la de su nulidad, desconociendo que sólo cabe hablar de extinción del contrato cuando el mismo ha tenido validez inicial. Tras optar por, en el caso descrito, la extinción del contrato, considera, por otra parte, que, del conjunto de causas de extinción del contrato de trabajo, se está en presencia, en estos casos, de un supuesto de fuerza mayor; se toma la referencia, para esto, de la figura del *factum principis*, lo cual resulta incorrecto de plano ²⁹; elige esta causa de extinción y descarta otras sin explicar, de forma coherente, las razones que han motivado tal decisión. Por último, tratándose de una extinción de contratos de trabajo por fuerza mayor, acude al artículo 52.c) LET y no al que,

²⁷ En palabras de VIVERO SERRANO, J. B.: «El acceso al empleo público...», *ob. cit.*, «no hay la menor duda de que detrás de tan heterodoxa y creativa sentencia del Supremo hay un propósito claro de otorgar a los trabajadores la mayor protección jurídica posible, articulándola a través de la indemnización automática y tasada de los despidos no disciplinarios: veinte días de salario por año de servicio o la parte proporcional y con el límite máximo de doce mensualidades».

²⁸ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas ante la anulación del procedimiento de selección», en *Actualidad Laboral*, 2002, Tomo I, pp. 39 a 86, efectúa un estudio sobre la anulación judicial de las pruebas selectivas de personal laboral, partiendo de una breve consideración teórica sobre el procedimiento de selección en sí y las actuaciones administrativas que requiere, exponiendo las diferentes causas de invalidez de dicho procedimiento, tanto de nulidad como de anulabilidad y enlazando, en definitiva, con la referida STS de 10 de marzo de 1999 para desentrañar las deficiencias técnicas que el autor entiende que la caracterizan para, por último, ofrecer la solución que entiende sería técnico-jurídicamente más correcta y dotarla de fundamentación jurídica.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11.ª edic., edit. Civitas, Madrid, 2002, p. 693, afirman: «Es paladino que de lo que se trata cuando se invoca un «hecho del príncipe» modificador del contrato administrativo es de la aparición de potestades administrativas que se mueven en un plano superior y supraordenado al que es propio de la actividad contractual». Si bien podría pensarse que, por lo tanto, ante la anulación judicial de las pruebas selectivas, la Administración tiene la potestad excepcional de resolver los contratos (y, si se entendiera que ello constituya una manifestación del *factum principis*, compensando por ello económicamente a los trabajadores afectados), los propios autores, p. 743, exponen cómo el *factum principis* puede derivar en una modificación de los contratos o en una resolución de los mismos, pero, en ambos casos, ello siempre sucederá como consecuencia del ejercicio, aún excepcional, de ciertas potestades administrativas dentro de la ley, que presta cobertura a las mismas. Esta precisión revista importancia decisiva de cara al problema planteado en la STS de 10 de marzo de 1999, puesto que la pretendida extinción de los contratos basada en un *factum principis* consistiría, en realidad, en una decisión que no es que tome la Administración amparándose en una norma jurídica que le permite tomarla sino que es una decisión automática derivada de una resolución judicial.

con independencia del número de trabajadores afectados, es de preceptiva utilización: el 51 LET. Esto último, en caso de ser rectificado en una ulterior sentencia, desembocaría en un innecesario expediente de regulación de empleo.

La anulación judicial de pruebas selectivas de empleados públicos no constituye un supuesto de fuerza mayor, la cual se ha entendido siempre que, de forma universal, existe cuando consiste en un acontecimiento imprevisible o, siendo previsible, inevitable (esto referido, desde luego, al hecho en sí que pueda ser calificado de fuerza mayor; en el caso planteado, no se trata de que sea inevitable extinguir la relación de servicio del empleado público debido a la anulación judicial de las pruebas, sino de considerar si el fallo judicial adoptado era o no evitable, y desde luego se habría evitado de haberse desarrollado un procedimiento de selección sin irregularidades). Por otra parte, no concurren tampoco en este supuesto las características del *factum principis*, como ya se ha puesto de manifiesto. En todo caso, resulta equivocado desde una perspectiva conceptual entender que el *factum principis* encaja en la figura de la fuerza mayor ³⁰.

³⁰ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho del Trabajo», *ob. cit.*, p. 745, se hacen eco de dicha asimilación que, en sede jurisprudencial, se ha hecho del *factum principis* respecto de la fuerza mayor, habiendo expuesto antes los propios autores qué debe entenderse por fuerza mayor y, al hacerlo, describen una institución jurídica cuyos elementos no se aprecian en la figura del *factum principis*.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA FIGURA DEL CONTRATO INDEFINIDO
EN LA ADMINISTRACIÓN: LA CONVALIDACIÓN
LEGISLATIVA DE UNA *MALA PRAXIS*
DE LOS PODERES PÚBLICOS

ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL SENO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. La convalidación legislativa de la construcción judicial sobre la contratación irregular en el marco de las Administraciones Públicas. 2. Algunos olvidos del legislador español a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia Comunitario.

I. INTRODUCCIÓN

Si existe un tema recurrente y polémico dentro del sistema español de relaciones laborales postconstitucional y frente al cual nadie ha encontrado la fórmula mágica idónea y necesaria para ponerle remedio es favorecer el aumento de la contratación indefinida y la disminución de las altas tasas de temporalidad existentes en España. Numerosas y diversas han sido las medidas a fin de fomentar la naturaleza fija de los trabajadores en la empresa desde la admisión en España de la contratación temporal, si bien hasta el momento todas ellas parecen haber fracasado, habida cuenta cuando se ha producido la merma ha sido insignificante y, en numerosas ocasiones, lejos de descender los índices cuantitativos de vínculos de duración determinada estos han aumentado. Por tal razón, se ha llegado a afirmar sin ambages como «el siglo que ha generado las mayores expectativas de emancipación social de la población asalariada y ha presenciado desarrollos espectaculares en el campo tecno-productivo llegó a su fin caracterizado por una situación perfectamente calificable, como de “crisis”, con unos síntomas claros: el paro masivo y de larga duración y la precariedad en la ocupación» ¹.

De esta manera, la cuestión ha pasado de ser coyuntural a transformarse en un asunto estructural al punto de convertirse en una de las características del modelo de relaciones laborales, en tanto el empleador español prefiere recurrir a las modalidades temporales, aun cuando no exista causa legal para ello, por sus menores gastos ² y la mayor facili-

¹ MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: «Capítulo I. Fomento de la contratación indefinida y conversión del empleo temporal en fijo», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y Coord.): *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, Murcia (Laborum), 2006, p. 39.

² En especial por cuanto se refiere a costes marginales, «uno de ellos es la eliminación de tiempos muertos de la relación laboral, con lo cual el empresario recupera el sinalagma trabajo-salario desde las normativas legales de la interrupción del contrato que le obligan a

dad para su extinción —no en vano «no está dispuesto a celebrar contratos por tiempo indefinido porque el coste de su ruptura es, asimismo, el más alto de la Unión Europea»³— utilizando semejante recurso como mecanismo de flexibilidad externa e interna en la unidad productiva⁴, sin olvidar otras razones como el carácter menos reivindicativo del trabajador ante el temor a perder su puesto y no ver renovado su vínculo contractual o la ausencia de reclamación del carácter indefinido de su prestación por miedo a no volver a ser contratado de nuevo por esa empresa u otras del sector o ámbito geográfico cercano.

II. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL SENO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La posibilidad de que la Administración Pública cubra sus puestos de trabajo mediante personal laboral con carácter general, y temporal en particular, ya se recogía en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP). Semejante posibilidad es reiterada en la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuyo artículo 11 viene a definir a dichos empleados como aquellos que prestan servicios para las Administraciones Públicas en virtud de un contrato de trabajo —esto es, en los términos previstos en el art. 1.1 ET— formalizado por escrito⁵ en cualquiera de las modalidades de contratación de personal

mantener la retribución incluso en supuestos de inactividad... Otra manifestación no desdeñable... se encuentra en la exclusión del personal temporal de importantes beneficios salariales o sociales —fondos de pensiones, becas, permisos, etc.— que los convenios colectivos asocian a la antigüedad en la empresa», OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid (Iustel), 2006, pp. 48-50.

³ DE LA VILLA GIL, L. E.: «¿Acabar con el trabajo precario, I? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006», en *RGDTSS (iustel.com)*, núm. 11, 2006, pp. 2-3 (formato electrónico), quien propone equilibrar progresivamente, y hacia el futuro, es decir, sin efecto retroactivo, el coste de la ruptura del contrato estable y el coste de la ruptura del empleo precario, actualmente separados por el abismo que va de 45 a 8 días de módulo, sin contar las numerosas excepciones a la aplicación del segundo y los hechos bien distantes que uno y otro pueden alcanzar.

⁴ COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL DIÁLOGO SOCIAL: *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, Madrid (versión electrónica), 31 de enero de 2005, p. 150. Para los autores firmantes del informe, la flexibilidad externa es «la capacidad de la empresa para realizar contrataciones y despidos y para organizar su proceso productivo acudiendo a los servicios de otras empresas», mientras que la interna «tiene que ver con la capacidad empresarial de modificar las condiciones de empleo y la organización del trabajo dentro de su propia empresa», p. 8.

⁵ Como ha sido señalado con acierto por la doctrina, «la exigencia de forma escrita no puede operar como un requisito *ad solemnitatem*, y por ello es admisible el contrato de trabajo verbal aunque de él no puede desprenderse en ningún caso una relación laboral fija o de plantilla, pero sí una relación laboral indefinida o temporal», DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales

previstas en la legislación laboral, viniendo a regular lo que algún autor ha calificado como «relación laboral especial de empleo público»⁶.

Dicha previsión debe ser completada por otras normas, en tanto en cuanto el EBEP realiza una doble remisión:

De una parte los puestos de trabajo que van a poder ser ocupados por personal laboral deberán ser determinados por las Leyes de Función Pública dictadas en desarrollo del EBEP (art. 11.2). Hasta tanto tenga lugar semejante actuación por parte de los poderes públicos, y de conformidad con lo señalado en las Instrucciones de la Secretaría General para la Administración Pública, 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, continuará en vigor el artículo 15.1.c) LMRFP, el cual contiene un listado de actividades cuya provisión podrá tener lugar mediante personal laboral y, en su caso, con vínculos de duración determinada.

De otra, las modalidades de contratación a celebrar por la Administración son las previstas en la legislación laboral, es decir, el contrato de trabajo de carácter indefinido —o fijo en el concepto utilizado por la jurisprudencia española en esta específica sede— y aquellas modalidades de carácter temporal reguladas por cuanto aquí interesa en el artículo 15 ET y en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.

Semejante posibilidad normativa ha sido ampliamente utilizada por las Administraciones Públicas quienes no han dudado en acudir cuantas veces lo han considerado necesario a la contratación laboral y en numerosas ocasiones a la de naturaleza temporal. Ahora bien, la práctica también ha mostrado como en reiteradas oportunidades —más de las deseadas—, los poderes públicos han realizado una mala utilización de cuantas posibilidades le ofrece el ordenamiento, acudiendo al recurso de la contratación de duración determinada de manera irregular o fraudulenta, encadenando de manera consecutiva vínculos de dicha naturaleza, ya sea contratando sucesivamente a distintas personas para cubrir idéntico puesto, ya perpetuando en el mismo a un solo empleado mediante diferentes modalidades contractuales sin proceder a convocar los correspondientes procesos selectivos de cobertura de vacante. La ano-

de la Ley 7/2007, de 12 de abril», en *RGDTSS (iustel.com)*, núm. 14, 2007, p. 4 (formato electrónico).

⁶ «Si bien es cierto que el EBEP no manifiesta expresamente en ningún precepto de su articulado que crea una nueva “relación laboral especial”, lo cierto es que, sin decirlo, regula materialmente una nueva relación laboral especial para el “personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”», SALA FRANCO, T.: «Capítulo Tercero. El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1.ª ed., Valladolid (Lex Nova), 2007, p. 117.

mia del legislador frente a la situación descrita ha provocado la oportuna reacción por parte de la doctrina judicial a fin de satisfacer como conviene el interés general con las expectativas creadas a quien presta servicios para el ente público incumplidor.

1. La convalidación legislativa de la construcción judicial sobre la contratación irregular en el marco de las Administraciones Públicas

Es reiterada doctrina judicial aquella de conformidad con la cual cuando la Administración actúa como empleadora y contrata personal laboral debe cumplir las reglas marcadas por la legislación social, pues aquélla no recibe ningún trato de favor sobre el particular ⁷, no existiendo una regulación específica a fin de ordenar la materia sino la común matizada únicamente por el carácter público de quien da trabajo ⁸.

Con semejante premisa de partida y *a priori* serían de aplicación a los entes públicos tanto el artículo 15.5 ET, el cual prevé la transformación automática en indefinidos de aquellos contratos temporales cuya duración, a juicio del legislador, resulte excesiva, como el 15.3 de dicha norma el cual viene a establecer como presunción la consideración de indefinidos de cuantos vínculos de duración determinada hayan sido celebrados en fraude de ley.

En consecuencia, y de imponer dicha previsión al caso de las Administraciones Públicas, si éstas contratan empleados de manera temporal y lo hacen sin seguir los requisitos y procedimientos legalmente establecidos dicha situación llevaría a considerar la contratación como irregular, y en aplicación del último de los artículos citados cabría considerar a dicho trabajador como indefinido dentro de la plantilla de la unidad productiva ⁹.

Sin embargo, semejante solución pugna con otros principios constitucionalmente aplicables a los poderes públicos, en especial los de

⁷ SSTs de 11 de febrero y 18 de marzo de 1991 (RJ 822 y 1875), 6 de mayo de 1992 (RJ 3516) o 9 de julio de 2001 (RJ 7010).

⁸ STSJ Canarias/Las Palmas, 19 de diciembre de 2001 (JUR 159597/2002).

⁹ En efecto, «las irregularidades en las contrataciones temporales producidas por dichos entes públicos pueden determinar que la relación jurídica se convierta en indefinida sin que ello suponga vulneración de los principios de mérito y capacidad consagrados en el artículo 103 de la Constitución», STSJ Canarias/Las Palmas, 19 de diciembre de 2001 (JUR 159597/2002). En el mismo sentido, entre muchas, SSTs de 7 de marzo y 4 de julio de 1988 (RJ 1864 y 5746), 20 de junio de 1992 (RJ 4602), 22 de septiembre de 1993 (RJ 7026), 24 de enero de 1994 (RJ 865) y 19 de enero y 13 de octubre de 1999 (RJ 810 y 7943) o STSJ Comunidad Valenciana, 21 de febrero de 2002 (AS 1111).

igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE) en el acceso a la función pública. El desarrollo de dicho precepto constitucional encuentra amparo en el artículo 55 EBEP de conformidad con el cual además de los mentados —y a modo de «secuela»¹⁰— resulta necesario tener en cuenta en la selección de personal las siguientes máximas: publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de contratación; independencia y discrecionalidad técnica de estos últimos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; en fin, agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos selectivos.

En efecto, la transformación sin más de la naturaleza jurídica del vínculo supondría acceder a un contrato laboral de carácter indefinido en la Administración «por la puerta de atrás»¹¹ o «la coronación con éxito... [de la máxima] infrinja cuanto pueda y quiera y obtenga la recompensa prometida»¹², pese a que bajo ninguna circunstancia tal comportamiento pueda admitirse¹³.

El problema apuntado coloca al intérprete ante dos sectores del ordenamiento jurídico, cuyos principios inspiradores son diferentes, cuando no contradictorios: el laboral atiende a utilidades privadas, vinculadas fundamentalmente a la estabilidad en el empleo; en cambio, el administrativo pretende garantizar ciertos intereses generales, en especial la no discriminación en el ingreso a los puestos ofertados por el sector público, de ahí las cautelas ordenadas a tal fin y el carácter imperativo de las mismas, debiendo ser sancionada adecuadamente su inobservancia¹⁴.

Ahora bien, las instituciones concernidas en semejante concurrencia conflictiva no aparecen situadas en el mismo plano, pues una presenta carácter eminentemente ordinario y otra fundamentalmente constitucional, debiendo quedar sacrificada la primera frente a la segunda¹⁵. En conclusión: las limitaciones constitucionales reseñadas son de obligado cumplimiento para los poderes públicos «a la hora de contratar personal a su servicio, ya sea funcionario o laboral porque, si bien en

¹⁰ DE LA VILLA GIL, L. E.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, cit., p. 4 (formato electrónico).

¹¹ En acertada expresión utilizada, entre otras, por las SSTs 20 y 21 de enero, 27 de marzo y 29 de abril de 1998 (RJ 1000, 1138, 3159 y 3725).

¹² GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid (Civitas), 1996, p. 28.

¹³ STCo 27/1991, de 14 de febrero.

¹⁴ STS de 30 de marzo de 1999 (RJ 3775) y SSTSJ Aragón, 22 de mayo de 1996 (AS 2291) o Comunidad Valenciana, 10 de julio de 2001 (AS 1682/2002).

¹⁵ OLLO LURI, M.^a P. y GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L.: «La contratación laboral temporal por las Administraciones Públicas; especial referencia a la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra», en *ASo*, T. V, 1999, p. 1098.

este último caso actúa como una empresa, la Administración sigue siendo la misma cuando precisa» a uno o a otro ¹⁶.

Defender lo contrario, les situaría en posición idónea para obviar, con relativa facilidad, las garantías de la Carta Magna, pues le bastaría con acudir a la contratación irregular con el fin de consolidar una plantilla que no ha pasado los filtros de las correspondientes pruebas selectivas legalmente instituidas. A partir de tal conducta torticera «quedarán frustrados los derechos y expectativas de otros ciudadanos a prestar servicios en favor de la Administración y encontrarán cobertura legal oportuna en pocos actos de nepotismo, desconociendo el interés público, la eficacia administrativa y la exigencia constitucional y legal de publicidad, igualdad, mérito y capacidad» ¹⁷.

En tanto tal resultado haría quebrar las importantes reglas elevadas por el artículo 103.3 CE al máximo nivel en el ordenamiento español, no puede en modo alguno ser admitido; de ahí que doctrina científica y jurisprudencia hayan realizado a lo largo del tiempo un ingente esfuerzo para aquilatar soluciones llamadas a desterrar esos indeseables efectos, las cuales pueden ser reconducidas fundamentalmente a las tres siguientes:

1. La primera pasaría por considerar no celebrados cuantos contratos han sido concertados de manera irregular, habida cuenta los trabajadores habrían entrado ilícitamente en la Administración Pública, de manera que «al haberse incumplido la normativa de acceso, selección y garantía, se produciría la nulidad radical de la contratación, no surtiendo pues efectos en el ordenamiento jurídico» ¹⁸, en consecuencia, al no responder las contrataciones «a ningún procedimiento previo de selección de personal garante de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que han de regir las contrataciones laborales tanto definitivas como temporales no cabe sino declarar la nulidad de las mismas» ¹⁹.

Sin embargo, tal posición resulta sumamente perjudicial para los trabajadores, quienes han de sufrir las consecuencias de una deficiente práctica administrativa, viendo extinguido su vínculo aun cuando con-

¹⁶ ALTÉS TÁRREGA, J. A.: *La contratación temporal en la Administración Pública*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, p. 51.

¹⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de alguno de los «núcleos duros» del Derecho de la Función Pública)*, Santiago de Compostela (EGAP), 2003, p. 252.

¹⁸ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: «El difícil equilibrio entre el rescate de las contrataciones y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2000, p. 539.

¹⁹ STSJ Comunidad Valenciana, de 10 de julio de 2001 (AS 1682/2002).

tinúe la prestación del servicio hacia los ciudadanos por parte de la Administración. Sin duda, una reacción drástica, extremista y muy severa para con los empleados.

2. Una segunda aboga por congelar el vínculo celebrado con la Administración, de manera que sus efectos permanecerían en estado latente de manera provisional, en una especie de suspensión contractual sin obligación de prestar servicios ni de remunerar, hasta tanto resulte cubierta la plaza vacante de manera definitiva a través de los oportunos cauces administrativos pasando a ocupar la misma quien más méritos obtenga en aquellos. Además dicho periodo temporal sería computado como tiempo efectivo de prestación de servicios a efectos del concurso correspondiente y de ganar finalmente el puesto el candidato afectado por la irregularidad contractual le sería contabilizado a efectos de causar o afianzar cuantas ventajas exijan un tiempo de prestación en la Administración, como por ejemplo participación en procesos de promoción, consolidación de complementos retributivos, etc.

Con ello, se ofrece una solución expresamente calificada como «justa y satisfactoria» para los implicados en el proceso: «para la Administración por cuanto no debería asumir los costes anejos al personal, y para el operario habida cuenta vería salvaguardado —al menos en parte— su derecho a la estabilidad en el empleo»²⁰.

Con todo, el criterio, podría resultar válido si la finalización del procedimiento administrativo no fuera excesivamente dilatada en el tiempo no así cuando los trámites se prolongan extraordinariamente como es tónica habitual dentro de la Administración Pública, pues los procesos de cobertura de vacante en los supuestos de contrataciones irregulares no suelen resultar precisamente rápidos. De esta manera, cuanto se había pensado como transitorio pasa a tener carácter duradero (o casi), conformándose, a la postre, como una verdadera extinción de la relación laboral, que no revivirá o lo hará de forma tan tardía que resultara poco útil para quienes, previsiblemente, y ante la imposibilidad de permanecer tanto tiempo sin percibir retribuciones, habrán buscado otra ocupación.

3. La tercera opción deriva de una construcción judicial tendente a evitar la «posibilidad de adquirir una plaza en propiedad... sin someterse a los procedimientos de selección establecidos»²¹, de manera que pretende garantizar cierta estabilidad del empleado junto con el respeto a los principios constitucionales ya reseñados recogidos en el artículo 103.3 CE.

²⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid (Estudios Financieros), 2005, p. 237.

²¹ ALTÉS TÁRREGA, J. A.: *La contratación temporal en la Administración Pública*, cit., p. 107.

De esta manera, y según reiteradas conclusiones alcanzadas por los Tribunales ya conocidas por todos, las anomalías existentes en la contratación de duración determinada por parte de los poderes públicos no pueden dar lugar «a la adquisición de fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público»²².

Como respuesta a la disfunción, se distingue entre los indefinidos —«que en la práctica, es una interinidad por vacante de las del art. 4.1, párrafo 2.º del RD 2720/98, aunque tal categoría no existía cuando se articuló por la jurisprudencia esta solución»²³—, a predicar de cuantos han accedido por esta vía sin superar aún los correspondientes procesos administrativos, y los fijos de plantilla, quienes sí han aprobado las oportunas pruebas con respeto a las máximas constitucionales tantas veces aludidas. En el primero de los casos el empleado continuará prestando servicios para el poder público, quien no podrá atribuirle una pretendida fijeza en la plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo hasta tanto tenga lugar la convocatoria y cobertura de la plaza de manera regular; finalizado el procedimiento existirá causa lícita para extinguir el contrato de no ser aquél el candidato seleccionado²⁴.

Numerosas han sido las voces críticas con esta construcción²⁵; sin embargo, y a pesar de las reticencias, tal jurisprudencia ha sido expresa-

²² Entre muchas, SSTs 20 y 21 de enero, 22 de abril, 12 de junio, 22 de septiembre y 13 de octubre de 1998 (RJ 1000, 1138, 3730, 5203, 7423 y 7809) o 25 de marzo de 1999 (RJ 3516).

²³ STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife, 10 de marzo de 2006 (AS 1352).

²⁴ Por todas, SSTs de 7 de octubre y 10 y 30 de diciembre de 1996 (RJ 7492, 9139 y 9864), 14 de marzo y 24 de abril de 1997 (RJ 2471 y 3498), 20 y 21 de enero, 27 de marzo, 20 de abril, 7 de mayo, 12 de junio y 21 y 28 de diciembre de 1998 (RJ 1000, 1138, 3159, 3725, 4585, 5203, 313/1999 y 386/1999), 19 de enero, 30 de marzo, 5 de julio, 13 y 20 de octubre y 10 de noviembre de 1999 (RJ 2474, 3775, 6443, 7493, 8401 y 7843), 8 de febrero, 29 de mayo y 29 de noviembre de 2000 (RJ 1744, 4804 y 1440/2001), 20 de marzo de 2002 (RJ 5284) y 6 de mayo de 2003 (RJ 5765). Siguiéndolas, SSTSJ Comunidad Valenciana, 24 de septiembre de 1996 (AS 3502), 21 de febrero de 2002 (AS 1111) y 10 de febrero de 2005 (AS 1021); Navarra, 30 de marzo y 12 de noviembre de 2001 (AS 1478 y 4179); Cataluña, 5 de junio, 12 de septiembre y 16 y 29 de octubre de 2001 (AS 3484, JUR 314469, 80326 y 8572/2002); Galicia, 21 de septiembre y 26 de octubre de 2001 (JUR 317188 y 295005) y 23 de julio de 2002 (AS 3345); Canarias/Las Palmas, 15 de octubre de 2001 (AS 1309/2002) y 30 de enero y 25 de julio de 2002 (AS 2240 y 1361) o Andalucía/Granada, 12 de febrero de 2002 (AS 1327).

²⁵ Por todos, ALZAGA RUIZ, I.: *Contratación laboral temporal. Un estudio jurisprudencial*, Madrid (EDERSA), 2000, p. 117; MONTOYA MELGAR, A.: «La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa», en *RMTAS*, núm. 58, 2005, p. 140; OJEDA AVILÉS, A.: «Contratación temporal y política de empleo», en OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI

mente convalidada y recogida por el legislador, pues tanto el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, como la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, proceden a dar nueva redacción a la Disposición Adicional 15.^a ET, de conformidad con la cual cuanto ordena el artículo 15.5 de este último será de plena eficacia en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos²⁶, de manera que un trabajador vinculado laboralmente a un ente público durante más de veinticuatro meses, a computar en un periodo de treinta, con o sin solución de continuidad, mediante dos o más contratos temporales habrá de ser considerado como indefinido; todo ello sin perjuicio de aplicar los principios constitucionales tantas veces mentados, de forma que la transformación no supondrá traba alguna para poner en marcha los procedimientos ordinarios de cobertura de vacantes en los términos fijados en la normativa correspondiente.

Una previsión en una línea legislativa similar aparece recogida de manera expresa en el artículo 11 del Estatuto Básico del Empleado Público, el cual no duda en diferenciar en atención a la duración del contrato entre personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, recogiendo por «primera vez... por norma de rango de ley... esa triple clasificación»²⁷. El precepto viene a acoger, así, de manera expresa el criterio judicial tantas veces mentado y, por tanto, lo refrenda mediante su positivización, realizando una nueva contribución a la «normalización jurídica» de la institución analizada en el ordenamiento español²⁸.

Sin lugar a dudas, aun cuando la redacción de la previsión laboral haya sido calificada como «criptica» o «alambicada»²⁹ y el literal de la norma administrativa resulte sumamente genérico³⁰, ambas apare-

HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, cit., pp. 95 y 96, y DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», cit., p. 9 (formato electrónico).

²⁶ MOLINA HERMOSILLA, O.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿mucho ruido, pocas nueces?», en *RTSS (CEF)*, núm. 280, 2006, p. 28, y TASCÓN LÓPEZ, R.: «Las medidas dirigidas a combatir el encadenamiento de contratos temporales», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y Coord.): *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, cit., p. 87.

²⁷ DE LA VILLA GIL, L. E.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, cit., p. 4 (formato electrónico).

²⁸ Para la COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL DIÁLOGO SOCIAL: *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, cit., p. 14, «la figura del “contrato temporalmente indefinido” en la Administración Pública... ha contribuido, en buena parte, a la “normalización” jurídica de la contratación temporal en el sector público».

²⁹ LAHERA FORTEZA, J.: «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *RL*, núm. 10, 2007, p. 41.

³⁰ Al contrario de cuanto hubiera sido deseado y «a la vista de esta situación de absoluta inseguridad jurídica, parecería lógico que el legislador, una vez decidido a regular la

cen claramente inspiradas «en la construcción jurisprudencial acerca de las consecuencias de las contrataciones irregulares, por más que en el precepto reproducido no se esté ante supuestos anómalos»³¹.

En este sentido, semejante diferencia de trato legal entre empleados del sector público y el privado ha sido considerada como perfectamente acomodada al ordenamiento comunitario, en particular, a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999³², habida cuenta esta disposición supranacional deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos³³. En consecuencia, y tomando como referente los argumentos literales del intérprete autorizado del acervo europeo, «la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público»³⁴.

A pesar de cuanto se ha indicado, «las medidas de reforma son, sin duda, bien intencionadas pero, al mismo tiempo, manifiestamente timoratas porque han rehuído coger el toro por los cuernos, pese a estar este toro sobradamente identificado hasta por los medios de opinión menos sospechosos de demagogia»³⁵. En el concreto caso de la Administración, vienen, en cierta manera, a convalidar una mala *praxis*, cual es el recurso a la contratación temporal irregular y su mantenimiento durante amplios periodos de tiempo, fomentada por la costumbre de convocar sus procesos selectivos con exagerada tardanza; da así cobertura a una solución insatisfactoria con renuncia a cualquier otra, cuando la opción que debería tomar el legislador es actuar contra el infractor del ordenamiento laboral, intentando limitar al máximo la existencia de contraven-

relación laboral especial de empleo público, entrara en esta cuestión, tomando partido por cualquiera de las tesis jurisprudenciales habidas o aun por otras imaginables, más o menos generosas con el trabajador temporal irregular», SALA FRANCO, T.: *Capítulo Tercero. El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 122.

³¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Las limitaciones a la contratación temporal en el nuevo artículo 15.5 ET», en *Social mes a mes*, núm. 122, 2006, p. 25.

³² Así, «no cabe excluir que una generalización del procedimiento de recalificación cuestione el principio de la ocupación de los empleos fijos en la Administración Pública por funcionarios seleccionados mediante oposición. Por ello, la necesidad de mantener la vía de la oposición como vía especial de acceso al empleo en las administraciones públicas puede considerarse un objetivo legítimo que justifica, en este sector, la exclusión de la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido», Conclusiones del Abogado General señor M. Poirares Maduro, de 20 de septiembre de 2005, a las SSTJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino* y 180/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Vassallo*.

³³ STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

³⁴ STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

³⁵ DE LA VILLA GIL, L. E.: *¿Acabar con el trabajo precario, I? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006*, cit., p. 2 (formato electrónico).

ciones y lo hace además sin tomar en consideración las consecuencias derivadas de tal opción y obviando algunos referentes judiciales de carácter supranacional como a continuación se abordará.

Ahora bien, como la descrita en último término no parece ser la línea a colegir del espíritu de las últimas normas promulgadas, resultaría conveniente, para evitar numerosas y cuantiosas reclamaciones y cuestiones litigiosas posteriores, incluir cláusulas en los contratos indefinidos —o en las futuras Leyes de Función Pública en desarrollo del EBEP³⁶— en los cuales «se haga constar la reserva de fijeza» y dejar meridianamente claro «que las irregularidades y fraudes en la contratación laboral en el sector público podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza»³⁷.

2. Algunos olvidos del legislador español a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia Comunitario

Como ha quedado señalado, el Tribunal de Justicia Comunitario ha admitido expresamente la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática de indefinidos o fijos en los supuestos de contrataciones abusivas para determinados sectores, en el caso concreto las Administraciones Públicas, si bien acto seguido exige que una previsión en tal sentido ha de venir acompañada de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades, en cumplimiento de cuanto disponen las cláusulas 1 a 5 de la Directiva 1999/70³⁸.

Semejantes remedios habrán de ser ordenados por la legislación de cada Estado en correspondencia con su autonomía, pero en dicho quehacer deberán tener muy en cuenta dos principios básicos³⁹: el de equi-

³⁶ Si bien dicha posibilidad se torna polémica por cuanto las disposiciones del EBEP, relativas al personal laboral quedan enmarcadas dentro del artículo 149.1.7.^a CE (D.F. primera), «lo que significa que una Comunidad Autónoma no podrá regular esta relación laboral especial de su personal laboral al desarrollar el EBEP con su Ley de Función Pública Autónoma, dado el monopolio normativo exclusivo y excluyente del Estado en materia laboral» [SALA FRANCO, T.: *Capítulo Tercero. El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 119]; para otros, en cambio, el EBEP presenta un carácter básico, «pero todo el contenido del texto responde a esta lógica de buscar la más correcta delimitación de lo básico y de respetar la existencia de una considerable capacidad de las distintas administraciones para configurar su propia política de personal» [DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *RL*, núm. 18, 2007, p. 56].

³⁷ DE LA VILLA GIL, L. E.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, cit., p. 12 (formato electrónico).

³⁸ STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

³⁹ SSTJCE 312/93, de 14 de diciembre de 1995, asunto *Peterbroeck y 212/04*, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

valencia, en tanto los instrumentos utilizados no deben resultar menos favorables que los aplicables a situaciones similares de carácter interno; el de efectividad, de conformidad con el cual la solución no puede resultar de imposible materialización en la práctica o hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el acervo europeo.

En consecuencia, «cuando se ha producido un uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho comunitario»⁴⁰.

Al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, pues de lo contrario la ausencia de una reparación económica «no parece superar el doble test de equivalencia y efectividad propuesto por el tribunal europeo»⁴¹. Para solventar semejante contravención cabe señalar cuatro posibles alternativas:

1.^a Aplicar la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET para los supuestos de extinción de los contratos de duración determinada correspondiendo una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad resultante de abonar ocho días de salario por cada año de servicio o la establecida, en su caso, en la normativa específica de aplicación o la prevista como mejora en la negociación colectiva.

Ahora bien, semejante solución presenta, al menos, tres trabas cuya superación no resulta sencilla: de una parte, en la generalidad de los casos el trabajador habrá ganado su condición de indefinido tras la extinción de su contrato temporal y la correspondiente reclamación contra la misma frente a los Tribunales de lo Social, con lo cual es altamente probable que haya recibido ya la compensación prevista en el precepto analizado; de otra, parece insuficiente una cuantía pensada para los casos de extinción de un contrato celebrado observando los requisitos legales, debiendo ser diferente y mayor para cuantos supuestos supongan un incumplimiento de la normativa, castigando a quien con su actuar irregular ha vulnerado el ordenamiento, más aún de tener en cuenta como el infractor es un poder público quien debería dar ejemplo a los ciudadanos y cumplir de manera puntual y estricta el ordena-

⁴⁰ STJCE 180/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Vassallo*.

⁴¹ LAHERA FORTEZA, J.: *La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, cit., p. 43.

miento jurídico⁴², sin refrendar fraudulentamente la precariedad laboral; en fin, los Tribunales vienen considerando aplicable a la extinción de esta clase de vínculos la letra b) y no la c) del artículo 49.1 ET⁴³, con lo cual su finalización no lucraría derecho a indemnización alguna.

2.^a Considerar la situación dentro del marco de actuación del artículo 52.c) ET, concurriendo una causa de despido objetivo ante la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo dentro de la Administración, el cual puede ser utilizado perfectamente por la misma cuando existan razones organizativas o de ordenación eficaz del personal que así lo justifican⁴⁴.

De esta manera, «la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada a otro trabajador no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la Ley» y como tal habría de ser incluida dentro de los artículos 49.1.1, 52 y 53 ET «pero sin forzar la vía del artículo 49.1.b) ET, prevista para los pactos extintivos (o, con otra denominación, condiciones resolutorias) lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de las partes»⁴⁵, resultando ésta la única «salida jurídica si los tribunales se atienen a los firmes criterios de la jurisprudencia comunitaria»⁴⁶.

Ahora bien, la posibilidad descrita puede resultar de no fácil aplicación en la práctica en tanto la Administración encuentra dificultades para alegar una causa económica, técnica, organizativa o de producción como exige el precepto, al tratarse de una situación por ella misma provocada y consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones legales.

⁴² Si el empleador es una Administración «el plus de rigor con que tales consecuencias se le imponen, derivarán no sólo de consideraciones atinentes a la propia naturaleza de las cosas, sino además del especial rigor con que nuestra Constitución le somete precisamente a él al imperio de la ley, al compromiso de promover la plenitud de la igualdad y de remover los obstáculos que a ella se opongan y a la proscripción de toda oportunidad de comportamiento arbitrario», SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson), 2003, p. 99.

⁴³ SSTs de 27 de mayo de 2002 (RJ 9893), 26 de junio de 2003 (RJ 4259/2005), 27 de diciembre de 2006 (RJ 9307) o 14 y 22 de febrero de 2007 (RJ 2803 y 2467) y SSTSJ Castilla y León/Valladolid, 18 de abril de 2005 (AS 692), Aragón, 29 de junio de 2005 (AS 2060) y País Vasco, 14 de febrero de 2006 (AS 1852).

⁴⁴ STS de 13 de octubre de 1998 (RJ 7809).

⁴⁵ Voto particular a la STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 9893), el cual termina concluyendo como «la calificación de cese por cumplimiento de condición resolutoria del supuesto enjuiciado es... dogmáticamente inapropiada, como lo es también la metáfora de la *conditio legis*, que desvirtúa el concepto de “condición” como elemento accidental de los contratos y de las obligaciones que tiene su origen en la autonomía de la voluntad».

⁴⁶ LAHERA FORTEZA, J.: *La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, cit., p. 44.

Además, no es la solución alcanzada por la jurisprudencia, pues una vez adjudicada la plaza, la Administración no habrá de seguir los cauces del despido objetivo, pues dicha causa extintiva debe quedar subsumida en las enunciadas genéricamente en el artículo 49.1.b) ET, es decir, las vicisitudes consignadas válidamente en el contrato. Este remedio encuentra justificación en la aplicación al caso del artículo 9 de la norma estatutaria, debiendo declarar la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal por contrario al artículo 15 de dicha norma y su ineficacia legal así como su sustitución por otra cláusula en la cual queda establecida expresamente la extinción por la ocupación de la plaza conforme a procedimiento reglamentario garante de los principios constitucionales y los preceptos legales ⁴⁷.

3.^a Dejar en manos de los interlocutores sociales la posibilidad de pactar la indemnización a percibir por el empleado indefinido en caso de extinción de su contrato laboral, de manera que los convenios colectivos firmados en el marco de las Administraciones Públicas habrían de incorporar cláusulas recogiendo la cuantía resarcitoria para el trabajador.

Dicha solución choca, sin embargo, con una doctrina judicial bastante asentada en el ordenamiento español y que viene a emplear un criterio manifiestamente restrictivo a la hora de aplicar esta clase de mejoras paccionadas a cuantos despidos hayan sido calificados como improcedentes consecuencia de irregularidades cometidas por las Administraciones en la contratación temporal ⁴⁸.

4.^a El legislador podría aprovechar la ocasión en las normas de desarrollo del EBEP para regular de manera específica el tema tratado, salvando cuantos obstáculos han sido expuestos. Así, y ya que no ha cumplido con sus quehaceres anteriormente, establecer una indemnización igual o muy cercana en términos económicos a la prevista para el despido improcedente, previendo de manera expresa un castigo a la contratación irregular e incentivando de forma indirecta el acatamiento de las prescripciones legales en materia de contratación temporal por parte de los poderes públicos. Asimismo, constituiría un acicate para eliminar esa práctica bastante cotidiana por parte de estos de alargar en exceso la duración del contrato indefinido dada la lentitud habitual en la convocatoria y resolución de los procesos selectivos correspondientes.

⁴⁷ Por todas, STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 9893). Siguiéndola, SSTs de 26 de junio de 2003 (RJ 4259/2005), 27 de diciembre de 2006 (RJ 9307) o 14 y 22 de febrero de 2007 (RJ 2803 y 2467) y SSTSJ Castilla y León/Valladolid, 18 de abril de 2005 (AS 692), Aragón, 29 de junio de 2005 (AS 2060) y País Vasco, 14 de febrero de 2006 (AS 1852).

⁴⁸ Entre otras, SSTs de 12 de julio de 1994 (RJ 7156), 24 de noviembre de 1995 (RJ 8765), 20 de marzo de 1997 (RJ 2598) y 11 de mayo de 1999 (RJ 6732) o STSJ Cataluña, 5 de junio de 2001 (AS 3484).

Es más, defender, como hacen en estos momentos los Tribunales españoles, la posibilidad de proceder a la extinción sin derecho a indemnización alguna supondría hacer de peor derecho a los trabajadores indefinidos frente a los temporales, pues estos sí percibirían la correspondiente suma económica a la finalización de su vínculo mientras los segundos no causarían compensación alguna⁴⁹, pudiendo afectar con ello al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Carta Magna⁵⁰.

En definitiva, el trabajador también vería satisfecho, al menos de manera parcial, sus intereses pues la pérdida de su ocupación quedaría, en parte, compensada con la indemnización percibida por parte de la Administración y constituiría una sanción a la misma consecuencia de la inobservancia de sus quehaceres.

⁴⁹ Dicha argumentación «tiene también a su favor una razón de equidad. Si nos encontramos por hipótesis ante trabajadores contratados por tiempo indefinido no parece coherente privarles de cualquier indemnización por fin de contrato, equiparando las consecuencias de su cese a las de los trabajadores interinos, y situándolos en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por “expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”, los cuales tienen derecho por Ley a una indemnización». Voto particular a la STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 9893).

⁵⁰ De esta manera, «el contrato temporal ilegal en el sector público no conlleva ningún coste para las Administraciones Públicas ni ninguna reparación económica para el trabajador... [y] crea un escenario de amparo de la ilegalidad en el sector público con distorsiones difíciles de asumir como, por ejemplo, el pago de una indemnización... en los contratos de obra y eventual legales y la ausencia de indemnización en los mismos contratos temporales ilegales, la plena equiparación entre interinos por vacante legales e ilegales sin sanción de la antijuridicidad cometida o la aplicación del despido objetivo indemnizado del artículo 52 ET en contratos indefinidos por falta de consignación presupuestaria y la elusión de esta extinción en estos contratos cuando se cubre la vacante o, en el nuevo escenario del artículo 15.5 ET, la falta de eficacia del límite a la rotación laboral precaria en el sector público». LAHERA FORTEZA, J.: *La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, cit., pp. 40-41.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL ACCESO
A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
LAS BOLSAS DE TRABAJO O LISTAS DE ESPERA**

JAVIER F-COSTALES MUÑIZ

Catedrático EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ACCESO AL TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD PARA EL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL.—3. LISTAS DE ESPERA PARA LA CONTRATACIÓN Y BOLSAS DE TRABAJO.

1. INTRODUCCIÓN

La prestación de servicios retribuidos dentro del ámbito de organización y dirección de la Administración Pública y por cuenta de ésta puede ser desarrollada a través de una relación funcionarial, un contrato laboral o administrativo, aunque la regla general para nuestro ordenamiento es su realización bajo la primera de las fórmulas, quedando relegadas el resto de opciones al campo de lo excepcional ¹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado como «habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18) habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública... [en tanto] no otra cosa se desprende de la opción genérica de la Constitución... a favor de un régimen estatutario... 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 podrán ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario» ².

2. EL ACCESO AL TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD PARA EL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL

La Constitución Española, en sus artículos 23.2 y 103.3, ha venido a establecer una clara separación en el acceso al trabajo teniendo en cuenta

¹ LÓPEZ GÓMEZ, J. M. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: «El acceso del personal laboral a las Administraciones Públicas: las bolsas de trabajo», en *TL*, núm. 53, 2000, p. 87.

² STCo 99/1987, de 11 de junio.

cuándo éste tiene lugar en concepto de trabajador o cuándo sea efectuado bajo la condición de funcionario³. En el supuesto de tratarse de un trabajador por cuenta ajena, el artículo 38 CE concede una amplísima libertad al empresario privado para confeccionar y ajustar según su propio criterio la plantilla de su entidad, seleccionar y contratar a quien considere conveniente, con independencia de sus condiciones profesionales o humanas⁴. Posee, en definitiva, prácticamente plena libertad para determinar con qué trabajador desea celebrar el contrato de trabajo⁵.

En cambio, en el segundo caso, el artículo 23.2 CE instituye que los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes», y éstas, a tenor de lo establecido en el artículo 103.3 CE, regularán «el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad». De tal manera, y frente a la aludida libertad empresarial, la Administración Pública únicamente podrá contratar después de haber seguido un proceso de selección en el cual sean garantizados y respetados los principios exigidos por la norma suprema de nuestro ordenamiento.

En principio, pues, estatuto laboral y funcionarial presentan una naturaleza diferenciada de inicio por un factor fundamental en tanto la contratación en el primero de los casos estará sometida exclusivamente al criterio del empresario, quien no aparece vinculado por límite alguno nacido del principio de igualdad, siempre y cuando en su actuación no incurra en discriminación o el convenio colectivo le exija cumplir un determinado sistema⁶, y sin deber alguno de someter a los aspirantes al empleo a una selección objetiva regida por los principios de mérito y capacidad suficientes y superiores, en su caso, al del resto de los demandantes de empleo⁷.

Sin embargo, cuando la Administración necesite la prestación de servicios de funcionarios, los parámetros aludidos resultarán ineludibles a efectos de realizar la selección, actuando «como referencia objetiva en

³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de alguno de los «núcleos duros» del Derecho de la Función Pública)*, Santiago de Compostela (Escuela Galega de Administración Pública), 2003, p. 172.

⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*, Madrid (CGPJ), 1998, pp. 202-203.

⁵ MOLERO MARAÑÓN, M.^a L.: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 38.

⁶ «O en supuestos realmente excepcionales conforme ocurre... con la relación laboral especial de estibadores portuarios», FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid (CEF), 2005, pp. 13-14.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos), 1986, p. 158.

los asuntos públicos y como paralela referencia subjetiva de todos los derechos públicos»⁸, concretándose así la igualdad de trato en la exigencia de objetividad en el sistema de selección⁹.

Es más, aun cuando la Administración utilice la contratación laboral, su carácter de poder público la vincula estrechamente al mencionado principio de igualdad, impidiéndole «no sólo contratar libre o discrecionalmente los servicios de la persona que considere más conveniente, sino que resulta obligada a contratar a aquel ciudadano que acredite encontrarse con las cualidades objetivas, que requiriéndose para el desempeño de las funciones que se predicen, le haga acreedor de suscribir ese contrato»¹⁰.

El artículo 29 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración, establece como tal proceso de selección debe ser realizado a través de oposición, concurso-oposición o concurso, cuyas bases serán automáticamente incorporadas al contrato de trabajo si tal es la vinculación existente con la Administración¹¹.

Resulta llamativo el cambio de orden operado en este sentido respecto al ya derogado [disposición derogatoria única, apartado b) LEBEP] artículo 19 LMRFP¹² al mencionar el sistema de oposición en primer

⁸ SÁNCHEZ BLANCO, A.: «Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política», en REDA, núm. 46, 1985, p. 213. Hecho que ha venido a ser considerado como el «último signo diferencial por imperativos constitucionales en el Derecho de la Función Pública». PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo, T. II (Organización y empleo público)*, 12.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 1998, p. 372.

⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.ª L.: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, cit., p. 39.

¹⁰ STCo 282/1993, de 27 de septiembre. El mismo Tribunal Constitucional resuelve cualquier duda al hacer referencia a la vinculación del empresario público a los principios del artículo 23.2 CE, estableciendo «que si los actos de las empresas públicas pueden ser incluidos dentro del concepto de función pública, podrá entenderse vulnerado el acceso en condiciones de igualdad a cargos y funciones públicas» (SSTCo 133/1989, de 19 de julio y 160/1990, de 18 de octubre).

¹¹ Entre otras, STS de 15 de junio de 1993 (Ar. 4676).

¹² Este precepto es calificado en el artículo 1.1 LMRFP «como una de las bases del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Llevando tal idea a sus última consecuencias, en alguna ocasión se ha sostenido que si las contrataciones temporales no responden a ningún procedimiento previo de selección de personal garante de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que han de regir las contrataciones laborales tanto definitivas como temporales, no cabe sino declarar la nulidad de las mismas», SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación en las Administraciones Públicas*, Pamplona (Aranzadi), 2003, p. 67.

lugar, circunstancia en la que se ha querido ver «una manifiesta intención de imponer un mayor, o al menos, un idéntico rigor al empleado con los funcionarios, en el proceso de ingreso del personal laboral permanente»¹³, tal y como realizan también los apartados 6 y 7 del artículo 61 del Estatuto Básico del Empleado Público, aun cuando el criterio no aparece tan definido respecto a los trabajadores contratados temporalmente —a pesar del obligado respeto a los principios de mérito y capacidad—, circunstancia que se erige en un factor más entre los que ayudan a crear la actual situación en cuanto a las irregularidades en el acceso a la Administración Pública¹⁴.

El Tribunal Constitucional ha venido destacando en diversas ocasiones que «la contratación del personal laboral para la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención precisamente a otros mandatos constitucionales...»¹⁵. Deben, por tanto, ser garantizados en el proceso los mencionados principios de igualdad, mérito y capacidad.

De tal forma, queda así asimilado el sistema de ingreso de personal funcionario y laboral¹⁶, a pesar de la férrea oposición administrativa a la tesis «laboralista» de equiparación¹⁷, propugnando una tesis «administrativista» conforme a la cual el artículo 23 CE debe quedar referido exclusivamente a los cargos y funciones públicas, sin incluir a los tra-

¹³ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Valladolid (Lex Nova), 2006, p. 117.

¹⁴ RUANO RODRÍGUEZ, L.: *Constitución, función pública y empleo laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1998, p. 82.

¹⁵ Auto 743/1988, de 6 de junio, doctrina seguida luego por las sentencias del mismo Tribunal 178/1989, de 2 de noviembre y 96/1990, de 24 de mayo.

¹⁶ Sobre el personal funcionario de la Administración, ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. 2, vol. I, Madrid (Tecnos), 9.ª ed., 1988, p. 319 y ss.; y, en relación con el personal laboral y las reclamaciones en la contratación, OLIVERA MASSO, P.: «La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública. ¿Jurisdicción contencioso-administrativa o social?», en *RL*, núm. 11, 1991, pp. 20-34.

¹⁷ Sobre la cuestión, SALA FRANCO, T.: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Madrid (INAP), 1989, p. 26; LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas), 1995, pp. 176 y ss.; GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid (Civitas), 1996, p. 176 y ss.; LIMÓN LUQUE, M. A.: «La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública: con limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo», en *RT*, núm. 99, 1990, pp. 96-110; LÓPEZ GANDÍA, J.: «Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública», en *PJ*, núm. 3, 1986, p. 55.

Apoyando esta posición, entre otras, SSTCo 50/1987, de 23 de abril, y 67/1989, de 18 de abril, o SSTs de 28 de noviembre de 1989 (Ar. 8283), 18 de marzo de 1991 (Ar. 1875) y 6 de mayo y 27 de julio de 1992 (Ar. 3516 y 5663).

bajadores al servicio de la Administración y, en consecuencia, sin serles de aplicación los principios señalados ¹⁸.

Sin embargo, la equiparación de sistemas referida persigue una evidente finalidad, que no puede ser otra que «la de evitar el nepotismo en la Administración: quien accede mediante aquellas pruebas legales al servicio público gozará de “fijeza” en la relación —sea funcionarial o laboral—, al punto que su remoción, ciertamente excepcional sólo prosperará si es posible acreditar una causa muy cualificada —disciplinaria u objetiva, recogida en la normativa laboral o en la administrativa, según se trate de personal laboral o de funcionario—, con la correspondiente percepción, en su caso, de la compensación legalmente prevista» ¹⁹.

En este sentido, la naturaleza pública del empleador «postula una aplicación del Derecho conforme a parámetros y criterios propios y específicos, distintos a ciertos supuestos de los que rigen la aplicación e interpretación del Derecho en la contratación entre particulares» ²⁰, habida cuenta que resulta preciso velar «por la neutralidad, evitando patronazgos políticos, corporativos, familiares o sociales» ²¹, evitando así generar una impresión de ausencia «de la competencia y de la lealtad institucional destinadas a presidir toda función pública cimentada en el sistema de mérito, la esperada disfuncionalidad, el consecuente despresigio social y la creencia generalizada en la población de no bastar para ingresar con poseer sólo los méritos necesarios» ²².

¹⁸ CÁMARA DEL PORTILLO, D.: «La función pública ante el TC: una oportunidad perdida», en *REDA*, núm. 57, 1988, p. 101; DIEZ SANZ, S.: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo», en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo: Tres estudios*, Madrid (Civitas), 1992, p. 183 y ss.; PRADOS DE REYES, F. J.: «Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público», en *AL*, T. I, 1990, p. 187 y ss.

También, SSTS, Cont.-Admto., 29 de mayo de 1985 (Ar. 2418) o 24 de noviembre de 1986 —dos— (Ar. 6737 y 6738).

¹⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas...*, cit., p. 204. Sobre esta cuestión, LEÓN CAVERO, R. A., BAL FRANCÉS, E.: «Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación temporal de las Administraciones Públicas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 296, 1997, p. 2 y ss.

²⁰ MARTÍN PUEBLA, E.: «Trabajadores al servicio de la Administración (la problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)», en *RL*, T. I, 1990, p. 101. En este sentido, también, LANDA ZAPIRAIN, J. P. y cols.: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Madrid (Civitas), 1993, p. 30.

²¹ ARROYO LLANES, L. M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, p. 193.

Tal y como algún autor ha venido a destacar, se trata de conducir la situación con objeto de evitar dar «el mayor margen de maniobrabilidad posible al político de turno, para permitirle favorecer la contratación de sus amigos, correligionarios, parientes o querida/o, que de todo ha habido y hay», GRAU MORENACHO, R.: *Laboralización Administraciones Públicas*, Madrid (Trivium), 1998, p. 37.

²² MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico de los funcionarios*, Madrid (Tecnos), 1999, p. 51.

Así, no han faltado autores que han venido a señalar como determinadas conductas supondrían atentados directos contra diversos principios²³: 1) Contratación sin previo proceso de selección. 2) Limitación subjetiva para participar en el proceso de selección por razones no vinculadas al mérito y capacidad de los aspirantes. 3) Celebración de un proceso de selección en el cual, por los méritos que se toman en consideración o por el valor atribuido a cada uno de ellos, cuando se trate de concurso, o por la naturaleza de las pruebas de capacitación, si de oposición libre, uno o varios de los aspirantes resultan arbitraria y desproporcionadamente favorecidos en detrimento de los restantes. 4) Postergación de quienes, en aplicación de las «bases» del proceso de selección, debieron ser contratados preferentemente por alcanzar una puntuación superior a otros que, sin embargo, ocupan la plaza.

En definitiva, resumiendo lo hasta ahora expresado, «las Administraciones Públicas están obligadas a ser eficaces, pero respetando la Ley y el Derecho»²⁴ y, en consecuencia, «la integración de las modernas técnicas de gestión en la Administración Pública nunca podrá producirse en la misma manera que en las empresas privadas, por cuanto la naturaleza pública de la institución, el que la razón política predomine sobre la razón técnica, hace que muchos progresos técnicos, utilizados habitualmente con éxito en las empresas privadas, no puedan serlo en la Administración pública, pues podrían distorsionar principios como el de igualdad, imparcialidad y legalidad, muy distintos al de eficacia y el lucro que son motores que mueven el sector privado»²⁵.

Prevalece, de tal manera, la posición de poder público ostentada por la Administración en el momento de proveerse de los medios humanos necesarios para llevar a cabo su misión, siendo necesaria la existencia de un proceso detalladamente reglado para decidir las personas que necesita, el momento en el cual las necesita y quiénes serán los elegidos²⁶.

²³ En tal sentido en este punto, GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, cit., pp. 140-142.

²⁴ FÁBREGAT ROMERO, P., URANGA COGOLLOS, C.: «La selección de personal en la Administración Pública: el mito del administrador educado», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 57, núm. 2, 1991, p. 121.

²⁵ NIETO GARCÍA, A.: «Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada», en *DA*, núm. 200, 1984, p. 2 y ss.

²⁶ GUTIÉRREZ-RENÓN ÁLVAREZ A.: «Función del cuerpo en un sistema de carrera», en *RVAP*, núm. 26, 1990, p. 84, al señalar sobre la cuestión que «la experiencia histórica demuestra que la designación política desemboca finalmente en el clientelismo y que los puestos públicos acaban considerándose como botín a repartir por los partidos ganadores. De ahí que, gradualmente, se haya ido imponiendo la convicción de que el servicio público tiene que ser una opción política abierta a todos los ciudadanos. Hoy la existencia de una función pública profesional se considera uno de los elementos esenciales del estado democrático».

Así pues, libertad de empresa frente a publicidad, igualdad, mérito y capacidad marcan el principal elemento diferencial entre funcionarios y trabajadores ²⁷. Sin embargo, una interpretación fuertemente anclada en el tenor literal de la Constitución puede conducir a considerar que cuando la Administración contrata trabajadores dispone, sino de la libertad de cualquier empresario ²⁸, sí goza, como mínimo, de la de no quedar sometida al límite del artículo 103.3 CE, al mencionar específicamente a los funcionarios, ni al del 23.2 CE, al descartar que el personal laboral pueda realizar las funciones públicas aludidas por el precepto ²⁹.

Por contra, entender que el término «funciones y cargos públicos» no se identifica exclusivamente con funcionarios, asimilándolo a toda actividad llevada a cabo por la Administración Pública ³⁰, supondrá valorar una nueva magnitud del artículo 23.2 CE y colegir un contenido más amplio para el artículo 103.3 CE, aplicando tanto a funcionarios como a personal laboral ³¹ el término «empleo público». Es, pues, un re-

²⁷ En torno a la cuestión, ampliamente, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de alguno de los «núcleos duros» del Derecho de la Función Pública)*, cit., p. 222 y ss.

²⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: «Flexibilidad interna: movilidad funcional del personal de las Administraciones Públicas», en AS, 1996, T. II, pp. 2491-2492.

²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Comentario al artículo 23.2 de la Constitución», en AA.VV. (ALZAGA VILLAMIL, O., Dir.): *Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Madrid (Edersa), 1985, p. 69.

Abogando también por tan estricta noción ATCo 298/1996, de 16 de octubre, según el cual: «las funciones englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario...; es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente. De suerte que, en esta caracterización, resultaría excluido, a efectos de la protección constitucional, el personal laboral al servicio de la Administración».

³⁰ En tal sentido, GONZÁLEZ RUIZ, F. J.: «Los principios constitucionales de acceso a la función pública y los derechos fundamentales de igualdad y tutela judicial efectiva», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo 1981-1991*, Madrid (Marcial Pons), 1992, p. 276; LÓPEZ GANDÍA, J.: «Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal en la Administración Pública», en PJ, núm. 3, 1986, p. 157; SALA FRANCO, T.: «La contratación temporal en la Administración Pública», en PJ, núm. 3, 1986, p. 161; LANDA ZAPIRAIN, J. P. y cols.: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, cit., p. 21 y ss.; MOLERO MARAÑÓN, M.^a L.: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 42 y ss., o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de alguno de los «núcleos duros» del Derecho de la Función Pública)*, cit., p. 223.

³¹ FÉREZ FERNÁNDEZ, M.: *La igualdad, el mérito y la capacidad en el acceso a la función pública (los casos de Estados Unidos, Francia y España)*, Barcelona (Tesis doctoral), 1993, p. 242 y ss. En contra de la tesis que aboga por la interpretación estricta, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «¿Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas?», en REDT, núm. 72, 1995, pp. 627-631.

quisito «peculiar, pero para todos», tanto para funcionarios como para trabajadores³².

3. LISTAS DE ESPERA PARA LA CONTRATACIÓN Y BOLSAS DE TRABAJO

En no pocas ocasiones las Administraciones Públicas aparecen colocadas en una difícil situación frente a la gestión de la mano de obra a su servicio, en tanto, de un lado, se encuentran atadas por el principio de legalidad que les obliga a cumplir con los principios de mérito y capacidad a la hora de seleccionar a su personal y, de otro, por la necesidad de seleccionar empleados para la cobertura de vacantes temporales y urgentes «que supone mantener la actuación administrativa operativa, conforme al principio de eficacia»³³.

Tal circunstancia obliga a arbitrar métodos de selección de personal temporal que encuentren un equilibrio entre las dos circunstancias mencionadas, que respeten los principios de mérito, capacidad, publicidad e igualdad y a un tiempo sean lo suficientemente ágiles como para facilitar la cobertura de ciertos puestos de la manera más rápida posible.

Las bolsas de trabajo son uno de estos mecanismos urgentes de contratación. A través de las mismas se da entrada en el empleo público a quienes «han participado sin éxito en las pruebas convocadas en desarrollo de las correspondientes ofertas, pero han superado alguno de los ejercicios realizados»³⁴, o habiéndolas superado no han logrado el perseguido empleo fijo, dada la limitación del número de puestos de trabajo ofrecidos en la convocatoria, de forma tal que el aspirante haya llegado a demostrar su suficiencia. Los candidatos habrán sido elegidos en este caso tras una serie de pruebas previas, cuya superación no ha concluido con la celebración del contrato, pero les sitúa en un estadio más avanzado dentro de un proceso de selección ordenado a partir de la posición que se ocupe en la lista o bolsa. Tiene lugar así una especie de primer filtro, y aun cuando no se ha obtenido el puesto, sí se ha alcanzado un

³² MAIRAL JIMÉNEZ, M.: *El derecho constitucional a la igualdad en la relación jurídica de empleo público (Un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas)*, Granada (Centro de Estudios Municipales y Cooperación Interprovincial), 1990, pp. 135-139.

³³ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: «Las bolsas de trabajo en las Administraciones Públicas», en AS, T. V, 2005, p. 1074.

³⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, cit., p. 161. Sobre la cuestión, aunque en ámbito más acotado, también, CARDENAL CARRO, M.: «Las denominadas listas de espera para la contratación, especialmente en el organismo autónomo de Correos y Telégrafos», en AS, núm. 5, 1998, p. 37 y ss.

derecho preferente a ser llamado para cubrir cualquier necesidad futura de mano de obra.

Constituyen, en definitiva, un mecanismo de agilización del proceso selectivo mediante el cual pueden ser cubiertas a tiempo las necesidades circunstanciales de personal con una determinada preparación, lo que permitirá «planificar anticipadamente el suministro idóneo de mano de obra para las necesidades urgentes y temporales de los grandes empleadores públicos»³⁵.

Partiendo de una actuación de carácter voluntario de la administración, en su configuración aparecen imbricados diferentes elementos, como son una lista de espera, el departamento de la Administración encargado de su elaboración y la comisión paritaria de seguimiento³⁶.

Las personas que van a ser integradas en la misma también tendrán que realizar ciertas acciones, en tanto el elemento principal es la relación de aspirantes incluidos en la bolsa o lista, en la cual se ingresa mediante solicitud del interesado, quien pasa a ocupar en ella un puesto jerarquizado o número de orden, pues el criterio seguido es un orden número decreciente, de mayor a menor, en virtud de la puntuación obtenida en las pruebas selectivas realizadas por el candidato al puesto en cuestión, incrementándose, en su caso, por los méritos fijados en la convocatoria pública³⁷. Sin embargo, como se ha venido a destacar en alguna ocasión, la inseguridad en el diseño del régimen jurídico de las bolsas de espera alcanza el grado máximo en tanto y en cuanto los inscritos ocupan un número de orden conforme a muy diversos y variados criterios³⁸, los cuales pueden adoptar muy variados parámetros, de forma tal que no resultan extraños los supuestos de abierta relegación de alguno de los aspirantes respecto a otros.

Por su parte, el departamento correspondiente es el encargado de gestionar las admisiones, adjudicar los números de prelación y, llegado el momento, determinar el candidato idóneo para cubrir la necesidad temporal sobrevenida.

En fin, la actividad suele ser controlada o supervisada por una comisión de seguimiento, donde aparecen ubicados en igual número re-

³⁵ OJEDA AVILÉS, A.: *Los acuerdos de estabilización del personal en las Administraciones Públicas*, Granada (Comares), 1998, p. 103.

³⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, cit., p. 161.

³⁷ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *Las bolsas de trabajo en las Administraciones Públicas*, cit., p. 1078.

³⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Bolsas de trabajo y administración pública: problemas jurídicos», en *AL*, núm. 21, 2006, p. 2567.

presentantes de las partes firmantes del convenio que será la encargada de controlar la actividad ³⁹.

La inobservancia por parte de la Administración del compromiso asumido de acudir a la bolsa de trabajo suscitará problemas en orden a determinar si tal proceder constituye un mero incumplimiento a situar en fase precontractual o, por el contrario, debe ser considerado un despido, de forma similar a lo que ocurre cuando un fijo discontinuo no ha sido llamado a incorporarse a la actividad cuando ésta se reanuda.

Su equiparación al despido resulta a todas luces excesiva, en tanto no hay un contrato de trabajo, ni en vigor ni suspendido, que pudiera ser extinguido. Parece más razonable defender que, no existiendo aún verdadero contrato, la solución venga dada por la indemnización ⁴⁰ pertinente por el perjuicio sufrido ⁴¹ ante el desconocimiento de la prelación establecida, al margen de la posibilidad de declarar la nulidad del acto administrativo por el cual queda seleccionado un aspirante en lugar de otro.

Ciertos pronunciamientos judiciales han llegado más lejos aún, considerando el supuesto como un precontrato sometido a la condición de que exista una vacante, pues «no se trata de la directa contratación de personal laboral de nuevo ingreso, sino de la mera elaboración de listas de espera como expectativa futura» ⁴².

En este ámbito, las mayores dificultades prácticas vienen dadas cuando hubiera tenido lugar una rescisión declarada nula o improcedente, habiendo fallado el Tribunal Supremo a este respecto en el sentido de declarar «el derecho de los trabajadores afectados a no ser excluidos de las bolsas de empleo en las situaciones de despido nulo, despido por causas objetivas, económicas, tecnológicas y por fuerza mayor y despido colectivo, ni en los actos preparatorios de los despidos no indemnizados» ⁴³, resultando en tales casos «injustificado y contrario al artículo 14 de la Constitución el acuerdo de excluir de la Bolsa de Empleo» ⁴⁴, en tanto la exclusión vulnera el principio de igualdad ⁴⁵. Es más, ante la negativa a la readmisión cabría, en principio, colegir la defensa del

³⁹ LÓPEZ GÓMEZ, J. M. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *El acceso del personal laboral a las administraciones públicas: las bolsas de trabajo*, cit., p. 106.

⁴⁰ Sirvan como ejemplo, SSTSJ de Cataluña, de 22 de enero y 6 de septiembre de 1997 (AS 856 y 4425); Murcia, 10 de noviembre de 1997 (AS 4490); País Vasco, 30 de mayo de 2000 (AS 2002/981).

⁴¹ Sobre la materia, ALFONSO MELLADO, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, p. 37 y ss.

⁴² STSJ Cataluña, de 15 de mayo de 1996 (AS 1648).

⁴³ SAN 22 de febrero de 2005 (Ar. 2861).

⁴⁴ STS de 9 de marzo de 2007 (Ar. 1797).

⁴⁵ STS de 30 de noviembre de 2007.

derecho del trabajador a reincorporarse a la bolsa, eso sí, «cuestión distinta es el derecho a... la efectiva contratación»⁴⁶.

Las Administraciones Públicas plantean una cuestión adicional, pues, aun cuando los aspirantes a un puesto hayan pasado por el previo proceso selectivo, no siempre será posible afirmar que lo hayan aprobado, abriendo así las dudas sobre si su posterior contratación «directa» podría vulnerar los principios constitucionales de mérito y capacidad en perjuicio de quienes no pudieron o quisieron participar en la prueba realizada.

Los pronunciamientos judiciales no han encontrado tradicionalmente mayores reparos para aceptar la práctica, quizá más por la fuerza de los hechos que del Derecho, no en vano un elevado número de convenios suscritos por las Comunidades Autónomas y la Administración Local con su personal laboral prevén la incorporación temporal de trabajadores a través de esta vía para afrontar, con la agilidad necesaria, determinadas situaciones imprevistas y urgentes.

La justificación encuentra amparo bajo el argumento de que la contratación no va a quedar «al libre y unilateral criterio del órgano administrativo, sino que se somete a un tribunal [que actuará de] acuerdo con los baremos establecidos en el acuerdo y confeccionará la oportuna lista de espera de la que la Administración ha de extraer al personal laboral que haya de ser contratado temporalmente. El carácter público de la convocatoria y el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad quedan salvaguardados [al contemplar la] publicidad de la convocatoria y establecer los baremos de valoración de los aspirantes»⁴⁷.

En este sentido, la regulación de las bolsas de trabajo suele recoger una ordenación determinada y objetiva de la valoración de los méritos, el orden de llamada y las causas de exclusión de la bolsa, de forma tal que cabría colegir que estos instrumentos respetan los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad⁴⁸. De tal forma, cabe considerar que las bolsas deben cumplir tales premisas para no vulnerar los principios fundamentales de acceso a la Administración Pública, por lo que estos principios deben garantizarse en dos momentos diferenciados en el tiempo. En primer término, desde su nacimiento, con el establecimiento de un adecuado sistema para valorar los méritos de sus integrantes. En segundo lugar, durante la vida activa de la misma, con una valoración continua los méritos de los aspirantes a integrarla.

⁴⁶ STSJ Cataluña, de 15 de mayo de 1996 (AS 1648).

⁴⁷ STSJ Cataluña, de 15 de mayo de 1996 (AS 1648).

⁴⁸ En este punto, y en tal sentido, GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *Las bolsas de trabajo en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 1078-1079.

Sin embargo, y aun cuando las bolsas ofrecen garantías superiores a la contratación directa y a la selección de personal interino, habida cuenta que surgen del acuerdo o convenio colectivo y están sometidas a un determinado control de la comisión paritaria, cabe cuando menos destacar un posible óbice, pues en el mejor de los casos parecen que vienen a garantizar «el principio de mérito, pero no el de capacidad»⁴⁹, así como tampoco el de igualdad en tanto cierran en el tiempo el acceso libre a determinadas plazas, pudiendo crear a favor de los inscritos un derecho propio similar al de los fijos discontinuos⁵⁰, y actuando prácticamente como una agencia no lucrativa de colocación, pero sin ajustarse a las obligaciones previstas para las mismas⁵¹.

La materialización de las bolsas como instrumento cuyo objetivo es regular una especie de mercado temporal interno en la Administración viene a poner en cuestión la previsión respecto a la cual no resulta posible declarar la superación de las pruebas convocadas o aprobar a un número superior de aspirantes al de plazas ofrecidas, circunstancia que conduce a una práctica convencional visiblemente consolidada que, como ha puesto de relieve algún autor, pudiera llegar a «sacrificar los principios constitucionales de mérito y capacidad en aras de la consecución de una pretendida flexibilidad y eficacia en la gestión... [en tanto que, si los finalmente seleccionados] no son ni los más meritorios ni los más capaces para ocupar una plaza fija, por qué iban a serlo para las ordenadas a temporales»⁵².

Sin embargo, cabe igualmente destacar como el hecho de que la prohibición de propuesta de candidatos no pueda exceder el número de plazas convocadas parece referirse únicamente a la materialización de contratos de carácter fijo⁵³, al margen de no poder dejar a un lado la certeza de que los resultados de los procesos selectivos de la administración no anulan los méritos de quienes no los superen, pues sólo indican la existencia de otros candidatos con mayor mérito y capacidad⁵⁴, circunstancia más remarcada aún en el supuesto de quienes

⁴⁹ OJEDA AVILÉS, A.: *Los acuerdos de estabilización del personal en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 120-130.

⁵⁰ STSJ Navarra, de 28 de noviembre de 1995 (AS 4510).

En la doctrina, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, cit., p. 163.

⁵¹ OJEDA AVILÉS, A.: *Los acuerdos de estabilización del personal en las Administraciones Públicas*, cit., p. 127.

⁵² MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada (Comares), 2000, p. 178.

⁵³ En tal sentido, GARCÍA LÓPEZ, R.: «La contratación temporal en las Administraciones Públicas», en *REDT*, núm. 44, 1990, pp. 669-670.

⁵⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho del Función Pública*, 4.^a ed., Madrid (Tecnos), 2004, p. 80.

hayan superado las pruebas pero finalmente no obtengan la plaza en cuestión, para quienes su inclusión en la bolsa será una especie de compensación y, cuando menos, un mal menor que les puede proporcionar una vía de acceso al empleo público.

De tal forma, este procedimiento, tal y como se ha destacado, se revela, en caso de urgencia, como un método más eficaz que otros procedimientos formales, sin que ello tenga porqué suponer una merma en los principios constitucionales, aun cuando, eso sí, pueda llegar a producir un efecto «perverso» al establecer un «sistema de preferencias» que provoque la sucesión en la contratación de una serie determinada de personas en un continuo encadenamiento de contratos «que a ojos de los Tribunales pueda parecer cercano al fraude de Ley»⁵⁵.

En fin, constituida una bolsa de trabajo, y habiendo sido incluidas en ella un número determinado de personas, el conocimiento de cualesquiera pretensiones sobre su derecho a ser contratadas con preferencia a otras y por su orden será competencia del orden jurisdiccional social, habida cuenta que «en estos casos la Administración demandada no realiza un acto sujeto al Derecho Administrativo en materia laboral, sino un acto atinente a la propia relación laboral, cual es el de establecer formalmente el vínculo por virtud del cual se inicia la vida de dicha relación, es decir, actúa ya como empresa»⁵⁶.

Distinto sería el hecho de no quedar inscritas en la bolsa, pues tal y como el Tribunal Supremo ha destacado en unificación de doctrina, cabe distinguir, de un lado, que lo que se trate de impugnar sean las normas o incidencias de la convocatoria de un órgano de la Administración Pública o el proceso selectivo para acceso desde el exterior y, de otro, que se trate de una convocatoria de promoción interna.

En el primer supuesto, el orden jurisdiccional social no será competente para resolver las incidencias que surjan de una convocatoria de un órgano de la Administración Pública para acceso desde el exterior a plazas laborales de la entidad habida cuenta que, aun cuando no resulta discutible que estamos ante una materia laboral, pues las plazas que se convocan tiene este carácter, la materia sobre la que versa la actuación de la Administración no resulta decisiva a este respecto «ya que hay que atender al carácter del acto y la naturaleza de su regulación» y en este caso la convocatoria para la provisión de plazas laborales de nuevo

⁵⁵ LÓPEZ GÓMEZ, J. M. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *El acceso del personal laboral a las administraciones públicas: las bolsas de trabajo*, cit., p. 106.

Un extenso estudio sobre la materia en SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación en las Administraciones Públicas*, cit., p. 99 y ss.

⁵⁶ STSJ Andalucía/Sevilla, 21 de noviembre de 1995 (AS 4510). En idéntico sentido, STSJ Andalucía/Sevilla, 16 de mayo de 1995 (AS 2172).

ingreso aparece como un acto de naturaleza sujeta al Derecho Administrativo⁵⁷, es decir, los que el artículo 3.a) de la Ley de Procedimiento Laboral excluye de la competencia del orden social⁵⁸.

Por contra, en las convocatorias de promoción interna la Administración actúa claramente como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de indiscutible carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, en cuyo supuesto el orden competente es el laboral⁵⁹.

⁵⁷ La selección aparece, así, realizada a través de un procedimiento administrativo que supone ejercitar «una verdadera potestad administrativa y que precisamente se encuentra regulada por normas de carácter administrativo», SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación en las Administraciones Públicas*, cit., p. 49.

⁵⁸ «Aquí, aunque la Administración convocante es la que luego ha de contratar, su actuación es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo público en términos fijados por la Ley... y dirigida en principio a todos los ciudadanos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A diferencia del régimen laboral en el que el principio es la libertad de contratación del empresario, se está actuando aquí una potestad administrativa en orden a la selección del personal, que se regula también predominantemente por normas administrativas... La regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa. Se trata, por tanto, de actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo», STS de 21 de julio de 1992 (Ar. 5641). En idéntica línea, STS de 11 de marzo de 1993 (Ar. 1849).

⁵⁹ SSTs de 21 de julio de 1992 (Ar. 5641) y 11 de marzo de 1993 (Ar. 1849).

Comunicación a la Ponencia Temática I

**LA APLICACIÓN DE LOS INCENTIVOS
POR JUBILACIÓN A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
MAYORES DE SESENTA Y CINCO AÑOS**

MANUEL GARCÍA MUÑOZ

Profesor Contratado Doctor

INÉS DE LA ESCALERA BARRERA

Becaria de Colaboración

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

I. EL RETRASO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN.—II. EL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. a) En el ámbito laboral. b) En el ámbito Funcionarial.—III. LOS INCENTIVOS AL ACCESO A LA JUBILACIÓN CON POSTERIORIDAD A LA EDAD ORDINARIA Y SU APLICACIÓN A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. a) Dirigidos a la empresa. b) Dirigidos a los empleados.—IV. CONCLUSIONES.

I. EL RETRASO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN

Pasado el periodo de tiempo, comprendido entre comienzos de la década de los setenta hasta la primera mitad de los noventa, en la que la tasa de desempleo alcanzaba cifras bastantes elevadas ¹, la utilización de la edad de acceso a la pensión de jubilación, como medida indirecta de regulación de la demanda interior de empleo, ha experimentado un cambio de sentido, en su finalidad de incidir en le relevo generacional de trabajadores y repartir el empleo existente entre los ocupados y los demandantes de empleo. Así, manteniéndose desde su establecimiento originario los sesenta y cinco años como edad ordinaria de jubilación, se observa una tendencia legislativa dirigida a facilitar el retraso en la edad para causar la prestación de la jubilación, más que a favorecer su adelanto, como había sido habitual durante el mencionado periodo. Su finalidad, en este caso, igual que en la promoción del anticipo de la edad de jubilación, también es doble. Por una parte, se pretende utilizar la edad de jubilación al servicio de la regulación de la demanda interior de empleo, pero ahora en el sentido contrario, fomentándose que los trabajadores causen el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad a la edad ordinaria de sesenta y cinco años, ya que la tasa de desempleo, aunque sin llegar a situarse en cifras coincidentes con las que se consideran de pleno empleo, es relativamente aceptable en los términos de una economía de mercado (entre uno y dos puntos por debajo del 10 por 100) ². Por otra, reducir el gasto del sistema de Seguridad Social en esta prestación, ya que el constante aumento de la esperanza de vida de los beneficiarios, experimentado en los últimos años ³, determina, consecuentemente, el aumento del periodo de pago de

¹ A finales de los años ochenta la tasa de desempleo se situaba en el 23 por 100. INE.

² A partir del año 2001, la tasa de desempleo se ha aproximado al 10 por 100: 2001: 10,5 por 100; 2003: 11,3 por 100; 2005: 10,40 por 100; 2007: 8,10 por 100.

³ La esperanza de vida en España alcanza los 80,23 años. «El País», 20-10-2007.

la pensión de jubilación y las cantidades económicas destinadas por el Sistema de Seguridad Social a la misma. Del mismo modo que en los supuestos de anticipación de la edad de jubilación que conllevan una penalización económica para el beneficiario, la técnica legislativa seleccionada para cumplir este doble objetivo se concreta, de un lado, en incentivar directamente (en comparación con el incentivo indirecto que encierra en el acceso a la jubilación anticipada, con reducción de importe de pensión, y en la misma línea que los incentivos consistentes en no reducir su importe en los supuestos de jubilación anticipada estricta de fomento de empleo) mediante el aumento de la cuantía de la pensión de jubilación, que los trabajadores no la causen anticipadamente, ni siquiera en la fecha que alcancen los sesenta y cinco años de edad, sino en una fecha lo más posterior posible a ésta. De otro, se concreta también en incentivar directamente, a través de la reducción de costes de personal por exención de cuotas sociales (en contraste con el incentivo indirecto que supone la anticipación, consistente en que se minoren los costes de personal con la salida de trabajadores que por su antigüedad devengan un salario y una cotización mayores que los asalariados de nuevo ingreso que puedan remplazarlos) a los empresarios para que no sólo tengan interés en que sus trabajadores no extingan la relación laboral al cumplir los sesenta y cinco años o con anterioridad a esta edad, sino para que tengan interés en que retrasen la extinción el periodo máximo posible. En ambos casos, tanto en la regulación de la jubilación anticipada, con reducción del importe de pensión, como en la regulación de la jubilación «retardada», con aumento de la pensión de jubilación, se quiere incidir en la voluntad del trabajador para que, en un caso, no adelante y, en otro retrase, su acceso a esta prestación, así como en la del empresario para que le pueda resultar, de alguna manera, económicamente interesante que los trabajadores de más edad y, sobre todo, con más antigüedad no pongan fin a su contrato de trabajo. Por ello, la técnica legislativa de fomento o incentivo es el instrumento normativo adecuado para la consecución de esta finalidad, si no se quiere, por diversos motivos, retrasar directamente la edad ordinaria de jubilación, toda vez, como es sabido, que en nuestro ordenamiento jurídico la edad no es en sí misma causa de extinción de la relación laboral.

Sin embargo, aunque la mencionada regla es aplicable en toda su extensión en el sector privado, no lo es, en cambio, en el sector público, en el que el cumplimiento de la edad fijada para la jubilación es causa legal de extinción de la prestación de servicios en las distintas administraciones públicas, al menos, imperativamente para uno de sus colectivos más importantes: los funcionarios públicos. Pero, en el ámbito de las Administraciones públicas también, y cada vez con más presencia, desarrollan la prestación de servicios personas vinculadas con contrato de trabajo y, por tanto, sometidas a la legislación laboral. Además, la dife-

rente regulación de estos dos colectivos, funcionarios y laborales, determina que el régimen de Seguridad Social en que aparecen encuadrados no sea, en todo caso, el mismo, sino que éste está determinado en función de la delimitación legal del campo subjetivo de cada régimen, que, a su vez, responde tanto a razones estrictas de naturaleza jurídica, como meramente de política legislativa. Efectivamente, aunque puede decirse que, con carácter general, los funcionarios públicos, a efectos de la contingencia de jubilación, están protegidos por el Régimen de Clases Pasivas, particularmente los funcionarios de la Administración autonómica, de la Administración local y de los Organismos e Instituciones públicas están incorporados al Régimen General de la Seguridad Social ⁴. Igualmente, están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social el personal laboral de las Administraciones Públicas.

En consecuencia de todo ello, surge la cuestión, primero, de si los empleados públicos, sobre todo los vinculados por relación laboral, deben cesar, en todo caso, en su prestación de servicios por cumplimiento de una determinada edad y, después, si puede ser de aplicación en el ámbito de la Administración pública las reglas que incentivan el retraso en el acceso a la pensión de jubilación.

II. EL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

a) En el ámbito laboral

En las relaciones laborales, desde la conocida Sentencia 22/1981, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional, pese a lo que a continuación se expondrá, puede afirmarse que el cumplimiento de la edad de jubilación no es en sí misma causa de extinción del contrato de trabajo, de acuerdo con el marco constitucional español instaurado en 1978. Así se declaró, con carácter general, en respuesta a la cuestión de inconstitucional planteada sobre la originaria Disposición Adicional 5.^a del ET, en la que se fijaba la capacidad para trabajar y, por tanto, la extinción del contrato de trabajo a los sesenta y nueve años, como máximo; estableciéndose, asimismo, la posibilidad de que el Gobierno pudiera fijar otra edad máxima, en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, y que la negociación colectiva, igualmente, pudiera pactar libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto

⁴ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se regula el Régimen de Clases Pasivas del Estado y Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se regula el Régimen General de la Seguridad Social, respectivamente.

en materia de Seguridad Social. La razón para declarar su inconstitucionalidad se sustentaba, de un lado, en que con ello se introducía genéricamente para todos los trabajadores, con lo que entraba en juego el principio de igualdad, y con relación a todos los sectores y actividades, una causa de ineptitud para el trabajo por cuenta ajena, no así por cuenta propia, fundamentada únicamente en el cumplimiento de una determinada edad, que, en palabras del máximo interprete de la Constitución, *«carecía de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial»*. De otro lado, en que esta limitación de derecho tampoco podía, en esos momentos, compensarse, ni podía encontrar su justificación en la interpretación que la concibe como una medida de protección a la tercera edad, dirigida a imponer en favor de los trabajadores, al alcanzar una determinada edad, la jubilación forzosa, puesto que ésta se caracteriza precisamente *«por su obligatoriedad y su radicalidad o falta de progresividad»*. Notas contrarias, precisamente, a la política de protección a la tercera edad, vigente entonces, que propugnaba la voluntariedad y la progresividad de la jubilación, porque, según el Tribunal Constitucional, *«lo que se pretende, en último término, es la creación de las condiciones jurídicas, económicas y asistenciales que flexibilicen las condiciones de acceso a la jubilación o a las pensiones y estimulen la jubilación anticipada mejorando los sistemas de seguridad social»*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no agotaba, en estas dos líneas interpretativas, el control de constitucionalidad, sino que acudía a una tercera línea de interpretación, construida sobre la conexión de la institución de la jubilación forzosa con la política de empleo, que permitía, al menos en parte, la adecuación de la norma cuestionada con los mandatos constitucionales. En este sentido, precisaba el Tribunal Constitucional *«que la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo»*. Limitación que, con base en el Derecho Universal que preconiza el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás, *«se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la CE)»*, así como también se justifica tal limitación *«por su contribución al bienestar social —otros de los límites recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales—, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil»*. Por tanto, se concluía que la limitación que supone la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sólo sería constitucional si proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que la jubilación forzosa no

puede conllevar una amortización de puesto de trabajo. Pero, no cabe duda, de que esta limitación implica un perjuicio económico que debe ser objeto de compensación, que, en los términos de la disposición enjuiciada, se concreta en que la jubilación forzosa solo puede efectuarse si el trabajador afectado ha completado los periodos de carencia para la jubilación. De este modo, en atención a esta interpretación, solamente puede ser constitucional la fijación de una edad de la jubilación forzosa, por el legislador (legal o reglamentario) o por la negociación colectiva, como política de empleo (fomento), siempre que el trabajador afectado acredite el periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación, en los términos establecidos por la legislación de Seguridad Social (compensación del perjuicio). En cambio, será inconstitucional tal fijación si no cumple este doble condicionamiento, es decir, la mera incapacitación para trabajar a una determinada edad y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad.

Igualmente, se recogió esta interpretación de la Disposición Adicional 5.^a, en la sentencia 58/1985, de 30 de abril, en la que Tribunal Constitucional reiteraba, en este caso específicamente, la capacidad de la negociación colectiva para establecer edades de jubilación forzosa con los condicionantes expuestos en la anterior sentencia: política de fomento de empleo y garantía de acceso a la pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social.

Con ambas sentencias, puede decirse quedó definida la doctrina constitucional sobre la fijación de edad máxima de permanencia en el trabajo, aunque desarrollada únicamente por la negociación colectiva, que, desde el principio, ha venido introduciendo en sus textos convencionales supuestos de jubilación forzosa para los trabajadores. No, en cambio, por el legislador reglamentario que no ha regulado este tipo de jubilación en sentido alguno. Tampoco la ley se ha interesado por configurarla, limitándose solamente, en un primer momento, con ocasión de la refundición del ET, a adaptar la redacción de la Disposición Adicional 5.^a, convertida en 10.^a, a la interpretación que de su contenido debía de hacerse, en términos constitucionales. Así, la entonces nueva Disposición Adicional 10.^a disponía que *«dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para Trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de los dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»*.

Posteriormente, sin embargo, en un segundo momento, el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad, derogó expresamente la Disposición Adicional 10.^a Y de igual modo, la conversión de este Real Decreto-Ley, por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de idéntica denominación, mantuvo la derogación de la citada disposición. Esta derogación, como es sabido, no puede decirse que pasara inadvertida, sino todo lo contrario, puesto que suscitó un cierto intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre su repercusión y alcance. Efectivamente, pronto surgieron reacciones que, de un lado, consideraban que la derogación efectuada suponía la prohibición de establecer a través de la negociación colectiva edades de jubilación forzosa⁵. De otro, en cambio, se argumentaba que la derogación solamente implicaba una deslegalización que no impedía que por convenio colectivo se pudiera seguir estableciendo la extinción de la relación de trabajo por cumplir una determinada edad⁶. Finalmente, el Tribunal Supremo cerró el debate, al menos en el ámbito jurisprudencial, con la Sentencia de 9 de marzo de 2004, asumiendo la posición que negaba la capacidad de la negociación colectiva para establecer edades de jubilación forzosa, tras la derogación de la Disposición Adicional 10.^a del ET, pues, básicamente junto con otros argumentos, se sostenía que con ella había desaparecido la habilitación a los convenios colectivos para pactar esta medida, por lo que si se admitiera se estaría discriminado por razón de edad a los trabajadores, al imponérsele la extinción de la relación laboral, limitándose con ello un derecho objeto de reserva de ley.

Sin embargo, aunque se había cerrado el debate en el ámbito judicial, no se había cerrado en el legislativo, puesto que un año después la Ley 14/ 2005, de 1 de julio, recupera la Disposición Adicional 10.^a, con una nueva redacción, que básicamente se centra en los siguientes extremos, presentando diferencias y matices con la versión de la redacción derogada. Efectivamente, se mantiene la habilitación a la negociación colectiva, pero no para que fije edades de jubilación forzosa, sino para que pueda establecer la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento del trabajador de la edad ordinaria de jubilación (sesenta y cinco años) fijada en la normativa de Seguridad Social. No se mantiene en cambio, la habilitación al Gobierno, probablemente, por la falta de ejecución durante todos los años que estuvo vigente y por la consideración de que es una materia que puede ser mejor regulada por la negociación colectiva, en cada sector o actividad específicamente, que por una nor-

⁵ STSJ de Aragón, de 23 de enero de 2002 (Ar. 2002/325); STSJ del País Vasco, de 19 de febrero (Ar. 2002/1251); STSJ de Cataluña, de 29 de octubre de 2002 (Ar. 2002/3989), entre otras.

⁶ STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de abril de 2002 (Ar. 2002/3321); STSJ de Valencia, de 21 de noviembre de 2002 (Ar. 2002/3384), entre otras.

ma de carácter general, aplicable a todos los sectores y actividades sin distinción. Igualmente, la extinción del contrato por razón de edad no puede ser directa e incondicionada, sino que sigue vinculada a la política de empleo, pero ahora no de forma genérica, sino particularmente referida al ámbito del convenio colectivo y en los términos que en éste se pacte, ofreciéndose por la ley criterios únicamente orientativos, como son *«la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo»*. No se debe tratar, por tanto, solamente de criterios que faciliten el aumento del empleo, mediante la interdicción de la amortización de puestos de trabajo, sino de criterios que faciliten el aumento, la estabilidad y, sobre todo, la calidad del empleo. Esta matización en la concepción de la política de empleo se justifica por la situación del mercado de trabajo en la que se aprueba la norma (sin alcanzarse el pleno empleo, se considera que la tasa de desempleo es asumible, por debajo de los dos dígitos), que dista en gran medida de la existente en el momento de la regulación originaria (alta tasa de desempleo y escasa rotación en los puestos de trabajo). También, el perjuicio que supone la jubilación forzosa para el trabajador afectado, debe ser compensado, mediante la garantía de que éste cumple los todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, y, concretamente, el periodo de carencia mínimo o uno mayor si así pacta en el convenio colectivo, con lo que la compensación, al menos por la intervención de la voluntad de los negociadores, sugerida por la ley, puede ser más intensa, respecto a lo establecido en la regulación anterior, que solamente exigía que trabajador tuviera acreditado el periodo mínimo de jubilación para acceder a la pensión, aunque, si bien, sin preverlo, no impedía, desde luego, que ésta pudiera ser superior. Así pues, respetándose los términos expresados por el Tribunal Constitucional para que la regulación de la jubilación forzosa pueda superar el control de constitucionalidad, de nuevo adquiere vigencia esta figura en el sistema de relaciones laborales español, configurada como un instrumento al servicio de la política de empleo, en su orientación actual dirigida no tanto, aunque también, a incrementar los niveles de empleo, sino de procurar la calidad del existente y del que se pueda generar progresivamente.

En este contexto y con estos antecedentes, puede decirse que la regulación de la institución de la jubilación forzosa en el sector público, con relación al personal que presta sus servicios profesionales para las Administraciones públicas en régimen laboral está sometida al mismo tratamiento normativo que en el sector privado. De la normativa aplicable, fundamentalmente de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico de Empleado Público (EBEP), se puede extraer esta conclusión,

pues no contiene referencia alguna a las causas de extinción de la relación del contrato de trabajo, en general, ni a la extinción por cumplimiento de la edad de jubilación, en particular, respecto a los empleados públicos laborales. Por tanto, ante la falta de mención expresa, será aplicable el régimen de extinción previsto en la normativa laboral, contenido en el artículo 49 del ET, y los restantes preceptos del mismo texto legal y de su normativa de desarrollo, aunque como advierte la doctrina administrativista, con alguna especificidad. No obstante, en lo que respecta a la jubilación, como causa de extinción de la relación laboral, el artículo 49.1.f), explícitamente recoge «*la jubilación del trabajador*». Pero, en nuestra opinión, entendemos que, aun el tenor literal de la norma, la jubilación no es en sí misma causa «*directa*» de extinción del contrato de trabajo. Ello es debido, a que la jubilación en nuestro ordenamiento jurídico está configurada como una contingencia del Sistema de Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva, que protege precisamente a los trabajadores que han alcanzado una determinada edad y cesan en el trabajo, dispensándole, si cumplen los requisitos exigidos por la normativa, una cantidad económica sustitutiva del salario que dejan de percibir por no continuar desarrollando la prestación de servicios profesionales, en la primera modalidad, y, en la segunda, una cantidad económica de subsistencia, si no se dispone de ingresos suficientes, en los términos fijados anualmente por el legislador. Pero, en las dos modalidades, salvo los supuestos de jubilación parcial contributiva, se exige que el sujeto protegido previamente a la solicitud de la prestación o, en todo caso, en el momento de comenzar percibirla no desarrolle trabajo productivo alguno. Por tanto, el cese en la prestación de servicios es un presupuesto configurador de la contingencia de jubilación, si se quiere, un elemento causal para acceder a la contingencia y, por ende, a la prestación que la protege, pero no una consecuencia ni de aquella, ni de ésta. Además, las prestaciones del Sistema de Seguridad Social están definidas normativamente como derechos, en ningún caso como obligaciones para las personas integradas en su ámbito subjetivo. Por lo que nada impide que el sujeto que padece la contingencia no solicite la prestación, pues, como derecho que es, solo se reconoce a instancia del interesado. En este sentido, puede decirse, que solamente la jubilación puede funcionar como causa «*indirecta*» o «*remota*» de la extinción del contrato de trabajo, tanto en su vertiente voluntaria —el trabajador, con edad que le permite situarse en la contingencia de jubilación, finaliza su prestación de servicios para, en su caso, solicitar y acceder a la prestación de jubilación— como en su vertiente forzosa, siendo el cumplimiento de la citada edad el que determina la finalización de la relación de trabajo, pudiendo el trabajador, si así lo considera, solicitar y acceder a la pensión de jubilación. Pero, ni en este, ni en el anterior supuesto, la extinción de la prestación de servicios conlleva aparejadamente la concesión directa, automática e

incondicionada de la prestación de jubilación. Por ello, el régimen normativo anterior y actual de la jubilación forzosa exigen que el trabajador que cesa en su puesto de trabajo, por este motivo, reúna los requisitos necesarios para causar la prestación, si el trabajador así lo estima (garantía de que puede obtener una compensación económica en sustitución del salario) pero no exige, ni puede hacerlo, que cause obligatoriamente la prestación. No se impide, incluso la normativa de Seguridad Social fomenta, que el trabajador pueda comenzar a prestar sus servicios profesionales, por cuenta ajena en otra empresa o por cuenta propia, tras extinguirse su contrato de trabajo, sin tener que acceder a la pensión de jubilación o, incluso, una vez que la esté percibiendo, suspendiéndose, en este caso, total o parcialmente el percibo de la misma. En consecuencia, la extinción del contrato de trabajo por causa de jubilación prevista en el artículo 49.1.f) del ET está referida a su modalidad forzosa (pactada individual o colectivamente, o impuesta por la ley, en ambos supuestos, en los términos expresados por el Tribunal Constitucional) entendida como cumplimiento de la edad fijada en la legislación de Seguridad Social y de los restantes requisitos para causar la prestación, independientemente de que el trabajador la solicite, pero no como una contingencia de Seguridad Social extintiva de la relación laboral. Y, en este sentido, se debe aplicar también en el sector público respecto a su personal laboral.

b) En el ámbito funcional

En las relaciones de función pública, en cambio, el cumplimiento de la edad de jubilación es en sí misma causa de extinción del contrato de trabajo. Así se ha previsto tradicionalmente en su normativa y así se prevé actualmente en el EBEP, al establecer el artículo 63.b) que es causa *«de pérdida de la condición de funcionario de carrera la jubilación total del funcionario»*, siendo esta forzosa, según el artículo 67.1.b) *«al cumplir la edad legalmente establecida»*, declarándose *«de oficio al cumplir el funcionario sesenta y cinco años de edad»*, como prescribe el apartado tercero de este mismo artículo. En contraste con las relaciones laborales, no se ha discutido su constitucionalidad, cuestionándose únicamente ante el Tribunal Constitucional, con base en los principios de irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE), las reducciones de la edad de jubilación forzosa efectuadas normativamente, concretamente, por ejemplo, para funcionarios de la Administración de Justicia (Magistrados, Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales) o para los Cuerpos Docentes Universitarios. En ambos casos, las STC 108/1986, de 29 de julio, relativa al primer grupo de funcionarios citados; STC 26/1987, de 27 de febrero, y STC 99/1987, de 11 de julio, relativas al segundo, declararon su constitucionalidad,

argumentándose, básicamente, que el funcionario no es titular de un derecho subjetivo a jubilarse a la edad fijada en el fecha de acceder a la función pública, sino solamente una expectativa a jubilarse a esa edad, por lo que no se puede limitar derechos que no existen. Así pues, la reducción de la edad de jubilación no supone una privación de derechos, sino sólo una modificación de su régimen jurídico establecida por el legislador constitucionalmente permitida. Ciertamente, la relación de Función Pública tiene otros fundamentos constitucionales distintos a los de la relación laboral, recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de CE. En el primero, se reconoce *«el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes»*. Y, en el segundo, consecuentemente, se remite a la ley la regulación del *«estatuto de los funcionarios públicos (y) el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...»*. Además, como señala el apartado primero del citado artículo 103, *«la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»*. En ellos, se inspira, por tanto, la regulación de la relación funcional, que, de forma muy sintética, se caracteriza y se diferencia de la laboral, en lo que estos momentos interesa, en que garantiza el acceso y la promoción profesional con atención a los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de inamovilidad del funcionario durante toda la vigencia de la relación, que precisamente se extingue, con carácter general, aunque existen como es lógico otras causas de extinción, por el cumplimiento de la edad fijada de jubilación, voluntaria o forzosa. En cambio, la relación laboral permite el acceso libre al empleo, sin más prohibición que la de incurrir en discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, estado civil, edad, u otras, previéndose un amplio elenco de causas de extinción, en el que el cumplimiento de la edad de jubilación sólo es una de ellas y en los términos que, con cierto detalle, se ha analizado con anterioridad. En consecuencia, probablemente, con base en aquellos principios se justifica la extinción de la relación funcional por jubilación forzosa, sin que hasta el momento se hayan opuesto más objeciones jurídicas que las antes mencionadas respecto a las modificaciones legales que han reducido la edad de jubilación para determinados Cuerpos de funcionarios. Igualmente, puede decirse que, como mínimo abstractamente, este tipo de jubilación cumple los condicionamientos expresados por el Tribunal Constitucional para su adecuación con el texto fundamental en el ordenamiento jurídico laboral. Efectivamente, aunque la Administración pública actúa bajo otros presupuestos y condiciones que la empresa privada, contribuye, y de forma muy importante, a la creación y mantenimiento del empleo, sin que pueda decirse que la jubilación forzosa pretenda la amortización de puestos de trabajo, existiendo para el cumplimiento de sus fines una

rotación y ampliación, casi constante, de las plazas de funcionarios. Lo mismo puede decirse de la salvaguarda de la compensación que supone que la persona que se jubila forzosamente reúna los requisitos para acceder a la prestación del Sistema de Seguridad Social. Salvo supuestos muy excepcionales y podría decirse marginales, debido a la inmovilidad de la relación funcional y al hecho de que, con carácter general, la incorporación a la función pública suele ser en momentos iniciales o, si se quiere, no tan iniciales, pero que, en la mayoría de las ocasiones, permite al funcionario completar, al menos, el periodo mínimo de cotización para obtener la pensión de jubilación, incluso en el régimen correspondiente se prevé, con algunas condiciones, que el funcionario pueda prolongar su permanencia en la plaza para completarlo.

Sin embargo, y hechas las salvedades oportunas sobre que la doctrina del Tribunal Constitucional se refiere exclusivamente al ámbito laboral, una lectura exhaustiva de esta doctrina, en el contexto de la política social actual, podría suscitar, al menos en el plano teórico, algunas dudas sobre su conformidad con la jubilación forzosa en la Función Pública. Efectivamente, recuérdese que para el Tribunal Constitucional, *«la incapacitación generalizada para trabajar (léase para desempeñar un puesto en la Administración pública) basada en una presunción de ineptitud iuris et iure carecía de base constitucional...»*, sin que sea equiparable a la fijación de una mínima para el acceso al trabajo, pues con ésta *«lo que se pretende es garantizar una formación básica, dentro de una política encaminada a promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y a remover los obstáculos que impidan a éstos el pleno desarrollo físico y psíquico de su personalidad; y, aún cuando el proceso de maduración no se produzca de la misma forma en todos los individuos, la tipificación viene también justificada por la necesidad de uniformar los ciclos educativos y evitar una costosa diversificación según el ritmo de cada niño o adolescente»*⁷. No obstante, en nuestra opinión, esta argumentación serviría para justificar el límite de edad en la prestación de servicios públicos, puesto que es una realidad que las facultades físicas, psíquicas y sensoriales disminuyen progresivamente con el paso del tiempo, deteriorándose conforme se avanza en edad, si bien es verdad que no todas las personas lo experimentan de la misma manera y con la misma progresión e intensidad. Pero, para garantizar la objetividad y eficacia que la CE exige a la Administración pública, en su actuación al servicio de los intereses generales, podría considerarse justificada la extinción de la relación funcional por el cumplimiento de la una determinada edad, revistiéndose así de la seguridad jurídica necesaria la citada garantía.

⁷ STC 22/1981, de 2 de julio.

En cualquier caso, el régimen actual de la extinción de la relación funcional, por cumplimiento de una determinada edad, se establece en el artículo 67 del EBSP. En él se señala que *«la jubilación podrá ser voluntaria, a solicitud del funcionario, o forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida»*, en cuyo caso, *«se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad»*. Sin embargo, a continuación, se prevén dos excepciones a esta regla general. En primer lugar, no se aplica *«a los funcionarios con normas estatales específicas de jubilación»*. Entre ellos, se encuentran: a) los Magistrados, Jueces, Fiscales y Secretarios judiciales, para quienes está prevista la jubilación a los setenta años de edad, si bien podrán jubilarse voluntariamente a los sesenta y cinco años de edad, si lo solicitan con seis meses de antelación al Consejo General del Poder Judicial (Ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, por la que se fija la edad de jubilación de Jueces y Magistrados y se integra diverso personal médico en el cuerpo de médicos forenses); b) los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios, que se jubilarán a los setenta años de edad, aunque pueden optar a jubilarse a la finalización del curso académico en que cumplan dicha edad, o, pueden igualmente jubilarse voluntariamente a los sesenta y cinco años, si lo solicitan en la forma y plazos establecidos reglamentariamente (Ley 27/1994, de 29 de septiembre, de modificación de la edad de jubilación de los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios); c) los Registradores de la Propiedad, igualmente a los setenta años de edad (Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946). En segundo lugar, el propio precepto dispone que *«en los términos de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo, como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la Prolongación»*. En este sentido, y de modo transitorio, la Disposición Final 4.^a 3 del EBEP, establece que *«hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto»*.

Por su parte, las leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas regulan esta materia, bien estableciendo un régimen similar al previsto en el EBEP, como la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de función Pública de Galicia y el Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995, que recoge la Ley de la Función Pública Valenciana (jubilación forzosa a los sesenta y cinco años de edad, aunque el funcionario puede solicitar la prolongación hasta los setenta años de edad), bien remitiéndose expresamente a la edad legalmente establecida por las normas estatales,

como la Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Baleares, o sin hacer alusión alguna a este respecto, como Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

En definitiva, la normativa que regula el cese de la prestación de servicios en el ámbito de la función Pública, aunque, con carácter general, fija la jubilación forzosa a los sesenta y cinco, permite que los funcionarios puedan prologar su permanencia en el servicio hasta los setenta años, como máximo, ya sea porque voluntariamente el funcionario lo solicita, de acuerdo con los términos recogidos en la norma, ya sea porque la regulación específica de cada cuerpo de funcionarios la establezca directamente a los setenta años, con la posibilidad de que el funcionario voluntariamente pueda cesar a los sesenta y cinco.

III. LOS INCENTIVOS AL ACCESO A LA JUBILACIÓN CON POSTERIORIDAD A LA EDAD ORDINARIA Y SU APLICACIÓN A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Como se ha expuesto con anterioridad, las circunstancias demográficas de la población española, caracterizadas por una aumento del número de ciudadanos y una ampliación de la esperanza de vida y del mercado de trabajo, definido por una reducción significativa de la tasa de desempleo, apreciables en los últimos años de la década de los noventa y primeros años del presente siglo, han determinado un cambio en la orientación de la política social, preocupada no tanto por impulsar el relevo generacional de los trabajadores, sino por incentivar el retraso en el acceso a la pensión de jubilación. En este sentido, se han introducido reglas técnicas de contenido económico en la regulación de esta contingencia, dirigidas tanto al empresario como al trabajador, para que consideren interesante mantener la relación laboral, tras el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

a) Dirigidos a la empresa

Por un parte, se intenta motivar fundamentalmente al empresario, aunque también al trabajador, mediante la exención de las cotizaciones por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, correspondientes a los trabajadores de carácter indefinido que cumplan simultáneamente un requisito de edad —tener cumplidos sesenta y cinco años— y un requisito de carencia —acreditar al menos

treinta y cinco años de cotización efectiva, sin computar periodo por pagas extraordinarias⁸—. La exigencia de los requisitos es lógica en términos de legislación de Seguridad Social, pues los sesenta y cinco años es el umbral de edad para acceder de forma ordinaria a la pensión de jubilación, y los treinta y cinco años de cotización efectiva son los que determinan la obtención del cien por cien de la base reguladora de esta pensión, no teniendo, hasta el momento de introducción de esta norma, incidencia alguna sobre la cuantía de la prestación, la acreditación de cotizaciones por periodos superiores a los treinta y cinco años.

Así pues, aunque esta regla es aplicable a los sujetos protegidos por el Régimen General de la Seguridad Social y en este régimen están encuadrados tanto los empleados públicos laborales como concretos colectivos de funcionarios⁹, la propia norma excluye su aplicación en el ámbito del sector público¹⁰. Se trata de una exclusión tradicional en la normativa de fomento, pues se considera, probablemente que las Administraciones y Organismos públicos, en el desarrollo de su actividad, se rigen por otros objetivos y criterios, como es el servicio al interés general con eficacia, que no necesitan ser estimulados por el legislador a través de contrapartidas económicas. Además, como el incentivo se materializa en la renuncia a recaudar recursos públicos, puede tener poco sentido que se prevean compensaciones económicas entre entidades que se financian a través de conceptos de idéntica naturaleza pública. Sin embargo, en nuestra opinión, podría no estar demás que estas exenciones se aplicaran en este sector, pues, normalmente, las distintas Administraciones y Organismos públicos disponen de presupuestos propios, que, sin eludir el desempeño de las actividades de interés general atribuidas por las leyes, les permiten organizar sus recursos materiales y humanos de una determinada forma, y podría influir, sobre todo en la gestión de la política de personal, que cada entidad administrativa concreta pudiera contar con estas exenciones de cotizaciones sociales. Igualmente, el Sistema de Seguridad Social tiene presupuesto propio, en el que se reflejan los ingresos y gastos para cada ejercicio económico, por lo que, al menos, a efectos de estimaciones debería tener su incidencia las cuantías que no se obtienen por este concepto y las que por su

⁸ Artículo 112.1 y 2 bis de la LGSS (introducido por la Ley 35/2002, de 12 de julio).

⁹ El artículo 97.2.h), i) de la LGSS incorpora al Régimen General a los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos y Escalas que no estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas; a los funcionarios de nuevo ingreso de las CC.AA., así como a los transferidos que ingresen voluntariamente en los Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino: Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, a los Funcionarios de la Administración Local; Real Decreto 2805/1979, de 17 de diciembre, y Orden TAS 2865/2003, de Funcionarios o empleados españoles de organizaciones internacionales; Real Decreto 17//1985, de 6 de febrero, a los funcionarios españoles que presten servicios en determinados organismos internacionales con sede en España, entre otros.

¹⁰ Artículo 112.3 de la LGSS (introducido por la Ley 35/2002, de 12 de julio).

influencia no se abonan en forma de pensiones. Lo cual puede tener, además, algún sentido si se tiene en cuenta que la Seguridad Social española se sostiene financieramente por el sistema de reparto, de modo que, si bien con medidas de este tipo no se obtienen ingresos, simultáneamente tampoco se generan gastos.

b) Dirigidos a los empleados

Por otra parte, se pretende incentivar específicamente a los sujetos protegidos, proporcionándoles un mayor importe de pensión, si acceden a la jubilación con más de sesenta y cinco años de edad, siempre que tuvieran acreditado en ese momento el periodo mínimo de cotización exigido para causar esta prestación¹¹. En este caso, se aplicará un dos por ciento por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumpla sesenta y cinco años y la fecha del hecho causante o un tres por ciento si se acreditan cuarenta años cotizados al cumplir sesenta y cinco años de edad. Así, el porcentaje obtenido con esta operación se sumará al porcentaje general correspondiente al beneficiario, de acuerdo con la escala recogida en el artículo 163.1 de la LGSS, y su resultado se aplicará a la base reguladora para determinar definitivamente la cuantía de la pensión. No obstante, para que el límite de pensión máxima legalmente establecido para cada año no reste eficacia a esta regla, se dispone que, si dicho límite se alcanza sin la aplicación del porcentaje adicional o aplicándolo sólo parcialmente, el beneficiario percibirá la cantidad resultante de aplicar el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso, al importe de la pensión máxima vigente en cada momento, si bien, en todo caso, la suma de la cantidad adicional así obtenida más la de la pensión no podrá ser superior a la establecida como base máxima de cotización vigente, en computo anual, en cada momento.

Esta medida de incentivo, igualmente, es aplicable a los sujetos protegidos por el Régimen General, pero a diferencia de la medida anterior, su normativa no excluye de su ámbito de aplicación al sector público, por lo que, en nuestra opinión, debe regir respecto de los empleados públicos incorporados al mencionado régimen de Seguridad Social, de conformidad con el conocido principio que impone al interprete no distinguir si la norma no distingue. Refuerza este argumento la previsión contenida en la Disposición 8.^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, para su aplicación a los funcionarios incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. En consecuencia, podrán gozar del beneficio económico que, en

¹¹ Regulación de este incentivo introducida por primera vez por el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, modificada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

estos términos, supone retrasar más allá de los sesenta y cinco años el acceso a la pensión de jubilación, tanto los empleados laborales que no estén compelidos a extinguir su contrato de trabajo al alcanzar sesenta y cinco años de edad por jubilación forzosa, pactada convencionalmente, como los funcionarios encuadrados en el Régimen General, bien porque en su normativa de aplicación esté previsto el cese en la prestación de servicios al cumplir setenta años, bien porque esté previsto a los sesenta y cinco, con posibilidad de prorrogarlo hasta los setenta años.

En cambio, no se podrán beneficiar los funcionarios que estén incorporados al Régimen de Clases Pasivas del Estado, por no estar prevista actualmente por la ley la aplicación de este medida a este colectivo de funcionarios, que cese en la prestación de servicios, de acuerdo con su normativa, con más sesenta y cinco años. No obstante, en nuestra opinión, no concurren inconvenientes de carácter técnico-jurídico para que se puedan aplicar del mismo modo establecido para el Régimen General, pues el procedimiento para el cálculo de la pensión en Clases Pasivas coincide con señalado en el mencionado Régimen, esto es, base reguladora (en este caso integrada por el haber regulador fijado anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado) por el porcentaje correspondiente, determinado por el número de años acreditados de prestación de servicios. Asimismo, no parece que esta posibilidad esté descartada por el legislador, sino todo lo contrario, ya que la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, antes citada, ordena al Gobierno la remisión a las Cortes Generales un proyecto de ley que desarrolle los términos de la prolongación de la permanencia en el servicio activo referida en el artículo 67.3 EBEP, a fin de que este incentivo pueda ser también de aplicación a estos funcionarios.

IV. CONCLUSIONES

I. Continúa actualmente la vigente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la institución de la jubilación forzosa en el ordenamiento laboral, considerando que debido a la limitación derecho que supone, solamente es adecuada su implantación, legal o convencionalmente, en términos constitucionales, si se vincula con la política de empleo y garantiza a los trabajadores afectados el acceso a la pensión de jubilación prevista por el Sistema de Seguridad Social. Sin esta vinculación, sería inconstitucional, incluso, en nuestra opinión, si se establece por la Ley. La misma argumentación podría sostenerse en el sector de la Función Pública, salvo que los principios constitucionales que la inspiran justifiquen por sí solos su establecimiento por ley.

II. La jubilación forzosa, entendida como la extinción de la relación de trabajo por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación,

es aplicable en el sector público en las mismas condiciones jurídicas que en el sector privado, respecto a los empleados en régimen laboral. En cambio, su aplicación difiere respecto a los empleados en régimen funcionarial, al estar regulada directamente por la ley, tanto de carácter general, como específicamente para cuerpos y escalas de Funcionarios.

III. En ambos supuestos, su establecimiento no supone necesariamente el cese en la prestación de servicios de los empleados públicos al alcanzar la edad ordinaria de jubilación, puesto que la edad fijada para la extinción de la prestación de servicios, en el régimen laboral, puede ser superior a los sesenta y cinco años, si así se negocia colectivamente. Asimismo, en el régimen funcionarial, diversas normas la fijan a los setenta años, e incluso las normas que la fijan a los sesenta y cinco años, prevén la posibilidad de que se retrase a los setenta años.

IV. No existe impedimento legal para que los incentivos dirigidos directamente a los trabajadores para que retrasen el acceso en la pensión de jubilación beneficien a los empleados públicos laborales y funcionarios incluidos ambos en el Régimen General de la Seguridad Social. Por el contrario, la falta de previsión respecto a los funcionarios protegidos por el Régimen de Clases Pasivas, excluye esta posibilidad hasta que se regule legalmente, aunque no parece que concurren dificultades técnicas, ni de política legislativa para su extensión próxima a este colectivo. Tampoco parece que pueda estar demás la extensión a los empleadores públicos de las ventajas introducidas para demorar la salida de los trabajadores, si con ello se contribuye a una más plena y eficaz gestión de los recursos humanos en este sector.

V. Las circunstancias demográficas de la población española y del mercado de trabajo nacional determinan un cambio en la orientación de la política social, tendente a favorecer el acceso a la jubilación con edad superior a la ordinaria, por lo que estas medidas pueden que solamente constituyan el inicio de una reforma más amplia de la institución.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2008.
- GARCÍA MURCIA, J.: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa», en *REDT*, núm. 19.
- MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación*, Lex Nova, 2002.
- RAMÓN PARADA: *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, 2007.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Aranzadi, 2006.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**ALTOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS: ¿UN NUEVO ESPACIO
PARA LA LABORALIZACIÓN?**

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
Becario de Investigación
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL EN EL ESTATUTO BÁSICO. 1. Consideraciones generales. 2. Administración institucional: las agencias estatales. 3. Disposiciones especiales en materia de Administración Local.—III. FUNCIONES VEDADAS AL PERSONAL LABORAL.—IV. PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL EN RÉGIMEN LABORAL. 1. Funciones que puede desempeñar. 2. La condición de personal de alta dirección. 3. El margen de desarrollo del régimen jurídico de alta dirección.

I. INTRODUCCIÓN

La creación de una nueva figura de directivos públicos profesionales en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP en adelante) nace con el doble objetivo de permitir mantener dentro del sector público a funcionarios altamente capacitados y de atraer a profesionales del sector privado con experiencia en tareas directivas, ofreciendo a unos y a otros una remuneración acorde al valor añadido que generen. El régimen jurídico de ambos no es, sin embargo, idéntico, sino que para los primeros el EBEP otorga al legislador de desarrollo (estatal o autonómico) una amplia libertad mientras que para los directivos laborales impone el régimen jurídico especial del personal de alta dirección, con independencia de que se den las notas que caracterizan esta relación especial.

El personal laboral directivo profesional, no obstante, no se prevé como un instrumento general para la modernización de la administración, sino que encuentra reducido su ámbito de actuación a determinados puestos que carecen de competencias que impliquen ejercicio de autoridad o salvaguarda del interés general. En todo caso, la regulación prevista en el EBEP ha de completarse con la que en su caso establezcan los legisladores autonómico y estatal en desarrollo de la norma básica y que en lo que se refiere a los directivos laborales, habrá de acomodarse a las disposiciones propias de la relación laboral especial de alta dirección configurada en este ámbito como parte integrante del derecho básico de la legislación sobre empleados públicos.

El EBEP nace con la vocación declarada de ser tan sólo un paso inicial en la necesaria reforma de la Administración Pública en general y del personal a su servicio en particular. Uno de los objetivos esenciales de esta norma es la previsión de instrumentos que faculten a las diferentes Administraciones Públicas para la planificación y ordenación de los efectivos y la utilización más eficiente de los mismos, según recoge la

Exposición de Motivos, y en este proceso, el propio legislador reconoce que el personal directivo —al que ambiguamente denomina como «nueva figura»— está llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa. Ello se justifica en la ley afirmando «que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos», pero su fundamentación responde también a otras necesidades: la doctrina venía reclamando desde tiempo atrás la necesidad de prever figuras jurídicas que permitieran mejorar la gestión mediante la participación en las funciones públicas de personas con alta cualificación y capacidad de liderazgo, en un plano inferior a la planificación política ¹.

El establecimiento de un personal directivo diferenciado de lo que tradicionalmente se ha conocido como «altos cargos» supone la respuesta a la necesidad de establecer un escalón de profesionales de la dirección ² bajo las órdenes de los cargos de índole estrictamente política, al frente del aparato administrativo ³. Así, frente a una separación tajante entre el Gobierno como ente director (entendido en un sentido no estricto y más amplio que el de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) y la Administración como organización dirigida (art. 97 CE), resulta preciso contar con personas que, insertas en esta última, realicen funciones de dirección distintas de las que corresponden propiamente a un funcionario público, sometido plenamente a la ley y al derecho conforme dispone el artículo 103 CE.

La nueva ley ha optado, por otra parte, por recoger en su articulado las disposiciones de carácter básico que regirán la posición jurídica no sólo del personal estatutario, sino también del personal contratado por las Administraciones Públicas en régimen de derecho laboral, bajo un amplio concepto de «empleado público» más extenso que el tradicional de «funcionario público». Se intenta responder así a la necesidad manifestada por el legislador de dotar a la Administración de flexibilidad en la contratación en los ámbitos en que las funciones de aquella se apartan de las tradicionales potestades administrativas, sin por ello renunciar al sistema de personal estatutario determinado por nuestro modelo Constitucional de Administración Pública. Por ello, inspirándose en la normativa comunitaria europea, se establece una reserva de tareas en favor de quienes ostenten la condición de funcionarios públicos.

La relación entre estas dos ideas —el establecimiento de una clase directiva profesionalizada y la reserva de funcional al personal esta-

¹ Por todos, JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Altos cargos y directivos públicos*, Oñati: IVAP, 1998.

² De hecho, el precepto que en la ley se dedica a éstos (art. 13 EBEP) incorpora el adjetivo «profesional» a su denominación.

³ AA.VV.: *El estatuto...*, p. 68.

tuario— necesariamente conlleva la existencia de personal directivo profesional en régimen laboral, expresamente mencionado en el apartado cuarto del artículo 13 EBEP. Sin embargo, no queda claro cuál es el ámbito en el que, conforme a la reserva funcional mencionada, podrán prestar sus servicios. Para responder a esa cuestión en la presente comunicación se analizan dos cuestiones previas, como son las características de los puestos de trabajo cubiertos por personal directivo, o más concretamente su ubicación en el organigrama general, y el alcance de la limitación que establece la ley para el ejercicio de funciones especialmente relevantes a los empleados públicos en régimen laboral. A partir de este estudio se presentan los problemas que genera la aplicación conjunta de ambas cuestiones al personal en régimen laboral, así como algunos aspectos específicos de la norma que merecen especial consideración.

En todo caso, en el análisis de unas y otras cuestiones no puede dejar de tenerse en cuenta el carácter básico y por tanto no exhaustivo de la norma. Por ello, a la espera de que el Estado y las Comunidades Autónomas lleven a cabo el correspondiente desarrollo legislativo, el régimen jurídico de la figura de los directivos profesionales se encuentra solamente esbozado, como sucede con gran parte de las normas del EBEP. En consecuencia, lo que se expondrá a continuación no son sino los límites a tal desarrollo y las interpretaciones más conformes al nuevo régimen diseñado en la ley.

II. EL PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL EN EL ESTATUTO BÁSICO

1. Consideraciones generales

La primera referencia al personal directivo profesional en el articulado de la ley aparece en el artículo 13, único del Subtítulo I del Título II, dedicado a las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas. Ahora bien, ello no implica que se configure como tal, pues a diferencia de las restantes no se recoge como categoría en el artículo 8 del mismo Título II. Debe señalarse al respecto que el informe elaborado por la *Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (en adelante «informe de la Comisión») propuso la creación de una auténtica clase de empleado público, pero con un estatuto específico y ajeno al EBEP, fijado por las respectivas leyes de función pública del Estado y de las CC.AA. Esta renuncia a la regulación de sus características básicas se justifica por la heterogeneidad de las Administraciones Públicas y de los sectores que las compo-

nen, así como la distinta madurez de la cuestión en las diferentes administraciones territoriales⁴.

La redacción definitiva del artículo 13 EBEP establece que «el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición», consignando inmediatamente después una serie de principios a los que nos iremos refiriendo en las siguientes páginas. La primera cuestión que sorprende es que, en contra del criterio recogido en el informe de la Comisión y de la redacción del proyecto de ley presentado a las Cortes Generales, la competencia para el desarrollo no se atribuye a los legisladores correspondientes sino a los órganos ejecutivos, habilitando por tanto la vía reglamentaria como idónea para el establecimiento del régimen jurídico del personal directivo.

El precepto no se ocupa de definir qué es directivo profesional, sino que se limita a establecer un enunciado que ha sido calificado como circular⁵ y que lo describe tautológicamente como aquel «que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración». Nada aclara por tanto el Estatuto, que afirma que son directivos profesionales quienes dirigen profesionalmente, y con esa supuesta delimitación se remite a lo que establezcan cada una de las Administraciones con competencia normativa. Debe hacerse notar aquí que la referencia a las funciones no puede confundirse con el ámbito competencial, aunque también este tenga relevancia en algunos aspectos, como se verá más adelante. Esto se debe a que en el ámbito de la organización administrativa no es la persona (por elevada que sea su responsabilidad) a quien se atribuyen las competencias, sino al órgano administrativo en el que aquella se integra⁶.

En defecto de previsión por el EBEP resulta necesario llevar a cabo un análisis sistemático y teleológico del precepto, que acote en lo posible el espacio que se deja al personal directivo profesional. Para ello, resulta útil realizar un análisis comparativo del cuadro jerárquico de las organizaciones empresariales de derecho privado y la Administración⁷.

⁴ AA.VV.: *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*. Madrid: INAP, 2005, pp. 69 y 70.

⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Los directivos públicos», en AA.VV.: *El estatuto básico del empleado público y la modernización de la Administración Local. XIII Seminario sobre gestión pública local*, Gijón, Asturias: Ediciones Trea, 2008, p. 72.

⁶ BERMEJO VERA: «El personal directivo: ¿nueva tipología de funcionario público?», en AA.VV.: *El estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*. Zaragoza, 2007.

⁷ Sobre este punto, resulta de particular interés el análisis de JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Altos cargos...*, p. 239 y ss.

En el ámbito empresarial (particularmente en el de las Sociedades Anónimas), en la cúspide de una organización aparece un Consejo de Administración, cuya vinculación con la empresa se rige exclusivamente por las disposiciones de derecho mercantil que establece las líneas maestras de la gobernanza de la sociedad. La ejecución de estas decisiones corresponde generalmente a un Presidente o un consejero delegado, cuyo régimen es igualmente mercantil, apareciendo por debajo los llamados por la legislación laboral «personal de alta dirección», que son calificados como de relación laboral especial, siempre que se den las notas que la caracterizan. Sin embargo, los cuadros directivos no finalizan ahí, sino que existe toda una serie de mandos intermedios sometidos al régimen general del Estatuto de los Trabajadores, pero que sin duda llevan a cabo funciones de dirección.

En el ámbito de la organización pública puede encontrarse un régimen similar. Así, al frente de la Administración se encuentra el Gobierno, cuya gestión es de carácter esencialmente político sin perjuicio de que sus integrantes puedan ostentar asimismo la condición de máximo órgano del sector que tienen encomendado (Ministerio, consejería...). En el ámbito de la Administración General del Estado, la gestión política se atribuye a quienes son calificados por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) como órganos superiores, es decir, Ministros y Secretarios de Estado; la gestión administrativa, que en cierto modo pudiera corresponderse a las funciones propias del personal de alta dirección, corresponde a Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos, así como el Delegado del Gobierno en la Administración periférica, que son los que reciben la denominación de «órganos directivos» y concurre además en ellos la condición de alto cargo⁸. Por último, la dirección de la Administración se completa por otros dos órganos directivos que no son altos cargos sino simples funcionarios con responsabilidades directivas: los subdirectores generales y subdelegados del gobierno, equivalentes al último grupo al que antes se hizo referencia: los trabajadores «comunes» que tienen atribuidas ciertas responsabilidades directivas en su empresa, o más sencillamente, personal directivo común.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina vienen realizando sobre el alcance del ámbito objetivo de aplicación de la relación laboral especial de alta dirección, excluiría probablemente del mismo a los responsables de áreas tan limitadas en la actividad de la empresa (o el departamento) como son las Direcciones Generales. En el seno de las administraciones de

⁸ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Altos cargos...», *op. cit.*, p. 92.

ámbito territorial inferior al Estado la tipología de órganos de dirección es diversa, pero responde básicamente a un esquema similar, al menos a los efectos que aquí interesan.

Realizado este panorama general de las personas que están llamadas a dirigir la administración, procede determinar a quiénes se refiere el legislador con la expresión «personal directivo profesional». El adjetivo final permite excluir sin demasiados problemas a los denominados órganos superiores, pues su razón de ser es de naturaleza esencialmente política y su nombramiento responde estrictamente a criterios de confianza. Además debe tenerse en cuenta los Ministros y Secretarios de Estado no entran en la lógica general del empleado público, al establecerse su régimen jurídico en una norma especial, como es la Ley del Gobierno y no en la LOFAGE, por lo que difícilmente puede pensarse que sean éstos a quienes se refiera el EBEP al regular la figura del directivo profesional.

La LOFAGE, por su parte, en lo que se refiere a los órganos directivos, exige entre otros requisitos, que sean nombrados «atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia». En este sentido, la nueva regulación básica exige, como segundo principio de entre los referidos a los directivos profesionales, que la designación atienda a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, además de llevarse a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

El artículo 13 EBEP no ofrece, en definitiva, un criterio para acotar su ámbito de aplicación dentro de los empleados públicos con competencias directivas, y de hecho ni siquiera impide que se extienda, con las modulaciones que sea preciso, a funcionarios con responsabilidades directivas en ámbitos más limitados, como pueden ser las jefaturas de servicio o de sección. Debe tenerse en cuenta que el citado precepto no incluye términos moduladores de la clase de dirección a la que se refiere, por lo que no puede reducirse su aplicabilidad a los casos de «alta dirección», resultando perfectamente conforme a la ley la consideración de que los «directivos comunes» pueden también profesionalizarse en su gestión. No debe olvidarse que uno de los principales objetivos de la inclusión del personal directivo profesional en el Estatuto Básico es el permitir establecer un régimen retributivo y una organización del trabajo acorde al verdadero valor añadido por el empleado público, reduciendo las desmesuradas diferencias salariales entre personas de igual capacidad en puestos de idéntica responsabilidad según desempeñen sus funciones en el sector privado o público, de modo que se evite o al menos mitigue la pérdida de capital humano y se incentive a los funcionarios públicos a obtener la capacitación adecuada. Por ello, debe entenderse que el EBEP permite al legislador de desarrollo la configuración

de la categoría de «personal directivo profesional» en un sentido muy amplio que comprenda a todos los empleados públicos con algún grado de responsabilidad directiva, sin perjuicio de que la redacción no imperativa del precepto permite acotar más la figura para restringirla únicamente a altos directivos.

2. Administración institucional: las agencias estatales

Otra posible aproximación al concepto de directivo profesional puede hacerse por la vía de analizar el alcance que a estos se ha dado en una norma previa al EBEP, pero redactada en la misma legislatura e igualmente impulsada por el Ministerio de Administraciones Públicas, como es la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los Servicios Públicos (Ley de Agencias en adelante). Su artículo 23 trata de concretar algo más la noción de directivo, al señalar que es el que ocupa los puestos de trabajo determinados como tales en el Estatuto de las mismas en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas. Aun cuando siga tratándose de un concepto vago y con un elevadísimo ámbito de discrecionalidad, parece que se maneja un concepto relativamente restrictivo, pues sólo pueden ser calificados como directivos quienes tengan «especial responsabilidad»⁹.

No obstante, la experiencia de las agencias creadas hasta la fecha muestra que en la práctica el criterio que se ha seguido no es tan limitado como a priori pudiera parecer. Analizando los estatutos de las cinco agencias existentes al amparo de la habilitación expresa contenida por la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Agencias, parece claro que se ha empleado la figura del personal directivo para puestos de responsabilidad general en ámbitos reducidos del trabajo de la Agencia.

Respetando el orden cronológico, la primera a la que debemos referirnos es la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, cuyos Estatutos fueron aprobados por el Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre. En el artículo 38, dedicado precisamente a esta cuestión, se definen hasta 22 directivos sólo en España, a los que habrá que sumar los Directores de las Oficinas Técnicas de Cooperación, de los Centros de Formación y de los Centros Culturales en el extranjero. Entre los primeros, la norma no se limita a los responsables de cada una de las áreas geográficas, sino que se extiende también a los responsables de los departamentos en que estos se dividen, alcanzando los ór-

⁹ JIMÉNEZ ASENJO, R.: «El estatuto...», *op. cit.*, p. 62.

ganos de dirección intermedia la calificación del artículo 13 del EBEP. En cuanto a los responsables de los centros en el exterior, sus responsabilidades serán esencialmente de gestión, por lo que la noción de «especial responsabilidad» aparece ciertamente difuminada.

El Estatuto de la Agencia Estatal del Consejo Superior de Investigaciones Científicas fue aprobado por Real Decreto 1730/2007, de 21 de diciembre, y dedica cuatro artículos (del 18 al 21) a la regulación de los órganos directivos, incluyendo entre ellos al presidente, las tres vicepresidencias, la secretaría general y a los Coordinadores de Redes científicas. En este caso, parece que se respeta en mayor medida el criterio de la Ley de Agencias, pero paradójicamente se debe a que parece ignorar su lógica, manteniendo prácticamente inalterada su estructura anterior a la Ley de Agencias con la salvedad de que se incorpora una nueva vicepresidencia. En este Estatuto se refiere la retribución del personal directivo al complemento de destino de grado 30, sin aprovechar en consecuencia las posibilidades de una mayor retribución que ofrece el EBEP.

Por último, los Reales Decretos 184, 185 y 186/2008, todos ellos de 8 de febrero, referidos a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, a la Agencia Estatal Antidopaje y a la Agencia Estatal de Meteorología respectivamente, con estructuras similares, crean un elevado número de directivos públicos, ascendiendo a esta categoría a todos los directores departamentales.

En resumen, en la administración institucional de la Administración General del Estado se ha optado por calificar como puestos de especial responsabilidad a los ocupados por gran número de sujetos, haciendo una interpretación generosa del término. Ello puede ser positivo si el proceso de provisión de estos puestos se realiza con la suficiente transparencia, pues recordemos que ésta debe llevarse a cabo de modo que quede garantizada la publicidad y la concurrencia, pero al mismo tiempo conlleva el peligro de convertirse simplemente en un instrumento para mejorar las retribuciones de determinados cargos.

3. Disposiciones especiales en materia de Administración Local

La legislación de régimen local recogía, con anterioridad a la aprobación del EBEP, algunas disposiciones en materia de personal directivo¹⁰, especialmente a partir de la ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. El artículo 130 de la

¹⁰ Un detallado estudio sobre los antecedentes, situación actual y retos del personal directivo en el ámbito de las Administraciones Locales puede encontrarse en JIMÉNEZ ASEÑO, R.: «El estatuto...», *op. cit.*, pp. 47-60.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen local, referido a los municipios de gran población, califica como órganos superiores al Alcalde y a los miembros de la Junta de Gobierno Local, y enumera una serie de órganos directivos entre los que se incluyen los coordinadores generales de cada área o concejalía, así como quienes culminen la organización administrativa dentro de cada de aquellas. Debe tenerse en cuenta la existencia de dos normas especiales, que con el objetivo de adecuar el régimen jurídico a las necesidades especiales de las dos principales ciudades del país han permitido igualmente la existencia de personal directivo propio.

Así, la Ley catalana 22/1998, de 29 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona dedica su Título V a la «organización municipal ejecutiva», y la ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid regula en el artículo 21 los órganos directivos, cuya creación es potestativa pero a quienes, en su caso, corresponderá «desarrollar y ejecutar los planes de actuación y decisiones adoptadas por los órganos ejecutivos de dirección política y administrativa competentes». En particular, les corresponde «el impulso de la ejecución de las decisiones adoptadas por los órganos políticos, la planificación y coordinación de actividades, evaluación y propuesta de innovación y mejora en relación con los servicios y actividades de su ámbito competencial, sin perjuicio de las funciones específicas que se les deleguen o se les atribuyan como propias».

Conviene adelantar aquí algunos aspectos propios de la regulación jurídica de estas figuras, cuyas funciones han merecido especial mención por parte del legislador en el EBEP. Así, la Disposición Adicional Segunda comienza por establecer que «son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería».

Sobre estos preceptos, al margen de la utilidad interpretativa del 9.2 EBEP, que como se verá establece la reserva general de funciones para funcionarios públicos en términos más generales, debe destacarse que el ámbito de protección es menor en el caso de la Administración Local. No queda claro a que obedece esta diferenciación, pues no responde a una propuesta del comité de expertos ni a una enmienda en sede parlamentaria, sino que fue introducida en las negociaciones previas a la presentación del proyecto de ley ¹¹. Esta menor reserva por parte de la ley podría conllevar que el número de contratados en régimen laboral en los entes locales siga siendo muy superior al de otras Administraciones.

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *op. cit.*, p. 72.

El apartado segundo de la Disposición Adicional se refiere a las funciones reservadas a los funcionarios de entidades locales que pertenezcan a la escala de habilitación nacional, calificándolas de «funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales». Se incluyen en este catálogo las siguientes: «la de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo y el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación».

III. FUNCIONES VEDADAS AL PERSONAL LABORAL

Se ha anunciado anteriormente que el EBEP contiene una limitación de funciones para aquellos empleados públicos que no ostenten la condición de funcionarios públicos. En particular, el artículo 9 en su apartado segundo establece que «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, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca».

En la génesis de este precepto, según se recoge en el informe de la Comisión¹², se partió de la necesidad de reservar las funciones que implicaran el ejercicio de autoridad a los funcionarios públicos, por las mayores garantías que ello supone. La necesidad de incluir este precepto se justifica, en realidad, en la mayor seguridad jurídica que supone positivizar este principio, que como bien afirma la Comisión estaba ya implícito en nuestro derecho. La concreta formulación que se propone se extrae de los requisitos que impone la jurisprudencia comunitaria para la restricción de libre circulación de trabajadores, cuando se impide la concurrencia a un procedimiento de cobertura de vacantes en una Administración Pública a nacionales de otros Estados miembros¹³. Del mismo modo debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia Constitucional (STC 99/1987, de 11 de junio, entre otras) ha declarado que existe una expresa opción constitucional por un régimen estatutario de los empleados públicos, que si bien no impide que presten servicios trabajadores sometidos al régimen general de derecho laboral, sí que exige que no se trate de la regla sino de una excepción en los casos en que el interés público lo justifique.

¹² AA.VV.: «Estatuto básico...», *op. cit.*, p. 52.

¹³ TOÑA GÜENAGA, F. (dir.): *Informe. Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del legislador básico para su desarrollo*. Oñati: IVAP, 2007, pp. 23 y 92.

El problema del artículo 9.2 EBEP, en todo caso, radica en su amplitud e indefinición. Si bien es cierto que la participación directa en el ejercicio de potestades públicas es relativamente sencillo de reservar a personal estatutario, los restantes conceptos que se introducen son de muy difícil concreción si no se quiere vaciar de contenido la posibilidad de contratación de personal laboral: dado que ya se distingue bajo la denominación de «personal eventual» a aquellos que sólo realizan tareas de confianza o asesoramiento, y teniendo en cuenta que la administración en su conjunto sirve con objetividad al interés general, resulta difícil concebir un puesto de trabajo en el seno de aquella que ni tan siquiera indirectamente salvaguarde los intereses del Estado y de la Administración Pública. Por otra parte, no se aporta elemento alguno para establecer qué debe entenderse por participación indirecta en las potestades públicas, pero en un principio debería excluir cualquier intervención relevante en el fondo en los procedimientos que puedan ser constitutivos de aquéllas.

En todo caso, la afirmación tan amplia de la reserva que contiene este artículo 9.2 EBEP ve reducido considerablemente en su efecto al establecer su inciso final una cláusula que permite que sean los legisladores de desarrollo quienes fijen el alcance de esta prohibición. Las interpretaciones que se hagan deben respetar un contenido mínimo de la norma, y no desnaturalizar el principio que en ella se recoge, y al mismo tiempo dejar margen suficiente para que no suponga la eliminación de hecho de todo personal laboral.

Sobre la interpretación de este precepto se ha dicho ¹⁴ que no debería ser objeto de una interpretación extensiva que lleve a una completa funcionarización del empleo público, sino que lo que queda prohibido es que quien no sea funcionario ocupe puestos que supongan el ejercicio de funciones de autoridad (esencialmente la instrucción de procedimientos que puedan acarrear actos administrativos restrictivos de derechos, inspección y sanción, exacción de tributos y dictado de órdenes de policía) o supongan «actividades indispensables para el ejercicio del poder público». No obstante, estas valoraciones obvian que el término «indirectamente» necesariamente ha de extender el contenido del artículo 9.2 a otros actos de menor incidencia de lo público.

Debe señalarse que lo que sí es evidente es que no pueden participar quienes no tengan la condición de funcionarios públicos en la tramitación de expedientes administrativos, por lo que en principio la función del personal laboral debería quedar limitado, al menos en el ámbito de las administraciones territoriales, a funciones auxiliares y de apoyo,

¹⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 91.

gozando de mayor margen para la prestación de servicios en la administración institucional, aún cuando en ésta la salvaguarda indirecta en los intereses de la Administración difícilmente dejará de estar en juego.

IV. PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL EN RÉGIMEN LABORAL

Las consideraciones que se han realizado hasta ahora nos permiten abordar la cuestión central de esta comunicación, que no es otra que el análisis del papel pueden desempeñar en la modernización de la administración pública los profesionales altamente cualificados provenientes de la empresa privada, dado el marco que establece el artículo 13 del EBEP.

En primer lugar, debe señalarse que el apartado cuarto del artículo señalado parece dar por hecho que cabe la designación de directivos profesionales que no ostenten la condición de funcionarios cuando afirma, tras excluir a estos de la negociación colectiva, que «cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección».

El tenor literal de este inciso final del artículo 13 implica, en primer lugar que, como ya se ha apuntado, el personal directivo no es una «clase» de empleado público (pese a que la exposición de motivos si utiliza dicha expresión), pues no cabe que una misma persona pertenezca al mismo tiempo a dos de ellas. Así, si el inciso final del artículo 13 EBEP permite la existencia del personal directivo laboral, resulta evidentemente que no es esta la regla general, sino que podrá ser también funcionario de carrera, debiendo entonces pertenecer a alguno de los cuerpos de estos, pues no se ajusta a los supuestos de personal eventual ni a los de los interinos.

En las siguientes páginas se expondrán dos cuestiones que plantean algunos problemas prácticos en torno al personal directivo profesional. En primer lugar, se ha de evaluar cómo se integrará (si es que puede integrarse) en la estructura organizativa prevista por la legislación de la Administración General del Estado. La segunda cuestión que se plantea es analizar, dada esa integración, la aplicabilidad del régimen previsto en la legislación laboral para el personal de alta dirección, teniendo en cuenta la naturaleza del puesto que efectivamente ocupe, así como el efecto de la remisión del artículo 13.4 EBEP a la legislación laboral.

1. Funciones que puede desempeñar

La postura que se ha mantenido en la presente comunicación supone que un amplio abanico de puestos pueden ser calificados como de dirección, lo que se corresponde con la práctica que se ha mantenido recientemente en el ámbito de la administración institucional, en la que se han designado un elevado número de directivos para puestos que cuesta denominar como de especial responsabilidad.

La posibilidad de que en el ámbito general sean ocupados por personal laboral encuentra un impedimento legal en la LOFAGE, pues los puestos de órganos directivos están reservados, con carácter general, para funcionarios de carrera, en particular del grupo A (subgrupo A1)¹⁵. Este hecho tan sólo implica la necesidad, si se pretende designar a profesionales procedentes de la empresa privada, de modificar la legislación para abrir esta posibilidad. Sin embargo, se ha expuesto más arriba que el modelo constitucional implica una apuesta por el personal estatutario, por lo que toda reforma en sentido contrario ha de tener una justificación razonable y suficiente.

Debe señalarse que la legislación actual ya prevé, en el caso de los Directores Generales, la posibilidad excepcional de que el Real Decreto de estructura del Departamento permita, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, que su titular no reúna la condición de funcionario. Esta vía, utilizada con cautela, sería adecuada para dar acceso a personal laboral a funciones directivas, si bien debe tenerse en cuenta que el régimen jurídico aplicable no sería estrictamente el de la LOFAGE, entrando en juego el régimen previsto por el EBEP, tanto en lo relacionado con el nombramiento —el procedimiento requeriría publicidad y concurrencia— como con el régimen contractual.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la facultad de eximir del requisito de que sea cubierta la plaza por un funcionario no está sometida al arbitrio del gobierno, sino que la necesidad debe estar justificada y el razonamiento en que se apoye explícito en el Real Decreto que diseñe la estructura departamental. En este sentido, debe tenerse en cuenta que tal decisión está sometida al control jurisdiccional, como lo demuestra la STS (Sala 3.^a) de 7 de diciembre de 2005 (RJ 379/2006), en la que se analizó precisamente esta cuestión. En particular, afirma el Tribunal que es preciso, para escapar del régimen general de provisión de plazas, acreditar que los «especiales conocimientos y experiencias a que se re-

¹⁵ Esta limitación, que encuentra una excepción en el caso de los Secretarios Generales, que se configuran como una figura excepcional, se recoge en los artículos 15 a 19 LOFAGE.

fieren, o las características, condiciones y complejidades que se predicen» como necesarios «no se posean por los funcionarios de nivel superior». En todo caso, debe tenerse en cuenta que también en estos casos entrará en juego la limitación del artículo 9.2 EBEP, de tal modo que debería tratarse de direcciones generales con competencias que no impliquen ejercicio de autoridad ni salvaguarden el interés general del Estado o la Administración pública, lo que ciertamente resultará complicado.

En lo que se refiere a puestos de inferior rango, tales como jefaturas de servicio o sección, la actual regulación no parece permitirlo, y en todo caso resultará difícil justificar que no puede ser provista adecuadamente la plaza por un funcionario de carrera.

En el ámbito de la administración institucional, así como los casos de entidades de derecho público que presten un servicio a la sociedad (tales como hospitales o grandes centros educativos) nada impide que se permita el acceso a personal laboral, como de hecho así ocurre en gran parte de los puestos directivos que se han establecido en los Estatutos de las agencias creadas recientemente. En este caso, es más probable que una interpretación razonable del artículo 9 EBEP permita el acceso a cargos directivos profesionales procedentes de la empresa privada.

2. La condición de personal de alta dirección

El régimen jurídico escogido para regular la relación de prestación de servicios con la persona que, sin ser funcionario, desarrolle las funciones de directivo profesional en una Administración Pública es, como antes se ha señalado, el de la relación laboral especial de alta dirección, que recoge el artículo 2.a) del Estatuto de los Trabajadores y regula, por remisión, el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

El régimen jurídico que se prevé en esta norma parte de la base de la mutua confianza entre trabajador y empresario, de tal modo que al primero se le atribuyen importantes facultades que le permiten incidir de manera directa y clara en el curso de la empresa. En este sentido, el artículo 1 del Real Decreto 1382/1985 define a los altos cargos en su apartado como «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 limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

En el ámbito de las administraciones territoriales, con cierta voluntad integradora, cabría subsumir dentro de tal concepto a Ministros y

Secretarios de Estado e incluso a Secretarios Generales y Subsecretarios, pero el descenso en la pirámide jerárquica difícilmente permite seguir considerando a Directores y aún a Subdirectores Generales como sujetos con tan amplio poder. Por otra parte, no debe olvidarse que los miembros de órganos constitucionales del Estado se rigen por su legislación específica, por lo que carecería de sentido entender que los únicos que realmente podrían entrar en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1382/1985 están excluidos del mismo.

En la administración institucional sí que existe un conjunto de puestos que por su naturaleza pueden ser ocupados, como se ha argumentado, por personal laboral y cuyos caracteres se ajustan al régimen jurídico laboral que el EBEP ha previsto para el personal directivo profesional, pero como también se ha justificado se usa esta figura para otros puestos de mando intermedio que conforme a la legislación laboral debieran estar sometidas al régimen general.

La respuesta a este problema no puede ser la declaración de imposibilidad de que los empleados públicos laborales desempeñen puestos de dirección intermedia, pues ello sería contrario al espíritu del EBEP, que pretende el acceso de profesionales externos a la organización de la administración siempre que sea necesario para lograr una máxima eficiencia. La interpretación más coherente con el régimen del EBEP es considerar que lo que hace el inciso final del artículo 13 es establecer un estatuto jurídico particular para sus directivos, que hace coincidir su regulación con lo previsto por la legislación laboral para un tipo específico de ellos: la relación laboral especial del personal de alta dirección. La interpretación contraria haría del 13.4 EBEP *in fine* un texto superfluo, toda vez que si se tratara de personal laboral en quien concurrieran las notas para la aplicación del régimen del artículo 2.1.a) ET, nada aportaría la afirmación de que se les aplica precisamente la norma prevista en el mismo.

El fundamento de esta determinación del régimen contractual se encuentra en el hecho de que, basándose en la confianza de los gobernantes en el directivo, la relación ha de tener necesariamente una duración temporal, y ninguna de las figuras reguladas por el Derecho del trabajo se ajusta a las necesidades propias de esta figura de empleado público. Al mismo tiempo, dado que la tipología de directivos es por naturaleza de muy distintas clases, la flexibilidad que ofrece esta forma contractual resulta muy conveniente a los fines para los que se prevé.

Sin embargo la técnica de la remisión no está exenta de problemas, pues la regulación del Real Decreto 1382/1985, aún dejando un amplio margen a la autonomía de la voluntad contiene algunas normas mínimas de protección al directivo que habrán de ser respetadas. En particular,

debe tenerse en cuenta el periodo de preaviso de un mínimo de tres meses que establece el artículo 10 por remisión del artículo 11 para el cese por voluntad del empresario, que puede llegar a suponer la permanencia en un puesto de dirección público de un trabajador que haya perdido su confianza durante este periodo de tiempo. Esto chocará contra la lógica de las relaciones políticas y la concepción de cargo de confianza que impera en la sociedad, y lo que es más relevante, establecerá un régimen jurídico claramente diferenciado para el funcionario público que sea nombrado para un puesto directivo profesional (cuyo cese puede ser inmediato) y para aquellos que ocupen los mismos puestos procediendo del sector privado.

3. El margen de desarrollo del régimen jurídico de alta dirección

La remisión por la Ley al Reglamento ¹⁶ establece que los órganos de gobierno del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer el régimen jurídico de su personal directivo, pero al mismo tiempo impone un régimen jurídico particular para el caso de los laborales.

Aunque es cierto que el Real Decreto 1382/1985 establece el carácter dispositivo para gran parte de sus preceptos, no queda claro si en este caso esa libertad se manifiesta estrictamente en el ámbito de la autonomía de las partes o si la regulación de desarrollo que se lleve a cabo puede modificar libremente para estas relaciones la norma reglamentaria que rige para el personal de alta dirección.

La respuesta correcta a esta cuestión requiere tomar en consideración el carácter básico del EBEP, que implica que con él se busca establecer una cierta normativa común para todo el territorio del Estado. Al mismo tiempo, la llamada que el Estatuto hace indirectamente a la norma reglamentaria sustituye la regulación que en la propia ley se pudiera hacer, por lo que debe entenderse que se produce una congelación de rango y que, en consecuencia, las normas del Real Decreto 1382/1985 tienen a estos efectos la misma fuerza e idéntica posición jerárquica que el propio Estatuto, configurando así la normativa básica en materia de función pública a que hace referencia el artículo 149.1.18 de la Constitución.

¹⁶ No obstante, el tenor literal de la ley, algunos autores entienden que algunos aspectos esenciales de la regulación, como las incompatibilidades o el sistema retributivo requieren de norma legal y no cabe la regulación reglamentaria. Así, TOÑA GÜENAGA, F.: «Informe...», *op. cit.*, p. 36; en el mismo sentido, considerando que la plena libertad para el desarrollo reglamentario sería inconstitucional, BERMEJO VERA, J.: «El personal directivo...», *op. cit.*, p. 218.

En todo caso, nada impide que una administración establezca, mediante el instrumento jurídico que estime más adecuado, directrices o instrucciones generales para que, dentro de los límites que el propio reglamento regulador de la relación laboral especial establece, se definan determinadas cláusulas específicas comunes a todos sus directivos profesionales. Ahora bien, estas disposiciones no tendrán naturaleza normativa, sino que vincularán únicamente a la propia administración autora como criterios de su propia política de contratación, limitándose la indemnización en caso de cese¹⁷ o estableciéndose otras cláusulas que asemejen el régimen jurídico del directivo profesional laboral al estatutario, pero que en todo caso para ser eficaces deberán incorporarse al contrato de trabajo.

¹⁷ Nótese que el Real Decreto 1382/1985 parece permitir que por pacto individual incluso se suprima totalmente esta indemnización. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85», en *Relaciones Laborales*, 1988, núms. 5 y 6, p. 216.

Comunicación a la Ponencia Temática I

EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS AL EMPLEO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL TJCE

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

Profesor Titular (i) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO:

I. UN APUNTE SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO Y SUS LIMITACIONES.—II. LA DOCTRINA DEL TJCE EN LO ATINENTE AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO. A. Conceptualización de «empleos en la Administración Pública»: definición funcional *versus* definición institucional. 1. Aproximación al término «empleos». 2. Configuración comunitaria de «Administración Pública». B. La indeterminación de los criterios limitativos de la libre circulación de trabajadores en el empleo público y el papel de la comisión.—III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA AL ORDENAMIENTO INTERNO: EL ARTÍCULO 57 EBEP.

I. UN APUNTE SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO Y SUS LIMITACIONES

Tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas, lo cual tuvo lugar con la firma del Tratado de Adhesión, el 12 de junio de 1985, y efectos a partir del 1 de enero de 1986¹, tanto el derecho originario como el derecho derivado emanado de las instituciones de la Unión Europea es aplicable, mediata o inmediatamente, en el ordenamiento jurídico español.

En lo que aquí interesa, es oportuno reseñar, de una parte, el tenor del antiguo artículo 12 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*² —actual art. 18 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, conforme a la reenumeración y renombramiento realizado por el art. 2 del *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, ocupando en éste la numeración correspondiente al art. 16D³—, el cual dispone que en su ámbito de aplicación, y sin perjuicio de las disposiciones particulares que se establezcan, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. Y, de otra, su artículo 39 —hoy art. 45—, en el que se sintetiza una de las libertades fundamentales de la Unión: la libre circulación de trabajadores, lo cual supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros en lo que afecta al empleo, la

¹ Cfr. DO L 302, de 15 de noviembre de 1985.

² Cfr. DO C 321, de 29 de diciembre de 2006.

³ Cfr. DO C 306, de 17 de diciembre de 2007.

retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2 del *Tratado de Funcionamiento*)⁴.

Posicionamientos estos que también han sido recogidos por los artículos 15.2 y 21.2 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁵, los cuales «reafirman»⁶ la libertad de todo ciudadano de la Unión para buscar empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en el territorio de cualquier Estado miembro y la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad sin perjuicio de disposiciones particulares, respectivamente.

En igual sentido merecen ser destacados los artículos 1 y 7 del Reglamento (CEE) número 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968, que establecen la regla de la igualdad de trato en el acceso al empleo, por una parte, y en su ejercicio, por otra⁷.

Constituyen, por tanto, la libre circulación de trabajadores y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad objetivos a asegurar en el ámbito de la Unión Europea a los que de manera inexorable deben estar orientadas todas sus políticas⁸.

No obstante, se establecen determinados criterios limitativos al principio de libre circulación de trabajadores cuando se trata del acceso al empleo público (art. 45.4 del *Tratado de Funcionamiento*)⁹, siendo reiterados los pronunciamientos del TJCE habidos sobre esta materia. Ha sido precisamente la doctrina jurisprudencial emanada del TJCE la que ha delimitado y perfilado el alcance de esta restricción, por cuanto no existe desarrollo normativo alguno de la misma, llegándose a

⁴ Este precepto con anterioridad era numerado como 48 por el Tratado de Roma, si bien a raíz de las operaciones de simplificación llevadas a cabo por el Tratado de Ámsterdam pasó a ser el artículo 39, cfr. J. GUILLÉN CARAMÉS y J. A. FUENTETAJA PASTOR: «El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros», en *Revista de Administración Pública*, núm. 146 (1998), p. 467.

⁵ Cfr. DO C 303, de 14 de diciembre de 2007.

⁶ Ésta no es sólo la expresión utilizada por la propia *Carta* en su Preámbulo a la hora de concretar su contenido, sino que las Explicaciones sobre la *Carta* (DO C 303, de 14 de diciembre de 2007), elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que la redactó y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la *Carta* realizadas por la Convención y de la evolución del Derecho de la Unión, se manifiestan en igual sentido, señalando que tales preceptos traen causa de las libertades y prohibiciones aludidas.

⁷ Cfr. DO L 257, de 19 de octubre de 1968.

⁸ Cfr. STJCE de 15 de enero de 1986, C-41/84.

⁹ Sobre el fundamento de esta reserva, cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y J. VIDA SORIA: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, 1991, pp. 15 y 36, y J. M. GÓMEZ MUÑOZ: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, Madrid, 1996, p. 157 y ss.

afirmar por un sector de la doctrina científica que su desarrollo mediante Directiva resultaría contraproducente en la medida que los distintos Estados miembros podrían intentar reducir el impacto de la jurisprudencia consolidada y congelar el proceso dinámico de interpretación de dicha disposición¹⁰.

Al estudio parcelado y sesgado de esta materia se dedica el presente trabajo, analizando las distintas cuestiones planteadas, sin incidir, por cuanto excedería con creces el objetivo perseguido, en el amplio tema ocupado por la libre circulación de trabajadores más allá de su configuración¹¹.

II. LA DOCTRINA DEL TJCE EN LO ATINENTE AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A. Conceptualización de «empleos en la Administración Pública»: definición funcional *versus* definición institucional

1. Aproximación al término «empleos»

El apartado 4 del artículo 45 del *Tratado de Funcionamiento* dispone que las disposiciones contenidas en los apartados 1 a 3 de este mismo artículo no serán aplicables a los «empleos en la Administración Pública».

De un lado, la dualidad de la naturaleza jurídica del vínculo existente entre el trabajador y la Administración (contractual y estatutaria) y, de otro, la indeterminación de qué haya de entenderse como Administración Pública (ejercicio de poder público, labores administrativas...) han

¹⁰ Cfr. J. BENGOTXEA CABALLERO: «Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50 (1998), pp. 14 y 25.

No obstante, no puede olvidarse al respecto que la Comisión intentó sacar adelante un proyecto de Directiva sobre las condiciones de acceso al empleo público de los ciudadanos comunitarios, el cual no prosperó por las reticencias de los Estados miembros, cfr. J. GUILLÉN CARAMÉS y J. A. FUENTETAJA PASTOR: *El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros*, cit., p. 497.

¹¹ Ha sido profusa la doctrina científica que se ha ocupado de esta materia, entre otros, cfr. J. M.^a GALIANA MORENO: «La libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario europeo», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7 (2002); J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ: «Trabajadores comunitarios: Delimitación del sujeto activo del derecho a la libre circulación», en *NUE*, núm. 83 (1991); I. BALLESTER PASTOR y M. MIÑARRO YANINI: «El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea», en *RMTyAS —Derecho Social Internacional y Comunitario—* núm. 57 (2005), y L. MELLA MÉNDEZ: «Libre circulación de trabajadores: principio de igualdad de trato», en *REDT*, núm. 112 (2002).

propiciado en reiteradas ocasiones la intervención del TJCE al objeto de llenar de contenido, de manera diferenciada originariamente y conjunta en sus pronunciamientos posteriores, esta inconcreción terminológica ¹².

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, una aproximación tangencial al aludido precepto, efectuando una interpretación restrictiva y literal tanto del apartado 4 como del término «trabajador» utilizado en sus apartados precedentes, podría llevar a afirmar que la reserva de nacionalidad en el acceso al empleo en las Administraciones Públicas únicamente hacía referencia, en tanto que los apartados 1 a 3 del artículo 45 del *Tratado de Funcionamiento* se refieren en exclusiva a «trabajadores», a aquellos empleados que presentasen un vínculo contractual con la Administración Pública. Se procede con esta línea argumental a la identificación entre trabajador y relación contractual, por lo que en nada afectaría la restricción aludida respecto a los empleados con vínculo funcional, ajenos al ámbito de aplicación del precepto y que habrían de regirse por el resto de libertades fundamentales reconocidas en los Tratados. Interpretación carente de toda lógica, en tanto que privaría del derecho a la libre circulación de trabajadores a un colectivo muy numeroso sin que presentara una fundamentación coherente que avalara la diferenciación entre los distintos empleados más allá que el mero hecho de la naturaleza jurídica del empleador (privado/público).

No obstante, de otra parte y con mayor razonamiento, también puede sostenerse, en sentido estricto, que el ámbito de aplicación del principio de libre circulación de trabajadores establecido en los Tratados constitutivos de la Unión queda circunscrito en exclusiva respecto a los empleados *strictu sensu* del sector privado, excluyéndose del mismo todos aquellos empleados que prestan servicios para las Administraciones Públicas, cualquiera que fuera la naturaleza jurídica del vínculo de unión, contractual o funcional. La generalidad de la redacción del precepto —«empleos en la Administración Pública»— hace extensible la excepcionalidad a la libre circulación a todos los ocupados en el sector público ¹³. Sin embargo, ha de entenderse que esta segunda interpretación implica, aun cuando de manera indirecta, la aceptación de una concepción extensiva del término «trabajador» utilizado por el artículo 45 del *Tratado de Funcionamiento*, dándose cabida en él tanto a los sujetos unidos con la Administración por una relación contractual como a los vinculados por relación estatutaria. La delimitación del campo de aplicación del artículo 45 debe producirse por igual en todos sus ámbitos.

¹² Cfr. J. M. GÓMEZ MUÑOZ: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, cit., p. 179, para quien la fórmula empleada no podía ser más ambigua.

¹³ En igual sentido, cfr. J. BENGOTXEA CABALLERO: *Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros*, cit., p. 18.

Ésta fue la argumentación sostenida por el TJCE cuando se enfrentó por primera vez a la interpretación de la restricción contenida en el entonces artículo 48.4 del *Tratado*. Se señaló que respecto a la excepcionalidad prevista en el aludido apartado 4, materia limitada exclusivamente al acceso a los empleos de la Administración Pública¹⁴, era indiferente la naturaleza jurídica de la relación existente entre el trabajador y la Administración correspondiente, ya que, como el precepto no establecía distinción alguna, carecía de interés determinar si un trabajador prestaba sus servicios como obrero, empleado o funcionario, o si su relación laboral estaba regulada por el Derecho Público o por el Derecho Privado, y ello porque, en aras de una interpretación uniforme del Derecho comunitario, tales calificaciones jurídicas varían en las legislaciones de los distintos Estados miembros, no pudiéndose aportar, por ello, un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho comunitario. Hacer depender la aplicación del artículo 48.4 del *Tratado* de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el empleado y la Administración otorgaría a los Estados miembros la posibilidad de ampliar, a su voluntad, el número de empleos cubiertos por esta disposición¹⁵.

Se asumía así, de manera indirecta, una interpretación extensiva del concepto de «trabajador» al incluir en él también a los funcionarios o empleados públicos regidos por el Derecho Público. Cuestión expresamente refrendada en otros pronunciamientos del TJCE¹⁶.

2. Configuración comunitaria de «Administración Pública»

Concluido que la interpretación de la reserva contenida en el artículo 45.4 del *Tratado de Funcionamiento* no podría determinarse de acuerdo a la calificación de la relación jurídica vinculante entre el empleado y la Administración, restaba por dotar de contenido el término «Administración Pública», en tanto que si fuera asumida plenamente la interpretación extensiva dada sin limitación alguna quedarían excluidos del derecho fundamental reconocido en los Tratados constitutivos a la libre circulación de trabajadores todos los empleados públicos, laborales o funcionariales¹⁷. Excepcionalidad que bien podría adjetivarse de extrema.

¹⁴ Cfr. SSTJCE de 12 de marzo de 1998, Asunto C-187/96, *Comisión/Grecia*, y 30 de noviembre de 2000, Asunto C-195/98, *Gewerkschaftsbund*.

¹⁵ Cfr. STJCE de 12 de febrero de 1974, Asunto 152/73, *Sotgiu*. En igual sentido, cfr. SSTJCE de 3 de junio de 1986, Asunto 307/84, *Comisión/Francia*, y 16 de junio de 1987, Asunto 225/85, *Comisión/Italia*.

¹⁶ Cfr. SSTJCE de 23 de marzo de 1982, Asunto 53/81, *Levin*, y 3 de julio de 1986, Asunto 66/85, *Lawrie-Blum*.

¹⁷ Cfr. J. BENOÏT-XEA CABALLERO: *Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros*, cit., pp. 27-28.

Esta concreción, que en modo alguno, tal y como recogió el TJCE, podía ser dejada a la autoridad discrecional de los distintos Estados miembros, fue abordada por la jurisprudencia comunitaria algunos años después. En este caso la aproximación institucional, defendida, entre otros, por los Gobiernos de Bélgica, Francia, Alemania y Gran Bretaña¹⁸, fue opuesta a la concepción funcional sostenida por la Comisión.

Así, los distintos Gobiernos alegaron, en primer lugar, que la reserva de la nacionalidad en el acceso al empleo en las Administraciones Públicas tendría un carácter general, englobándose en ella todos los empleos de la función pública, ya dependieran del Estado, de las Comunidades o de otros organismos públicos, sin que fuera posible una distinción según la naturaleza y las características que le fueran propias. En segundo lugar, y con pretensiones menos ambiciosas, que la exclusión de los trabajadores no nacionales en los empleos de la función pública debía aplicarse en todo caso respecto de los trabajadores que accedieran al régimen funcionarial, ya que si bien para este colectivo podía suceder que su puesto originariamente no comportase participación en el ejercicio del poder público, en tanto que titulares con vocación de carrera profesional, el régimen de ascensos y de responsabilidades podrían apalear la adopción de esas potestades. Y, añaden los Gobiernos alemán y británico, que debería también aplicarse a los casos en los que las funciones y las responsabilidades del trabajador público pudieran cambiar no sólo en supuestos de promoción, sino también en los supuestos de movilidad funcional, al encontrarse el cometido de la potestad pública presente en toda la rama o sector, cuerpos o categorías.

Por su parte, la Comisión sostuvo que la limitación al principio de la libre circulación de trabajadores recogido en el *Tratado* debía circunscribirse en exclusiva a aquellos puestos de trabajo cuyo ejercicio implicase una participación efectiva en la autoridad pública, es decir, el desempeño de un firme poder de decisión respecto de los particulares o de temas de interés nacional, singularmente aquellos relacionados con la seguridad interior y exterior del Estado. Debían analizarse, por tanto, puesto por puesto las funciones desempeñadas por los trabajadores de la Administración Pública al objeto de concretar el ejercicio de autoridad pública.

Ante esta disyuntiva interpretativa, el TJCE entendió que el apartado 4 del entonces artículo 48 del *Tratado* únicamente situaba fuera del ámbito de aplicación del principio de libre circulación de trabajadores a aquel conjunto de empleos públicos que supusieran una participación,

¹⁸ Serían empleos sujetos a la reserva prevista todos los que prestan al servicio de la Administración, cfr. J. M. GÓMEZ MUÑOZ: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, cit., p. 193.

directa o indirecta, en el ejercicio de las potestades públicas y a aquellas funciones que tuvieran por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas, por cuanto en estos es donde se hacían palpables las reglas de solidaridad y reciprocidad de derechos y deberes fundamentados en la nacionalidad. Esto es, se hizo una interpretación limitadora de su alcance a aquello que fuera estrictamente necesario para salvaguardar los intereses autorizados a los Estados miembros. Coherente de todo punto con la doctrina que ha venido entendiendo que las disposiciones limitativas de derechos fundamentales deben ser entendidas en sentido restrictivo.

De lo contrario, la extensión de la excepción prevista en el aludido precepto a empleos que, si bien dependen del Estado o de otros organismos públicos, no implican, sin embargo, ninguna participación en las actividades que competen a la Administración Pública propiamente dicha, tendría como consecuencia la sustracción de la aplicación de los principios fundamentales del *Tratado* a un considerable número de empleos y la creación de desigualdades entre los Estados miembros, en función de las disparidades que caracterizan la organización del Estado y la de ciertos sectores de la vida económica¹⁹. No puede olvidarse que, en los distintos Estados miembros, la función pública ha venido tradicionalmente asumiendo responsabilidades de carácter económico y social, así como la participación en actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración Pública.

No obstante, y dado que la delimitación extensiva que pudieran hacer las distintas legislaciones nacionales del término Administración Pública dejaría sin efecto la interpretación restrictiva del mismo realizada por el TJCE²⁰, así como la unidad y la eficacia del principio de la libre circulación de trabajadores que ha de regir el Derecho comunitario, éste entendió que era preciso dotarla de una interpretación y una aplicación uniformes en el ámbito comunitario, aún reconociendo que los criterios de distinción aludidos plantearían no pocos problemas de apreciación y delimitación en casos concretos²¹.

Por tanto, la inclusión de un determinado puesto de trabajo en la reserva de nacionalidad en el acceso al empleo público dependerá de la concurrencia, o no, en el mismo de las características propias de las actividades típicas de la Administración Pública, es decir, que éstas se

¹⁹ Cfr. STJCE de 17 de diciembre de 1980, Asunto 149/79, *Comisión/Bélgica*.

²⁰ Sobre tales extremos, cfr. Conclusiones del Abogado General LEGER en el Asunto C-473/93, *Comisión/Luxemburgo*, de 2 de julio de 1996.

²¹ Cfr. STJCE de 17 de diciembre de 1980, Asunto 149/79, *Comisión/Bélgica*.

Una aproximación a estas cuestiones, cfr. J. GUILLÉN CARAMÉS y J. A. FUENTETAJA PASTOR: *El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros*, cit., p. 470.

encuentren investidas, directa o indirectamente, del ejercicio de la potestad pública y de la responsabilidad de salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás colectividades, que han de suponer, por parte de sus titulares, la existencia de una relación especial de solidaridad con respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes en que se basa el vínculo de nacionalidad. Exigencias que han de concurrir de manera acumulativa²², aun cuando algún pronunciamiento aislado las hubiera contemplado como disyuntivas²³. En cambio, la excepción prevista no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos públicos, no implican ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha.

Se acogió así la definición funcional y restrictiva²⁴ acerca de los puestos que habrían de quedar sometidos a la reserva de nacionalidad, la que atiende a la naturaleza de las funciones realmente ejercidas por el titular del empleo. Posicionamiento que ha sido continuamente reiterado en posteriores pronunciamientos jurisprudenciales²⁵, pese a que los Estados miembros se esforzaban por aplicar y argumentar con nuevas teorías la concepción institucional²⁶.

²² Cfr., entre otras muchas, SSTJCE de 3 de julio de 1986, Asunto 66/85, *Lawrie-Blum*, de 30 de mayo de 1989, Asunto 33/88, *Allué y Coonan*, y de 27 de noviembre de 1991, Asunto C-4/91, *Bleis* y Conclusiones de la Abogado General STIX-HACKL, Asunto C-47/02.

Cfr. J. M. GÓMEZ MUÑOZ: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, cit., pp. 217-218 y 222 a 225.

²³ Cfr. STJCE de 16 de junio de 1987, Asunto 225/85, *Comisión/Italia*. Sobre tales cuestiones, cfr. J. BENGOTXEA CABALLERO: *Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros*, cit., p. 32.

²⁴ De muy estricta llegó a calificarse por la Abogado General STIX-HACKL, Asunto C-47/02.

²⁵ Cfr. SSTJCE de 3 de junio de 1986, Asunto 307/84, *Comisión/Francia*; de 16 de junio de 1987, Asunto 225/85, *Comisión/Italia*; de 30 de mayo de 1989, Asunto 33/88, *Allué y Coonan*; de 27 de noviembre de 1991, Asunto C-4/91, *Bleis*.

²⁶ Cfr., entre otras, STJCE de 3 de junio de 1986, Asunto 307/84, *Comisión/Francia*, donde el Gobierno francés sostuvo que:

— la referencia a todos los empleos de la función pública aludía a todos ellos, sin excepción (incluyéndose también los que impliquen tareas de mera ejecución o de carácter técnico o manual, desde el momento en que se ejerzan en beneficio del Estado o de las entidades públicas, STJCE de 2 de julio de 1996, Asunto C-173/93, *Comisión/Luxemburgo*);

— el funcionario contribuye a la materialización del servicio público, no pudiéndose comparar su actividad con la desarrollada en el sector privado, debiéndose excluir del principio de libre circulación de trabajadores a todo el colectivo vinculado con régimen funcional;

— el criterio funcional supondría una restricción al principio de carrera profesional, limitándose la promoción a los no nacionales en determinados supuestos, abriéndose, llegado el caso, dos tipos de carreras, la seguida por la nacionales de otros Estados miembros y la de los ciudadanos franceses sin restricciones (también argüido por Italia en la STJCE de 16 de junio de 1987, Asunto 225/85, *Comisión/Italia*).

Ello no empece, en ningún caso, para que los distintos Estados miembros puedan concretar aquellos puestos de trabajo que queden reservados, tanto en el acceso como dentro de una carrera, en exclusiva a sus nacionales, eso sí, siempre que sean respetados los criterios establecidos por el TJCE ²⁷.

La cuestión planteada se encontraba, por tanto, sometida a un importante grado casuístico (trabajadores del servicio nacional ferroviario —Asunto 149/79—; enfermeros de hospitales públicos —Asunto 307/84—; profesores en formación —Asunto 66/85—; investigadores del Consejo Nacional de Investigación —Asunto 225/85—; lector de lengua extranjera —Asunto 33/88—; profesor de educación secundaria y ayudantes contratados —Asunto C-4/91 y Asunto C-195/98—; médicos especialistas —Asunto C-15/96—; Capitanes de buques —Asuntos C-405/01 y C-47/02—), con lo que los Estados miembros podrían actuar con total libertad al imponer una definición nacional de Administración Pública ajena a los pronunciamientos del TJCE que requeriría el planteamiento de un litigio por la Comisión o por un ciudadano ante éste para su adecuación, si es el caso, al ordenamiento comunitario cuando no se pudiera demostrar que los determinados puestos se encuentran investidos del ejercicio de las prerrogativas de poder público y sean responsables de la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

Esta situación propició que la Comisión, tras comprobar que en varios Estados miembros gran número de puestos de trabajo que se consideraban integrados en la función pública no tenían relación con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado, emprendiera en el año 1988 una «acción sistemática» tomando como base la Comunicación 88/C 72/02, titulada « *La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros —La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del art. 48 del Tratado CEE* » ²⁸ (DO 1988, C 72, p. 2). En dicha Comunicación, la Comisión instó a los Estados miembros a permitir a los nacionales de otros Estados miembros acceder a puestos de trabajo en los organismos responsables de la

STJCE de 3 de julio de 1986, Asunto 66/85, *Lawrie-Blum*, donde el Länder alemán alegaba nuevamente que el concepto de trabajador no incluiría a las personas sometidas a un régimen de Derecho Público, y STJCE de 2 de julio de 1996, Asunto C-173/93, *Comisión/Luxemburgo*, en la que el Gobierno luxemburgués apelaba a la transmisión de los valores tradicionales y a la salvaguardia de la identidad nacional, a su situación demográfica y al Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux para aplicar la excepción.

²⁷ Cfr. J. GUILLÉN CARAMÉS y J. A. FUENTETAJA PASTOR: *El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros*, cit., pp. 473-474.

²⁸ Cfr. DO C 72, de 18 de marzo de 1988.

gestión de servicios comerciales, como, por ejemplo, transportes públicos, distribución de electricidad o gas, navegación aérea o marítima o correos y telecomunicaciones, así como en los organismos de radiotelevisión, en los servicios operativos de salud pública, en la enseñanza pública y en la investigación civil en establecimientos públicos, los cuales se encontraban en general demasiado alejados de las actividades específicas de la Administración Pública. La Comisión consideraba que la excepción prevista en el apartado 4 del entonces artículo 48 del *Tratado* no era aplicable, salvo en casos muy excepcionales, a las tareas y responsabilidades características de los puestos de trabajo de dichos sectores. Además, estos supuestos o bien existen también en el sector privado o bien podrían ejercerse en el sector público sin sujeción a exigencia de nacionalidad.

No tardaría entonces el TJCE en enfrentarse a nuevos recursos, promovidos por la Comisión, en los que se litigara nuevamente sobre la extensión y límites del principio de libre circulación de trabajadores en el acceso al empleo público, si bien ahora desde un punto de vista de sectores de actividad, los cuales estarían o no incluidos en el campo de las actividades específicas de la Administración pública en tanto que implicasen realmente una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.

En estos supuestos el TJCE sentenció que ningún Estado miembro puede exigir, con carácter general, un requisito de nacionalidad para la totalidad de los puestos de trabajo en los sectores de que se trata sin sobrepasar los límites de la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 del *Tratado*, por cuanto el hecho de que éste pueda ser aplicable, en su caso, a determinados empleos de dichos sectores no permite justificar una prohibición general de tales características. Por consiguiente, para aplicar plenamente los principios de libre circulación y de igualdad de trato en el acceso al empleo, los Estados miembros se encuentran obligados a abrir a los nacionales de otros Estados miembros los sectores de que se trate, limitando la aplicación del requisito de nacionalidad exclusivamente al acceso a empleos en los que concurren los requisitos tan ampliamente reiterados ²⁹.

Así, en aquellos sectores en los que las tareas y responsabilidades características de los puestos de trabajo se encuentren en general demasiado alejadas de las actividades específicas de la Administración Pública para que les sea aplicable en la práctica totalidad de los casos la excepción prevista en el entonces artículo 48.4 del *Tratado*, correspon-

²⁹ Cfr. STJCE de 2 de julio de 1996, Asunto C-473/93, *Comisión/Luxemburgo*, Asunto C-173/94, *Comisión/Bélgica*, y Asunto C-290/94, *Comisión/Grecia*.

derá al Estado miembro interesado demostrar la relación de los puestos especiales en los que sí exista tal relación con las actividades específicas de la Administración Pública, quedando el resto incluidos en el ámbito de aplicación de los apartados 1 a 3 del aludido artículo, es decir, a la libre circulación de trabajadores ³⁰.

Continúa primando, no obstante, el criterio funcional en la aplicabilidad del aludido precepto, atento a la naturaleza de las tareas y de las responsabilidades propias del puesto de trabajo, examinándose los puestos de trabajo de los diferentes sectores afectados ³¹.

Ello llevó al planteamiento de sendas cuestiones prejudiciales por parte del Tribunal Supremo español sobre la interpretación del artículo 39 del *Tratado*. Tras la constatación de que los capitanes y primeros oficiales de los buques mercantes desempeñaban ocasionalmente funciones públicas relacionadas con facultades de policía, acompañadas, en su caso, de facultades de instrucción, coercitivas o sancionadoras, fe pública y registro de hechos determinantes del estado civil, en particular, recibir la notificación del nacimiento o muerte de una persona durante un viaje, el órgano jurisdiccional cuestionaba si la reserva de nacionalidad limitativa de la libre circulación de trabajadores permitía a un Estado miembro la posibilidad de reservar los aludidos empleos a sus propios nacionales y, en el caso de que eso fuera posible, si ella podía formularse en términos absolutos (para todo tipo de buques mercantes) o sólo para aquellos casos en que previsible y razonablemente pudiera ser necesario el ejercicio efectivo de funciones públicas, aun cuando no tuviera empleador público.

La línea restrictiva y estricta implantada por el TJCE y seguida en todos sus pronunciamientos de manera inalterada ha llevado también en esta ocasión a la no aplicación de la excepción a la libre circulación de trabajadores recogida en el entonces apartado 4 del artículo 39, incluso cuando el Derecho nacional atribuyera prerrogativas de poder público a los titulares de los empleos controvertidos prestados en el servicio privado, en la medida que es necesario, además, que dichos titulares ejerzan efectivamente de forma habitual tales prerrogativas de función pública —facultades de policía, fe pública y de registro de hechos determinantes del estado civil— y que éstas no representen una parte muy reducida de sus actividades ³². En efecto, el alcance de aquella excepción debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses genera-

³⁰ Cfr. SSTJCE de 2 de julio de 1996, Asunto C-290/94, *Comisión/Grecia* y de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-47/02, *Ander, Ras y Snoek*.

³¹ Cfr. STJCE de 29 de octubre de 1998, Asunto C-114/97, *Comisión/España*.

³² Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y J. VIDA SORIA: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, cit., pp. 28-29, y J. M. GÓMEZ MUÑOZ: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, cit., p. 208 y ss.

les del Estado miembro de que se trate, que no se ven amenazados si las prerrogativas de poder público se ejercen únicamente de forma esporádica o excepcional por nacionales de otros Estados miembros ³³.

En síntesis, según la jurisprudencia del TJCE, el concepto de Administración Pública a efectos del artículo 45.4 del *Tratado de Funcionamiento*, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad y no es posible por tanto dejarlo a la absoluta discreción de los Estados miembros, refiriéndose a los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad.

En cambio, la aludida excepción no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos públicos, no implican, sin embargo, ninguna participación en las actividades que competen a la Administración Pública propiamente dicha ni, *a fortiori*, los empleos al servicio de un particular o de una persona jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado.

Por tanto, como excepción a la norma fundamental de libre circulación y de no discriminación de los trabajadores comunitarios, debe recibir una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que esta disposición permite proteger a los Estados miembros, evaluándose los criterios definidores con un planteamiento para cada caso particular, teniendo en cuenta la naturaleza de las tareas y las responsabilidades que entraña el puesto.

B. La indeterminación de los criterios limitativos de la libre circulación de trabajadores en el empleo público y el papel de la Comisión

Conforme a la reiterada jurisprudencia comunitaria, el concepto restrictivo que debe darse a la reserva de nacionalidad para el acceso al empleo público alude a aquellos empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de

³³ Cfr. SSTJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-405/01, *Colegio Oficial de la Marina Mercante Española* y Asunto C-47/02, *Anker, Ras y Snoek*.

solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad.

No obstante, es oportuno reseñar que el significado concreto de los criterios «ejercicio del poder público»³⁴ y «salvaguardia de los intereses generales del Estado» aún no ha sido concretado por el TJCE, no habiéndose pronunciado sobre su contenido hasta la fecha³⁵.

Ha sido la Comisión, encargada de supervisar de cerca las normas y las prácticas nacionales, así como de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo del Derecho comunitario, la encargada de dotar de contenido los mismos.

Esto es, sólo se pueden distinguir dos categorías de puestos: por una parte, los que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado, en los que se integrarían las fuerzas armadas, la policía y demás fuerzas de mantenimiento del orden público, la judicatura, las autoridades tributarias y los cuerpos diplomáticos; y, por otra, todos los demás, en las que quedarían incluidos también los puestos de los ámbitos aludidos que no implicasen el ejercicio de la autoridad pública y la responsabilidad de proteger los intereses generales del Estado, como son las tareas administrativas, el asesoramiento técnico o el mantenimiento. Por tanto, estos puestos no podrían restringirse a los nacionales del Estado miembro de acogida.

En cuanto a los puestos de trabajo en los ministerios del Estado, las autoridades de gobierno regionales, las autoridades locales, los bancos centrales y otros organismos públicos que se ocupan de la preparación de actos jurídicos, su puesta en práctica, el control de su aplicación y la supervisión de los organismos subordinados, la Comisión adopta un planteamiento más riguroso que en 1988. Entonces se describieron dichas funciones de una manera general, que daba la impresión de que la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 39 del *Tratado CE* cubría todos los puestos relacionados con tales actividades. Esto habría permitido a los Estados miembros restringir casi todos los puestos (aparte de las tareas administrativas, el asesoramiento técnico y el mantenimiento) a sus nacionales. Es importante observar que, si bien los puestos de gestión y de toma de decisiones que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado pueden restringirse a los nacionales del Estado miembro de acogida, no sucede así con todos los puestos de trabajo en ese mismo ámbito. Por ejemplo, no se debería restringir a los nacionales del Estado miembro de acogida un

³⁴ Sobre la definición del concepto de poder público, cfr. Conclusiones del Abogado General MAYRAS, Asunto 2/74 y del Abogado General MANCINI, Asunto 307/84.

³⁵ Un intento de dotar de contenido a estos, cfr. J. M. GÓMEZ MUÑOZ: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, cit., p. 218 y ss.

puesto de funcionario cuya función sea colaborar en la preparación de decisiones sobre la concesión de licencias urbanísticas.

Tampoco se permite a los Estados miembros excluir a los trabajadores migrantes de las oposiciones para la contratación de personal, a menos que todos los puestos a los que da acceso una oposición cumplan los criterios del apartado 4 del artículo 45 (por ejemplo, una oposición de judicatura se podría restringir a los nacionales, mientras que, en principio, una oposición para puestos de alto nivel en la administración general, debería estar abierta a los trabajadores migrantes). Después de la oposición, la autoridad de contratación tendrá el deber de evaluar el cumplimiento de esos criterios según las tareas y responsabilidades del puesto en cuestión ³⁶.

Dicho lo anterior, no puede obviarse que si bien el apartado 4 del artículo 45 del *Tratado de Funcionamiento* autoriza a los Estados miembros a reservar puestos específicos a sus nacionales, por éste no se instituye ninguna obligación de hacerlo, por lo que los Estados miembros podrán abrir lo más posible sus Administraciones Públicas a fin de facilitar la movilidad de los trabajadores ³⁷.

III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA AL ORDENAMIENTO INTERNO: EL ARTÍCULO 57 EBEP

El artículo 57 EBEP traslada al ordenamiento jurídico interno esta jurisprudencia comunitaria, yendo incluso más allá, lo cual realiza a lo largo de sus apartados, en los que, por una parte, de una manera diferenciada se van tratando las cuestiones atinentes a los funcionarios y al personal laboral, es decir, a aquellos empleos en los previsiblemente se dispone del poder público y se desarrollan funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado ³⁸ y a aquellos que carecen de estos, y, por otra, de una forma escalonada se aborda el acceso al empleo público de los ciudadanos comunitarios.

³⁶ Cfr. Comunicación de la Comisión: *La libre circulación de trabajadores: La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, COM/2002/0694 final.

³⁷ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y J. VIDA SORIA: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, cit., p. 27. En igual sentido se manifiesta el Gobierno danés en el Asunto C-47/02.

³⁸ Cfr. *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 52, donde se alude al principio general existente en el ordenamiento jurídico interno por el que resulta necesario reservar al personal funcionario el ejercicio directo de las potestades administrativas o, en expresión más ambigua, «las funciones de autoridad».

El apartado 1 del artículo 57 EBEP dispone, aplicando estrictamente la jurisprudencia comunitaria y con un carácter genérico, que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, si bien exceptúa a 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 Públicas.

Ello deriva de la heterogeneidad de funciones que tienen encomendadas las Administraciones Públicas en la actualidad —funciones clásicas de soberanía y otras que implican ejercicio de autoridad, prestación de servicios públicos de muy distinta naturaleza, gestión de infraestructuras y bienes públicos, regulación y fomento de la economía, protección del medio ambiente y del patrimonio cultural, etc.—, que permite que los funcionarios públicos abroguen del ejercicio directo de sus potestades administrativas y desempeñen actividades administrativas, de asesoramiento técnico o de mantenimiento, carentes del más mínimo ejercicio de la autoridad pública y de la responsabilidad de protección de los intereses generales del Estado o de las Administraciones, pudiendo, por ende, ser éstas desarrolladas en igualdad de condiciones por los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en el ejercicio de la libre circulación de trabajadores consagrada en el *Tratado*.

Sin embargo, y previendo la dificultad de concretar cuáles habrán de ser aquellos empleos públicos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las demás Administraciones Públicas y que, por tanto, impedirán su acceso a los nacionales de otros Estados miembros, el segundo párrafo del apartado 1 referenciado encomienda a los órganos de Gobierno de las distintas Administraciones Públicas la determinación de las agrupaciones de funcionarios conforme a lo dispuesto en el artículo 76 EBEP en los que no podrá ejercerse el derecho a libre circulación de trabajadores ³⁹.

Dificultad acrecentada en la medida que las tradicionales funciones dotadas de autoridad pública —facultades de policía, fuerzas armadas, judicatura...— se encuentran ya excluidas del campo de aplicación del Estatuto Básico (art. 4 EBEP).

De otra parte, conforme a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular

³⁹ Esta tarea de determinación no será sencilla, tal y como lo demuestran los distintos pronunciamientos del TJCE, vid. SSTJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-405/01, *Colegio Oficial de la Marina Mercante Española* y Asunto C-47/02, *Anker*.

y residir libremente en el territorio de los Estados miembros ⁴⁰, en la que se reconoce que para que el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad y que en virtud de la prohibición de discriminar por razones de nacionalidad, cada ciudadano de la Unión y los miembros de su familia residentes en un Estado miembro deben beneficiarse en ese Estado miembro de la igualdad de trato con los nacionales en el ámbito de aplicación del Tratado, el apartado 2 del artículo 57 EBEP amplía las previsiones anteriores a los miembros de la familia.

Se dispone por este precepto que el cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho, así como sus descendientes y los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes, cualesquiera que fuera su nacionalidad, podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, salvo aquellos que directa o indirectamente implique 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, esto es, sin más limitaciones que las establecidas en el artículo 45.4 del *Tratado de Funcionamiento*.

Llama la atención en este punto la exclusión de toda referencia a la pareja con la que se mantenga una unión análoga a la conyugal y que se encuentre inscrita en un registro público establecido a tales efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se hubiere cancelado dicha inscripción, tal y como es recogida tanto en el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE como en el artículo 2.b) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. No alcanza a verse la causa de la omisión de esta exclusión.

No puede decirse lo mismo sobre la exclusión de los ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, por cuanto ésta ya aparecía regulada en el artículo 3.2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

Dando un salto cualitativo, ahora el apartado 4 del artículo 57 EBEP centra su atención en el acceso al empleo público de nacionales de otros

⁴⁰ Cfr. DO L 158, de 30 de abril de 2004.

Estados como personal laboral. En estos casos se establece que todos los extranjeros anteriormente aludidos —nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea; cónyuge de españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión, descendientes de aquellos y de sus cónyuges y personas incluidas en el ámbito de aplicación de Tratados Internacionales—, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles.

No se establece ninguna excepción a la libre circulación de trabajadores a esta posibilidad, por cuanto tal y como ha sido anunciado las tareas desempeñadas por los trabajadores de las empresas públicas no se encuentran revestidas de autoridad pública, careciendo de toda participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás Entidades Públicas.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**¿AVANCES HACIA EL FIN DEL ABUSO
Y LA ARBITRARIEDAD EN EL SISTEMA
DE LIBRE DESIGNACIÓN?**

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Contratada Doctora
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD Y SISTEMAS DE PROVISIÓN.—III. LIBRE DESIGNACIÓN: SISTEMA «NO HABITUAL» DE PROVISIÓN. 1. Puestos de especial responsabilidad. 2. Confianza personal versus confianza profesional.—IV. DE LOS LÍMITES Y RESTRICCIONES A LA LIBRE DESIGNACIÓN. 1. Notas definitorias del sistema. 2. Sobre el ámbito en que opera la discrecionalidad en la designación. 3. La exigencia de motivación.

I. INTRODUCCIÓN

El EBEP¹ hace referencia de modo expreso, acogiendo la recomendación contenida en el informe de la comisión para el estudio y preparación del texto legal elaborado en 2005, a la necesidad de que los sistemas de provisión de puestos de trabajo para el personal funcionario de carrera², entre los que se incluye la libre designación con convocatoria pública, respeten los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. No podemos decir, casi innecesaria resulta la observación, que estemos ante un aspecto absolutamente desconocido pero sí ante una innovación en el plano legislativo, dado que las normas anteriores no se habían encargado de señalarlo de modo explícito.

Esta tradicional ausencia de referencia legal expresa a la aplicación de los principios contenidos en la Carta Magna (arts. 23 y 103.3) una vez superado el momento de la selección, dio lugar a que los Tribunales, en especial el TC dada la índole de la cuestión abordada, hubieran de pronunciarse en este sentido. Ahora bien, sentada en distintas sentencias esta premisa de partida, consideró necesario especificar que estábamos ante una aplicación que debía entenderse «matizada».

¹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 13 de abril). Por todos, LORENZO DE MEMBIELA, T. B.: «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad Administrativa*, 2007-2, p. 1943 y ss.; MANTECA VALDELANDE, U.: «Novedades y aspectos generales del Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad Administrativa*, 2007-2, p. 1796 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia Administrativa*, núm. 36, 2007, p. 5 y ss.; SANDE PÉREZ-BEDMAR, «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *RL*, núm. 18/2007, p. 53 y ss.

² Como es sabido, el artículo 83 EBEP remite la provisión de puestos de trabajo del personal laboral a lo previsto en los convenios colectivos que resulten de aplicación y, sólo en su defecto, al sistema previsto para el personal funcionario de carrera.

Sin lugar a dudas, el tan esperado EBEP podría haber avanzado más en el camino de acometer una reforma en profundidad de los sistemas de provisión de puestos de trabajo como le aconsejaba el informe de la comisión, mostrándose poco innovador ³ y tremendamente continuista. Seguramente el Estatuto ha desaprovechado la ocasión para poner remedio a algunos de los problemas que los aquejan, en especial la rigidez del concurso y la valoración casi exclusivamente numérica de una serie de méritos, que repercuten, sin lugar a dudas, en la desmesura de la libre designación.

No obstante, tampoco hay que perder de vista que las sugerencias concretas del informe en relación a la libre designación eran escasas, pues a buen seguro tampoco corresponde a este texto legal ir más allá. Baste ahora con recordar que el EBEP, como le es propio, ha pretendido diseñar únicamente las líneas y pautas generales de actuación, mostrándose respetuoso con la autonomía y las necesidades de las distintas Administraciones y dejándoles un amplio espacio para regular un modelo propio, en particular, en relación a la carrera o la promoción profesional. De modo patente se pronuncia en este sentido su Exposición de Motivos cuando señala que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal. Ello supone que las distintas regulaciones marcarán más unos u otros aspectos de los que hemos de apuntar pero que, sin duda alguna, todos derivan del régimen estatutario y deben respetarse sus líneas maestras si se pretende el pleno ajuste constitucional del sistema de libre designación.

Además, se han intentado plasmar algunos de los requisitos y exigencias que la jurisprudencia, aun tímidamente, ha ido imponiendo al sistema a fin de admitir su utilización moderada y dentro del respeto a una serie de garantías jurídicas capaces de tutelar los derechos e intereses de los funcionarios por él afectados ⁴. Por tanto, la norma se ha ceñido, en esencia, a prever expresamente el sometimiento a los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad, a tratar de acen-tuar el carácter excepcional de la libre designación que debe quedar reservada a puestos de trabajo determinados, dando un amplio espacio en este ámbito a las leyes de desarrollo, como luego veremos, y delimi-

³ Así se pronuncia también SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Consideraciones generales...», *op. cit.*, p. 22, para quien pocas de las propuestas en torno a los sistemas de provisión han quedado reflejadas en el texto del Estatuto Básico, que en este punto es muy poco innovador, pese a los problemas detectados.

⁴ En la misma línea, PALOMAR OLMEDA, A.: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en VV.AA. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 491.

tando, aun de forma algo tibia, el espacio de la discrecionalidad que, lógicamente, sigue presidiendo el sistema.

No faltan autores que muestran su sorpresa ante este planteamiento general del EBEP que proclama la aplicación de los principios constitucionales a los sistemas de provisión pero mantiene la libre designación que es «la negación más fragante del principio de mérito y capacidad como su misma denominación indica»⁵. Afirmación a la que no falta una parte de razón, habida cuenta que a nadie escapan las dificultades reales a la hora de conciliar un sistema caracterizado por un amplio margen de libertad en la designación con los dictados constitucionales.

Básicamente vamos a tratar dos grandes bloques temáticos. En primer lugar, es preciso plantearse si la mención expresa en el texto del EBEP al respeto a los principios constitucionales sin condicionamientos o matizaciones, obliga a replantearse la postura del TC acerca de su intensidad «debilitada» cuando hace referencia a los procedimientos de provisión y cómo juega esa menor intensidad. En segundo lugar, hemos de hacer algunas reflexiones, partiendo del propio texto del EBEP y del amplio margen de maniobra que se abre a las leyes de desarrollo, sobre las exigencias mínimas y las garantías jurídicas que debe contener la regulación de la libre designación a fin de lograr su ajuste a los principios de que venimos hablando que, de entrada, casan mal con la discrecionalidad propia de la figura ahora a examen.

Es más, resulta patente que por muy garantista que resulte la norma reguladora y aunque, con carácter general, como ha sostenido reiteradamente el TC, la libre designación no resulte inconstitucional, las prácticas desviadas instaladas en torno al sistema y la existencia de fuertes intereses políticos, personales y de otra índole, han provocado su utilización de modo habitual, siendo objeto de un uso (y abuso) desmesurado. Basta acercarse a cualquiera de los autores que se ha ocupado de esta temática para constatar cómo pese a su excepcionalidad, la libre designación se ha instalado, por distintos motivos, entre ellos una voluntad decidida en la gestión administrativa, como sistema muy normal de provisión en las distintas administraciones⁶. Denuncia similar se contie-

⁵ PARADA, R.: *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 130.

⁶ Por todos, BEATO ESPEJO, M.: «La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas», en *REDA*, núm. 56, 1987, p. 585; LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: «La libre designación: aspectos administrativos y jurisprudenciales», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 18, 2004, p. 124. Al notable expansionismo de la libre designación hace referencia CUADRADO ZULOAGA, D.: «Jefaturas de servicio, libre designación y carrera administrativa en la nueva Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León», en *Actualidad Administrativa*, 2005-2, p. 2445. También alude a la subversión real del sistema, MOREY JUAN, A.: *La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, INAP, Madrid, 2004, p. 71.

ne en el informe de la comisión ya aludido que considera que otro de los problemas prácticos a los que conduce la rigidez de los concursos es la extensión inmoderada del sistema de libre designación. Situación a la que, seguramente, es difícil poner coto desde el texto legal, aunque es dable intentarlo, y a la que deberán seguir haciendo frente, huelga decir que de modo mucho más enérgico, los Tribunales de Justicia.

Nótese, para concluir, que según lo previsto en la DF 4.^a 2.º EBEP, el capítulo III del título V, en el que se incardina el precepto ahora estudiado, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

II. PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD Y SISTEMAS DE PROVISIÓN

La referencia legal explícita al respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (arts. 23 y 103.3 CE), sin mayores matices, obliga a cuestionarse si el legislador ha pretendido una aplicación «debilitada» como la sostenida por el TC ⁷ o ha buscado ir más allá y en qué dirección apunta.

En breve síntesis, de la doctrina consolidada del TC ⁸ pueden extraerse dos premisas básicas. En primer lugar, no existe un único sistema de provisión de puestos de trabajo sino que cabe la libre designación, cuya constitucionalidad ⁹ no se cuestiona ¹⁰.

En segundo lugar, ha considerado necesario, seguramente a fin de salvar el ajuste constitucional del sistema ¹¹, proclamar el distinto rigor e intensidad con que operan estos principios según nos encontremos ante el acceso a la función pública, en cuyo caso la eficacia es absoluta,

⁷ Por todas, STC 221/2004, de 29 de noviembre (FJ 3.º) (BOE de 4 de enero), que sigue la doctrina clásica sentada ya en sentencias como la 192/1991, de 14 de octubre.

⁸ Por todas, SSTC 207/1988, de 8 de noviembre (BOE de 12 de diciembre), 10/1989, de 24 de enero (BOE de 20 de febrero) y 235/2000, de 5 de octubre (BOE de 7 de noviembre).

⁹ Se ha venido a afirmar que el fundamento constitucional para declarar la constitucionalidad del sistema de libre designación, tal y como aparece configurado actualmente en el ordenamiento jurídico, sería el principio democrático, entendido como la confianza que los responsables políticos democráticamente elegidos han recibido de los ciudadanos, como apunta el abogado del Estado en la STC 235/2000, JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Libre designación...», *op. cit.*, p. 4.

¹⁰ Aspecto que, sin embargo, no se muestra tan evidente para la doctrina, para algunos el sistema ofrece serias dudas de constitucionalidad, vid. MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 79.

¹¹ En este sentido, JIMÉNEZ ASENSIO: «Libre designación y funcionarios con habilitación nacional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2000, BIB 2000/1725, p. 1.

o en las relaciones surgidas con posterioridad, en concreto, en la carrera administrativa o en la provisión de puestos de trabajo ¹². Siendo en esta fase solamente «matizada» o «moderada». A fin de reafirmar su postura, el TC arroja el argumento de que el funcionario ya acreditó el mérito y la capacidad cuando accedió en condiciones de igualdad a la función pública, de forma que tienen cabida ahora otros principios constitucionales, entre ellos el de eficacia (en la organización de los servicios), que justifiquen la opción por otro sistemas, así el de libre designación ¹³.

La tesis ha recibido, lógicamente, contestación por parte de la doctrina, que cuestiona la razón por la que en el acceso la igualdad sea más intensa que en la promoción. Hasta el punto de preguntarse si el mérito y la capacidad son de diferente calidad o naturaleza según que nos encontremos en el momento inicial o el posterior ¹⁴. Para otros lo que sí es problemático, al menos desde la dimensión constitucional, es que las exigencias de igualdad, mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo, se rebajen hasta tales extremos que en el sistema de libre designación desaparezcan por completo. Por ello, se señala que por mucha retórica que se utilice, la doctrina constitucional sobre el tema conduce a negar la aplicación efectiva del artículo 23.2 de la Constitución. Estando, en suma, ante un ámbito hasta cierto punto materialmente exento de control constitucional ¹⁵. Pese a estas duras afirmaciones, el propio autor reconoce que los Tribunales han ido ensanchando, con las limitaciones obvias de su sujeción al marco normativo legal en el caso del TS, el margen de control de la provisión de puestos por libre designación. Aspecto en el que entraremos con mayor detalle *infra*.

Sin lugar a dudas, el problema a dilucidar no se presenta tanto en el plano teórico sino a la hora de su aplicación al supuesto concreto, momento en que habrá que determinar a qué criterio distinto, relacionado con otros bienes constitucionales, se ha atendido en tal caso, aspecto que debiera aparecer en la motivación de la decisión adoptada ¹⁶.

Sin embargo, de modo bastante más natural asume otro sector esta modulación en aras de la mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos. De esta forma, y frente al concurso donde se realiza una baremación o cuantificación estricta y rigurosa de los méri-

¹² Línea que se ha mantenido constante desde la STC 192/1991, de 14 de octubre (BOE de 15 de noviembre).

¹³ SSTC 200/1991, de 28 de octubre (BOE de 27 de noviembre), 293/1993, de 18 de octubre (BOE de 9 de noviembre) y 156/1998, de 13 de julio (BOE de 18 de agosto).

¹⁴ Estas dudas pueden verse en RODRÍGUEZ-ARANA, J.: «El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho administrativo español», en *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2007, p. 274.

¹⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 2.

¹⁶ Vid. las reflexiones en este sentido del magistrado Conde Martín de Hijas en el voto particular que acompaña a la STS de 11 de enero de 1997 [núm. rec. 424/1995].

tos alegados por los distintos candidatos, aquí los méritos se comparan de forma bastante más global y sirven, en esencia, para comprobar que resiste el filtro del control de la arbitrariedad, de manera que será suficiente que no se revele una arbitraria o irrazonable relegación del candidato que evidentemente parezca más idóneo desde el punto de vista del interés público ¹⁷.

Concretando más su doctrina, para el TC, aunque los principios de mérito y capacidad pueden ser modulados en el sistema de libre designación, no puede admitirse la vulneración de la igualdad de oportunidades entre los participantes, la dimensión «más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE», adjudicándose sin previa publicidad (STC 221/2004). De esta forma, aunque evidentemente el principio de igualdad tiene otra importante vertiente en relación con la valoración de los méritos y la capacidad, viene ahora a subrayar que el contenido del principio de igualdad «queda suficientemente cubierto con la garantía de la publicidad de las correspondientes convocatorias» ¹⁸. También el informe de la comisión ya citado insiste en la necesidad de la convocatoria pública, así como en la exigencia de determinados requisitos mínimos a los candidatos. Aspecto este último en el que habrán de ahondar las correspondientes leyes de desarrollo, en tanto en la práctica suelen ceñirse a exigir la pertenencia a un grupo de titulación, lo que acrecienta, qué duda cabe, el margen de discrecionalidad del órgano que ejerce la libre designación ya de por sí bastante amplio.

Sin lugar a dudas, podemos apreciar un importante salto de cualidad en la doctrina del TC en uno de sus más importantes pronunciamientos en la materia, la STC 235/2000, de 5 de octubre ¹⁹, donde viene a considerar que tanto el concurso como la libre designación son procedimientos para atribuir puestos de trabajo a quien ostente, desde la óptica del principio de mérito y capacidad, la cualificación e idoneidad precisas para el mejor y más correcto desempeño de las funciones anudadas a cada puesto. Sitúa de este modo el Alto Tribunal la línea fronteriza entre ambos sistemas no en los valores en los que se fundamenta la decisión (el mérito y la capacidad) sino en el método de apreciación de los mismos. En esta línea, la doctrina ha señalado con acierto que si en el concurso la adecuación del candidato al puesto se determina exami-

¹⁷ CUADRADO ZULOAGA, D.: «Procedimiento para el nombramiento...», *op. cit.*, p. 480.

¹⁸ En esta misma línea, CUADRADO ZULOAGA, D.: «Procedimiento para el nombramiento de funcionarios por el sistema de libre designación», en *Actualidad Administrativa*, 2004-1, p. 477, resalta que resulta indispensable la exteriorización de la convocatoria para posibilitar que los principios de igualdad, mérito y capacidad se cumplan de manera efectiva, dado que sólo asegurando la publicidad de la convocatoria puede garantizarse que ésta llegará al conocimiento de todos los posibles interesados.

¹⁹ Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto respecto a diversos párrafos del artículo 99 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

nando los extremos previamente delimitados en las bases (aplicación automática de un baremo), en la libre designación el órgano decisor disfruta de libertad para fijar la fórmula a través de la cual enjuiciar el mérito y la capacidad, esto es, no hay un método preestablecido²⁰. Para el Alto Tribunal, el sistema de libre designación es resultado de la apreciación (dotada de una evidente connotación de discrecionalidad o margen de libertad) que el órgano legitimado para decidir se haya forjado a la vista del historial profesional de los candidatos o aspirantes. Sobre esta cuestión, línea en la que incide de manera decisiva el EBEP, habremos de volver *infra*.

III. LIBRE DESIGNACIÓN: SISTEMA «NO HABITUAL» DE PROVISIÓN

Resulta patente, y el legislador no ha cejado en el empeño de destacar la excepcionalidad que caracteriza al sistema de libre designación, que es un modo no habitual frente al normal o común que es el concurso. Al decir del artículo 80 EBEP la libre designación con convocatoria pública se aplicará para cubrir los puestos de especial responsabilidad y confianza a cuyo efecto las leyes de desarrollo del Estatuto establecerán los criterios oportunos. A ello se une la alusión, ya clásica, contenida ahora en el artículo 79 del propio texto, al concurso como procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo.

En esta línea se ha venido moviendo el TS²¹ que cifra en cuatro los elementos caracterizadores del sistema, todos apuntando en la misma dirección: a) su excepcionalidad; b) la limitación a puestos de trabajo determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; c) exclusivamente para los puestos directivos²² y de confianza que la norma prevé y d) su plasmación en las relaciones de puestos de trabajo, de conformidad con los requisitos legales exigidos.

²⁰ En este sentido, PORTA PEGO, B.: «¿El ocaso de la libre designación como sistema de provisión de algunos destinos en la carrera judicial? La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2006, relativa al nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», en *REDA*, núm. 135, 2007, pp. 606 y 610.

²¹ Por todas, SSTS (c-advº) de 7 de mayo de 1993 [núm. rec. 1561/1991], 10 de abril de 1996 [núm. rec. 3141/1992], 25 de noviembre de 1997 [núm. rec. 485/1992], 10 abril de 2002 [núm. rec. 3681/1996], 24 de febrero de 2004 [núm. rec. 8995/1998] y 13 de julio de 2005 [núm. rec. 8450/1999].

²² Los puestos directivos, como tales, han quedado excluidos de la libre designación, pues no hay que perder de vista que una de las innovaciones incluidas por el EBEP, aunque diferida al desarrollo posterior, es la inclusión en el artículo 13 EBEP de los altos directivos, en principio, destinados a tener un régimen jurídico propio. Unas interesantes reflexiones sobre la delimitación del carácter directivo de los puestos anteriores al EBEP pueden verse en MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 116 y ss.

Esta configuración determina que la libre designación venga reservada de modo exclusivo a determinados puestos de trabajo en función de la naturaleza del trabajo prestado y su especial responsabilidad. El EBEP remite los criterios de determinación de los puestos a cubrir por este sistema a las leyes de desarrollo. Apoderamiento que no se realiza en blanco, sino sometido a dos criterios habilitadores: tratarse de puestos de especial responsabilidad y confianza ²³. En este sentido, el propio informe de la comisión para el estudio y preparación del EBEP consideraba que también deben preverse «para puestos determinados y reducidos, procedimientos de provisión en los que el órgano competente no especializado goce de un mayor margen de discrecionalidad, llámese o no libre designación».

1. Puestos de especial responsabilidad

Sin lugar a dudas, resulta sumamente complicado para el legislador configurar una relación exhaustiva de los puestos de trabajo que quedan abiertos a esta vía de provisión, pero es evidente que debe huirse de fórmulas excesivamente genéricas y abiertas y también la inadecuación de definir la especial responsabilidad de forma exclusiva por referencia a puestos de trabajo de un determinado nivel (niveles que, no obstante, en principio, han quedado derogados).

Si bien es positivo abrir la vía a la libre designación sólo y exclusivamente una vez alcanzados determinados niveles muy elevados, como forma de salvaguardar la carrera profesional de los funcionarios públicos ²⁴, quedando cerrada por debajo de tales umbrales, evidentemente no todos los puestos de trabajo de tales niveles son aptos para la libre designación sino únicamente aquellos en los que concurren las peculiaridades en cuanto a tipo de actividades y especial responsabilidad que legitiman el recurso a este sistema excepcional. Por tanto, habrá que ser exhaustivo a la hora de controlar que los requisitos se dan. Por ello, hay que poner especial hincapié en la necesaria motivación de la oportunidad de acudir a esta vía.

²³ PALOMAR OLMEDA, A.: «Provisión de puestos de trabajo...», *op. cit.*, p. 492.

²⁴ Sobre el conflicto de intereses subyacente a la determinación del sistema de provisión más idóneo, el de la organización que reclama mayor autonomía para designar a sus directivos y el de los funcionarios reclamando el derecho a la carrera administrativa, entre otros, LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 125; PALOMAR OLMEDA, A.: «Provisión de puestos de trabajo...», *op. cit.*, pp. 474-5, para quien el EBEP acepta la necesidad de dotar a la organización pública de elementos de flexibilidad en su gestión, con los que compensar los profundos y continuos cambios a los que la misma se ve sometida en estos tiempos. Aspecto también resaltado en la propia Exposición de Motivos del EBEP.

El tema se ha planteado con especial virulencia ante los Tribunales en relación a las jefaturas de servicio que genéricamente han sido reservadas en numerosas CC.AA. a la libre designación. En este sentido, la postura del TS ha sido rotunda y constante, en tanto no cabe admitir por sistema y con carácter general que todas las jefaturas de servicio participen de las características de puestos directivos o de especial responsabilidad, sino que esa naturaleza habrá de motivarse y justificarse en cada caso de manera objetiva y razonable ²⁵. Una respuesta distinta, dando por sentado que en todas ellas nos encontramos ante puestos de especial responsabilidad, es dar carta de normalidad a un sistema de selección que constituye un mecanismo extraordinario de provisión, con lo cual lo que debería ser la excepción se convierte en la regla general ²⁶.

2. Confianza personal versus confianza profesional

Ha sido tradicional en la doctrina y la jurisprudencia situar las peculiaridades de la libre designación en la especial relación de confianza que debe regir la prestación de servicios a estos niveles. Ahora bien, frente a posturas abiertamente favorables a la primacía de la confianza personal o política en la persona libremente designada, se han alzado voces en las que tiende a resaltarse su carácter profesional. Esto es, que aunque la libre designación se fundamenta en requisitos de confianza mutua lo ha de hacer también en razones técnicas de preparación, capacidad y competencia profesional, descartando la idoneidad subjetivamente considerada ²⁷. O lo que es lo mismo, los principios constitucionales cierran el paso a puros criterios de afección o desafección personal ²⁸.

Línea en la que también se mueve el TC que reconduce la confianza que justifica la libre designación al campo de lo «profesional», tesis ajustada a la exigencia ahora contenida de modo expreso en el EBEP de la «idoneidad» del candidato. En este sentido, en la STC 235/2000, de 5 de octubre, viene a afirmar que la nota de confianza que caracteriza a la libre designación no es sino la que deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto por los méritos esgrimidos ²⁹, con ex-

²⁵ Por todas, SSTS (c-advn) de 10 de abril de 1996 [núm. rec. 314/1992], 10 de abril de 2000 [núm. rec. 3681/1996], 13 de julio de 2005 [núm. rec. 8450/1999] y 5 de febrero de 2007 [núm. rec. 6336/2001]. Como señala la STS de 15 de octubre de 2007 (núm. rec. 6333/2002) el sistema no resulta generalizable.

²⁶ CUADRADO ZULOAGA, D.: «Jefaturas de servicio...», *op. cit.*, p. 2441.

²⁷ BEATO ESPEJO, M.: «La libre designación...», *op. cit.*, pp. 593 y 597.

²⁸ CORDERO SAAVEDRA, L.: «La “libre designación”...», *op. cit.*, p. 301.

²⁹ Argumento que, sin embargo, es combatido con firmeza desde el voto particular que acompaña al pronunciamiento en el que el magistrado discrepante parte de que en el sistema de libre designación ni se evalúan méritos ni se adjudica el puesto de trabajo al mejor

clusión de la estrictamente personal o basada en la afinidad ideológica o política. Por tanto, resulta rechazable la libre designación cuando «se orille absoluta o manifiestamente el principio de mérito y capacidad, así como cuando se prescinda de resolver motivadamente por qué el candidato designado se adecua al perfil propuesto en la convocatoria del puesto»³⁰.

Si a lo anterior unimos que en este mismo pronunciamiento, aunque en afirmaciones algo deslavazadas, se destierra que quien designe tenga un margen absoluto para la valoración sino que sólo ostenta «un cierto margen» (difícilmente cuantificable a priori, eso sí) y se afirma que se busca designar para el puesto a quien disponga, conforme a los principios de mérito y capacidad, de la cualificación e idoneidad precisas para el mejor desempeño de las funciones de cada puesto, cabe extraer la conclusión de que el TC parece decidido a echar el freno al abuso y la arbitrariedad cómodamente instalados en el sistema. Y estas pautas, sin lugar a dudas, son las que deben marcar la evolución del sistema, presidida por una juiciosa interpretación de los dictados legales, y el contenido a las leyes de desarrollo.

Aunque el pronunciamiento comentado da lugar a numerosas reflexiones nos limitaremos a esbozar dos ideas fundamentales. La primera de ellas es que resultan patentes las dificultades para llevar a la práctica esta doctrina y que surta plenos efectos, lo que conlleva la necesidad de una serie de exigencias en la convocatoria y en el desarrollo de la misma que en el marco normativo hasta ahora vigente no se han cumplido en absoluto³¹.

El EBEP, como hemos visto, resalta la trascendencia de la «idoneidad» del candidato en relación a los requisitos del puesto a cubrir. Por tanto, es a la hora de la definición de éstos en la convocatoria, su efectiva exigencia y la motivación de la elección, donde radican los elementos esenciales para que la tesis constitucional no se convierta en papel mojado. El sistema, sentadas las bases legales para ello, debiera evolucionar de tal forma que la exigencia de idoneidad y capacidad actuara como un *prius*, a partir del cual, determinado un círculo de personas que acreditaran los requisitos exigidos para el desempeño del puesto y la capacidad suficiente para ejercerlo, pudiese actuar la discrecionalidad de la autori-

candidato. Asimismo, considera que la idoneidad no es el resultado de una selección entre quienes mayor cualificación profesional ostentan, sino una idoneidad que deriva, esencialmente, de una relación de confianza, que apodera para una designación discrecional.

³⁰ JIMÉNEZ ASENSIO: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 6.

³¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 6. *Vid.*, en esta misma línea, las reflexiones de CORDERO SAAVEDRA, L.: «La “libre designación” como sistema de provisión de puestos de trabajo. De la discrecionalidad a la arbitrariedad», en *Actualidad Administrativa*, 2001-1, p. 296.

dad que designe³². Aquí es donde, a buen seguro, habrían de jugar un papel esencial los especialistas a los que puede acudir el órgano competente a la hora de apreciar la idoneidad de los candidatos. Éstos podrían contrastar previamente y de forma objetiva los méritos y capacidad de los candidatos o preseleccionar aquellos que mejor se ajustan al puesto a cubrir, de entre los cuales el órgano competente podría elegir discrecionalmente a aquél o aquéllos que, atendiendo a otros criterios, mejor se adaptan a las necesidades a satisfacer por la correspondiente Administración. En este sentido, el cumplimiento del interés público al que han de responder las Administraciones Públicas, se concreta atendiendo a criterios de idoneidad, de modo que busque para el puesto vacante al funcionario más capacitado, por sus conocimientos y experiencia, en aras al interés del servicio que es el objetivo último de la actividad administrativa en la provisión de medios personales³³.

En segundo lugar, pese a la relevancia y el valor que encierran las afirmaciones vertidas por el Alto Tribunal, no cabe desconocer que subsisten importantes problemas interpretativos que no ha pasado por alto la doctrina que se ha ocupado del tema³⁴. Así, como hemos apuntado, en relación con el margen de valoración, puesto que concretarlo en la práctica exige ímprobos esfuerzos. Sin duda, asaltan al intérprete importantes interrogantes en relación a su cuantificación y el método a utilizar en su medición.

El viraje definitivo hacia la confianza profesional en la libre designación parece también extraerse de la mayor claridad con la que queda definido en el EBEP el personal eventual³⁵ que, además, se regula en un precepto independiente y que, en principio, debe quedar reducido, según el informe de la comisión, a las funciones que exigen una estricta relación de confianza política y que no debe extenderse a la realización de actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes.

No obstante lo anterior, la doctrina se ha mostrado bastante pesimista en este punto hasta el extremo de afirmar que con el actual marco normativo (previo al EBEP) y con la cultura administrativa imperante,

³² Esta propuesta de *lege ferenda* en JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 6.

³³ BEATO ESPEJO, M.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 611. También sobre la confianza entendida como idoneidad objetiva que derive de la aptitud profesional del candidato, CUADRADO ZULOAGA, D.: «Jefaturas de servicio...», *op. cit.*, p. 2444.

³⁴ En este punto seguimos a JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 6.

³⁵ Pueden verse las interesantes reflexiones de MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 125 y ss., acerca de la necesidad de que aquellos supuestos en que el nombramiento venga basado en la confianza política o personal queden reservados al personal eventual.

las posibilidades de arribar a un sistema en el que prime la confianza profesional frente a la política en el sistema de libre designación están todavía, desgraciadamente, bastante inexploradas ³⁶. Ahora bien, si lo que se detecta es, en buena medida, un problema cultural, falta de cultura que comienza a ser un mal endémico en nuestra sociedad, la solución no está en manos exclusivamente de una reforma normativa sino que el cambio debe hacer variar las conductas y los modos de actuar algo que es, sin duda, mucho más complejo y que necesita un lapso temporal bastante más prolongado.

IV. DE LOS LÍMITES Y RESTRICCIONES A LA LIBRE DESIGNACIÓN

1. Notas definitorias del sistema

Frente a la regulación precedente, carente de un concepto legal de libre designación, avanza ahora en este sentido el EBEP y nos brinda una definición de la que derivan algunas de sus notas esenciales. Al decir del artículo 80, viene a consistir en la apreciación discrecional del órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, a cuyo efecto podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.

Puede afirmarse, por tanto, que el sistema gira sobre dos aspectos nucleares: la idoneidad en relación a unos requisitos exigidos para el desempeño del puesto que deberían estar previamente determinados y el margen de discrecionalidad o de maniobra en la designación. Aspectos que, además, aparecen íntimamente unidos y dan lugar a la posibilidad de extraer algunos de los límites y garantías jurídicas que han de presidir la designación.

Como premisa de partida baste señalar que, pese a la práctica instaurada en la libre designación, en apariencia dimanante de su propia denominación, consistente en que quien ha sido designado políticamente designa a su vez libremente a las personas que deben ocupar ciertos puestos que requieren «su» confianza o una especial responsabilidad, sin sujeción a criterios objetivos, donde además la publicidad de la convocatoria, inclusión en la misma de requisitos a cumplir por los candidatos y otros análogos se cumplen exclusivamente «pro forma», el sistema debe respetar unos elementos reglados y unas garantías jurídicas que eviten la implantación de la «dedocracia», la postergación de los

³⁶ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Libre designación...», *op. cit.*, p. 2.

más capacitados y el freno a la carrera profesional de determinados funcionarios no afines.

O lo que es tanto como decir que si bien el sistema está llamado a mantenerse, pues, además, este aspecto no ha sido cuestionado por el legislador del EBEP ni en el propio informe, ni puede prescindir por completo, como hemos apuntado, del mérito y la capacidad, ni puede pasarse por alto la cuestión de sus límites y las garantías jurídicas que han de asistir al funcionario. Por tanto, no cabe más que coincidir con quien señala que en un sistema de función pública profesional, lo que no es de recibo es justificar la práctica intensiva de la libre designación, sin ninguna cortapisa ni criterio corrector ³⁷.

Enlazando con el tema de la confianza profesional que acabamos de tratar, vamos a limitar el estudio a dos cuestiones: la discrecionalidad y su alcance y la necesidad de motivar la «idoneidad» del candidato.

2. Sobre el ámbito en que opera la discrecionalidad en la designación

No cabe olvidar que el necesario respeto a los principios de mérito y capacidad, aún moviéndonos en el marco de un sistema de «libre designación» que otorga un amplio margen de maniobra al órgano decisorio o un espacio de poder discrecional, conduce a que no pueda tratarse de un poder omnímodo para decidir lo que se estime más conveniente. Muy al contrario, como se ha sostenido, el acto de designación está sujeto a control jurisdiccional y los Tribunales pueden apreciar la existencia de desviación de poder ³⁸. Para el TS ³⁹ la discrecionalidad, facultad que se ejerce en el supuesto de libre designación, no ha sido jamás, y menos puede serlo tras la Constitución, la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo. Esto último es arbitrariedad, y discrecionalidad y arbitrariedad entrañan conceptos antagónicos.

Sentado lo anterior, es patente que el problema se reconduce ahora a determinar cuál es el ámbito de actuación de la discrecionalidad en la

³⁷ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Libre designación...», *op. cit.*, p. 3.

³⁸ Entre otros, JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Libre designación...», *op. cit.*, p. 5. Por todas, *vid.* STS de 4 de noviembre de 1993 (RJ 8238). Una crítica al escaso uso que hacen los Tribunales de esta técnica de control de la discrecionalidad administrativa en este ámbito en CUADRADO ZULOAGA, D.: «La desviación de poder en los nombramientos de funcionarios por el sistema de libre designación. Análisis de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1 de Valladolid, de 3 de octubre de 2003», en *Actualidad Administrativa*, 2004-1, p. 1424 y ss.

³⁹ STS de 4 de julio de 1986, RJ 4076.

libre designación. En este sentido, no han faltado autores que han considerado que ésta opera «sobre la evaluación y la concurrencia de los méritos pero no sobre la pertinencia de éstos ni la necesidad de que las adjudicaciones de las mismas se produzcan atendiendo este criterio»⁴⁰, afirmación en la que no podemos más que coincidir.

En esta línea, se puede apreciar un avance importante en la regulación contenida en el EBEP, que interpretada a la luz de la doctrina constitucional apuntada no deja mucho lugar a la duda, aunque hubiera sido de agradecer un planteamiento más explícito, a fin de no dejar espacio a interpretaciones interesadas en la línea de las prácticas tan cómodamente instaladas en nuestras Administraciones.

En primer lugar, en el artículo 80.1 EBEP que al definir la libre designación hace una crucial alusión, como hemos visto, a la *idoneidad* del candidato en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, por tanto, es ésta la que debe marcar la designación, con postergación de otros criterios ajenos a la misma. Idoneidad que ha de basarse en criterios objetivos, donde late una valoración del mérito y la capacidad, excluyendo un criterio de idoneidad subjetivo y carente de motivación racional y objetiva, es decir, arbitrario⁴¹.

En segundo lugar, aspecto que no ha pasado por alto a la doctrina, la discrecionalidad (característica del sistema) se reconoce para «apreciar» dicha idoneidad, es decir, para establecer los criterios, el método, para determinar quién reúne más méritos y capacidad⁴². Una novedad que cabe destacar, pero de cuya eficacia práctica cabe albergar ya ciertas dudas, es la posibilidad de recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos. De esta forma, sin lugar a dudas, se contribuiría a cierta objetivación en la valoración de los méritos de cada uno de los aspirantes y se facilitaría la toma de postura del órgano decisorio acerca de los méritos necesarios para el desempeño de un concreto puesto de trabajo.

⁴⁰ PALOMAR OLMEDA, A.: «Provisión de puestos de trabajo...», *op. cit.*, p. 453.

⁴¹ En la misma línea se movía ya antes del EBEP, MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 138.

⁴² Afirmación vertida por PORTA PEGO, B.: «¿El ocaso de la libre designación...?», *op. cit.*, p. 606. En la misma línea, CUADRADO ZULOAGA, D.: «Procedimiento para el nombramiento...», *op. cit.*, p. 474, afirma que existe un inevitable margen de libertad estimativa o libre apreciación no fiscalizable de que dispone la Administración y que está referido a la valoración de los méritos de los distintos aspirantes, pero como necesaria contrapartida existen también unos elementos reglados que los órganos de selección no pueden obviar.

3. La exigencia de motivación

La motivación, como límite a la libre designación, puede venir referida a dos momentos distintos. De un lado, la propia procedencia de la utilización del sistema. Esto es, configurada la libre designación como «no habitual», resulta imprescindible la justificación de la concurrencia en el puesto de trabajo de unas exigencias de responsabilidad o características especiales de las funciones, que no es dable apreciar de modo genérico. En este orden de consideraciones, normativamente ha sido frecuente exigir que en las relaciones de puestos de trabajo ⁴³ se especifique la forma de provisión, reservándose la libre designación a supuestos excepcionales debidamente justificados.

El TS ⁴⁴ ha venido a afirmar, entre otros rasgos característicos del sistema, que «la decisión de acudir a la provisión por libre designación ha de contar con una motivación suficiente que resulta más obligada, si cabe, en aquellos casos en los que objetivamente no aparece ninguna circunstancia singular, como puede ser el carácter directivo o de confianza o la especial responsabilidad en el puesto a proveer» ⁴⁵. Esta exigencia de motivación bastante y suficiente la hemos visto también reiterada en el supuesto de las jefaturas de servicios al que se ha hecho somera alusión *supra*. Para el TS debe justificarse, caso por caso, que, respecto de cada puesto de trabajo cuya provisión se pretende realizar por el procedimiento de libre designación, se dan las circunstancias necesarias, en razón de la naturaleza de su cometido, la dificultad o especial responsabilidad que implica, para apartarse de la regla constituida por el concurso ⁴⁶.

De otro, estaría el requisito de motivación de la concreta designación, esto es, en orden a la justificación de la selección de un determinado candidato. De esta forma, pese a hallarnos ante un acto de naturaleza discrecional debe satisfacer una serie de exigencias entre ellas la motivación de la concurrencia de los requisitos contenidos en la convocatoria ⁴⁷, aspecto que va a marcar en buena medida la objetividad y el

⁴³ En este sentido, se ha considerado que las relaciones de puestos de trabajo vienen a reforzar los sistemas de garantías del funcionario en tanto suponen mejores expectativas en su carrera administrativa, estableciendo criterios de igualdad y objetividad en orden a la provisión, BEATO ESPEJO, M.: «La libre designación...», *op. cit.*, p. 601.

⁴⁴ Así en STS de 25 de noviembre de 1997 [núm. rec. 485/1992].

⁴⁵ También SSTs de 12 de febrero de 2007 [núm. rec. 6735/2001] y 23 de abril de 2007 [núm. rec. 8012/2003].

⁴⁶ STS de 16 de julio de 2007 [núm. rec. 1792/2004].

⁴⁷ Hasta ahora, el artículo 56 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y la Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, en desarrollo del artículo 20.1.c) de la Ley 30/84, señalaba que los nombramientos de funcionarios en puestos

respeto a los principios constitucionales de la provisión del puesto de trabajo. Lógicamente, la motivación es la que da carta de naturaleza a un posible y más que conveniente ulterior control judicial de la conformidad a Derecho de la decisión adoptada. Y, por ello mismo, puede considerarse como línea fronteriza que separa lo discrecional de lo arbitrario⁴⁸. Y ello porque una cosa es que la discrecionalidad permita que la autoridad, llamada a hacer el nombramiento, para discernirlo, pueda tener en cuenta, en sentido positivo o negativo, circunstancias no prefijadas en la Ley, en función de las cuales el candidato propuesto pueda considerarse idóneo o inidóneo para el cargo, atendiendo incluso a elementos de oportunidad, referibles al momento concreto, y otra distinta que sea el elemento estrictamente subjetivo de la afección o desafección del candidato, sin consideración a su idoneidad o inidoneidad para el cargo, el elemento decisivo⁴⁹. Aspectos que, lógicamente, deben quedar reflejados en la motivación del acto por el que se efectúa la designación.

No obstante, no puede decirse que la trayectoria del TS en este punto haya sido demasiado lineal, más bien al contrario, es dable encontrar importantes vaivenes en su doctrina, caracterizada porque a lentos pero constantes avances hacia el reconocimiento de las posibilidades de control judicial del acto discrecional y la apreciación de desviación de poder, se han sumado retrocesos importantes en los que se ha venido a rechazar el requisito formal de motivación. Con frecuencia ha afirmado que no resulta necesario que la voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales se prefiere una determinada persona. A lo que añade que la apreciación de la confianza, no puede ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de motivación⁵⁰. Para el Alto Tribunal⁵¹, la libre designación es un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales, cuya singularidad descansa en que tales nombramientos se basan en un motivo de confianza, apreciada por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que concurren en el solicitante para llegar a ocupar un puesto o para seguir desempeñándolo. Por ello, no está sometida al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos

de libre designación se motivarán con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria y la competencia para proceder al mismo.

⁴⁸ Entre otros, vid. CORDERO SAAVEDRA, L.: «La “libre designación”...», *op. cit.*, p. 298. También, MOREY JUAN, A.: «La Función Pública...», *op. cit.*, p. 74.

⁴⁹ Argumentación contenida en el voto particular que acompaña a la STS de 11 de enero de 1997 [núm. rec. 424/1995].

⁵⁰ STS de 30 de noviembre de 1999 [núm. rec. 449/1997]. En esta línea, CORDERO SAAVEDRA, L.: «La “libre designación”...», *op. cit.*, p. 303.

⁵¹ Entre otras, SSTs de 11 de enero de 1997 [núm. rec. 424/1995], 13 de junio de 1997 [núm. rec. 697/1994], y 17 de diciembre de 2002 [núm. rec. 1418/2000].

en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra, o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada.

Sin embargo, con anterioridad había considerado que cabe apreciar la desviación de poder si en la selección de los candidatos se margina el mérito y la capacidad y se frustra el interés público pues ni la discrecionalidad es absoluta ni caben las apreciaciones arbitrarias⁵². Y ello porque la libre designación no atribuye al órgano competente una especie de poder omnímodo para decidir como tenga por conveniente, pues la decisión debe ajustarse en todo caso al interés público que constituye la base y la finalidad de todas y cada una de las potestades administrativas, debiendo respetarse los principios de mérito y capacidad.

Mucho más tajante se ha mostrado el TC, que en su sentencia 235/2000, de 5 de octubre, señala con rotundidad que la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el fundamento de toda potestad administrativa, con la consecuencia, en todo caso, de la eventual apreciación, con ocasión del oportuno control judicial ex artículo 106.1 CE, del vicio de desviación de poder de constatarse una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad.

⁵² STS de 4 de noviembre de 1993 [núm. rec. 4274/1991]. Esta cuestión, *in extenso* en MASSANES I CAPDEVILA, J.: «La provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública por libre designación y desviación de poder», en *Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida*, núm. 8, 1997, p. 241 y ss.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO TEMPORAL EN LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ
Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Vigo

SUMARIO:

I. EL EMPLEO TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 1. Política de restricción de la contratación laboral de carácter temporal. 2. Los procesos de consolidación del empleo temporal y la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP.—
II. LOS MECANISMOS DEL ORDENAMIENTO LABORAL CONTRA LOS EXCESOS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.^a LEBEP. 1. Qué Administraciones pueden emprender procesos de consolidación del personal temporal al amparo de la Disposición Transitoria 4.^a 2. Puestos de trabajo que pueden ser objeto de la consolidación. A) Carácter estructural y dotación presupuestaria. B. Ocupación temporal anterior al 1 de enero de 2005.—IV. LA VALORACIÓN DE LOS SERVICIOS PRESTADOS Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD. 1. Sometimiento de los criterios de antigüedad y experiencia al test de proporcionalidad. 2. Sometimiento de los criterios de antigüedad y experiencia al test de generalidad. 3. Sometimiento de los criterios de antigüedad y experiencia al test de adecuación al puesto que corresponda desempeñar.

I. EL EMPLEO TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Política de restricción de la contratación laboral de carácter temporal

La facultad de las Administraciones públicas de recurrir a la contratación de personal laboral no es reciente, pues tiene su origen en el artículo 7 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Desde aquella primera regulación, caracterizada por su amplitud, la contratación de personal laboral por parte de las Administraciones públicas se ha ido sujetando cada vez a mayores restricciones, entre las que destacan la sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al puesto de trabajo, así como la limitación de los puestos que pueden ser cubiertos con personal laboral ¹.

Pese a todo, la contratación laboral en las Administraciones públicas ha sido tan frecuente que en determinados contextos el personal laboral —tanto indefinido como temporal²— es casi tan numeroso como el funcionarial.

¹ De este modo se reafirma la preferencia de la Constitución por la relación jurídica funcionarial, según la interpretación del artículo 103.3 de la misma sostenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 99/1987, de 11 de junio. Sobre dicha evolución, véase CANTERO MARTÍNEZ, J.: *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Marcial Pons-Universidad de Castilla-La Mancha, Barcelona-Madrid (2001), 373-391. Por otra parte, el Estatuto Básico del Empleado Público incide nuevamente en estas cuestiones en sus artículos 9, 11 y 55.

² El silencio de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, sobre esta cuestión ha permitido entender de forma pacífica que es lícita la contratación temporal cuando exista causa justificada. De hecho, en el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 35 del Decreto 364/1995, de 10 de marzo, permite recurrir a la contratación temporal para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo, advirtiendo que el proceso selectivo debe respetar los mismos principios y normas que rigen la contratación del personal laboral, con independencia de la duración del contrato.

La convivencia de dos clases de empleados públicos, que pueden realizar funciones muy semejantes, y que sin embargo se encuentran sometidos a dos regímenes jurídicos diferentes no ha estado exenta de conflictos. Los que ahora interesa destacar son los referidos a la contratación laboral temporal, entre los cuales los más relevantes han sido básicamente dos. Por un lado, la aplicación incompleta de la normativa laboral ante los casos de contratación temporal irregular, por estimarse necesaria su adaptación a los principios administrativos que regulan el acceso al empleo público. Y, por otro, la excesiva permanencia en puestos de trabajo temporales, que genera en el trabajador una expectativa de ocupación definitiva del puesto que se enfrenta con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Precisamente éste es el tema que se va abordar en este trabajo.

Pero antes de pasar a su examen, es preciso advertir que, probablemente por la incidencia de estos conflictos y de otros que no es posible analizar ahora, desde hace algún tiempo se trata de impulsar la reducción de la contratación temporal en la Administración Pública. Esta tendencia no se ha plasmado en normas administrativas, que hasta la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público —en adelante LEBEP—, no regulaban la situación del personal laboral, sino en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que todos los años, desde 1996, reiteran la intención de no proceder a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de funcionarios interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

Aunque la tendencia es clara, sus efectos no han sido lo contundentes que cabría esperar, como evidencia la sola reiteración de la misma disposición presupuestaria a lo largo de más de diez años. Probablemente tenga algo que ver con este resultado el hecho de que los artículos que han ido recogiendo esta previsión no tienen carácter básico, de modo que su ámbito de aplicación se restringe a la Administración General del Estado, quedando fuera de su alcance las Administraciones autonómica y local, en las que se registra una mayor incidencia de la contratación de personal laboral temporal.

En cualquier caso, no hay que despreciar este objetivo, que en cierto modo también se refleja en la LEBEP. En efecto, aunque el artículo 8 incluye expresamente al personal laboral temporal entre quienes integran el concepto de empleado público, el 10 amplía los supuestos en que podrán ser nombrados funcionarios interinos, contemplando, además de la tradicional cobertura de plazas vacantes y las sustituciones, la «ejecución de programas de carácter temporal» y «el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses». Aunque estos últimos supuestos comportasen el desempeño

de funciones propias de funcionarios de carrera, hasta la publicación de la LEBEP tenían que ser cubiertos mediante los contratos laborales de obra o servicio y eventual, respectivamente. Esta posibilidad queda vedada a partir de la entrada en vigor del Estatuto, en virtud de los preceptos mencionados y del artículo 9.2, que reserva las funciones relacionadas con el ejercicio de potestades públicas o con la salvaguarda de intereses generales de Estado y Administración a los funcionarios públicos. Obviamente, todo ello supone una reducción de las posibilidades de hacer uso de la contratación temporal que conecta con la tendencia ya descrita.

2. Los procesos de consolidación del empleo temporal y la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP

Uno de los problemas que plantea la contratación temporal en las Administraciones Públicas es su prolongación excesiva en el tiempo, ya que ello no genera derecho alguno a favor del trabajador para ocupar la plaza de forma definitiva.

Unas veces ello es consecuencia del encadenamiento de diversos contratos temporales, por regla general apoyados en subvenciones económicas de concesión periódica, otras se trata de un solo contrato de interinidad que se alarga más allá de un periodo que pueda considerarse razonable, debido a la lentitud de los procesos de selección de personal en la Administración ³, o simplemente a su inactividad.

El deseo de regularizar la situación del personal laboral de carácter temporal que ha prestado servicios durante largo tiempo en la Administración Pública, ha llevado con frecuencia a impulsar procesos de cobertura definitiva de los puestos de trabajo en cuestión, con la singularidad de que su objetivo último es adjudicárselos en lo posible a quienes los venían ocupando. Esta práctica, conocida como estabilización o consolidación del empleo temporal, se ha reflejado en numerosas leyes autonómicas ⁴, en convenios y acuerdos entre los sindicatos

³ Debe recordarse que, si bien el contrato de interinidad por cobertura de vacante tiene un tope temporal máximo de tres meses en el marco de la empresa privada, carece de límite alguno cuando el empleador es la Administración Pública, lo que permite prolongar la duración del contrato hasta la cobertura definitiva del puesto de trabajo. Así lo indica el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de contratos de duración determinada. Sobre el contrato de interinidad en el contexto de la Administración Pública, véase SEMPÉRRE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (2003), 86-96.

⁴ Entre otras, véanse la Disposición Final 1.^a de la Ley de Castilla y León 21/2002, de 27 de diciembre, de medidas económicas, fiscales y administrativas, y el artículo 32 de la

y las Administraciones Públicas ⁵, e incluso en normas estatales ⁶. Pero ello no implica que esté exenta de problemas, como el riesgo de producir una inflación de puestos de trabajo en régimen laboral, o el choque con los principios de igualdad, mérito y capacidad que, desde su reconocimiento en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, rigen el acceso a la función pública, y por extensión, también a los puestos de trabajo de carácter laboral ⁷.

Pese a todo, la LEBEP no ha sido ajena a la reclamación de estabilidad de los empleados que ocupan plazas o puestos de trabajo de forma temporal pero prolongada en el tiempo. Para contribuir a solucionar su situación, la Disposición Transitoria 4.^a recoge la posibilidad de que las distintas Administraciones públicas emprendan procesos de consolidación del empleo temporal que no sólo se refieren al personal laboral interino o temporal, sino también a los funcionarios interinos. Pero, teniendo en cuenta que ésta era ya una práctica habitual en las distintas Administraciones Públicas, cabe preguntarse dónde reside el valor de esta Disposición. Y la respuesta se centra en dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, se trata de una invitación a las Administraciones Públicas para que lleven a cabo dichos procesos de consolidación con el objetivo de acabar con una situación irregular que el propio Estatuto intenta corregir *pro futuro*. Es decir, el EBEP ve con buenos ojos que las Administraciones Públicas emprendan de una vez por todas estos

Ley de La Rioja 13/2005, de 16 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2006. Sobre algunos procesos de estabilización emprendidos en el ámbito andaluz, véase OJEDA AVILÉS, A.: *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones públicas (El modelo de la Junta de Andalucía)*, Comares, Granada (1998).

⁵ Uno de los más importantes en el ámbito estatal fue el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002. A nivel autonómico cabe citar, a título de ejemplo, la Disposición Adicional 11.^a del Convenio Colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el periodo 2004-2007 (B.O. de La Rioja, de 4 de agosto de 2005), o los puntos 4 y 5 del Acuerdo de 24 de octubre de 2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General, sobre mejora de las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración de la Junta de Andalucía.

⁶ Entre otras, artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, Ley 16/2001, de 21 de noviembre, que establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, los Reales Decretos que aprueban la oferta de empleo público desde 1999 hasta 2008 contemplan la posibilidad de emprender procesos de consolidación del empleo temporal.

⁷ De hecho, el artículo 55 LEBEP vuelve a hacer hincapié en estos —y otros— principios, erigiéndolos en rectores de los procedimientos selectivos del personal funcionario y también del laboral.

procesos, sobre los cuales además la Disposición Transitoria 4.^a va a ejercer un efecto ordenador, ya que deberán ajustarse a las condiciones que la misma establece.

En este sentido, la norma conecta con la tendencia a la restricción de la contratación temporal que se ha señalado antes, pues el hecho de que se haya plasmado en una Disposición Transitoria muestra que se trata de una oportunidad puntual que se ofrece a las Administraciones Públicas para normalizar una situación irregular a través de un procedimiento especial que, una vez concluido, debe agotarse. Precisamente, la transitoriedad también sugiere que la posibilidad ofrecida ha de ser ejercitada en breve, aunque no se introduzca un plazo específico para ello. Según esta interpretación, los procesos de consolidación del empleo temporal auspiciados por la LEBEP aspiran a ser la pieza de cierre con la que se trata de poner punto y final a las contrataciones temporales que se prolongan demasiado en el tiempo, con la esperanza de que esta situación no volverá a darse en el futuro o, al menos, no con la envergadura actual⁸.

En segundo lugar, la Disposición Transitoria 4.^a también resuelve otra cuestión que ha sido fuente de una amplia litigiosidad, y es la valoración de los méritos de los contratados temporales que habían ocupado de forma prolongada los puestos de trabajo que forman parte de los procesos de consolidación. El deseo de que superen el proceso selectivo suele reflejarse en el reconocimiento de algunas circunstancias que les ponen en situación de ventaja frente a los demás concurrentes, siendo las más polémicas la experiencia y la antigüedad. Pues bien, la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP, que se refiere en su párrafo tercero a esta cuestión, resuelve las dudas en torno a la posibilidad de valorar este tipo de méritos en la medida que la propia Ley indica, como se verá más adelante.

Por último, volviendo al objetivo de la LEBEP de enfrentarse con la excesiva temporalidad en la contratación de personal laboral, hay que decir que éste se percibe también en otros preceptos, que pueden actuar de forma conjunta con la Disposición Transitoria 4.^a Un ejemplo es el artículo 10.4, a tenor del cual las plazas vacantes desempeñadas por

⁸ Conviene ser cautos con las posibilidades de éxito de tan ambicioso objetivo, del que ya existen precedentes en normas anteriores. Así, el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002, ya actuaba como pieza de cierre respecto a la consolidación del empleo temporal de naturaleza estructural anterior al 2 de diciembre de 1998. Ello no impidió, sin embargo, el reconocimiento por parte de la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP de emprender nuevos procesos de consolidación del empleo temporal, lo que muestra que el problema se sigue repitiendo de forma cíclica.

funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, o, si no fuera posible, en la siguiente. Sin duda esta disposición reducirá las prolongaciones abusivas de las situaciones de interinidad. Pero además, contribuirá a reforzar y asentar los efectos de las reducciones del empleo temporal que pueden llevarse a cabo a través de los procesos de consolidación impulsados por la Disposición Transitoria 4.⁹ Ahora bien, esto sólo será posible en relación con los funcionarios, pues respecto a la contratación laboral la LEBEP no contempla una disposición similar⁹. Por lo tanto, aunque la intención del Estatuto en esta materia es reducir la duración de las interinidades por vacante, ello no queda plenamente asegurado en el caso del personal laboral. En este ámbito los procesos de consolidación de la contratación temporal corren el riesgo de convertirse en la solución parcial de un problema que se seguirá repitiendo cíclicamente, y que también cíclicamente exigirá ser afrontado, tal y como ha venido sucediendo hasta ahora.

II. LOS MECANISMOS DEL ORDENAMIENTO LABORAL CONTRA LOS EXCESOS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

El continuado recurso a los contratos temporales no sólo ha sido fuente de polémica en el ámbito de la Administración Pública, sino también en el laboral. En este contexto, los excesos provienen de su utilización sin causa legal y de su encadenamiento excesivo, con la particularidad de que los mecanismos correctores previstos para ambas circunstancias conllevan la misma consecuencia jurídica, a saber, la conversión de la relación laboral en indefinida.

Aunque la censura del encadenamiento abusivo de contratos temporales está presente desde hace algún tiempo en la normativa comunitaria¹⁰, su aplicación en España se llevó a cabo en un primer momento a través de la vía judicial, al no existir precepto alguno que regulara esta cuestión¹¹. El problema fue solventado por la Ley 43/2006, de 29 de

⁹ Sin embargo, previsiones como ésta ya han figurado en anteriores procesos de consolidación, como los impulsados por el ya citado Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública, en cuyo capítulo XII se establecía, como medida de control de la temporalidad, que la provisión de plazas estructurales cubiertas interinamente deberá iniciarse en el plazo máximo de diez meses a partir del nombramiento o contrato de interinidad.

¹⁰ Cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, que incorpora el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

¹¹ Entre otras, SSTs de 19 de abril de 2005 (RJ 2005/4536), de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10291) y de 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001/8448).

diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo, que introdujo en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores un quinto párrafo en el que se indica que «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 puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales... adquirirán la condición de trabajadores fijos». Unas líneas más abajo se excluyen del ámbito de aplicación de este artículo los contratos de interinidad, entre otros.

Este precepto resulta aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, pues así lo señala la Disposición Adicional 15.^a ET, advirtiendo además que el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público determina la obligación de proceder a la cobertura de tales puestos de trabajo a través de los procedimientos ordinarios.

Por otra parte, aunque el ET no lo diga expresamente, cuando este artículo se aplique al personal laboral al servicio de la Administración Pública, habrá que tener en cuenta la jurisprudencia forjada por el Tribunal Supremo en relación con la contratación temporal fraudulenta, que distingue entre trabajadores temporales cuya relación laboral se torna indefinida, precisamente a raíz de las irregularidades de su contratación, y trabajadores fijos de plantilla. Los primeros no son equiparables a los segundos, al entenderse que su *status* laboral no ha sido adquirido con plena garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por eso, la Administración Pública debe iniciar el procedimiento de cobertura definitiva de la plaza, sin que sea objeto de tratamiento especial el trabajador indefinido no fijo que ocupa el puesto de trabajo¹².

La aplicación de esta jurisprudencia a los supuestos del artículo 15.5 ET resulta evidente a la luz de la Disposición Adicional 15.^a ET, de modo que el encadenamiento abusivo de contratos temporales en la Administración pública sólo tendrá como efecto la conversión del trabajador temporal en «temporalmente indefinido», lo que implica que,

¹² Doctrina iniciada en las SSTs de la Sala General de 20 y 21 de enero de 1998 (RJ 1998/1000 y RJ 1998/1138, respectivamente), y seguida por muchas otras hasta el día de hoy. La evolución de la doctrina del Supremo en esta cuestión ha quedado reflejada en los trabajos de APILLUELO MARTÍN, M.: «Algunas reflexiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública», en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTASS, Madrid (2001), 477-493, y de CASTILLO PARDO, E. y PEÑA OLBÍOL, S.: «Algunas actuaciones de la Administración Pública en torno a la contratación laboral temporal: ¿justa causa de extinción, carácter indefinido de la relación o declaración de fijeza?», en el mismo tomo, pp. 495-510.

una vez cubierto el puesto por el procedimiento ordinario, la relación laboral «indefinida» se extinguirá ¹³.

Este breve acercamiento al artículo 15.5 ET pone de manifiesto que no se trata de un mecanismo al servicio de la consolidación del empleo temporal. Aunque sí es cierto que contribuye a desenmascarar las contrataciones temporales cuya extensión desvela un carácter abusivo, forzando su cobertura a través de procedimientos ordinarios, lo cual incluso podría determinar su conversión en puestos de trabajo estructurales, si se demuestra que la necesidad cubierta por el puesto de trabajo tenía carácter permanente.

En consecuencia, no se trata aquí de establecer un paralelismo entre el artículo 15.5 ET y la Disposición Transitoria 4.ª LEBEP, pues ya desde su planteamiento inicial ambas normas muestran una orientación muy diferente, dada por la impronta tuitiva que el Derecho laboral deja sobre el primero, y que se encuentra ausente de la segunda, al tratarse de una norma de Derecho administrativo. Mientras el artículo 15.5 ET persigue la protección *del trabajador* que ha estado cubriendo el mismo puesto de trabajo de forma temporal, pero excesivamente dilatada, la Disposición Transitoria 4.ª LEBEP pretende eliminar la temporalidad *de los puestos* cuya cobertura temporal prolongada es irregular. Pese a todo, esta Disposición no es por completo insensible a la situación de los trabajadores que han ocupado tales puestos, pues, como se ha adelantado, ofrece la posibilidad de valorar determinados aspectos relacionados con las tareas desempeñadas, pero el punto de mira del precepto no está en el trabajador, sino en el puesto de trabajo.

En cualquier caso, la falta de coincidencia en los fines y el funcionamiento de estos dos mecanismos creados para combatir los excesos de la contratación temporal no impide una especie de complementariedad entre ambos, que puede resultar positiva en la práctica.

¹³ Sobre la causa de extinción invocada, véase la STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893). Por otro lado, debe recordarse que la citada jurisprudencia se creó en torno a la suscripción por parte de la Administración Pública de contratos temporales sin causa, problema ciertamente distinto del causado por el encadenamiento abusivo de contratos temporales. Sin embargo, no parece haber inconveniente en la aplicación de tal doctrina a este último supuesto, en especial si se tiene en cuenta que ya se ha extendido a otros que entrañan problemas semejantes, pero no idénticos, como el de la cesión ilegal de trabajadores por parte de un empresario privado a la Administración Pública [véanse las SSTs de 12 de marzo de 2002 (RJ 2002/5140), 19 de junio de 2002 (RJ 2002/10677) y 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002/10649), que dan inicio a esta doctrina]. El argumento utilizado por el Tribunal Supremo para llegar a este resultado fue que también en estas ocasiones la cuestión debatida consistía en determinar la naturaleza de la relación que ha de unir a un trabajador con una Administración Pública cuando el ingreso en la misma se produce por una vía distinta de las previstas como válidas por el ordenamiento administrativo.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.^a LEBEP

1. **Qué Administraciones pueden emprender procesos de consolidación del personal temporal al amparo de la Disposición Transitoria 4.^a**

La referencia abierta a las Administraciones Públicas, sin mayores acotaciones, muestra cuán amplia es la habilitación para llevar a cabo estos procesos, debiendo considerarse comprendidas las Administraciones a la que se refiere el artículo 2 LEBEP —todas las territoriales, organismos públicos, agencias y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, así como las Universidades públicas—. Por el contrario, quedan excluidas las Administraciones que se mencionan en el artículo 4, como por ejemplo la Administración militar o la de Justicia. Además, la Disposición Transitoria 4.^a tampoco es aplicable a las sociedades mercantiles cuyo capital esté constituido por fondos públicos en su totalidad o en su mayor parte, puesto que, según la Disposición Adicional 12.^a de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, éstas se regirán por el ordenamiento privado, y no forman parte de la Administración Pública. La Disposición Adicional 1.^a LEBEP aplica diversos preceptos de la misma a estas sociedades, sin que entre ellos figure la Disposición Transitoria 4.^a

En cualquier caso, hay que subrayar que las Administraciones públicas no están obligadas a emprender procesos de consolidación de empleo, sino que tan sólo quedan facultadas para ello, aunque lógicamente, el hecho de que esta posibilidad se haya recogido de manera expresa en la LEBEP muestra el apoyo del legislador hacia tales procedimientos en general.

2. **Puestos de trabajo que pueden ser objeto de la consolidación**

A. Carácter estructural y dotación presupuestaria

Los requisitos que han de reunir los puestos de trabajo son dos: carácter estructural y dotación presupuestaria.

Son puestos de trabajo de carácter estructural los que forman parte de la plantilla, pero también aquellos que se integren en los servicios generales de la Administración de la que se trate, resultando necesarios para la continuidad de la labor propia de la Administración Pública. Esto

reduce considerablemente el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria 4.^a, pues es difícil que cualquier contrato temporal que no sea el de interinidad se utilice para cubrir puestos de trabajo estructurales.

Por su parte, la exigencia de que se trate de puestos con dotación presupuestaria vuelve a apuntar al contrato de interinidad como objetivo prioritario de los procesos de consolidación del empleo temporal, ya que los puestos de trabajo objeto de contratación interina siempre están dotados presupuestariamente con cargo a las partidas de personal. En cambio, los puestos de trabajo ocupados a través de otros contratos temporales —como el eventual o el de obra y servicio— no están dotados presupuestariamente con cargo a las partidas ordinarias de personal.

En conclusión, los puestos de trabajo que podrán ser objeto de los procesos de consolidación serán casi en exclusiva los ocupados de manera interina, pese a que la Disposición Transitoria 4.^a se refiere tanto a las situaciones de interinidad como a las de temporalidad. A la vista de ello, cabe preguntarse si los puestos de trabajo no estructurales o no dotados presupuestariamente podrían ser objeto de algún tipo de mecanismo de lucha contra la temporalidad.

Y aquí es donde conviene retomar la idea de la complementariedad entre la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP y el artículo 15.5 ET. Buena parte de dicha complementariedad viene dada por la diferencia entre los campos de aplicación de ambos mecanismos, pues si el primero se centra en los contratos laborales de interinidad, el segundo excluye expresamente dicha modalidad, centrándose en los contratos eventuales y de obra o servicio. En estos casos, si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 15.5 ET, éste podrá desplegar sus efectos.

Ello significa que los dos instrumentos se podrán aplicar sin colisiones, aunque también, como ya se ha visto, con un alcance y efectos muy diferentes. El único supuesto en el que podría entrelazarse la actuación de estos dos mecanismos consiste en que el encadenamiento abusivo de contratos temporales revele la existencia de una necesidad que necesita ser cubierta de forma permanente. Dicha situación puede implicar, en el plano laboral, la conversión del trabajador temporal en indefinido no fijo, y en el plano administrativo el reconocimiento del carácter estructural del puesto de trabajo, estando obligada la Administración Pública a la cobertura del mismo mediante el procedimiento ordinario previsto por la ley. Tal procedimiento podría encajarse en la consolidación del empleo temporal prevista por la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP. La única dificultad a este respecto radica en interpretar si el puesto, una vez que la relación laboral se convierte en indefinida, se encuentra ocupado «temporalmente», tal y como requiere la LEBEP.

Pueden exponerse diferentes argumentos para superar este obstáculo. Por una parte, no parece razonable que se beneficien de esta medida quienes ocupan un puesto de trabajo de manera interina y no quienes lo ocupan de forma indefinida pero no fija, puesto que, al margen de la configuración jurídica de cada situación, desde un punto de vista fáctico, ambas relaciones están abocadas al mismo fin, ya que la cobertura definitiva del puesto produce la extinción del contrato sin derecho a indemnización. De hecho, el carácter híbrido de la relación indefinida no fija ha quedado plasmado en el apelativo que en alguna ocasión ha utilizado el Tribunal Supremo para referirse al trabajador que adquiere la condición de «temporalmente indefinido»¹⁴.

Hay que lamentar que la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP no haya sido más clara en torno a esta cuestión, pues podía haber indicado de forma expresa que los puestos ocupados de esta manera también pueden ser objeto de los procesos de consolidación, como ya se ha hecho en alguna ocasión¹⁵. Pero, por las razones apuntadas, no cabe interpretar el silencio legal como la negación de tal posibilidad.

B. Ocupación temporal anterior al 1 de enero de 2005

Todo proceso de consolidación del empleo temporal se enfrenta con el problema de delimitar qué relaciones se entiende que se han prolongado más allá de lo razonable y cuáles no. Esta delimitación suele hacerse a través del establecimiento de una fecha que indica que las relaciones laborales iniciadas con anterioridad a la misma pueden ser objeto del proceso de consolidación, quedando excluidas las posteriores. La Disposición Transitoria 4.^a LEBEP adopta esta técnica, eligiendo la fecha del 1 de enero de 2005.

Obviamente, este procedimiento puede generar un sentimiento de discriminación en quienes hayan iniciado su relación laboral justo después de la fecha elegida. En el caso de la LEBEP cabría preguntarse razonablemente qué diferencia cualitativa existe entre una relación laboral temporal que comenzó el 31 de diciembre de 2004 y otra que lo hizo el 2 de enero de 2005. Aparentemente ninguna y, sin embargo, el tratamiento jurídico dispensado a ambas por la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP es radicalmente distinto.

En consecuencia, la fijación de una fecha es un mal prácticamente inevitable que debe afrontar todo proceso de consolidación del empleo

¹⁴ STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893), FJ 8.º.

¹⁵ Capítulo XIII del Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002.

temporal. Pero para que no entrañe ninguna discriminación ha de obedecer a una justificación objetiva y razonable que explique por qué el legislador se inclina por ella y no por otra.

La LEBEP escogió la fecha del 1 de enero de 2005 teniendo en cuenta que el anterior proceso de consolidación del empleo temporal de alcance general, para la Administración del Estado, fue arbitrado por el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública, suscrito el 13 de noviembre de 2002. El capítulo XI de dicho acuerdo estableció la posibilidad de emprender procesos de consolidación del empleo temporal estructural anterior al 2 de diciembre de 1998 durante su periodo de vigencia, que concluyó el 31 de diciembre de 2004. Precisamente, el artículo 10 del Real Decreto 66/2008, de 25 de enero, que aprueba la oferta de empleo público para el año 2008, admite la posibilidad de emprender procesos de consolidación al amparo de lo dispuesto por la LEBEP, para regularizar el empleo temporal comprendido entre ambas fechas.

Resulta razonable que la LEBEP haya querido establecer una continuidad con el Acuerdo citado, aunque, al contrario que éste, no sólo se refiera a la Administración General del Estado. Es obvio que la amplitud de su ámbito de aplicación hacía imposible fijar una fecha que tuviera una justificación específica para todas y cada una de las Administraciones afectadas, vista la generalización de los procedimientos de consolidación del empleo temporal y la autonomía de la que ha gozado cada Administración a la hora de emprenderlos.

Por otra parte, puesto que el EBEP entró en vigor en mayo de 2007, parece que el periodo que separa el inicio de los contratos temporales y los procesos de consolidación que puedan emprenderse al amparo de la Ley es suficientemente extenso como para considerar que la pervivencia de la situación de temporalidad es abusiva, lo cual justifica el recurso extraordinario a los procesos de consolidación.

Sin embargo, el establecimiento de una fecha concreta como límite a los procesos de consolidación del empleo presenta un problema adicional en el que no se ha reparado hasta ahora, y es que conforme más tiempo transcurre desde la entrada en vigor de la norma que la incluye, las relaciones laborales temporales tendrán que ser también más extensas para poder formar parte de dichos procesos. Ello puede acarrear una consecuencia negativa que consiste en que, si los procesos se llevan a cabo mucho tiempo después de la entrada en vigor de la LEBEP, los puestos ocupados de manera demasiado prolongada, pero con posterioridad al 1 de enero de 2005, no podrán quedar englobados en los mismos, resintiéndose la eficacia de la norma.

Este efecto se hubiera podido evitar si, de acuerdo con su carácter transitorio, la Disposición hubiese incluido un plazo para llevar a cabo los procesos de consolidación. Pero, una vez que se descartó esta posibilidad, y si de lo que se trataba era de identificar los puestos de trabajo cuya cobertura temporal se había prolongado abusivamente, la técnica más correcta habría sido establecer un lapso de tiempo a contar hacia atrás —en torno a tres años, por ejemplo— desde el momento en que se decide emprender el proceso de consolidación de empleo, en vez de establecer una fecha fija.

Por último, hay otra cuestión relativa a la fecha que merece una breve referencia. Como se ha indicado, los procesos de consolidación de empleo que regula la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP se refieren a *puestos de trabajo* cubiertos por personal temporal de forma prolongada, y no a una *relación laboral* temporal que se extiende de forma abusiva en el tiempo. Ambos conceptos coincidirán sólo cuando un mismo trabajador temporal ocupe el puesto de trabajo en cuestión desde sus orígenes, pero no cuando varios trabajadores temporales se sucedan en su cobertura.

Partiendo de estas consideraciones, cabe plantearse si para apreciar la temporalidad en el puesto de trabajo es necesario que éste haya estado desempeñado interina o temporalmente desde antes del 1 de enero de 2005 por un solo trabajador, o pueden haber concurrido varios, de modo que incluso la última o últimas relaciones laborales pueden ser posteriores al 1 de enero de 2005. La respuesta viene dada por el propio tenor literal de la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP, que no se refiere en absoluto a los trabajadores que hayan ocupado el puesto de trabajo, por lo que el hecho de que haya sido ocupado por varios o por uno solo es indiferente. Si esta hipótesis llegase a darse en la práctica, habría que valorar los méritos de todos ellos de acuerdo con lo establecido en dicha norma.

IV. LA VALORACIÓN DE LOS SERVICIOS PRESTADOS Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD

La Disposición Transitoria 4.^a LEBEP no impone un procedimiento específico para llevar a cabo la consolidación del empleo temporal, por lo que las Administraciones públicas son libres para diseñarlo de la manera que crean más oportuna. Eso sí, el párrafo segundo advierte que los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

La referencia es importante, puesto que el principal problema de los procesos de consolidación del empleo temporal suele residir en la com-

patibilidad de estos principios con los criterios que valoran la prolongada permanencia en los puestos de trabajo en cuestión. A este respecto, la Disposición Transitoria 4.^a parece haber buscado una posición equilibrada que evite el trato de favor de los trabajadores temporales, pero que a la vez no sea indiferente con el largo tiempo de servicios prestados para la Administración pública. Ello se trata de alcanzar, por una parte, centrando los procesos de consolidación en los puestos de trabajo y no en los trabajadores temporales, y, por otra parte, garantizando que la ocupación previa del puesto resultará positiva en el proceso de selección.

Respecto a esta última cuestión, el párrafo tercero de la Disposición Transitoria 4.^a dice que «el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria». Además, se indica que los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo indicado en los párrafos 1 y 3 del artículo 61 LEBEP.

A la vista de lo establecido, queda claro que en los procesos de consolidación del empleo temporal llevados a cabo al amparo de esta Disposición, podrá valorarse de modo especial la situación de los trabajadores que han ocupado los puestos objeto de la consolidación. Sin embargo, es posible plantearse si las posibilidades abiertas resultan excesivas.

En efecto, del párrafo reproducido se desprende que son tres las circunstancias cuya valoración puede favorecer al personal temporal que ha ocupado el puesto de trabajo. La primera es el mandato preceptivo de que el contenido de las pruebas esté relacionado con las funciones habituales del puesto de trabajo en cuestión. Con todo, no es una condición demasiado llamativa, si se tiene en cuenta que, con carácter general, el artículo 61.2 LEBEP indica que los procesos de selección deben cuidar especialmente la conexión entre las pruebas y las tareas propias de los puestos de trabajo convocados. Por consiguiente, no se trata de una pauta excepcional, propia de los procesos selectivos emprendidos como consecuencia de la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP.

Las otras dos circunstancias que, en caso de ser valoradas, benefician a quien ha ocupado previamente el puesto de trabajo son el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas, es decir, la antigüedad, y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. A diferencia de lo que sucede con la circunstancia examinada en primer lugar, la valoración de la antigüedad y la experiencia en la fase de concurso de los procesos de consolidación del empleo temporal es opcional. Esto es, la decisión de adoptar uno, ambos, o ninguno de

los dos criterios de valoración corresponde a la Administración convocante, que deberá establecerlo en las bases de la convocatoria.

En realidad, en ambos casos el objeto de la valoración es muy similar, porque al fin y al cabo la antigüedad puede ser valorada en tanto parece reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público¹⁶. Sin embargo, hay un aspecto que contribuye a distinguir netamente estas dos circunstancias, y es que mientras la antigüedad puede referirse a cualquier tipo de servicio prestado para las Administraciones Públicas, pues la LEBEP no hace ninguna acotación, la experiencia debe haber sido adquirida en el puesto de trabajo objeto de la convocatoria.

De todos modos, hay que destacar que la valoración de la antigüedad y la experiencia previas en los procesos de selección de personal siempre ha resultado polémica, llegando a crearse una vasta jurisprudencia que delimita las condiciones que deben cumplirse para que tales criterios resulten válidos.

Dicha jurisprudencia parte del presupuesto de que la valoración de la antigüedad y experiencia por sí mismas no constituye *a priori* un rasgo discriminatorio, pues es razonable que se conceda cierta relevancia a la labor desenvuelta con anterioridad por los participantes en el proceso selectivo, como indicio de su capacidad para desempeñar el puesto en cuestión. En tal sentido, la antigüedad y experiencia son méritos que se cohonestan con criterios de rango constitucional como la eficacia en la prestación de servicios por parte de la Administración Pública¹⁷.

Sin embargo, su consideración como méritos en las pruebas de acceso al empleo público ha de respetar determinados límites que han sido especificados igualmente por la jurisprudencia y que pueden resumirse en tres: su valoración proporcionada, su aplicación con carácter general y la adecuación de la experiencia exigida o alegada con las tareas propias a realizar. De lo que se trata ahora es de comprobar si la valoración de la antigüedad y la experiencia propuestas en la Disposición Transitoria 4.^a superan estos parámetros de validez.

¹⁶ STC 67/1989, de 18 de abril.

¹⁷ STC 281/1993, de 27 de septiembre. Respecto a los procesos que se están examinando, el Constitucional llega a afirmar que «la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública» (STC 107/2003, de 2 de junio).

1. Sometimiento de los criterios de antigüedad y experiencia al test de proporcionalidad

La valoración proporcionada de la experiencia o la antigüedad se produce cuando la valoración positiva de alguna de ellas no es determinante respecto al resultado último del proceso selectivo pues, en caso contrario, podrían darse situaciones de discriminación prohibidas por el artículo 23.2 de la Constitución. El párrafo tercero de la Disposición Transitoria 4.^a trata de conjurar este peligro a través de la remisión al artículo 61.1 LEBEP, que señala que «los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo»¹⁸. La cuestión clave consiste en determinar qué es lo proporcionado, y a este respecto hay que decir que el Tribunal Constitucional ha adoptado un criterio laxo, estimando que una puntuación de la antigüedad que podía llegar a un 45 por 100 de la puntuación alcanzable en la fase de oposición se encuentra en el «límite de lo tolerable»¹⁹.

Pero, además, para que se cumpla el requisito de la proporcionalidad conviene evitar ciertas prácticas, como, por ejemplo, que la experiencia o la antigüedad sean los únicos méritos a valorar en la fase de concurso. Y es que, de ser ello así, para los interinos y contratados el proceso selectivo se configuraría como un sistema de concurso-oposición, mientras que para el resto de los concurrentes se trataría de un sistema de oposición puro, al no poder alegar méritos en la fase de concurso²⁰. Nuevamente, la LEBEP parece tener presente esta doctrina al señalar que en la fase de concurso podrán valorarse, «entre otros méritos», la antigüedad y la experiencia. De tal modo, la Ley permite que se valoren otras circunstancias que tengan relevancia para el desempeño de las funciones asociadas al puesto de trabajo, al mismo tiempo que parece sugerir que ése sería el camino correcto en caso de decidir valorar antigüedad y/o experiencia como mérito.

¹⁸ SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, y 67/1989, de 18 de abril.

¹⁹ STC 67/1989, de 18 de abril. Igualmente, se considera que la valoración de la antigüedad es proporcionada en las SSTC 185/1994, de 20 de junio, 107/2003, de 2 de junio, 11/1996, de 29 de enero, y 83/2000, de 27 de marzo.

²⁰ El Tribunal Constitucional, en las sentencias 67/1989, de 18 de abril, y 137/1986, de 6 de noviembre, reconoció que esta práctica comporta una desigualdad, pese a admitir su validez en los casos analizados, al no poder calificarla de desproporcionada, arbitraria o irrazonable.

Pero hay dos aspectos en la Disposición Transitoria 4.^a que sí pueden quebrar el principio de proporcionalidad. El primero de ellos es la posibilidad de cómputo doble de la antigüedad, si la experiencia en el puesto de trabajo se mide en función del tiempo que se ha permanecido en el mismo, y las bases de la convocatoria incluyen tanto la valoración de la antigüedad en la Administración Pública como de la experiencia adquirida en el puesto de trabajo objeto de la convocatoria.

El segundo aspecto que probablemente entraña una quiebra de la proporcionalidad es la conjunción de la valoración de la experiencia en el puesto de trabajo en la fase de concurso, con el hecho de que el contenido de las pruebas de la oposición verse precisamente sobre los procedimientos, tareas y funciones habituales del puesto. Es obvio que la experiencia previa pone a los trabajadores que han ocupado el puesto de trabajo durante largo tiempo en una situación más ventajosa sobre el resto de los concurrentes, duplicándose dicha ventaja cuando además en la fase de concurso esa misma experiencia puede ser valorada positivamente.

2. Sometimiento de los criterios de antigüedad y experiencia al test de generalidad

El principio de generalidad impide que la valoración de la experiencia se limite al caso de que ésta haya sido adquirida en un determinado organismo de la Administración Pública, sin que merezca el mismo tratamiento la experiencia alcanzada en otros organismos. Esta práctica ha sido censurada por el Tribunal Constitucional ²¹, porque, bajo un criterio de valoración aparentemente objetivo, se puede estar escondiendo el afán de privilegiar a determinadas personas que ya han estado prestando sus servicios en puestos u organismos concretos de la Administración, estableciéndose por ello una discriminación injustificada entre dichas personas y el resto de los participantes en el concurso.

Si se someten a este test los criterios de antigüedad y experiencia que pueden ser valorados como mérito a tenor de la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP, el segundo presenta problemas para superarlo, puesto que la experiencia que computa es únicamente la que haya sido adquirida en el puesto de trabajo objeto de la convocatoria. Con facilidad se

²¹ SSTC 42/1981, de 22 de diciembre, y 281/1993, de 27 de septiembre, en las que señala que el procedimiento seguido para adquirir los conocimientos o el centro en donde fueron adquiridos debe ser irrelevante, pues de lo contrario se provoca «una diferencia no justificada y, en consecuencia, una violación del principio de igualdad». Con aplicación de esta jurisprudencia, véanse las SSTS de 31 de mayo de 2005 (RJ 2005/9345) y de 8 de junio de 2005 (RJ 2005/9356).

deduce que la finalidad de este criterio no es valorar un factor que puede ser indicativo de una mayor capacidad por parte del trabajador que lo acredite, sino favorecer la adquisición de la fijeza por parte del personal temporal que ha prestado sus servicios de forma excesivamente prolongada en dicho puesto de trabajo.

Por ello, resulta claro que el requisito es demasiado cerrado, y que habría sido conveniente enunciarlo de modo más abierto, como, por ejemplo, permitiendo valorar la experiencia adquirida en puestos de trabajo al servicio de la Administración Pública para los que se requiera la misma categoría profesional. Una formulación semejante permitiría valorar positivamente a los trabajadores temporales que hubieran ocupado el puesto de trabajo, pero no generaría una diferencia poco justificada respecto al resto de los participantes en el proceso selectivo.

Es más, la formulación amplia de tal requisito contribuiría a evitar las dudas sobre su proporcionalidad que despierta la conjunción de la valoración de la experiencia en el puesto con el hecho de que el contenido de las pruebas verse sobre las tareas habituales desempeñadas en el mismo.

3. Sometimiento de los criterios de antigüedad y experiencia al test de adecuación al puesto que corresponda desempeñar

Por último, el tercer requisito que deben satisfacer experiencia y antigüedad para que su valoración sea acorde con los principios que rigen el acceso al empleo público es su adecuación a las tareas propias del puesto al que se concurre ²². En la experiencia que, según la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP, se puede valorar como mérito está presente este requisito, ya que, como se ha visto, se trata únicamente de la experiencia que se adquiere en el puesto de trabajo objeto de la convocatoria, lo cual satisface el test de adecuación, pese a ser problemático respecto al de generalidad.

En cambio, el criterio que a duras penas podría superar este test es el de la antigüedad al servicio de la Administración Pública, pues la LEBEP no matiza sus posibilidades de valoración por referencia a puestos de trabajo o funciones que tengan relación con el puesto que es objeto del proceso selectivo. Por consiguiente, las bases de las futuras convocatorias pueden valorar la antigüedad en la Administración Pública, aunque no tenga nada que ver con el puesto de trabajo a desempeñar, y sin embargo, no contemplar ningún mecanismo de valoración de la experiencia adquirida fuera de la Administración y que pueda estar re-

²² SSTC 42/1981, de 22 de diciembre.

lacionada con las funciones propias del puesto de trabajo objeto de la convocatoria.

También en este sentido habría resultado conveniente vincular la antigüedad susceptible de valoración a la categoría o al grupo profesional correspondiente al puesto de trabajo sobre el que versa el proceso selectivo. No hay que olvidar que la valoración de la antigüedad se justifica en la presunción de que el tiempo de servicios prestados acredita una experiencia que en el fondo es lo que se considera positivo.

En fin, todas estas consideraciones ponen de relieve, una vez más, las dudas sobre la legalidad de los criterios que la Disposición Transitoria 4.^a LEBEP permite valorar como mérito. Dudas que desde siempre han acompañado a los procesos de consolidación del empleo temporal emprendidos por las Administraciones Públicas.

Comunicación a la Ponencia Temática I

JUBILACIÓN PARCIAL Y EMPLEO PÚBLICO
EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO:
REFLEXIONES DE *LEGE FERENDA*

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO

Doctor en Derecho
PTEU de la Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. JUBILACIÓN PARCIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—III. LA JUBILACIÓN MEDIANTE EL SISTEMA DE CLASES PASIVAS.—IV. REFLEXIONES SOBRE UNA PROPUESTA DE INTEGRACIÓN. 1. La naturaleza de la jubilación parcial y su posible reflejo en el círculo del empleo público. 2. La variable económica y su influencia en la institucionalización de la figura. 3. En torno al régimen jurídico de la jubilación parcial.—V. EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

La cobertura que nuestro sistema de Seguridad Social dispensa frente a la contingencia que representa la vejez del trabajador —si pensamos exclusivamente en el nivel contributivo— tiene un firme reflejo formal en el dictado de garantía a favor de la suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad —interpretación obviamente extensiva en cuanto al elemento subjetivo concierne al no poder quedar restringida en su consagración originaria al protagonista de una actividad productiva por cuenta ajena— sin embargo, no cuenta con una clara exégesis respecto a la naturaleza y por tanto objetivo último que de la misma ha de ser predicable, reflexión ésta largamente inducida por la doctrina especializada y corroborada por los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional ¹.

Sin perjuicio de argumentaciones más amplias en páginas posteriores, valga anticipar que junto a la duda por naturaleza de esta prestación consistente en dilucidar si apoya una tutela económica sustitutiva de las rentas salariales de quien cesa en su vida laboral activa o si por el contrario habilita un premio material a favor de aquellos trabajadores que han cumplimentado una dilatada carrera laboral y, por ende, de financiación en términos de cotización al sistema de Seguridad Social, se añade ahora al juego la controversia que representa el hallar el verdadero espíritu de la jubilación parcial, pues aunque inicialmente debiera ponerse el acento en una promoción del anticipo de la edad de cese por parte de los trabajadores de más edad al objeto, al menos, de ir graduando su progresivo acercamiento al cese laboral y, de paso, un rejuvenecimiento del propio sector de trabajadores, resulta que no cabe perder de vista la política activa de fomento del empleo en la que se ha de representar el consiguiente incremento mediante la suscripción de contratos de relevo, ello eso sí

¹ A modo de referencia, en tanto una de las más recientes, la STC 78/2004.

pensando en la modalidad clásica de jubilación parcial y no tanto en la flexible (sesenta y cinco años de edad en adelante)² pues ahí no es necesario el complementario contrato en cuestión.

Pues bien, la guinda en el pastel llega cuando tratamos de vincular estos parámetros interpretativos que han de informar la operatividad de la jubilación parcial en el ámbito de la tutela mediante el sistema de Clases Pasivas que cubre, entre otros, a los funcionarios de la Administración Civil del Estado³, y es que aunque hay una base común respecto a los sujetos cuya relación se constituye y formaliza en el Régimen General de la Seguridad Social —por todas, el desarrollo de una actividad productiva por cuenta ajena que condiciona a un trámite de cotización en términos de financiación pública y solidaria en tanto uno de los más longevos presupuestos del Estado del bienestar— no resulta menos cierto el advertir serias dudas respecto a otros presupuestos operativos que impedirían o al menos dificultarían seriamente la viabilidad de tal práctica en el marco del empleo público.

Así las cosas y tras una breve presentación en términos de síntesis de la actual regulación de la jubilación parcial en el marco del RGSS y de la cobertura frente a vejez en el sistema de haberes pasivos⁴, el objetivo que me propongo lograr mediante la presente investigación se apoya en tres grandes presupuestos: primero, examen de la naturaleza dogmática de la cobertura por jubilación en ambos regímenes públicos de tutela al objeto de comprobar una mínima identidad de directrices que haga factible la operatividad común de la premisa objeto de análisis; segundo, la influencia de la variable económica en el Régimen Especial de Funcionarios, pues es de sobra conocido que la jubilación parcial surge en época de crisis de la política de empleo además de factor correlativo del sustento de las arcas públicas por déficit de cotización y amplio contrapeso en la cuantía de las actuales pensiones de

² Vid., artículo 166.1 LGSS (nueva redacción según art. 4.UNO de la Ley 40/2007).

³ Sobre la importancia de saber diferenciar la tipología de funcionarios e incluso, antes, la correcta interpretación del término funcionario, vid. DOLZ LAGO, M. J.: «La jubilación de los funcionarios públicos en España», en *Revista de la Seguridad Social*, 1982, 16, pp. 259-261, así como CALVO RAMÍREZ, C.: «Régimen de Clases Pasivas de los funcionarios del Estado», en *Revista de la Seguridad Social*, 1988, 37, pp. 119-122.

⁴ A menudo se emplea diferente terminología para hacer referencia a la tutela en este marco de protección social (clases pasivas, derechos pasivos, haberes pasivos). Hasta cierto punto, todos tienen un denominador común basado en la propia génesis del sistema de cobertura a modo de «sueldo diferido del funcionario» en tanto, y pensando en el ámbito de la jubilación, lo que el funcionario cobra en activo no sirve para cubrir su vejez. Para un estudio más detenido, vid., ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación MAPFRE, 1988, p. 10. Esta circunstancia implica además para otros autores una situación de privilegio para los funcionarios respecto al trabajador privado; a modo de ejemplo, DOLZ LAGO, M. J.: *La jubilación de los funcionarios públicos en España*, p. 256.

jubilación; finalmente y en tercer lugar, análisis de los requisitos jurídicos que habilitan la jubilación parcial en el RGSS para comprobar en qué medida, con lógicas adaptaciones, puede ser extrapolada su funcionalidad al empleo público.

A buen seguro, de este estudio no podrán derivarse conclusiones absolutas, de hecho cabe recordar que nos encontramos en un trámite de *lege ferenda*, no obstante si confío en la posibilidad de ser capaz de afirmar si se trata de un mero intento por evitar discriminaciones entre modos de empleo productivo o si verdaderamente late en el trasfondo el origen teórico y empírico de una novedosa propuesta legislativa que ha de redundar, en el futuro y a su manera, a favor de la economía de mercado que se enarbola como uno de los grandes pilares de nuestra Constitución Económica.

II. JUBILACIÓN PARCIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como es de sobra conocido a estas alturas y sin necesidad de entrar por ello, de momento, al detalle en su régimen jurídico, la jubilación parcial admite dos modalidades dependiendo de la edad del potencial beneficiario: en primer lugar, la que podría considerarse como exponente clásico y que exige no haber cumplido la edad ordinaria de jubilación y, en segundo término, la flexible, que postula como requisito inexcusable el haber llegado a tal edad⁵. Pues bien, conforme a la regulación de reforma arbitrada por la Ley 40/2007 de Medidas de Seguridad Social, el arquetipo jurídico resultante de esta prerrogativa podría sistematizarse del siguiente modo:

En lo que concierne al supuesto típico de jubilación parcial, podrán optar al beneficio de la misma los trabajadores a tiempo completo que cumplan, básicamente, cuatro requisitos: encontrarse en la horquilla entre los sesenta y un y sesenta y cuatro años de edad⁶, acreditar un periodo de cotización de treinta años reales, justificar una antigüedad

⁵ La doctrina no es unánime respecto a los contornos de esta figura; así, mientras que para algunos sólo es jubilación parcial la que exige como «condición específica» un contrato de relevo (*vid.*, SALINAS MORA, F.: «Jubilación parcial», en *Justicia Laboral*, 2000, 3, p. 10) otros aportan un criterio más flexible para incluir también la modalidad flexible, que convierte en «facultativo» al contrato de relevo (*vid.*, GARCÍA TRASCASAS, A.: «Promoción de la vida laboral y reparto del empleo: la jubilación parcial y el eventual contrato de relevo», en *Revista de Derecho Social*, 2004, 27, pp. 100-102).

⁶ Como régimen excepcional, quienes ostenten la condición de mutualista, a 1 de enero de 1967, podrán seguir optando a esta pauta desde los sesenta años de edad [interpretación sistemática del art. 166.2.a) LGSS y Disposición Transitoria tercera de idéntico texto normativo].

mínima en la empresa de seis años inmediatamente anteriores a la solicitud y pactar una reducción de la jornada laboral de entre 25-75 por 100, siguiendo como patrón de referencia la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. En síntesis, se incrementa la dureza cuantitativa y cualitativa en el filtro de posibles beneficiarios, pues cuando antes sólo era requisito la edad —inferior en un máximo de cinco años a la legal— ahora tal límite asciende, como regla general, a los sesenta y un años de edad, además de añadirse otros presupuestos *ex novo* que completan un ideal desincentivador de esta opción de jubilación, concordante por otra parte con la novedosa política de fomento en la vida laboral activa.

Por lo que atiene al complementario —si bien consustancial⁷— contrato de relevo, la nueva referencia normativa del artículo 12.7 ET⁸ enmarca una declaración de intenciones claramente favorecedora de su operatividad aun a riesgo de incurrir en claro contraste respecto a lo recién comentado sobre su genéticamente interdependiente jubilación parcial⁹, y es que manteniendo la amplitud en sus opciones legales —trabajadores desempleados o ya contratados temporalmente, duración indefinida o limitada, jornada completa o a tiempo parcial y promoción convencional, principalmente— se unen ahora otros dictados legales que suponen un claro empuje a favor de corriente como son la preceptiva duración indefinida y jornada a tiempo completo en el caso quizá excepcional, si juzgamos la ubicación formal de tal opción legal, de que la reducción de jornada del trabajador sustituido se eleve hasta el 85 por 100 o la regla sustitutiva para la interpretación sobre la equivalencia en los puestos de trabajo y que atiende a la correspondencia en las bases de cotización.

En lo que respecta a la modalidad de jubilación flexible, la mayor severidad en el acceso a la misma queda materializada en la exigibilidad de unos límites mínimo y máximo respecto a la reducción de jornada (25-75 por 100, respectivamente) cuando antes no se imponía ningún tope en este sentido ya que tal limitación quedaba constreñida al espacio del artículo 166.2 LGSS y que en el caso de ser aplicable, aunque sólo fuese como referencia paralela, admitía un máximo como pauta general del 85 por 100.

⁷ Vid. PANIZO ROBLES, J. A.: «Un nuevo paso en la jubilación flexible (La nueva regulación de la jubilación parcial y el contrato de relevo)», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros)*, 2001, 223, p. 85.

⁸ Novedosa versión según Disposición Adicional vigésimo novena de la Ley 40/2007.

⁹ En terminología de SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: «Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999, 18, p. 196.

A modo de reflexión final, parece advertirse una tendencia contradictoria en los intereses del legislador respecto a esta figura que casa perfectamente con mis inquietudes en torno al verdadero espíritu de la misma y que ya tuve la ocasión de anticipar en la introducción; se desincentiva la jubilación parcial, como mecanismo al fin y al cabo de jubilación anticipada, en aras de fomentar la prolongación de la vida laboral, sin embargo, se trata de hacer más sugerente el contrato de relevo acaso pensando en el fomento de la política activa de empleo, por tanto de los cotizantes y por tanto de las arcas del sistema, olvidando no obstante que la suscripción del mismo requiere de la activación previa de los trámites conducentes a una jubilación parcial.

III. LA JUBILACIÓN MEDIANTE EL SISTEMA DE CLASES PASIVAS

Como expresamente resaltan destacados sectores de la doctrina especializada «*la persistencia del Régimen de Clases Pasivas de funcionarios tiene su fundamento en la tradición histórica de un Régimen Especial de Seguridad Social, sobre todo respecto a pensiones de jubilación o retiro y supervivencia*»¹⁰. Pues bien, actualmente la regulación protectora frente a la contingencia de vejez se contempla en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, más específicamente en su artículo 28.2, a cuyo tenor se venían habilitando las siguientes opciones de jubilación:

- Forzosa, por cumplimiento de la edad para cada caso señalada y quince años de servicios efectivos al Estado.
- Voluntaria, a partir de los sesenta años de edad y treinta de servicios efectivos.
- Por declaración de Incapacidad Permanente o inutilidad para el servicio.

Pues bien, desde la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público¹¹ y más concretamente por efecto de su artículo 67.1.d), se introduce *ex novo* la opción de jubilación parcial a favor de este elemento subjetivo, aspecto que al margen de la conveniencia y opciones de futuro respecto a su eficacia y que serán analizadas en el epígrafe

¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J. (y otros): *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 2007 (9.^a ed.), p. 417. Asimismo y para un estudio pormenorizado de la evolución histórica del sistema de pensiones de los funcionarios públicos, vid., ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, pp. 7-88.

¹¹ Ley 7/2007, de 12 de abril (BOE del 13 de abril).

siguiente, plantea por el momento y a modo de aproximación la conveniencia de analizar el dónde debe ser ubicado su fundamento dentro de la actual regulación. Sólo de este modo podremos ir asentando los cimientos formales que posteriormente habrán de facilitar un examen reflexivo sobre el fondo de la cuestión.

Hasta hace relativamente poco tiempo, la cobertura por jubilación del funcionario de la Administración Civil del Estado se apoyaba en un doble pilar:

- Sistema de Clases Pasivas (Real Decreto Legislativo 670/1987).
- Mutualismo administrativo (Real Decreto 606/1983).

A su vez, el sistema de Clases Pasivas diferencia entre la cobertura ordinaria o extraordinaria en función de si el hecho causante deriva de causas ajenas al servicio o toma partido del mismo, respectivamente.

Pues bien, la posible efectividad de una futura jubilación parcial sólo ha de tomarse en cuenta en el sistema de clases pasivas de carácter ordinario y es que, por vía de exclusión, no cabe en la prestación mutualista de tenor complementario al ser la misma derogada por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo; incluso cuando era factible la misma exigía sesenta y cinco años de edad cumplidos, lo cual coincide con el mínimo para jubilación forzosa y, lo que es más importante, para la jubilación flexible, aspecto que deja en fuera de juego el promocionado contrato de relevo. Asimismo, tampoco sería factible en el régimen de Clases Pasivas de carácter extraordinario pues al fundamentarse éste en un acto de servicio cercena la voluntad unilateral del potencial beneficiario de la misma.

Sea como fuere y a modo de conclusión de esta primera aproximación, no es fácil trabajar con estas piezas que ofrece el legislador. Existen muchos tipos de funcionarios, una legislación tremendamente diversificada al tiempo que compleja en ciertos aspectos¹² y, por si fuera poco, entra al juego una prerrogativa legal cuya naturaleza no está realmente clara. Es de sobra conocido que el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado ejerce una *vis atractiva* sobre el resto de empleados públicos, pero también que, a su vez, éste se ve imantado por el RGSS bajo una clara finalidad simplificativa tanto desde el punto de vista de las formas como de los contenidos¹³; por ello cabe preguntarse: ¿es el reco-

¹² En esta misma línea, *vid.*, ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: «La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos», en *Cuadernos Ibidem*, 1998, p. 21, así como DOLZ LAGO, M. J.: *La jubilación de los funcionarios públicos en España*, pp. 257-258.

¹³ Contrasta con esta idea de connotación jerárquica el hecho de que la protección social de los funcionarios esté en el origen remoto de la Seguridad Social ya que, y espe-

nocimiento de la jubilación parcial para los empleados públicos un nuevo exponente por parte del legislador para aproximar más el régimen de cobertura de éstos al de los trabajadores sometidos a legislación laboral ordinaria o se trata, por el contrario, de una mera apuesta formal por evitar nuevos atentados al artículo 14 CE? Llega el momento de entrar en el fondo de la cuestión.

IV. REFLEXIONES SOBRE UNA PROPUESTA DE INTEGRACIÓN

1. La naturaleza de la jubilación parcial y su posible reflejo en el círculo del empleo público

Como ya ha sido presentado con anterioridad, la jubilación parcial puede canalizarse a través de una doble vía: en primer lugar, el que cabría considerar como exponente clásico y que se materializa de manera combinada con el contrato de relevo antes de los sesenta y cinco años de edad del potencial beneficiario de la misma, y en segundo término la modalidad flexible para cuando se ha superado dicha edad, circunstancia que habilita este particular cese sin la obligatoriedad de tener que recurrir al mencionado contrato de relevo. La pregunta, llegados a este punto, sería la siguiente: ¿tienen sendas opciones la misma naturaleza postulando, en consecuencia, idénticos objetivos?

En mi opinión, sólo parcialmente. Ambas ofertan como denominador común la esencia intermedia entre lo que por una parte es un anticipo en el momento de cese laboral que favorece la progresiva jubilación absoluta de quien por ahora es tan sólo un jubilado parcial y, de otro lado, el estímulo en la posible prolongación de la vida profesional activa de ese todavía trabajador que quizá no se detenga al llegar la edad legal de jubilación pues frente al cansancio del camino opera como contrapeso el estímulo de unas mejores condiciones de tiempo para ejecutar su actividad profesional. Ciertamente es que dependiendo de cuál sea el platillo de la balanza en el que el trabajador esté dispuesto a depositar más peso, hacia un lado u otro habrá de derivar esa esencia intermedia que opera como presupuesto básico de la jubilación parcial, no obstante y de entrada, tanto el posible anticipo como la hipotética prolongación de la carrera laboral del trabajador tienen cierto sentido en la exégesis finalista de la jubilación parcial.

cíficamente en lo que concierne a la jubilación, las «Pensiones del Tesoro» (1862) para funcionarios son previas al «Retiro Obrero» (1919) para los trabajadores. *Vid.*, DOLZ LAGO, M. J.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 202-203.

Ahora bien, junto a estos dos pilares justificantes de la opción legal objeto de estudio, aún es necesario hacer mención a un tercero que, eso sí, queda limitado en su régimen funcional al modelo de jubilación parcial típico; me refiero al objetivo de fomento de la política activa de empleo a conseguir mediante la contratación de trabajadores relevistas y es que, a través de una interpretación básica, se comprueba que en una determinada práctica laboral ahora hay dos trabajadores cuando antes sólo había uno, lo cual favorece, entre otros factores, el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes y que ese concreto puesto de trabajo no quede temporalmente desierto cuando se produzca el cese definitivo del jubilado parcial, con todo lo que ello supone a efectos de actividad productiva y financiación del sistema de Seguridad Social. Éste es, vuelvo a insistir, el principal argumento que para destacados sectores doctrinales justifica la legalización de la jubilación parcial ¹⁴.

En resumen, tres grandes postulados pueden hallarse en la naturaleza de la jubilación parcial: anticipo en la edad de jubilación, prolongación de la vida laboral y fomento de la política de contratación. Así las cosas y se mire por donde se mire, algo de positivo siempre cabrá encontrar en el espíritu de esta figura; pero, ¿qué ha de redundar si trasladamos esta pauta al espacio del empleo público que personifican, a los efectos de este estudio, los funcionarios civiles del Estado?

Atendiendo al empleo público, el cometido del fomento del empleo no tiene tanta o cuando menos idéntica trascendencia que en el ámbito del trabajo sometido a legislación laboral ya que en el mismo no cabe hablar de desempleo forzoso, que es uno de los principales ingredientes de las crisis económicas que pueden habilitar, llegado el caso, la promoción de la jubilación parcial. Huelga por tanto en la función pública hacer referencia a la política de colocación como mecanismo de lucha frente a la dimensión pasiva de la propia política de empleo que enmarca la tutela frente al desempleo por pérdida de la actividad, ya que ello no converge nunca sobre el funcionario público excepto causa de sanción por incumplimientos legales en su *praxis*; en otros términos, se puede hablar de fomento del empleo en el ámbito de la función pública pero materializado en otras vías de actuación que no sean la excepcional de la jubilación parcial, peculiar en tanto suele quedar limitada a situaciones extremas (crisis económicas) y por tanto bajo una suerte de subsidiariedad jerárquica respecto a otras medidas de promoción de la ocupabilidad que tienen un carácter más básico y directo ¹⁵.

¹⁴ Por el contrario, hay otros representantes de la doctrina que se muestran especialmente críticos, desconfiando, por ende, del logro de tal cometido. *Vid.*, a este respecto, SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada*, pp. 196-291.

¹⁵ En similar línea interpretativa respecto a los presupuestos fundamentales objeto de análisis, *vid.*, VICENTE PALACIO, A.: «Jubilación especial a los sesenta y cuatro años y con-

Respecto a la posible meta de incentivar la prolongación de la vida laboral del funcionario en cuestión, advierto de igual modo una contramedida importante cual es el establecimiento de una jubilación forzosa, automática por tanto, en base al cumplimiento como regla general de los sesenta y cinco años de edad o setenta en determinadas situaciones legalmente habilitadas. El sentido y fundamento de mi reflexión tiene un fácil acomodo en términos interrogativos: ¿qué sentido tiene una medida incentivadora de la carrera profesional en los términos en que lo permite la jubilación parcial sabiendo que prácticamente a la vuelta de la esquina, si bien tomando en consideración cada tesitura *ad hoc*, hay un tope legal a la extensión vital de la misma? Como cláusula de partida a seguir, el periodo de disfrute de la jubilación parcial en concepto de obtención de unas supuestas ventajas adicionales, se habrá de mover en una horquilla temporal en términos de edad del funcionario que pocos frutos le habrá de repercutir, siendo de este modo y en consecuencia poco seductor en cuanto al recurso a la misma ¹⁶.

Finalmente y en lo que concierne al último de los tres posibles presupuestos citados para la jubilación parcial cual es el relativo al anticipo en la edad de jubilación, concretamente a partir de los sesenta y un años en aplicación de los actuales dictados legales, creo que en su más pura esencia queda también en fuera de juego si tenemos en cuenta la opción de jubilación voluntaria que los funcionarios ostentan desde los sesenta años, la cual mejora como es fácilmente comprobable en un año el cometido que en última instancia y con carácter general se postula.

Por tanto y a falta de un desarrollo legislativo acorde a la peculiar tesitura de los funcionarios civiles del Estado, por el momento se me antoja muy complicada una simple transposición de la figura de la jubilación parcial, pues de su naturaleza tan sólo sería extraíble a día de hoy una acometida por flexibilizar y graduar el cese definitivo en la actividad pública del sujeto, esto es, una propuesta de acción más formal que de contenidos ¹⁷, lo cual no ha de ser suficiente para su juridificación institucional en la Administración Civil del Estado pues redundaría en una simple acción *de facto* que no *de iure* en el abordaje de tan delicada cuestión.

trato de sustitución del trabajador jubilado anticipadamente (comentario a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de febrero de 2000; AS 2000-1945)», en *Aranzadi Social*, 2000-II, pp. 3107-3108.

¹⁶ «El tema de la edad de jubilación ha sido siempre especialmente polémico a la vez que diferente y cambiante según los distintos momentos históricos» (E. SCOBAR JIMÉNEZ, J.: *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, p. 71).

¹⁷ En similar línea interpretativa de tenor negativo respecto a esta finalidad, *vid.*, SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada*, pp. 201-204.

2. La variable económica y su influencia en la institucionalización de la figura

La original y genérica llamada a favor de un estudio concreto sobre las modalidades de jubilación anticipada en el ámbito de la función pública que consagra la Disposición Adicional sexta del Estatuto Básico del Empleado Público, aparece ya más condicionada por los dictados de las disposiciones adicionales séptima y octava de la Ley 40/2007 de Medidas de Seguridad Social, y ello tomando como referencia la vertiente economicista que aparece materializada en una doble dimensión temporal: la tesitura actual en orden al sustento de las arcas del sistema y, en segundo término, la viabilidad futura en torno a su progreso gracias a los efectos positivos que cabe esperar de la prolongación de la vida profesional de los funcionarios —para el caso que nos ocupa— y que básicamente se han de materializar en un mantenimiento del cúmulo de cotizantes así como, por ende, un retraso en el acceso a la pensión correspondiente. La pregunta es: ¿resulta económicamente viable la jubilación parcial en el ámbito de la función pública? Parece apropiado un estudio estadístico y comparativo sobre los presupuestos que comporta la jubilación tanto en el sistema institucional de la Seguridad Social como en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado durante el 2007, tomando por tanto como referencia de cierre los datos actualizados a enero de 2008.

En lo que concierne al sistema institucional, los datos que me parece más relevante destacar son los siguientes ¹⁸:

- Del total de pensiones vigentes en 2007, esto es, 8.273.940 que se materializan en un importe medio a percibir de 673,69 euros, sólo las de jubilación representan casi el 60 por 100 del total de las mismas —4.863.260— que, no obstante, posibilitan una asignación económica media de 760 euros, un 11 por 100 más en consecuencia que el importe medio del total de pensiones con carácter general.
- Si estrechamos el círculo de los parámetros estadísticos, sólo en el RGSS se puede observar un paralelismo respecto al grado intermedio de influencia tanto en el número total de pensiones —4.745.560 que representan un 57 por 100 del total— como en lo que atiende a las específicas de jubilación —2.686.480 que en igual medida equivale a un 57 por 100 del conjunto de pensiones por vejez en el sistema institucional al completo— sin embargo, sí es apreciable un notable incremento en el importe de las cuan-

¹⁸ Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (www.mtas.es) e Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es).

tías medias pues queda fijado en 807,66 euros el referente al total de pensiones en el RGSS —un 17 por 100 más alto— y en 953,58 euros el relativo a la específica de jubilación —un 15 por 100 por encima de la media del total de pensiones correspondientes al RGSS y, a su vez, un 20 por 100 sobre la cuantía de la jubilación en el entero sistema institucional—.

- Finalmente destacar el pobre dato estadístico, esta vez referido al 2006, del número de contratos de relevo suscritos y que queda oficialmente tasado en 30.206 ¹⁹. Este dato, interpretado sistemáticamente con el referente al total de jubilaciones suscritas en dicha anualidad a efectos de verificar la realidad empírica de la jubilación parcial clásica, representa un paupérrimo exponente del 0,7 por 100 del total de jubilaciones, un dato que si bien jurídicamente pone en entredicho los efectos positivos que con la misma cabe esperar, desde un punto de vista estrictamente económico ofrece aún un notorio margen de juego pensando en un futuro a corto y medio plazo.

Por lo que hace referencia a la particular regulación de los funcionarios civiles del Estado, los datos oficiales ²⁰ arrojan la lectura que del total de pensiones en Clases Pasivas con efectos enero de 2008, esto es, 593.074, las concedidas a funcionarios civiles, ya sea de legislación antigua o nueva, representan un 32 por 100 del total, es decir, 190.505; a su vez, y por lo que al importe de las mismas concierne, del total del presupuesto de Clases Pasivas cifrado en 670.921.446,18 euros —1131,26 euros de media— corresponden a jubilaciones civiles 342.235.535,11 euros —1794,46 euros de media, un 37 por 100 más alto en consecuencia— esto es, el 51 por 100 del presupuesto total ²¹.

Por todo lo dicho hasta el momento parece regla a seguir que, tanto en el sistema institucional como en el Régimen Especial de Funcionarios, el mayor número de prestaciones así como el superior presupuesto para la sostenibilidad económica de las asignaciones de los beneficios corresponde a la prestación de jubilación, con lo que ello conlleva de cara al ámbito privado que a tal respecto identifican las aportaciones

¹⁹ En términos porcentuales, supone que del total de trabajadores a nivel nacional de entre cincuenta y sesenta y nueve años de edad tan sólo un 20 por 100 de los mismos redujo su jornada laboral mediante el recurso a un sistema de jubilación flexible o gradual (Fuente: Instituto Nacional de Estadística).

²⁰ Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda (www.minhac.es).

²¹ Es importante destacar, en consecuencia, que en el ámbito de los funcionarios civiles prácticamente todos los mecanismos de tutela que conforman su protección social son pensiones, y entre ellas, como la más importante, la jubilación. En esta idea cabe justificar la notoriedad en términos cuantitativos de la misma dentro del presupuesto total del Sistema de Clases Pasivas. *Vid.*, a este respecto, ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, pp. 7 y 108.

en forma de cotización de las diferentes partes implicadas; ahora bien, la cuestión llegados a este punto habría de ser: ¿cómo afecta al Estado, más específicamente a su colaboración en orden a la legalmente denominada sostenibilidad de los sistemas de protección social?

Amparándonos para este cometido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007 y fijando la atención en los créditos concedidos para hacer frente a las diversas políticas sociales, ya sea por agrupación de las mismas o mediante la referencia a programas individualizados²², se observa que, en el sistema institucional, para hacer frente a los 3.696.077.600 euros que comportan las actuales pensiones de jubilación, el Estado presupuesta 80.263.146,85 euros que representa el 2,1 por 100 del total; por su parte y pensando en el Régimen de Clases Pasivas, del total requerido para hacer frente a las asignaciones de los jubilados civiles que asciende a 342.235.535,11 euros, el Estado aporta 8.225.550,98 euros, equivalente, en términos aproximativos, a un 2,4 por 100 del montante íntegro.

A modo de conclusión, si ya en el ámbito del sistema institucional el juego de la jubilación parcial aún ofrece mucho margen de maniobra debido a la baja aportación pública y a la baja también aportación privativa en forma de cotización como consecuencia del escaso número de contratos de relevo y, por ende, de jubilaciones parciales acontecidas, más claros parecen aún, insisto, aunque sólo sea desde un punto de vista estrictamente económico, los buenos augurios que cabe esperar de la jubilación parcial anticipada en el más estrecho círculo de los funcionarios civiles del Estado, puesto que proporcionalmente hay menos pensionistas, inferior cotización y, en la misma línea, aportación pública del Estado, si bien esta última condicionada sólo en términos proporcionales y comparativos de cuantía final puramente material que no de calidad de la misma en tanto en cuanto su listón es superior, como con anterioridad se hizo constar.

3. En torno al régimen jurídico de la jubilación parcial

El objetivo de este último apartado en la investigación, es el de reflexionar con cierto detalle sobre los presupuestos que informan el régimen jurídico de la jubilación parcial y que, por tanto, condicionan las opciones de cara a su acceso por parte de un potencial beneficiario, pues ello, una vez trasladado al ámbito de la función pública y aun siendo conocedores de las preceptivas singularidades incluso normativas

²² Artículo 2.UNO y Anexo I, respectivamente, de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre (BOE del 29 de diciembre).

que ello ha de comportar, debe ofrecer carta de naturaleza a una reflexión *ex ante* sobre las opciones de éxito de esta singular figura respecto a los funcionarios civiles del Estado.

De entrada y recordando de este modo la esencia de lo que supone una jubilación parcial, nos hallamos ante una suerte de relación tripartita²³ en la que, junto a la figura del empresario, aparecen conectados dos trabajadores: uno, el sustituido (jubilado parcial) y otro el sustituto (relevista). Merece la pena, así las cosas, un estudio individualizado de ambos trabajadores en cuanto a los requisitos que deben cumplir para el beneficio de la prerrogativa objeto de análisis.

En lo que concierne en primer lugar al trabajador sustituido, para poder hablar de jubilación parcial se requiere lo siguiente:

- Tener cumplidos, como regla general, los sesenta y un años de edad.
- Periodo mínimo de cotización de treinta años reales, es decir, sin contar la parte proporcional de las pagas extras.
- Antigüedad mínima en la empresa de los seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial.
- Reducción de la jornada de trabajo, como regla general, entre un 25-75 por 100.

Como ya he destacado en reflexiones previas de este trabajo, con la reforma al respecto arbitrada por la Ley 40/2007 se endurece el régimen jurídico y por tanto se limitan las opciones de acceso a esta modalidad de tutela²⁴, no obstante, en este preciso instante el cometido es aplicar esta plantilla sobre el círculo de posibles beneficiarios en la función pública y comprobar con ello si existe una mínima identidad que permita albergar esperanzas sobre la viabilidad de esta propuesta.

En mi opinión, ninguno de estos presupuestos conlleva un grave trastorno en su aplicación paralela al ámbito de la función pública. En materia de edad, los funcionarios pueden acceder a la jubilación desde los sesenta años de edad si pensamos en una jubilación voluntaria; el periodo de carencia de treinta años coincide con el de servicios efecti-

²³ En similar línea interpretativa, *vid.*, SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: *Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada*, p. 196.

²⁴ Realmente parece que se vuelve a los orígenes de la institución, esto es, a su plasmación inicial con la Ley 32/1984, que arbitra un régimen jurídico revestido de una severa rigidez que, según ciertos autores, operaba como factor de desaliento en cuanto al recurso a la misma para sendos protagonistas de la relación productiva. En esta línea, *vid.*, PANIZO ROBLES, J. A.: *Un nuevo paso en la jubilación flexible (La nueva regulación de la jubilación parcial y el contrato de relevo)*, pp. 85-86.

vos al Estado con la mira puesta en idéntica modalidad de acceso a la cobertura; la antigüedad, sea de los años que sea, es más fácil de lograr en la función pública gracias a la estabilidad que comporta el vínculo administrativo; finalmente y respecto a la reducción de la jornada, también es factible hablar de un trabajo a tiempo parcial. En consecuencia y desde la singular perspectiva del trabajador sustituido, la jubilación parcial del funcionario es permisible y debe ser promocionable en aras sobre todo de una estabilidad en su puesto de trabajo que posibilite un continuismo en la cotización en tanto en cuanto se flexibiliza y gradúa su retiro profesional, en vez de optar por la más radical jubilación anticipada de carácter voluntario.

Por lo que respecta, en segundo lugar, al trabajador sustituto, la interpretación sistemática del artículo 12.7 ET y el artículo 166.2.e) y f) LGSS exige cuatro grandes reglas condicionantes para un contrato de relevo:

- Su titular habrá de ser un desempleado o contratado temporal de la propia empresa.
- Identidad en los puestos de trabajo —total o similar respecto al grupo/categoría equivalente— en su caso, paralelismo respecto a las bases de cotización [correspondencia con el art. 12.6.e) LGSS].
- Duración indefinida, también temporal al menos hasta alcanzar los sesenta y cinco años de edad el jubilado parcial. No obstante, puede ser prorrogado si éste decide a su vez prolongar su vida laboral [correspondencia con el art. 166.2.f) LGSS].
- La jornada puede ser a tiempo completo o parcial, mínimo en equivalencia a la reducción de jornada del trabajador sustituido.

Si trasladamos este planteamiento de régimen jurídico a la función pública, no hay grandes trabas para la viabilidad de esta figura ya que, a pesar de la dispersión normativa que caracteriza a la misma, lo cierto es que no hay prohibición de cualquiera de estas reglas, es decir, en la función pública cabe el recurso a la contratación temporal estructural —no sin controversias— mediante las figuras del contrato eventual y de interinidad o, en igual medida, cabe hablar de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial acaso como dos de los exponentes más claros de lo que pretendo justificar. Ahora bien, no es menos cierto que sí habría que llevar a cabo necesarios trámites de adaptabilidad pues si se piensa, por ejemplo, en una posible equivalencia en bases de cotización, pudiera darse el caso de que mientras el funcionario parcialmente jubilado cotiza mediante clases pasivas, su sustituto cotice al RGSS en base a su condición de interino; en igual medida, sería deseable una adaptación respecto a la edad del jubilado pues la misma encuentra un límite má-

ximo —jubilación forzosa— en la función pública que no es aplicable —salvo conocidos y controvertidos casos excepcionales— para el ámbito de influencia del RGSS.

V. EPÍLOGO

Aun siendo una constante a lo largo de la historia los intentos por fusionar entre sí los diferentes Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos y a su vez, en última instancia, el finalmente resultante respecto al RGSS, es lo cierto que en la actualidad pervive una segmentación de los dos más importantes —RGSS y Régimen Especial de Funcionarios Civiles— debido, entre otros factores de mayor o menor calado, a las particularidades diferenciales que en materia de jubilación acreditan ambos Regímenes²⁵; es por ello que merece la pena estudiar con detalle las opciones de éxito que presenta una modalidad como la jubilación parcial en el, hasta hace relativamente poco tiempo exceptuado para la misma, círculo de la función pública.

La primera gran referencia normativa en esta declaración de intenciones, se refleja en el artículo 67.1.d) y Disposición Adicional sexta del Estatuto Básico del Empleado Público juridificado en 2007; *a posteriori* y como una clara ratificación de esta originaria propuesta, se subraya este compromiso gubernamental en pro de un desarrollo legislativo de la materia en las disposiciones adicionales séptima y octava de la Ley 40/2007 de Medidas de Seguridad Social, bien que con distinta expresividad formal aunque idéntico espíritu finalista. A día de hoy, no hay todavía una construcción jurídica sobre esta hipotética prerrogativa legal, sin embargo, ello no excluye el que ya desde este preciso instante —quizá con más mérito, por ende— podamos sentar una reflexión sobre la viabilidad futura de la misma.

En mi opinión, sí ha de ser factible la efectividad de la jubilación parcial en el ámbito de la Administración Civil del Estado. Primero porque, jurídicamente, la construcción legal que conforma el hecho causante y el elemento subjetivo de la jubilación parcial en el sistema institucional de la Seguridad Social es trasladable, con lógicas adaptaciones, al círculo de los funcionarios civiles, esto es, no hay propuestas que directamente choquen y que por tanto impidan la dogmática de tal figura respecto al elemento subjetivo en última instancia citado. Segundo, porque desde la

²⁵ Hay autores que se muestran especialmente críticos con esta disyuntiva y que, por tanto, abogan decididamente por superar el anacrónico modelo regulador de la jubilación funcional y poder dar el salto a un sistema de Seguridad Social moderno y absolutamente universal. *Vid.*, DOLZ LAGO, M. J.: *La jubilación de los funcionarios públicos en España*, pp. 257-258.

perspectiva económica su habilitación no ha de ser en modo alguno traumática para los diversos sujetos potencialmente beneficiarios, téngase en cuenta que el número de pensionistas es muy inferior al sistema de Seguridad Social, los funcionarios tienen por término medio cuotas más altas de cotización y suelen mantenerse durante más tiempo en el desarrollo de su actividad profesional; si a esto le añadimos, finalmente, la inferior en términos cuantitativos globales aportación pública a la financiación del sistema de Clases Pasivas que permitiría llegado el caso un pequeño incremento sin que el sistema apenas se resintiera, está clara la prosperidad económica de la figura. Tercero, porque desde el punto de vista de la naturaleza y objetivos de la jubilación parcial, aun siendo la perspectiva menos aconsejable para la justificación de la misma en la función pública, si acomoda como mal menor, al menos suficiente, la opción para el funcionario de jubilarse gradualmente en vez de manera radical y absoluta, lo cual supone, cierto es, perder unas cuantías de cotización que pudieran ayudar en el cómputo final de las prestaciones —algo escasamente relevante en Clases Pasivas, como se sabe— pero sobre todo ganar en madurez y estabilidad psíquica ante la siempre difícil papeleta que supone el dejar de hacer aquello que durante tanto tiempo ha ofrecido sentido a la vida de un ser humano.

Así las cosas y en conclusión, respondiendo a la cuestión por mi propia parte planteada al finalizar la introducción de este trabajo, creo que no nos encontramos ante una medida electoralista, de finalidad claramente formal pero hueca de contenido, sino más bien ante una propuesta con razón de ser fundada en firmes dictados jurídicos y sociológicos, pues si los funcionarios civiles también son al fin y al cabo trabajadores por cuenta ajena, por qué no han de gozar de los beneficios de un anticipo transitorio hacia su retiro, máxime cuanto tanto el Derecho como la Economía así lo permiten. Abogo en consecuencia por los buenos augurios de esta iniciativa al tiempo que anhelo una solvente regulación de la misma por el legislador, pues de ello depende en gran medida el éxito o fracaso de las instituciones jurídico-sociales.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA REPARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS EN LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA

JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

I. LEGALIDAD *VERSUS* IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD: LA ETERNA SOLUCIÓN JUDICIAL DEL JUSTO EQUILIBRIO.—II. LA CONCILIACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA.

I. LEGALIDAD *VERSUS* IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD: LA ETERNA SOLUCIÓN JUDICIAL DEL JUSTO EQUILIBRIO

Desde la aprobación del Texto Constitucional han sido muy variadas las soluciones jurisprudenciales a la contratación temporal irregular en la Administración Pública. Éstas han girado en torno a la ponderación de los principios constitucionales en leza que quedaban vulnerados con la perpetuación en el tiempo del trabajador que había sido contratado, en principio, por una duración determinada. La persistencia en la realización de tales cometidos suponía una burla del principio constitucional de igualdad del resto de ciudadanos para el acceso al desempeño de aquellos (art. 23.2 CE) y de los de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), cualidades éstas no demostradas por el trabajador, a pesar de continuar en la Administración, tras la pérdida del cariz de temporal el trabajo, hasta ahora desarrollado, y desde un momento determinado en que se convirtió en permanente, bien por finalización del contrato temporal o bien porque dejó de serlo porque nunca lo fue.

En este sentido, una primera corriente jurisprudencial, influida por la aprobación de la Constitución, puso especial empeño en la defensa de estos principios constitucionales vulnerados, de forma que la extinción de un contrato temporal irregular rara vez conllevaba los efectos típicos de un despido ejecutado en la esfera privada, pues la relación laboral no podía convertirse en indefinida, precisamente, porque la recta observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, impedían considerarlo indefinido en un estadio en el que el aspirante nunca se sometió a ellos como aval para perpetuarse indefinidamente en el desempeño de su trabajo ¹.

¹ En este sentido, *vid.* sentencias de 30 de mayo, 4 de junio, 9 de octubre, 28 de noviembre y 16 de diciembre de 1985 [RJ 1985/2790, RJ 1985/3342, RJ 1985/4697,

No obstante la solución arbitrada en esta etapa jurisprudencial debía tener límite, habida cuenta de que existe una auténtica colisión de intereses; por un lado, los derechos laborales del trabajador contratado por las Administraciones Públicas, protegidos por el Derecho del Trabajo y, por otro, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que se saldaban siempre con el sacrificio de los derechos laborales del trabajador, protegidos por la ley. Esta colisión de derechos no puede resolverse, de modo absoluto, a favor de estos principios, pues, en tal situación, el principio de legalidad (o de respeto a la Ley laboral) se convierte en un referente estéril frente al que debe reaccionarse² poniendo excepciones a la regla general de la no convertibilidad del contrato temporal irregular en contrato por tiempo indefinido. La reparación del principio de legalidad vulnerado en la etapa anterior vino de la mano de la STS de 7 de marzo de 1988³. Estableciéndose que el Estado y las demás entidades públicas, cuando actúan como empresarios, tienen obligación de ajustarse a las normas generales establecidas legalmente para la contratación temporal⁴. Este efecto viene impuesto por el propio principio de vinculación de la Administración a la legalidad, artículo 9.1 de la CE, que sujeta a los ciudadanos y a los poderes públicos al imperio de la Ley⁵, lo que provoca que dichas Administraciones Públicas pue-

RJ 1985/5877 y RJ 1985/6117), 21 de febrero, 24 de abril, 6 y 29 de mayo, 4, 5 y 14 de julio, 7 de octubre (dos) y 7 de noviembre de 1986 (RJ 1986/800, RJ 1986/2244, RJ 1986/2492, RJ 1986/3949, RJ 1986/3954, RJ 1986/4122, RJ 1986/5408, RJ 1986/5409 y RJ 1986/6295].

² Reacción que surge como respuesta a unos excesos inadmisibles provocados por una injustificada y desafortunada praxis administrativa que ocasiona abusos intolerables en el empleo de los mecanismos de contratación de naturaleza laboral temporal. OJEDA AVILÉS, A.: «El empleo temporal en las Administraciones públicas», en *REDA*, núm. 56, 1987, pp. 489 y 490.

³ Posicionamientos respetados y reiterados por la de 18 de julio de 1989 (RJ 1989/5873). Desde aquella sentencia la jurisprudencia se va a ajustar, en mayor medida, al concepto técnico de fraude de ley, analizándolo detenidamente: Ley eludida (art. 15.1 en cuanto a derecho a la estabilidad en el empleo), norma de cobertura de fraude (normalmente Real Decreto que regula la contratación temporal y art. 15 ET), y resultado no querido por el ordenamiento, concretado en la situación de eventualidad o inestabilidad contractual para cubrir necesidades de carácter permanente o excedido en su duración del límite legal. Descripción que, FOLGUERA CRESPO, J.: «Contratación temporal en las Administraciones públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales», en *AL*, núm. 18 de 1992, p. 339, hace del fraude de ley en la contratación temporal.

⁴ Algo que ya fue puesto de manifiesto por MONTÓYA MELGAR, A.: «La responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la legislación laboral», en *RL*, Tomo II, 1987, pp. 195, 206 y 209, antes de la meritada sentencia en el sentido de que «la Administración, cuando emplea trabajadores y se erige en parte de los correspondientes contratos laborales (...) se sitúa en condición de mero contratante en régimen de derecho privado, quedando enteramente sometido a las normas del Derecho del Trabajo».

⁵ LÓPEZ GANDÍA J.: «Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho de Trabajo en la contratación temporal en la Administración Pública», en *PJ*, núm. 3, septiembre de 1986, p. 103.

dan resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente de la relación de empleo de carácter administrativo que mantienen con sus funcionarios, por la aplicación del inciso primero del antiguo artículo 15 ET y 15.3 ⁶.

La necesaria observancia del principio de legalidad trajo como consecuencia la consideración de indefinido del contrato que, formalizado temporalmente, ni se acogía a ninguna de las fórmulas de contratación temporal reguladas en el artículo 15 ET ni a otras de tipo coyuntural, a la sazón reguladas por Real Decreto 1445/82, de 25 de junio ⁷, reformado por disposición de igual rango, 3887/82, de 29 de diciembre. Lo mismo sería predicable si se vulnera la norma en lo relativo a prórrogas del contrato temporal, infringiendo lo relativo a la duración mínima de éstas ⁸.

El Tribunal Supremo fue también taxativo en esta nueva etapa en los supuestos de superación del plazo máximo de contratación temporal, de tal manera que, si llegado al término el contrato no se denuncia, dicho contrato queda prorrogado hasta su duración máxima, y si éste carece de posibilidad de prórroga, por haber llegado a su extensión temporal máxima, o cuando jurídicamente no resulte posible por la propia esencia del contrato (el contrato de interinidad es un ejemplo, en el que concluido éste por incorporación del sustituido el contrato termina, sin paliativos ni excepciones), quedará prorrogado por tiempo indefinido, sin perjuicio de poder demostrar su naturaleza temporal ⁹.

⁶ Indefinición contractual en la Administración Pública que también es ineludible en el caso de que la contratación se efectúe verbalmente evitando la contratación escrita, como se expresó en la STS de 3 de diciembre de 1987 (RJ 8820/1987) y de 11-10-1988 (RJ 1988/7796). Así, el sometimiento de la Administración al derecho y al principio de legalidad que debe regir su actuación, no le dispensa, por tanto, del cumplimiento de la normativa laboral como cualquier otro empresario, por lo cual, en principio, le es de aplicación todo el conjunto de normas laborales, ya específicamente se refieran a la Administración expresamente, ya estén dirigidas generalmente al empresario. PÉREZ AMORÓS, F., se refiere, por ejemplo, a la importancia que puede tener la Ley 2/91 (integrada en el art. 8 ET) en materia de contratación temporal, la cual opera en el ámbito de la Administración Pública en su obra «Derechos de información sobre empleo y contratación», Bosch, 1993, p. 33. *Vid.* también LÓPEZ LÓPEZ, J.: «La contratación temporal y el fraude de ley», en *RL*, 1990, núm. 23, p. 24.

⁷ Decreto vigente en la sentencia de 9 de junio de 1988 (RJ 1988/5262) que siguió a la de 7 de marzo del mismo año en la que el Magno Tribunal se pronuncia en un tono más permisivo en favor de la indefinición contractual ante irregularidades en la contratación temporal.

⁸ Así, por ejemplo, por incumplimiento de la prórroga mínima de seis meses, en el caso del artículo 4 del antiguo Real Decreto 1989/84, en sentencia de 18 de mayo de 1988 (RJ 1988/4252).

⁹ No faltaron ejemplos en la etapa posterior a la sentencia de 7 de marzo de 1988, considerando indefinidos los contratos de trabajo, concertados en el seno de las Administraciones Públicas, que llegados a su término no son denunciados, continuando el trabajador prestando servicios. Por todas, *vid.*, STS de 11-2-1991 (RJ 1991/822), para el caso de falta de denuncia en los extintos contratos temporales de carácter coyuntural, «{(...) puesto que la denuncia, para que el contrato se extinga al final de su vigencia, es necesaria (art. 4)

La jurisprudencia no censura con esta nueva doctrina meras irregularidades en la contratación, sino que advierte de la obligación ineludible que tiene la Administración Pública, en su calidad de empresario, de atenerse a las normas que la legislación laboral establece para regir la contratación temporal en general y en el sector a que pertenece en particular¹⁰. Esta previsión tampoco se cumple si los trabajadores atienden a labores permanentes de la empresa cuando, además, la permanencia en el puesto de trabajo se rebasa sobradamente concertando cualquier modalidad de contratación temporal, tanto estructural, como coyuntural¹¹, cuestión que, en la etapa anterior, se pasaba por alto. Sin embargo, en esta nueva etapa jurisprudencial, las reticencias a una consideración indefinida en la duración del contrato van a encontrar sus excepciones en el sentido de que, *salvo supuestos de incumplimientos especialmente cualificados*, las irregularidades en que puedan incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido de un puesto de trabajo¹². Es decir, si bien la regla general sigue siendo la consideración del cometido como temporal ante prácticas contractuales, en apariencia poco ortodoxas, la excepción la constituyen los incumplimientos especialmente cualificados. La noción de supuestos especialmente cualificados

del derogado Real Decreto 1989/1984 para los supuestos regulados por el extinto contrato de fomento de empleo]. Y si cuando dicha falta de denuncia se produce cuando no se ha agotado el máximo legal de duración, la prórroga se entiende hasta dicho límite (art. 3.º 3 del mismo Real Decreto), cuando se rebasan, sin denuncia, los tres años ya referidos, la consecuencia, obviamente, no puede ser sino la conversión automática del contrato en indefinido, por su duración, aunque esto no lo previera expresamente el artículo 4.º 2 del repetido Real Decreto 1989/1984, lo cual resulta innecesario, habida cuenta que el efecto se produce por aplicación del artículo 15 ET (...)».

¹⁰ Y sin perjuicio de determinadas especialidades como la reclamación previa a la vía jurisdiccional social que consagra el artículo 69 y 70 de la LPL, cuando se trata de demandar al Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales u organismos autónomos dependientes de los mismos, así como para relaciones laborales de carácter, como exige el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, regulador de las relaciones del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares, artículos 72 y 73.

¹¹ STS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991/1875) y 27-1-1992 (RJ 1992/75).

¹² En la etapa que precedió a la sentencia de 7 de marzo de 1988, la noción de supuestos especialmente cualificados sirvió de excusa para que los Tribunales no apreciaran irregularidades en la contratación temporal, no especificando, a su vez, en qué consisten aquellos, sino que se limitan a fallar que la presunta infracción enjuiciada «no entra dentro de un supuesto especialmente cualificado» (por ejemplo, la STS de 12 de noviembre de 1986, 1986/6333).

Sin embargo, en la etapa que prosiguió a la sentencia de 7 de marzo de 1988, la jurisprudencia muestra a través de enjuiciamiento de casos concretos, y no dando una noción exacta de este concepto jurídico indeterminado, en qué consiste un supuesto especialmente cualificado y de sus efectos en la contratación temporal irregular. Así, STS de 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6874).

fue acuñada en la etapa anterior a la Sentencia de 7 de marzo de 1988 ¹³. Dicha noción se refiere a supuestos concretos que revestían la suficiente gravedad como para que la Administración sufriese plenamente los efectos de su mala actuación; se trata de actuaciones en las que la entidad de las irregularidades en que incurre la Administración o la importancia intrínseca de la norma transgredida es tal que merece una sanción apropiada. Esta sanción se concreta en la aplicación plena de las consecuencias previstas por la normativa laboral para estos supuestos, principalmente la transformación del contrato temporal en indefinido ¹⁴.

Pero esta nueva línea jurisprudencial, en cuanto retoma el concepto de incumplimientos especialmente cualificados, no pretende superar o cambiar la anterior, sino que supone una continuidad, pues en esta nueva etapa no existe una unanimidad sobre qué casos constituyen o no incumplimientos especialmente cualificados, si bien es cierto que la lista de casos reveladores de irregularidades se amplía jurisprudencialmente ¹⁵. De este modo, se tuvo meridianamente claro la recta observancia del principio de irrenunciabilidad de derechos y su plasmación en la esfera pública ante prácticas tales como la de formalizar un contrato de trabajo temporal tras la denuncia de otro concertado irregularmente. Surge así la cuestión de si el nuevo contrato convalida el anterior o es una prolongación de la duración de aquel, o si al no denunciar en tiempo y forma el anterior contrato, el trabajador al servicio de la Administración Pública debe conformarse con la nueva situación propuesta por la Administración. Como regla general, se matizó que los contratos posteriores a otros irregularmente concertados por la Administración Pública no pueden transformar tal relación en otra de carácter eventual, aunque

¹³ Noción de supuestos especialmente cualificados que se utilizó por la jurisprudencia en la etapa anterior, para indicar que los casos enjuiciados no entraban dentro de esa categoría. Dentro de la línea jurisprudencial mencionada, procede citar la STS de 21 de febrero y de 13 de noviembre de 1986 (RJ 1986/800 y 6683), 21 de febrero y 21 de diciembre de 1987 (RJ 1088 y 8988/87).

¹⁴ MARTÍN PUEBLA: «Trabajadores al servicio de la Administración: la problemática del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública», en *RL*, 1/1990, p. 101.

Por ejemplo, son supuestos especialmente cualificados prolongar el contrato más allá de su límite, dando apariencia de legalidad [STSJ de Cataluña, de 31 de diciembre de 1991 (AS 6805)]. Contratar temporalmente largos periodos sin ajustarse a ninguna modalidad de contratación temporal, en concreto ocho años [STSJ de Cataluña, de 31 de octubre de 1989 (AS 24239)]. Contratar sin efectuar precisión clara y debidamente explicitada a las disposiciones especiales que regulan la contratación temporal (STS de 13-9-1988), contrato de interinidad sin especificar la causa de la sustitución y el nombre del sustituido (en la propia sentencia de 7 de marzo de 1988).

¹⁵ En este sentido, *vid.* LANDA ZAPIRAIN, J. P. y otros en *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 46 y ss. Que mantiene que, esta nueva jurisprudencia no supone la desaparición de la anterior sino que ambas conviven en el tiempo, no habiendo, por tanto, una disparidad de criterios en torno a lo que constituye un supuesto especialmente cualificado, susceptible de convertir la relación en indefinida.

formalmente se articulen como eventuales, porque el principio de irrenunciabilidad que consagra el artículo 3.5 ET impide la válida disposición de fijeza ya alcanzada ¹⁶. Lo mismo cabe predicar para contratos que la Administración ha considerado de naturaleza temporal si la actividad objeto del contrato es normal y permanente, aun cuando con posterioridad se pretenda efectuar uno eventual ¹⁷. Tampoco prosperaría la excepción de caducidad desde que el primitivo contrato se dio por concluido, pues para la jurisprudencia tal conclusión no tuvo lugar y, por consiguiente, no ha habido inicio de cómputo de caducidad ¹⁸.

El principio de legalidad en esta nueva etapa jurisprudencial se impone a los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que la ley contiene un principio básico cual es el de irrenunciabilidad de derechos que no puede eludirse, en ningún momento, con prácticas poco ortodoxas, aún con la excusa de conculcar principios que hagan peligrar la igualdad en el acceso a cometidos públicos ¹⁹.

No obstante, aunque en esta nueva etapa el principio de legalidad suponga un freno a los excesos de la Administración y una flexibilización a la hora de estimar la existencia irregularidades ante supuestos especialmente cualificados, como no podría ser de otro modo, las meras irregularidades formales y otras prácticas, que para las relaciones de empleo privadas son claros supuestos de conversión en contrato indefinido, continúan siendo en la Administración Pública situaciones permitidas, con lo que la situación privilegiada que ostenta la Administración como empleador público se hace especialmente llamativa.

¹⁶ Así, establecer en el primitivo contrato de trabajo que se celebra «...al amparo de la legislación en vigor...», sin ninguna precisión concreta, ni siquiera indiciaria, pese a la existencia del término en el mencionado contrato con posible prórroga, implica que las partes dan vida jurídica plena a una relación laboral por tiempo indefinido, en cuanto que no se tipifica con el necesario rigor e inexcusable precisión, ninguna de las excepciones que impiden la plena eficacia de la presunción que la ley establece, en tal sentido, STS de 10 de febrero y 6 de mayo de 1987 (RJ 1987/825 y RJ 1987/3247), así como la de 13-9-88 (RJ 1988/6883).

¹⁷ Ahora bien, aunque el desempeño de cometido laboral sea de forma normal y permanente, y no se consigne en el contrato que obedece a circunstancias de la producción, acogido a la modalidad reglamentaria vigente en materia de contratación eventual de duración determinada, no determina, por sí mismo, la consideración indefinida de la duración del contrato, y menos en el caso de las Administraciones Públicas, siempre que en dicho puesto sea posible la acumulación de tareas tal y como señala la STS de 21 de junio de 1988 (RJ 1988/5442).

¹⁸ STS de 4-7-1988 (RJ 1988/5745), sentencia que corrobora lo antedicho e incide sobre la causa en la contratación temporal cuya inobservancia hace que el contrato temporal se torne indefinido.

¹⁹ GARRIDO MARTÍNEZ, L.: «Abusos en la contratación temporal y control judicial», en *AL*, Tomo II, 1991, p. 343 y ss. Defendiendo este autor a ultranza el principio de legalidad frente a cualquier otro, al establecer que dicho principio debe imponerse en este aspecto a todo contrato temporal concertado, independientemente de la calidad del empresario.

Resulta, de este modo, más defendible una situación de equilibrio entre el principio de legalidad y el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad)²⁰, de tal forma que la suscripción irregular de un contrato de trabajo temporal en el seno de la Administración pública provoque, sin paliativos, su indefinición, respetándose así el de legalidad, pero dejando al trabajador en una situación conciliadora con los aludidos principios, consagrados en los artículos 103.3 y 23.2 CE, que podría ser la de dar oportunidad, sin plazo prefijado, para que los ciudadanos que respeten tales principios puedan ocupar, con carácter permanente, el puesto de aquél. El debate abierto con la STS de 7 de marzo de 1988 consagra el respeto al principio de legalidad, sin embargo, al provocarse el mismo efecto frente a irregularidades en la contratación temporal en relación a la esfera privada, que no es otro que la perpetuación del trabajador en el desarrollo de cometidos públicos, se descuida el respeto de los principios de igualdad mérito y capacidad, por lo que se hace preciso introducir diversas matizaciones jurisprudenciales.

II. LA CONCILIACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA

Los matices aludidos consisten en reconocer el carácter indefinido del trabajador cuyo contrato temporal se ha concertado de modo irregular excluyéndose la consideración de trabajador como de «fijo de plantilla». Así se desprendió de la STS de 7 de octubre de 1996²¹, citada a su vez por las de 10 de diciembre de 1996, y 30 de diciembre.

Esta nueva terminología no afecta a la calificación jurídica de la duración del contrato de trabajo, que sigue siendo temporal, pero dicha temporalidad es indefinida hasta que la plaza sea cubierta por procedimientos reglamentarios con carácter de fijeza. Sí afecta, por el contrario, a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Adminis-

²⁰ OJEDA AVILÉS y GAROFALO M. G.: «La contractualización de las relaciones de empleo público en Italia», en *RL*, 1991, p. 1398. Estos autores apoyan esta conveniencia porque el interés general debe quedar salvaguardado en determinados aspectos de la gestión administrativa, aunque se corra el riesgo de multiplicar las situaciones a través de las que se terminaría de diluir el perfil identificatorio del Derecho del Trabajo. Ello es así porque, según BORRAJO INIESTA, I.: «El intento de huir del Derecho Administrativo», en *REDA* 78/1993, p. 233, el empleo público se halla condicionado por una búsqueda constante de fórmulas que permitan una gestión más eficaz de los recursos humanos, o también DEL SAZ, S.: «La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en *RAP*, núm. 133, 1994, p. 58, por las modernas tendencias que miran al Derecho Privado tratando de sortear la aplicación de la norma administrativa. DE LA VILLA GIL, L. E.: «Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública», en *D.A.*, 114, 1962, p. 10.

²¹ RJ 1996/7492.

tración Pública, y debe formularse en el sentido de que la contratación laboral en la Administración Pública, al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad, impide equiparar a los trabajadores, cuyo contrato temporal se ha concertado irregularmente, como trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación mediante la superación de las correspondientes pruebas de idoneidad, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Esta línea jurisprudencial²² hizo que las demandas y recursos contra la Administración Pública, impugnando la pretendida temporalidad del contrato y que son de carácter declarativo (no se trata de acciones por despido), deban estimarse parcialmente, si además de denunciar la irregularidad se solicita que se declare la condición de fijo en plantilla al trabajador, por que los Tribunales se han de limitar, según lo razonado, a la expresa declaración del carácter indefinido de la relación laboral y no la de fijo.

No obstante, este matiz no presenta, a mi juicio, consecuencias prácticas de consideración, pues lo cierto es que si se quiere prescindir de los servicios de un trabajador de la Administración Pública, cuyo contrato ha sido declarado con carácter de indefinido, ésta deberá atenerse a las consecuencias previstas en el artículo 56 ET, con independencia de que el trabajador sea fijo o indefinido, pues, aún siendo fijo, nada impide a la Administración denunciar el contrato al margen de las consecuencias económicas que ello conllevaría, ya que los trabajadores no gozan, en ningún caso, de la prebenda de inamovilidad de la que gozan los funcionarios públicos²³.

²² Que ya fue vaticinada por el extinto Tribunal Central de Trabajo en Sentencias de 15 de diciembre de 1977 (RJ 1977/6526) 15 de noviembre de 1979 (RJ 1979/6411) y 25 de noviembre de 1983 (RJ 1983/10073). Además, la STS de 7 de octubre de 1996 procuró otorgar una garantía de eficacia para servir al interés común (art. 103 CE) frente al Ordenamiento Laboral en el que se protege un interés fundamentalmente privado. Cfr. HERNÁNDEZ SANZ, J. E.: «Contrato de trabajo indefinido y no fijo de plantilla en la Administración Pública», en *El Graduado*, núm. 33, enero de 2000, p. 17.

²³ Y es, precisamente, esta Sentencia de 7 de octubre de 1996, contestando a la tesis de la Sentencia de duplicación que había condenado a indemnizar y había rechazado la obligación de readmisión, la que estableció que los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente se aplican en su integridad a los despidos acordados por las Administraciones Públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 de la CE sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o de readmisión (Fundamento de Derecho Segundo). Sin embargo, el hecho de que el trabajador sea fijo, no sólo puede tener una diferenciación respecto a la imposibilidad de extinción contractual, sino que la cualidad de fijeza de plantilla se cifra en el derecho al puesto de trabajo que genera a favor del trabajador el derecho a no ser desplazado arbitrariamente tras su provisión reglamentaria. *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, p. 187. SÁNCHEZ DÍAZ, J. L.: «Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas», en *PJ*, núm. 45, p. 450.

Para que un contrato de trabajo tenga vocación de fijeza es necesario el respeto a ultranza de las normas que regulan las pruebas de acceso a los cometidos públicos de carácter permanente, que estarán basadas en la recta observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Estas exigencias no se cumplen en el supuesto en el que un trabajador concierte un contrato de trabajo temporal con la Administración Pública con manifiesto incumplimiento de las reglas disciplinadoras de los contratos temporales, en cuyo caso aquél ha de considerarse contratado por tiempo indefinido, por imponerlo así el artículo 15.1 y 15.3 ET, pero no fijo, porque el sistema de acceso empleado lo ha sido para ocupar un puesto temporal, lo que atentaría contra el principio de igualdad si se le diera la misma consideración que quien se ha sometido a las pruebas para ocupar un puesto de trabajo concebido, desde el principio, como ilimitado en el tiempo, esto es, el trabajador fijo ²⁴, quien sí se ha sometido a los reiterados principios de igualdad, mérito y capacidad.

Algún pronunciamiento jurisprudencial ha puesto el énfasis en esta distinción de fijo e indefinido para negar a estos los privilegios que, vía convencional, se imponen expresamente a aquellos ²⁵. Este caso puede ser el de los eventuales o interinos cuyo contrato se transforma en uno por tiempo indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual. En cualquier circunstancia, a lo sumo, dicho contrato vendrá concertado por tiempo indefinido, que no fijo, y sólo

FÁBREGAT MONFORT, G.: «La movilidad funcional del personal laboral de las Administraciones Públicas», Comunicación presentada al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Valencia, mayo de 2000, p. 11 (Comunicación editada por el MTAS en la obra conjunta *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, MTAS, 2001).

²⁴ La diferencia de matización fue también recogida en otros pronunciamientos jurisprudenciales posteriores tanto del TS (*vid.* STS Social de 10 de diciembre de 1996, en *Actualidad Laboral*, 1997, referencia 379, como de las Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia. Así, la STSJ de Madrid, de 18 de diciembre de 1997, establece que no es lo mismo ser trabajador fijo, que sería quien ha obtenido su plaza superando los concursos reglamentarios a tal efecto, que trabajador indefinido, pues esta situación es aplicable en los supuestos de fraude de ley o incumplimientos esenciales; o, literalmente expuesto por GOERLICH PESET, J. M. y VEGA LÓPEZ, J., en la página 10 de «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla», en *RL* 11/1998, al expresar que «La falta de superación del oportuno procedimiento reglamentario de acceso hace que estos trabajadores no puedan tener el mismo tratamiento jurídico que el resto del personal laboral del organismo público que sí reúne esta condición».

²⁵ Tal es el caso contemplado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de noviembre de 1992, en cuanto a la interpretación del artículo 39 del Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos (1991) que confiere a los trabajadores fijos del organismo la opción entre readmisión o indemnización en caso de despido improcedente. Tal sinecua no lo aplica a los indefinidos surgidos de una irregularidad en su contratación temporal.

No obstante, otros convenios equipararon a los fijos con los indefinidos, como es el caso del convenio colectivo del personal laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, INEM y FOGASA (RDGT de 26 de noviembre de 1997, BOE de 4 de diciembre).

a este tipo de trabajadores mencionados expresamente en los convenios colectivos aplicables a los trabajadores del sector público alcanzará la supuesta prebenda a la que se está haciendo referencia, pues ha de tenerse en cuenta que para la consideración del trabajador como fijo, el extinto artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, y concordantes requirió tal constancia del puesto en oferta pública de empleo, y cobertura del mismo en procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad respecto a los posibles candidatos a su ocupación ²⁶, requerimientos que también se hacen ahora en el artículo 61.7 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Alguna corriente jurisprudencial de Tribunales Superiores de Justicia ya matizó en su momento que esa situación de indefinido, que no de fijo de plantilla, consiste en una situación de interinidad indefinida ²⁷, denominación, a mi juicio, paradójica, porque la interinidad es en sí misma temporal, por lo que se estaría creando una situación a medio camino entre la indefinición contractual, que es consecuencia del artículo 15.1 y 15.3 ET, y la contratación temporal, tolerada por el meritado artículo 15, algo que no está contemplado como posible en la Ley ²⁸.

²⁶ Vid., en este sentido, STS de 12 de julio de 1994 (RJ 7156).

²⁷ Postura jurisprudencial que es criticada doctrinalmente porque hace desaparecer prácticamente la sanción que el ordenamiento laboral prevé para estos supuestos e incluso puede conllevar que estas irregularidades se sigan cometiendo por parte de la Administración. Cfr. MORENO GENÉ, J.: «Els efectes de la contractació laboral irregular en la Administració Pública: ¿La solució definitiva?», en *Revista del Il·lustre Colegio de Abocats de Lèrida*, núm. 5, 1998, p. 19, y ROMERO BURILLO, A. M.: «El trabajador indefinido no fijo de plantilla: Una nueva solución a la contratación temporal irregular de la Administración Pública». Comunicación presentada al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Valencia, mayo de 2000, p. 19 (Comunicación editada por el MTAS en la obra conjunta *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, MTAS, 2001).

²⁸ Así, la STSJ de Baleares, de 14 de noviembre de 1997, establece que las irregularidades en los contratos temporales celebrados por las Administraciones Públicas no transforman la relación en indefinida, sino que la hacen subsistir en una situación de interinidad indefinida hasta que el puesto sea cubierto reglamentariamente. Es decir, para esta corriente jurisprudencial, comenta BORRAJO DACRUZ, E.: «Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial», en *AL* 18/1998, p. 392, si la relación laboral se declara de duración indefinida, vale tanto como aceptar que el trabajador pasa a ser fijo del plantilla, de ahí que rechace tal terminología y se limite a hablar de una relación de trabajo de interinidad indefinida, terminando la indefinición cuando se cubra el puesto reglamentariamente, con lo que el trabajador, si no ha sido el beneficiario de dicho procedimiento, causará baja laboral.

También el mencionado autor establece, en apoyo de lo razonado por mí, que «*si tal relación puede ser extinguida cuando se provea regularmente la plaza, en realidad se está aceptando que tal relación no es indefinida sino que sólo es de duración incierta y que tal incertidumbre en el cuando desaparecerá cuando sobre venga el an: el hecho que la extingue. Esta tipología contractual de interino-indefinido puede considerarse como una categoría híbrida, porque si bien el contrato es temporal, el efecto jurídico que sobreviene cuando se cubre la vacante por el procedimiento reglamentario es el de la obligación de*

Sin embargo, esta extraña situación de *interinidad indefinida*, en terminología acuñada por la jurisprudencia menor, encuentra favorable acogida por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 20 y 21 de enero de 1998²⁹, de tal manera que cuando el puesto de trabajo se cubra por procedimientos reglamentarios, el trabajador que accedió a éste mediante una irregular contratación temporal debe cesar en su cometido laboral, sin perjuicio de que pueda acceder al mismo por aquellos procedimientos reglados, en concurrencia con el resto de aspirantes, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad³⁰.

Este nuevo régimen concebido por el Tribunal Supremo tiene, así, las siguientes consecuencias:

En primer lugar, se respeta el artículo 15.1 y 15.3 del ET cuando el contrato temporal se convierte en irregular, ya que el trabajador se transforma en empleado público indefinido, lo que supone una solución para todas aquellas críticas doctrinales y jurisprudenciales que han puesto el

indemnizar al trabajador que cesa, como única forma de compensarle la irregular situación en la que ha estado al incurrir la Administración en fraude de ley contratando al trabajador. Con el pago de la indemnización «se respeta el Derecho laboral en su plenitud al mismo tiempo que no se defrauda el derecho de los demás ciudadanos a acceder a los puestos de trabajo en el sector público», como advierte MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA, A.: «¿Por qué se insiste en enfrentar el derecho laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 3 de julio de 1997, p. 2.

²⁹ (RJ 1000 y 1138). Del mismo tenor las de 5-10-1998 (RJ 1998/8659), 10-11-1998 (RJ 1998/9542 y RJ 1998/9543), 18-11-1998 (RJ 1998/9994 y RJ 1998/10000) y 3-2-1999 (RJ 1999/1152). Por ello, no es extraño que algunos autores señalen que estas sentencias rompan con la doctrina que hasta ese momento se venía manteniendo de forma continuada. Vid. GARRIDO PALACIOS, J.: «Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas», en *RDS*, 2/98, p. 50.

SALINAS MOLINA, F.: «Jurisdicción social y contencioso-administrativa: Zonas de conflicto», en *Información Laboral*, Lex Nova, mayo de 1999, p. 7, habla de «La muy discutible no declaración de fijeza, pero sí relación indefinida hasta la cobertura de la plaza por los procedimientos reglamentarios», al comentar la STS de 20-1-1998. DESDENTADO BONETE al referirse a la STS de 20-1-1998 expresa que se trata de una sentencia que «soluciona el conflicto», en «La contratación temporal en fraude de ley en la doctrina del Tribunal Supremo» en *La contratación laboral atípica* (CABEZA PEREIRO y otros coord.), Comares, Granada, 1999, p. 3.

³⁰ Y así, el Tribunal Supremo defiende esta situación de interinidad indefinida al establecer que: «el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fija en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas, el Organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, esta obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato» [STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1000/98)]. Aplicando de forma rigurosa la distinción entre fijeza e indefinición, STSJ de Galicia de 31-1-2000 (AS 112).

énfasis en la diferencia con las relaciones de empleo privadas, respetándose así el principio de legalidad, ya defendido por la STS de 7-3-1988.

En segundo lugar, se contenta a las opiniones defensoras de los principios de igualdad, mérito y capacidad, de forma que la indefinición contractual no puede implicar fijeza de quien no ha accedido a un puesto permanente sin respetar aquellos principios dando la oportunidad, eso sí, a todos de presentarse a las oportunas pruebas para el cumplimiento de los mencionados principios, obteniendo así un puesto fijo en la Administración. Es decir, se concilia el principio de legalidad con los de igualdad, mérito y capacidad. No obstante, el problema se suscita cuando el trabajador indefinido, que ha accedido a dicha condición por un contrato de trabajo temporal en irregular, debe cesar en el momento que un tercero ocupa el mencionado puesto mediante la superación, por delante de aquel, de las pruebas pertinentes. El Tribunal Supremo estima que debe cesar, con lo que también deja patente que la pugna de los meritados principios se salda con la proclamación, por encima de otros, de los de igualdad, mérito y capacidad, lo cual parece acertado, pues de lo contrario serviría para perpetuar en el puesto al que no ha cumplido las mencionadas pruebas de idoneidad.

Lo que no aclaró el Tribunal Supremo en las Sentencias de 20 y 21 de enero de 1998 son los efectos económicos del mencionado cese, existiendo diversas opiniones doctrinales que no se correspondieron, precisamente, con la solución jurisprudencial posterior ³¹. No se puede compartir la teoría de que el trabajador deba ser indemnizado, como si se tratara de un despido improcedente, ya que lo que no se ha producido es un despido, sino un cese por ocupación de la plaza por quien tuvo mejor derecho a ocuparla. No se trata, por tanto, de un despido, ni disciplinario ni de otro tipo. Tampoco puede comparirse la idea de que

³¹ Si bien esta fórmula adoptada de la interinidad indefinida es respaldada por el Tribunal Supremo, algunos autores han calificado de conflictiva esta diferenciación de trabajadores bajo la denominación acuñada. *Vid.* MERCADER UGUINA, J. R.: «Problemas de la contratación temporal en la doctrina jurisprudencial reciente», en *Contratación y consumo*, Valencia, 1998, p. 204. El conflicto puede provenir de la naturaleza jurídica de la vinculación laboral del trabajador. Si ciertamente es indefinida, como entiende el Tribunal Supremo, habrá indemnización. Otros abogan por defender la existencia de causas de reorganización empresarial, acudiendo a la vía del artículo 51 ó 52.c) ET. CASTILLO PARDO, E. y PEÑA OBIOL, S.: «Algunas actuaciones de la Administración Pública en torno a la contratación laboral temporal, ¿justa causa de extinción, carácter indefinido de la relación o declaración de fijeza?» Comunicación presentada al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Valencia, mayo de 2000, p. 19 (Comunicación editada por el MTAS en la obra conjunta *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, MTAS, 2001). Sin embargo, la jurisprudencia aboga por una extinción de contrato, sin más, del interino indefinido, que no constituye despido y, por tanto, sin derecho a indemnización. *Vid.* STSJ de Cantabria, de 17 de abril de 2001 (JUR 2001/188356) y STSJ de Cataluña, de 29-4-2002 (AS 2002/2048); Cantabria, de 21 de octubre de 2002 (AS 2002/3118). Negando la existencia de un despido objetivo, *vid.* STS de 27-5-2002 (RJ 2002/9893).

sea un cese por causas objetivas, porque no se ha amortizado ninguna plaza, la plaza continúa con el mismo o con distinto ocupante, al margen de no darse las circunstancias enumeradas en el artículo 52 ET ni los umbrales numéricos y supuestos del artículo 51 ET. Me parece más acertado, a pesar de suponer un detrimento para el trabajador, entender que concurre una válida causa de extinción, cual es la cobertura reglamentaria, porque lo que existe realmente es un contrato de interinidad por vacante, en cuyo caso la extinción se produce en virtud del artículo 49.1.c) ET y no daría lugar a indemnización alguna ³². Esta solución es la única legalmente posible, pero puede abogarse, de *lege ferenda*, para que el legislador contemple una indemnización para estos supuestos, no como fórmula de compensación al trabajador, sino como una penalización administrativa que haga reparar con mayor celo en la contratación temporal regular y disuada la irregular.

Ahora bien, al margen de los efectos económicos que pueda provocar la extinción del contrato de interino indefinido, La situación de interinidad indefinida en la que queda el trabajador al servicio de la Administración Pública en supuestos de irregularidad contractual puede provocar situaciones indeseadas. Así, si la plaza no se llegara a cubrir por los procedimientos reglamentarios podría terminar aquél su vida laboral en el puesto al que accedió irregularmente, y sin respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad, perpetuándose *sine die* en un puesto público. Ello hace entendible, aunque no justificable, que conductas fraudulentas, que dan lugar a la rigurosa aplicación del artículo 15.3 ET, en las relaciones de empleo privadas, no tengan tal consideración jurisprudencial en las relaciones de empleo públicas por el recelo a mantener en el tiempo, aunque no de modo fijo, a quien no ha observado los reiterados principios constitucionales. Estas reticencias podrían ser superadas, dándose así un tratamiento jurisprudencial uniforme a todo tipo de irregularidad, si se evitara la dilatación temporal de la interinidad indefinida, con la convocatoria inmediata de las correspondientes pruebas para la cobertura definitiva. Igualmente, dando oportunidad al interino indefinido no sólo a presentarse a éstas y a superarlas, sino a que pueda respetar los meritados principios constitucionales para perpetuarse, aunque sea de modo interino, mediante la superación de pruebas en la que demuestre que su aptitud laboral es acorde a su nuevo status de interino indefinido. Así, los puestos de trabajo en los que éste haya demostrado tal aptitud serían los últimos que deberían cubrirse de modo definitivo, pues el trabajador tendría la legitimidad

³² Ni siquiera la de ocho días por año de servicio, tras la reforma operada en el artículo 49.1.c) por el Real Decreto-Ley 5/2000, de 2 de marzo, luego, Ley 12/2001, de 9 de julio, que excluyó de indemnización a los contratos de interinidad. Todo ello conforme a la postura mantenida por GIL SUÁREZ en su Voto particular a la STS de 21 de enero de 1998 (*vid.* FD cuarto).

necesaria para continuar en el puesto hasta que esto ocurra, respetándose, hasta entonces, los reiterados principios constitucionales ³³.

Estas particularidades pueden motivar una regulación formal de una relación laboral especial de los trabajadores al servicio de la Administración Pública ³⁴. Hasta que, *de lege ferenda* pueda cambiarse la situación aplicativa actual de los trabajadores temporales con contrato irregular en la Administración Pública ésta es clara, y porqué no decirlo, es la menos perniciosa posible, para la observancia de los principios constitucionales: su puesto es indefinido, aunque no fijo (STS de 7 de octubre de 1996), esta indefinición debe ser limitada, pues es preciso convocar las correspondientes pruebas de idoneidad para que, quien las supere, sea el trabajador temporal u otro, tenga la condición de fijo (STS de 20 de enero de 1998) y, caso de no superarlas aquél existirá una causa que motivará la finalización no indemnizada del contrato temporal irregular y el inicio de otro fijo o de carácter funcional de quien sí observó para tal perpetuación en el cometido público los mentados principios de igualdad, mérito y capacidad (STS de 27 de mayo de 2002) ³⁵. Estos efectos son acordes a los designios jurisprudenciales comunitarios, así se desprende de la STSJCE de 4 de julio de 2006 ³⁶. Es verdad que nada es idílico y todo puede ser mejorado, sin embargo, las corrientes jurisprudenciales anteriores a la STS de 7 de octubre de 1996 fueron extremas o tibias; o bien se decantaban por los principios de igualdad mérito y capacidad, descuidando el de legalidad, situación anterior a la STS de 7 de marzo de 1988, o bien se prefería el de legalidad, desatendiendo la observancia de aquellos, situación anterior a la Ley 30/1984. La tibieza aludida fue heredada de la STS de 7 de marzo de 1988, tras la cual la balanza se inclinaba, con absoluta inseguridad jurídica, entre unos u otros principios

³³ El artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, sugirió ya esta posibilidad al advertir bajo la rúbrica «procesos selectivos de consolidación de empleo temporal», que «la convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino o consolidación de empleo temporal estructural y permanente se efectuará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y mediante los sistemas selectivos de oposición, concurso o concurso-oposición. En este último caso, en la fase de concurso podrán valorarse, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria».

³⁴ Posibilidad apuntada por RENTERO JOVER, J.: «Sobre la relación de empleo público laboral», en *RDS* 11/2000, pp. 101 y 102.

³⁵ RJ 2002/9893.

³⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V. llega a realizar diversas interrogaciones retóricas de indudable interés al cuestionarse si tales efectos son conformes a la jurisprudencia comunitaria o si sería razonable una mayor protección económica del trabajador cesado cuando alguien cubre la plaza por él ocupada hasta entonces. Vid. «¿Está bien limitada la temporalidad laboral en el sector público?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 719/2006, Tribuna. En relación a la primera interrogación llega a afirmar el autor que, en este sentido, el artículo 15.5 y la DA 15.ª ET superan el primer examen de corrección comunitaria, al comentar la STSJCE de 4-7-2006 «Sobre la aplicación del nuevo artículo 15.5 ET en el sector público. Comentario a la STSJCE de 4 de julio de 2006», en *Repertorio de Jurisprudencia* 22/2006, parte comentario, Aranzadi, página final.

dependiendo del nivel de irregularidad observado judicialmente en cada caso. La situación actual, pergeñada por la meritada STS de 27 de mayo de 2002 hace que quede respetado el principio de legalidad, pues el trabajador se considera indefinido, efecto necesario cuando se le contrata temporalmente de forma irregular, pero para no burlar los principios de igualdad, mérito y capacidad la plaza ocupada por el trabajador indefinido debe salir inmediatamente a concurso, sólo así se respetan éstos. Si el trabajador temporal contratado irregularmente supera el concurso, por delante de otros, se han respetado todos los principios constitucionales vulnerados y no deben existir reparos doctrinales que aboguen por un cambio normativo de esta situación. El problema se plantea cuando alguien ocupa, con mejor mérito y capacidad, el puesto de aquél, pues todos los principios mencionados se respetan igualmente. No obstante, los recelos doctrinales vienen del lado de la situación en la que se queda el trabajador cuando debe cesar, situación no indemnizada que, como se sabe y se ha recordado, es acorde a los pronunciamientos jurisprudenciales nacionales y comunitarios. De este modo, y por mor de este espaldarazo jurisprudencial, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, no ha querido entrar en la posible extinción indemnizada y ha dado carta de naturaleza, en el artículo 8 y en el 11, al trabajador con irregularidades en la temporalidad de su contrato, al referirse a la posibilidad de ser contratado laboral en el seno de la administración como fijo o como «indefinido», duración contractual ésta en la que encajaría aquél.

No se sabe si el cese del trabajador temporal contratado irregularmente como tal debe ser indemnizado por ser de justicia, ética o moral, lo que sí parece razonable, desde el estricto plano jurídico, es que dicho cese no puede ser indemnizado, pues ningún perjuicio se ha irrogado al trabajador al saber que fue contratado temporalmente y nunca con el carácter de fijo, y si se ha perpetuado en el cometido no ha sido por su mérito ni por su capacidad, sino por su conversión contractual a indefinido, situación en la que sabe no puede permanecer *sine die*. Es esa consecuencia de indefinición contractual la reparación tasada por ley sin que pueda reclamarse contenciosamente, a mi juicio, contra la Administración por su funcionamiento anormal.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA ADAPTACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DE LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO PARA HACER EFECTIVO SU DERECHO A UNA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL

SALVADOR PERÁN QUESADA

Miembro del Observatorio Jurídico-Laboral de la Violencia de Género
Instituto de la Mujer. MTAS
Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS DERECHOS DE LAS FUNCIONARIAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL.—3. ALCANCE SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN. LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO SUJETO BENEFICIARIO.—4. LAS MEDIDAS PARA ADAPTAR EL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS FUNCIONARIAS A SU DERECHO A LA PROTECCIÓN Y A LA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL. 4.1. El derecho a la reducción de jornada. 4.2. El derecho a la reordenación del tiempo de trabajo. 4.3. Justificación de las ausencias derivadas de la situación de violencia de género. 4.4. El derecho a la excedencia.

1. INTRODUCCIÓN

La violencia de género constituye una de las situaciones en las que la desigualdad y la injusticia se manifiesta de un modo más patente. El derecho a vivir dignamente, en libertad, sin ver amenazados la integridad personal o moral, deberían ser, en sociedades avanzadas socialmente, principios básicos que rigiesen el conjunto de las relaciones sociales, pero, desgraciadamente, esto no ha venido ocurriendo así en nuestra sociedad para todos sus miembros.

Esta forma de violencia se ha manifestado como uno de los problemas sociales más graves de nuestro tiempo y ello debido a diferentes factores, pero en todo caso, ha dejado de manifiesto las importantes transformaciones que se han producido en nuestras sociedades en el ámbito de los derechos de las mujeres y, sobre todo en el ejercicio de los mismos y en la integración de las mujeres en los distintos ámbitos sociales, rompiéndose de este modo los roles que las constreñían a tareas de reproducción y domésticas y, de igual modo, ha hecho patente las resistencias visceralmente patológicas de aquellos que no han sabido o no han querido aceptar estos cambios.

Ello ha originado una decidida actuación legislativa que ha desencadenado apasionadas intervenciones tanto a su favor como en su contra, pero, en todo caso, sobre cuestiones que escapan del objeto de esta comunicación. Así, y respecto del importante contenido sociolaboral de esta actividad legislativa, cabe decir, de forma general que la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LIVG) se fundamenta en una sólida base Constitucional en torno a los principios de igualdad y no discriminación ¹ y en una norma-

¹ No cabe duda alguna sobre la legitimación en nuestro ordenamiento jurídico de medidas de *acción positiva* a favor de la mujer como instrumento para quebrar situaciones de desigualdad, que justifican *medidas a favor de la mujer que estén destinadas a remover*

tiva internacional de naturaleza programática igualmente consolidada, introduciendo diversas medidas dirigidas a evitar situaciones discriminatorias contra la mujer, *por el mismo hecho de serlo*, ya que este modo de violencia, que opera en el entorno de las relaciones de afectividad, actúa como expresión de interacciones de dominio o *patriarcales* de los hombres sobre sus parejas.

Cabría destacar igualmente, que la LIVG, aun no siendo la primera norma que incide sobre el fenómeno de la violencia sufrida por las mujeres, sí lo hace de un modo novedoso que la diferencia sustancialmente de sus predecesoras. Como se dice en su Exposición de Motivos, *la violencia de género se enfocará por la Ley de un modo integral y multidisciplinar*, extendiendo de este modo su campo de acción a diferentes ámbitos, entre los que, por supuesto se encuentra el social, e integrando de este modo, en el mundo laboral de la mujer víctima de violencia de género, el drama por el que ésta atraviesa.

En este sentido, la LIVG establece una serie de medidas dirigidas, por una parte, al mantenimiento del empleo y su compatibilidad con el ejercicio básico del derecho de estas mujeres a la protección y a la asistencia social y, por otra parte, a la promoción de su autonomía personal a través de su protección e integración social y laboral. Y por lo que afecta al ámbito subjetivo, esta Ley extiende su campo de protección tanto a las trabajadoras por cuenta ajena y a las trabajadoras por cuenta propia —si bien en este caso de forma más limitada—, es decir, de forma proporcionada a su carácter de trabajadora autónoma —como a las funcionarias publicas—.

La presente comunicación se dirige al análisis de las medidas socio-laborales reconocidas a las funcionarias víctimas de esta violencia relacionadas con la readaptación de su tiempo de trabajo y dirigidas a permitirle, a través de la modificación de su relación laboral, compatibilizar su derecho a una protección eficiente y a la asistencia integral.

2. LOS DERECHOS DE LAS FUNCIONARIAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL

Como se ha señalado anteriormente, la LIVG se dirige a remover las situaciones de desigualdad efectiva que existen en nuestra socie-

obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer. STC 229/1992.

dad, pero lo hace de un modo novedoso, ya que a diferencia de anteriores leyes que han sido poco atentas a los derechos (especialmente en el ámbito laboral) en favor del sujeto pasivo de los delitos, ésta se acompaña de un variado arsenal de medias para otorgar una protección de un modo, que se quiere, sea integral y efectivo.

En este sentido, los derechos de contenido sociolaboral van a ser especialmente relevantes, sobre todo en la práctica, a la hora de configurar un corpus normativo capaz de resolver de manera eficiente las tensiones que se produzcan entre la protección de estas mujeres y el ejercicio de su actividad profesional o funcionarial, y estructurados en torno *al derecho a la asistencia social integral*.

En todo caso, deberá entenderse este derecho, más que un derecho pleno y autónomo de naturaleza subjetiva, como un reforzamiento de otros derechos más consolidados como pueda ser el derecho a la integridad física y moral, a la dignidad y la libertad contenidas en el derecho a una protección integral, eficiente y eficaz y el derecho a la conciliación de las situaciones personales y familiares con su vida laboral.

De manera general, los derechos sociolaborales recogidos en esta norma se ordenan en una doble línea de actuación —con independencia del conjunto de medidas, de diversa naturaleza que la acompañan, como ayudas económicas, de acogimiento o una prestación singular de la Seguridad Social, con el fin de facilitar un nivel mínimo de ingresos en la unidad familiar—: La primera está dirigida a facilitar el acceso a una actividad profesional a las víctimas de la violencia; la segunda, a la que atenderemos en esta comunicación, esta dirigida a facilitar la continuidad de la actividad profesional de las funcionarias (y también de las trabajadoras en general, sean éstas por cuenta propia o por cuenta ajena), víctimas de violencia de género, así como a paliar los efectos que en el desarrollo de la misma pudieran ocasionarse por dicha circunstancia.

Dentro de este último apartado se establecen un conjunto de medidas cuya finalidad es la ordenación y mayor adaptabilidad del tiempo de trabajo de tal forma que se minimicen los efectos que puedan causar en los derechos ligados a la prestación de servicios y en el mantenimiento del empleo, las alteraciones en la salud física o psicológica ocasionadas por la situación de violencia; a la vez que se garantice, mediante los mismos, el derecho de las víctimas a su seguridad y a su salud al facilitar el tiempo necesario para procurar el acceso de éstas a servicios de apoyo, asesoramiento, e incluso, la tramitación de denuncias o de procedimientos de separación, divorcio, entre otras gestiones relacionadas con las situaciones de violencia.

En este sentido, la LIVG reconoce un conjunto de derechos profesionales a las funcionarias públicas, que en un principio se articula-

ron a través de diferentes modificaciones introducidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública², y que han quedado consolidadas definitivamente por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público³ (en adelante LEBEP), y que básicamente son los mismos que los reconocidos a las trabajadoras por cuenta ajena : permisos de corta duración, reducción de jornada y excedencia, quedando pendiente el importante tema de la flexibilidad de la jornada —y en general del tiempo de prestación de servicios— a lo acordado en convenio colectivo.

Pero existe una distinción sustancial cuando este haz de derechos se refiere a la trabajadora por cuenta ajena o a la funcionaria. En el primer caso se tiende a garantizar que las modificaciones o reducción de la jornada de trabajo, las ausencias, las faltas de puntualidad y los permisos por esta causa justificados, no van a afectar a la relación de trabajo. El fin de estas normas es básicamente el mantenimiento del empleo, es por esto que la sanción o el despido como consecuencia de actuaciones derivadas de la situación de la mujer víctima de violencia de género se considera por la ley un acto de discriminación y produce el efecto consiguiente de la nulidad del mismo. Mientras que en el supuesto de las funcionarias, las reglas específicas y similares a las reconocidas a las trabajadoras por cuenta ajena referentes a la reorganización del tiempo de trabajo, más que garantizar el derecho al mantenimiento del empleo, del que ya gozan por su condición de funcionarias, lo que tienden es a asegurar el derecho más genérico de la protección y la asistencia social integral.

² Movilidad geográfica de puesto de trabajo [art. 17.3 de la Ley 30/1984 y art. 20.1.i) de la Ley 30/1984]; Excedencia (art. 29.8 de la Ley 30/1984); Reducción de su tiempo de trabajo y reordenación de su tiempo de trabajo (art. 30.5 de la Ley 30/1984).

³ El legislador ha optado por una técnica jurídica que puede generar algunos inconvenientes al incluir en el Título II (Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género) los enunciados generales y llevar a las Disposiciones Adicionales la modificación sobre las Leyes autónomas, ya que en algunos casos obliga a conjugar dos preceptos, propicia discordancias, disminuye la atención prestada al articulado y alimenta la falsa idea de que el mismo posee valor programático. El artículo 24.1 LIVG hace una referencia a que estos derechos se desarrollaran en *los términos en que se determine en su legislación específica*, siempre que en dicha norma exista una previsión sobre esa materia, y que en la actualidad viene a desarrollarse a través de la LEBEP en su legislación básica, sin introducir, por cierto, sustanciales modificaciones o mejoras de la reforma operada en la Ley 30/1984. Esta opción refuerza la idea de la autoorganización de las Administraciones Públicas para establecer su propia regulación sobre permisos, puesto que esta materia no forma parte del núcleo esencial del régimen jurídico de la función pública —STC 99/1987— serán normas de desarrollo posteriores a la LEBEP las que concretarán los supuestos, efectos, requisitos y duración de los permisos. Dicha regulación se llevará a cabo bien, a través de las leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, previstas en el artículo 6 LEBEP, para el personal funcionario, bien a través de normas convencionales para el personal laboral.

3. ALCANCE SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN. LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO SUJETO BENEFICIARIO

El alcance subjetivo de las medidas sociolaborales que se contienen en la LIVG depende tanto de la concepción que la propia Ley hace de las personas que va a considerar como víctimas de violencia de género, como de la delimitación de las relaciones jurídicas que existan entre éstas y su empleador.

En primer lugar cabe destacar que, pese a la manifiesta voluntad del legislador a favor de la prevención de las situaciones de violencia contra la mujer en el seno de las relaciones de afectividad, las medidas sociolaborales solo van a ser efectivas una vez que la mujer ha sido víctima de este modo de violencia. De hecho será condición *sine qua non* la acreditación de dicha situación para poder acceder al conjunto de derechos previstos en la Ley ⁴. Ello, aunque puede deberse a distintos factores que lo justifican ⁵, no deja de ser un planteamiento problemático e incluso contradictorio con la idea de la protección integral deseada. Algo que queda matizado por el legislador al anticipar la protección a la orden de alejamiento o incluso al informe fiscal del cual pueda desprenderse que nos encontramos ante las situaciones protegidas por la Ley.

De esta forma en el ámbito subjetivo el primer elemento esencial que deberá concurrir para poder considerar que estamos ante una persona protegida por la norma ⁶ será el de *ser mujer víctima*, y el segundo elemento, que recaerá sobre la naturaleza de la violencia sufrida, será el que ésta deberá ser *por razón de género*.

Hemos por tanto de estar ante *mujeres maltratadas* (art. 1.1 LIVG) para que nazca la protección. Esto es, mujeres que hallan sufrido cualquier *acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad* (art. 1.3 LIVG). De este modo, en este círculo de ac-

⁴ La protección y las medias y derechos laborales se otorgan a aquellas mujeres que judicialmente son consideradas víctimas de violencia de género, así aunque de un modo general se pretenda la protección, la promoción de la autonomía y la integridad de las mujeres en su conjunto, serán especialmente destinatarias de estas medias, aquellas mujeres que decidan poner fin a estas situaciones, y que por quebrar aquellas situaciones de subordinación se sitúen en una coyuntura de mayor riesgo para su vida.

⁵ Como evitar posibles abusos, reducir los costes económicos de estas medidas al delimitar los posibles beneficiarios o evitar inseguridad, entre otros.

⁶ Cabe recordar que las normas laborales no van a configurar el supuesto de hecho al que serían de aplicación, sino que se produce una remisión a las normas penales encargadas de determinar en este caso el alcance subjetivo de la norma, sin que en el orden social puedan establecerse requisitos diferentes o determinarse una nueva definición del supuesto.

tuación operará una doble exclusión, en primer lugar por razón de sexo, esto es, existe una «lógica» exclusión masculina⁷, y en segundo lugar, por razón de edad, ya que aunque no existe una referencia expresa a una edad mínima o máxima para ser beneficiario de la protección, todo el conjunto normativo (al menos en lo que hace referencia a los derechos sociolaborales) reposa *sobre el sobreentendido de que estamos ante personas mayores de edad o al menos, en condiciones de desarrollar una actividad productiva*⁸, de hecho aunque la Ley reconoce derechos a los menores, éstos están vinculados expresamente al derecho a una protección integral y efectiva de sus madres (generalmente)⁹.

A su vez, la mujer deberá padecer violencia de carácter sexista, esto es, deberá ser víctima de una *violencia que se dirige sobre ella por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión* (Exposición de Motivos LIVG), y ejercida *por aquellos de quienes sean o hayan sido cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de efectividad a la conyugal, aun sin convivencia* (art. 1.1 LIVG), lo que viene a determinar que el perfil subjetivo del agresor vendrá marcado por la existencia de una relación de afectividad, independientemente de si ha existido o no convivencia.

En segundo lugar, el reconocimiento de estos derechos de carácter profesional exigen, a su vez, que la mujer víctima de violencia de género sea trabajadora o, en el supuesto que nos interesa funcionaria¹⁰. Esto es, en el momento del nacimiento de estos derechos, en general en el momento de dictarse la orden de protección, deberá concurrir la condición de ser funcionaria de la Administración Pública¹¹ o el de ser

⁷ Admitiendo que el acoso es una forma típica de violencia de género, la LIVG opera ante las situaciones de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, como forma concreta de discriminación. STSJ de Galicia, de 29 de abril de 2005, relativa a un supuesto de acoso sexual entre varones.

⁸ SEMPERE NAVARRO, A., BARRIOS BAUDOR, G. L.: «Protección en el ámbito laboral», en RIVAS VALLEJO, M.^a P., BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.): *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 438.

⁹ *Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.* Exposición de Motivos de la LIVG.

¹⁰ Ciertamente existen otros derechos sociales reconocidos de forma genérica a las mujeres víctimas de violencia de género como el derecho a la información (art. 18), el derecho a la asistencia social integral (art. 19) o el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 20.1).

¹¹ En cuyo ámbito de aplicación se incluye el personal de las siguientes Administraciones Públicas: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público

personal estatutario, ya que, pese a no existir esta referencia expresa en la LIVG una interpretación sistemática del ordenamiento debe de conducir a la conclusión de al personal estatutario se le aplicará la legislación funcional sobre derechos de la mujer víctima de violencia de género en tanto la suya propia no contemple tal cuestión ¹².

Especialmente interesante resulta delimitar el alcance subjetivo de estos derechos en este punto, ya que la Administración dispone de mayores medios para tutelar la situación de sus empleadas, y en este sentido las mujeres víctimas que trabajan para las distintas Administraciones van a alcanzar mayor protección, a juzgar por la legislación y las posibilidades de actuación que brindan las normas específicas.

4. LAS MEDIDAS PARA ADAPTAR EL TIEMPO DE TRABAJO DE LAS FUNCIONARIAS A SU DERECHO A LA PROTECCIÓN Y A LA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL

La LEBEP regula el tiempo de trabajo de manera común para los funcionarios y el personal laboral, aunque en principio estas normas parecen dirigidas exclusivamente a los funcionarios, lo cierto es que no sucede realmente así, pues como dice su artículo 51 LEBEP: *para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo dispuesto en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente*, por lo que parece razonable deducir que en primer lugar se aplicarán las normas establecidas en la LEBEP y supletoriamente las normas del ET para el personal laboral ¹³. De hecho las Instrucciones de aplicación de la LEBEP en el ámbito de la Administración General del Estado declaran expresamente aplicables las reglas de referencia al personal laboral ¹⁴.

De acuerdo con el artículo 49.2 LEBEP sobre reducción de jornada y otras medidas relacionadas con el tiempo de trabajo, *las faltas de*

con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas.

¹² La Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prescribe en su artículo 2 que: *en lo no previsto en esta Ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente*.

¹³ En la presente comunicación atenderemos fundamentalmente a las normas concurrentes para funcionarias (aquellas incluidas en el art. 2 LEBEP) y personal laboral de la Administración Pública, mientras que otros colectivos, como la del personal dependiente de empresas privadas de propiedad pública, al regirse por la legislación laboral en su integridad, quedan fuera de nuestro interés.

¹⁴ Resolución de la Secretaría General para la Administración Pública de 21 de junio de 2007, Instrucción núm. 7.

asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, totales o parciales, 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, 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.

Es decir, la funcionaria calificada en tal situación podrá optar entre la reordenación de su tiempo de trabajo o la reducción de jornada con disminución proporcional de su salario. Opción, por tanto, que podrá inclinarse por una de ellas pero no por ambas, ya que su eventual acumulación quedará supeditada a su previsión convencional o en virtud de la autotutela administrativa a su específica inclusión en la legislación específica.

Por su parte en el artículo 89 LEBEP se afirma lo siguiente: *Las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho periodo a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación.*

Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima. Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Se trata de una regla innovadora en el ámbito del empleo público ya que en la misma se pretende incluir las recientes reglas de conciliación de la vida familiar y laboral, la reciente Ley de Igualdad Efectiva de mujeres y hombres y el Plan Concilia en el ámbito de las Administraciones Públicas, así como normas referidas a la Violencia de Género.

Dos cuestiones, sin embargo graves, por una parte el procedimiento previsto de carácter administrativo y burocrático supone una nueva car-

ga para la mujer funcionaria y un posible atentado a su derecho constitucional a la intimidad y al honor. El derecho a la asistencia social integral gira en torno al objetivo de conciliar la vida laboral con las circunstancias personales por las que atraviesa la funcionaria víctima de violencia de género [art. 2.d) LIVG], y nadie mejor que ella para determinar cuando quiere hacer efectivo tal derecho. Así no debe añadirse la exigencia de un requisito de signo objetivo y funcional al requisito subjetivo de ser víctima, sino a la voluntad del legislador de explicar el motivo por el que se reconoce dichos derechos, sin que en ningún caso deban imponérsele nuevas cargas probatorias a estas funcionarias para el ejercicio de los mismos. Los derechos constitucionales al honor y a la intimidad de la mujer-funcionaria pueden verse gravemente lesionados con la obligación de seguir unos tramites administrativos públicos y notorios en el supuesto de querer hacer efectivos los derechos que para su protección integral les reconoce la Ley. Este es uno de los supuestos —si se quiere que su aplicación sea real y efectiva— que más demandan la ya prevista vía de expedientes de carácter personal, que deben ser necesariamente sometidos a protección de datos tal y como se establece, por ejemplo, para el acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes, de acuerdo con la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Sorprende más aún, por cuanto este texto se publicó en la página del Ministerio de Administraciones Públicas desde sus inicios como borrador, para que los particulares e interesados presentasen sus propuestas, muchas de ellas incluidas en el texto definitivo.

Por otra parte, esta norma, que afecta a muchas españolas trabajadoras de la Administración pública, deja abierta a las Comunidades Autónomas la posibilidad de su desarrollo mediante sus nuevas y respectivas Leyes de Función Pública que, si bien se tendrán que elaborar a tenor de la nueva normativa recogida en este Estatuto, no deja de introducir un tratamiento desigual en función de cual sea la Comunidad Autónoma donde se preste la actividad profesional.

4.1. El derecho a la reducción de jornada

El primer rasgo que cabe destacar en esta regla es que la reducción de jornada aparece como un *auténtico derecho* frente a la Administración contratante, sin que pactos individuales o colectivos puedan minorarlo, si bien, no obstante, con una limitación que en la práctica puede hacer que el derecho sea imposible de asumir por parte de la mujer víctima, pues la posibilidad de reducir la jornada de trabajo viene acompañada de la *disminución proporcional de su salario* [art. 49.d) LEBEP].

Así mientras que este derecho podría asumir un papel destacado en el objetivo de posibilitar una asistencia social integral, al permitirle a las funcionarias víctimas la posibilidad de disponer de mayor tiempo para atender a sus necesidades personales o familiares, la realidad nos demuestra que es precisamente en estas condiciones cuando la mujer víctima tiene menor capacidad para asumir la pérdida de salario que conlleva el ejercicio de este derecho, debiendo haberse previsto fórmulas para compensar esta pérdida, especialmente la percepción proporcional del subsidio por desempleo ¹⁵, o cualquier otro tipo de ayudas sociales ¹⁶. E incluso cabría cuestionar su naturaleza, ya que más que un permiso por violencia de género, en la que la relación de servicio no estaría en suspensión, sino plenamente activada, y por lo tanto cabría derecho a percibir el salario, parecería que no hallamos ante una licencia o suspensión del contrato.

Además la reducción de jornada puede tener otros efectos perversos, especialmente si es prolongada en el tiempo, sobre la *paralela minoración de las bases de cotización y sobre la acción protectora*, por ello hubiese sido conveniente una mayor concreción por parte del legislador, como ya existe para figuras afines como la reducción de jornada por cuidado de hijo ¹⁷.

Efecto negativo que si se ha querido neutralizar en la Ley de Igualdad Efectiva respecto de la cuantía de la prestación por desempleo para aquellas mujeres que se ven obligadas a abandonar su actividad, pese haber optado en un principio por mantener su puesto de trabajo aun con la jornada reducida, incrementándose hasta el cien por cien de la cuantía que hubiese correspondido de no haberse reducido la jornada ¹⁸.

¹⁵ En este sentido, ver Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO: *Derechos laborales y de la Seguridad Social*, septiembre de 2006, o Consejo General del Poder Judicial. *Informe del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*. Madrid, 2006.

¹⁶ GARCÍA NINET, J. I.: «Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)», en *Revista de Tribuna Social*, núm. 170, 2005, p. 6, comentando el mismo supuesto en el caso de la mujer trabajadora: *Ya que si así no se hiciera el ejercicio de este derecho sería una quimera más de las del artículo 37 ET, que está plagado de derechos incompletos, de reconocimientos de necesidades sin soluciones o con soluciones imperfectas, sobre todo en este caso en el que la mujer víctima/trabajadora no está siendo la de alto poder salarial*.

¹⁷ La promulgación de la LO 3/2007, ha sido sin duda una magnífica ocasión perdida por el legislador para haber extendido al cómputo de las bases de cotización durante el periodo de reducción de jornada por violencia de género las mejoras incorporadas en materia de cotización durante la reducción de jornada al amparo del artículo 37.5 ET, mediante la oportuna modificación de la LGSS.

¹⁸ Disposición Adicional 18.ª trece, de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En todo caso, cabe señalar que el contrato de trabajo no muta su naturaleza, pues la reducción de jornada es transitoria y específica, y una vez finalizado el periodo de reducción o en su caso la orden de alejamiento, la relación retorna a su configuración inicial, y además no se trata de una medida sobre la que no se autoriza otra consecuencia más allá de la *reducción proporcional del salario*, por lo que carecerá de base legal la eventual reducción proporcional de otros derechos de la mujer, como descansos remunerados o remuneraciones no dinerarias¹⁹.

Finalmente, no puede olvidarse que las normas que se establecen en los artículos 48 y 49 son normas de derecho mínimo, ello significa que en virtud de la capacidad de autotutela de la Administración estos derechos pueden ser mejorados en las diferentes normativas específicas, actuando en todo caso de modo supletorio, así por ejemplo la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña, presenta una regulación específica que reduce en cierto grado el perjuicio (salarial) que la mujer debe asumir en el ejercicio de este derecho, así permite a la funcionaria pública víctima de violencia de género, entre otras categorías que también pueden disfrutar de estas reducciones, optar por reducir su jornada en un tercio o en la mitad de la misma, con unas disminuciones salariales de un 20 y un 40 por 100 respectivamente.

4.2. El derecho a la reordenación del tiempo de trabajo

La reordenación del tiempo de trabajo esta dirigida ha hacer efectiva el derecho a la protección o el derecho a la asistencia social integral de estas funcionarias, pero como ocurre con los demás derechos comentados, tanto su justificación, como su ejercicio pueden exceder lo determinado en el artículo 19 LIVG. Así estas medidas pueden estar justificadas por la necesidad de la mujer de compatibilizar sus cargas familiares con su trabajo, pero también puede ser eficiente a la hora de establecer modificaciones en sus hábitos horarios, al efecto de que el agresor no pueda localizar a la víctima²⁰.

¹⁹ FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: «Avances, reflexiones y nuevas propuestas en torno a la protección social frente a la violencia de género: acreditación, intervención en el ámbito sanitario y salvaguarda en la actividad laboral», en *Revista MTAS*, número extraordinario, *Igualdad de Oportunidades para Todos*. Madrid, 2007, p. 161.

²⁰ MINGO BASAIL, M.^a L.: «Situación de los derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género en España. Evolución legislativa, contenido, protección y posibles líneas de actuación», en *Revista MTAS*, número extraordinario, *Igualdad de Oportunidades para Todos*. Madrid, 2007, p. 130.

Las posibilidades que la norma señala para llevar a cabo esa reordenación son tres, si bien en seguida se comprueba que la enumeración carece de intención limitativa²¹. En primer lugar, aparece la adaptación del horario, en segundo lugar, se puede optar por la aplicación del horario flexible, y en tercer lugar, se establece una categoría abierta de formas de ordenación del tiempo de trabajo que puedan ser aplicadas en función de las diferentes circunstancias.

Se trata de una medida sin coste para la propia afectada, como ocurría en el anterior supuesto pero en donde se establece una diferencia de trato significativo con la trabajadora por cuenta ajena. Así mientras que en este último caso la modificación de horario es a instancia de la trabajadora en alguna de estas formulas abiertas, incluida la del horario flexible —teniendo en cuenta que se prevén discrepancias entre empresario y trabajadora sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos, acudiendo a la vía ya habitual del procedimiento específico establecido en el art. 138.bis LPL—, en el caso de las funcionarias, el rasgo más destacable es aquí que el sujeto competente para determinar los términos en los que puede disfrutarse este derecho es la Administración Pública empleadora, sin que haya margen reconocido para la autonomía individual²², expresión sin duda, del principio de legalidad que domina la ordenación de la función pública y sin prejuicio que esta materia sea objeto de remisión al ámbito convencional para el personal laboral²³.

4.3. Justificación de las ausencias derivadas de la situación de violencia de género

El artículo 49.d) LEBEP, además de las previsiones anteriormente descritas en torno a las adaptaciones del tiempo de trabajo, contiene un permiso específico por razón de violencia de género que faculta a la funcionaria a ausentarse de su puesto de trabajo *cuando así lo determinen los servicios sociales o sanitarios*.

²¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales», en ÍÑIGO, E.; MUERZA, J., SEMPERE, A. V.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género (Aspectos jurídico-penales, procesales y laborales)*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005.

²² Lo que representa una diferencia sustancial con la regulación a las trabajadoras salariales, y es que, de nuevo, *una cosa es lo que se pide a los empleadores privados y otra cosa lo que se está dispuesto a hacer con los «propios empleados»*. MOLINA NAVARRETE, C.: «Las dimensiones socio-laborales de la “lucha” contra la “violencia de género”», en *Revista de Estudios Financieros*, núm. 264, Madrid, 2005, p. 39.

²³ Aunque estos aspectos son escasamente tratados por la negociación colectiva, pueden encontrarse algunas referencia a las mismas. Ejemplo: Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Maulleu.

Cabría destacar sobre esta cuestión dos aspectos relevantes. En primer lugar, es significativo que desaparezca la referencia al derecho a la asistencia social integral en este punto, ya que presentaría dudas respecto de si determinadas ausencias de estas mujeres pueden encontrarse legitimadas o no en función de la situación por la que atraviesan. Cabría discutir de esta forma si ausencias que guardan relación con la seguridad de la víctima o la ejecución de trámites administrativos o judiciales, quedan o no encuadradas en el contenido del precepto, máxime cuando la garantía de seguridad y el acceso a la asistencia social integral han servido de justificación, nada menos, que para una reducción de jornada, una adaptación de los tiempos de trabajo, un cambio de centro o de puesto de trabajo o una excedencia ²⁴.

Si bien, parece razonable la existencia de mecanismos de control de dicho derecho, hubiese sido conveniente que se hubiese incorporado expresamente en el artículo 49.d) LEBEP, aquellas ausencias motivadas por la violencia de género, incluidas las que se deben a la realización de gestiones relacionadas con los trámites administrativos o judiciales, entre otros, disipando de esta forma cualquier otra posible interpretación.

En segundo lugar, nos encontramos ante un auténtico permiso concedido a las funcionarias, que podrán ausentarse del trabajo por el tiempo necesario y por razones derivadas de su condición de víctima, y en las condiciones y tiempo que los servicios sociales y asistenciales determinen. Esto significa que durante estas interrupciones la relación de trabajo no estará en suspensión, sino plenamente activada, de modo que el trabajador no estará obteniendo prestaciones de Seguridad Social, sino retribución, siendo estas retribuciones en todo caso y en su totalidad a cargo de la Administración empleadora ²⁵.

4.4. El derecho a la excedencia

Por último y dentro de los derechos dirigidos a adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades de las funcionarias públicas, cabe destacar la posibilidad de solicitar una excedencia denominada en un principio

²⁴ QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Temas Laborales», en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 80, Sevilla, 2005, p. 42.

²⁵ Los trabajadores asalariados de la Administración no tendrán propiamente permisos, sino suspensiones, disfrutando, si hubiese lugar a ello, de las prestaciones de Seguridad Social correspondientes. MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J. (Dirección y Coordinación): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 2818.

por razón de violencia sobre la mujer funcionaria, y modificada su denominación, con buen criterio por la LO 3/2007, para evitar posibles mal interpretaciones, quedando como *excedencia por razón de violencia de género*.

Cabe destacar que dicha excedencia se configura como un auténtico derecho de la funcionaria, que podrá ejercer para *hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral*, y que además podrá ser solicitada sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma y que lleva asociada una reserva del puesto de trabajo en los primeros seis meses, siendo compatibles dichos periodos a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

El Plan Concilia ya recogía la posibilidad de acogerse a esta excedencia por parte de las funcionarias públicas, ya que es frecuente que ante estas situaciones de violencia, la mujer se vea obligada a abandonar, aunque sea de modo temporal, su puesto de trabajo.

Es destacable la considerable mejora que en el ejercicio de este derecho se ha introducido por la LO 3/2007 ²⁶, que la dota de un importante grado de protección al reconocer el derecho de la mujer a percibir sus retribuciones íntegras durante los dos primeros meses de disfrute de la excedencia. Respecto a su duración, no se establece un periodo mínimo —derecho consustancial con la eventualidad de la situación que contempla—, mientras que si se fija el máximo de seis meses en su ejercicio normal y un máximo de dieciocho meses en su ejercicio excepcional, a razón de sucesivas prórrogas trimestrales justificadas cuando lo exigiesen las actuaciones de la tutela judicial para hacer efectivo su derecho de protección. Prórrogas que generarán también el correspondiente derecho a la reserva del puesto de trabajo y los mismos efectos señalados anteriormente respecto a la retribución y los derechos pasivos ²⁷.

En conclusión, en el ejercicio del derecho a la excedencia por esta causa van a actuar tres garantías de forma complementarias, una primera, que actúa sobre los requisitos objetivos necesarios para poder optar

²⁶ Operada a través de la Disposición Adicional Novena, cinco, que modifica el artículo 89.d) LEBEP y que consolida legalmente, en este aspecto retributivo la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por el que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, en la que ya se recogía esta medida.

²⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «Las dimensiones socio-laborales de la “lucha” contra la “violencia de género”», en *Revista de Estudios Financieros*, núm. 264, Madrid, 2005, p. 38.

a ella, y que permite su ejercicio sin haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos; una segunda, que hace referencia al contenido del derecho, y que implica la reserva del puesto de trabajo; y por último, una la tercera dirigida a dotar el derecho de un cierto grado de protección, reconociendo el derecho a percibir su remuneración íntegra durante los dos primeros meses.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ACCESO
AL EMPLEO PÚBLICO**

FRANCISCO RAMOS MORAGUES
Becario de Investigación «Cinc Segles»
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO.—2. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN CONDICIONES DE IGUALDAD.—3. LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD.—4. POSIBLES LÍMITES A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO. 4.1. La consolidación del empleo público precario: las pruebas restringidas y el sistema de «mochila». 4.2. La aplicación de medidas de acción positiva en el empleo público: el sistema de cuotas de reserva en favor de discapacitados. 4.3. Las «bolsas de trabajo» como sistema de selección de personal.

1. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A diferencia de lo que ocurre en el sector privado, donde el empresario puede contratar libremente a sus trabajadores sin más limitación que las derivadas del principio de no discriminación a que hacen alusión los artículos 4.2.c) y 17 del ET, la selección de los empleados públicos ha de realizarse «en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la Ley y ante su aplicación, de manera que la Administración no puede establecer preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros, y además, dichos criterios objetivos han de basarse en criterios de mérito y capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia»¹.

El cumplimiento de los principios constitucionales en materia de acceso al empleo público tiene una enorme repercusión sobre el conjunto de la función pública, hasta el punto de considerar que éstos constituyen «los pilares de la configuración de una función pública profesional, imparcial en sus actuaciones y siempre orientada al servicio con objetividad de los intereses generales»². Dicho en otros términos, el acceso a la función pública se constituye como un elemento clave en el sistema de empleo público, puesto que, entre otras razones, la eficacia y calidad de los servicios públicos que se prestan al ciudadano dependerán de que se produzca la selección del personal más preparado³.

¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 119.

² PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 84.

³ MARINA JALVO, B.: «Consideraciones sobre el informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 29, 2005, p. 19.

El legislador, consciente de la trascendencia que tiene el acceso al empleo público en un sistema que pretenda ser eficiente, se ha encargado de trasladar estas exigencias constitucionales al EBEP. Así, su artículo 55 apartado 1.º establece que «todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los *principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*». Sin embargo, la realidad pone de manifiesto que existen procesos de selección en los que no se aplican con el rigor necesario los requisitos de igualdad, mérito y capacidad, extremo que se evidencia especialmente en tres supuestos concretos, estos son ⁴: 1.º) *la contratación de personal laboral*, configurándose la huida hacia el Derecho privado como una vía para rebajar las exigencias constitucionales; 2.º) *el reclutamiento de empleados temporales*, que en muchas ocasiones tiene lugar mediante procedimientos en los que, amparándose en la necesidad de agilizar los plazos al máximo, conculcan gravemente los principios constitucionales imperativos en la materia; 3.º) *la consolidación del empleo temporal*, llevada a cabo mediante el establecimiento de procesos de conversión que en muchas ocasiones se traducen en la mera asistencia a cursos o la realización de pruebas relativamente sencillas, que permiten, burlando los artículos 23.2 y 103.3 CE, adquirir la condición de funcionario de carrera o de personal fijo.

La situación así descrita ha llevado a un sector de la doctrina a afirmar que la trasgresión de los principios constitucionales que está produciéndose en los últimos tiempos, junto con la proliferación del personal eventual y el establecimiento por el legislador de medidas de acción positiva para facilitar el acceso al empleo público de determinados colectivos desfavorecidos, han colocado al principio de mérito y capacidad en una situación de crisis sin precedentes ⁵.

A este respecto, el objeto de la presente comunicación viene refiriendo al análisis de los principios de igualdad, mérito y capacidad incidiendo en sus principales características; Del mismo modo, se prestará atención a la existencia de posibles límites o modulaciones en la aplicación de estos principios.

⁴ Vid. Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, pp. 84-85.

⁵ Así lo entiende, PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 136-137.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Tal y como dispone el artículo 23.2 de la CE, «los ciudadanos tienen derecho a acceder a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes». La interpretación de dicho precepto constitucional ha dado lugar a múltiples problemáticas de muy diversa índole que han sido objeto de análisis por la doctrina y especialmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, el TC se ha pronunciado sobre la conexión existente entre el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE y el acceso en condiciones de igualdad a la función pública que establece el artículo 23.2 CE. A este respecto, el Alto Tribunal ha señalado que entre ambos preceptos se establece una relación de regla general y regla particular de forma que el artículo 23.2 CE viene a concretar el principio general de igualdad para el ámbito de la función pública. Dicho en otros términos, «el artículo 23.2 CE se configura como una manifestación de dicho principio que sin reiterarlo explicita su contenido, constituyendo una *lex specialis*, frente a una *lex generalis* que representa el artículo 14 CE»⁶.

Ahora bien, el artículo 23.2 no es una mera concreción del artículo 14 CE, sino que se constituye como un derecho con sustantividad propia, de forma que cuando la situación discriminatoria se produzca en los términos señalados en aquél precepto (acceso a las funciones y cargos públicos), será éste el que se invoque ante los Tribunales y no el principio genérico de igualdad, a no ser, claro está, que la discriminación impugnada aluda directamente a alguno de los supuestos previstos en el artículo 14 CE, ya que en tal caso si que se alegará expresamente la vulneración de dicho precepto⁷.

En segundo lugar, la doctrina también se ha planteado, en atención al tenor literal del artículo 23.2 CE, si el principio de igualdad en él previsto resulta aplicable a la función pública profesional, o si, por el contrario, se limita sólo a los cargos de naturaleza política. Tradicionalmente, un sector de la doctrina consideró que el alcance del principio de

⁶ Vid. PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 137.

⁷ En esta línea, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 1993, pp. 53-54, afirma que dicho precepto otorga un plus de protección en relación con el artículo 14 del texto constitucional, de manera que si el artículo 23 CE no se hubiera interpretado extensivamente, proyectándolo y alcanzando a la función pública en las diversas manifestaciones del régimen jurídico de los funcionarios, es evidente que el mero principio de igualdad ante la ley no habría podido dar cobertura a no pocas demandas de amparo que, incluso, han prosperado.

igualdad en el acceso al empleo público afectaba únicamente a los cargos de carácter político y no a la función pública profesional⁸. En la actualidad tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia entienden que el artículo 23.2 CE resulta aplicable no sólo a los cargos políticos o representativos sino también a los puestos funcionariales, de hecho, son numerosos los asuntos que llegan al TC referidos a puestos de naturaleza profesional, entrando éste a resolverlos dando por supuesto que el alcance de dicho precepto se proyecta también a éstos últimos⁹.

En tercer lugar, otra de las polémicas que se ha suscitado alrededor del artículo 23.2 CE tiene que ver con el alcance de la reserva de ley prevista en el último inciso del precepto, en virtud del cual, «*a través de las leyes* se establecerán los requisitos para el acceso a las funciones y cargos públicos», planteándose básicamente dos cuestiones al respecto, en primer lugar, si se trata de una reserva de Ley orgánica, teniendo en cuenta el carácter de derecho fundamental del artículo 23.2; y, en segundo lugar, si resultaría posible la remisión reglamentaria.

En cuanto a la primera cuestión, la doctrina ha señalado, apoyando tal afirmación en que nos encontramos ante un derecho de configuración legal y naturaleza no sustantiva, que la reserva de ley que aparece en el inciso final del precepto «no requiere ineluctablemente la exigencia de ley orgánica para la regulación o desarrollo del mismo, salvo aquellos cargos cuya naturaleza representativa exijan por imperativo del artículo 81.1 CE, rango de ley orgánica»¹⁰.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, la posibilidad de remisión reglamentaria, el TC, en su STC 47/1990, de 20 de marzo ha venido a admitir dicha opción señalando que «no puede afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de ley impida, en términos absolutos, todo tipo de remisión legislativa al reglamento». Por el contrario, las disposiciones del Gobierno pueden, cuando así lo requiera la Ley, «colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada», si bien «la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí ignorando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondi-

⁸ GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 524, señaló que «las “funciones y cargos públicos”, a que se refiere el artículo 23.2, son distintas y no incluyen los puestos de la función pública profesional que contempla el artículo 103.3. Aquellos serían, pues, los cargos públicos de carácter político».

⁹ En este sentido, el Alto Tribunal ha entrado a conocer la posible vulneración del artículo 23.2 CE, aún tratándose de personal funcional y no de carácter político en innumerables supuestos. Por todas, las SSTC 67/1989, de 18 de abril (RTC 1989/67), 27/1991, de 14 de febrero (RTC 1991/27), 11/1996, de 29 de enero (RTC 1996/11).

¹⁰ PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones...*, cit., p. 85.

cionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva» ¹¹.

Pues bien, partiendo de lo expuesto hasta ahora, las principales características del artículo 23.2 CE, son las siguientes: 1.^a) *Configuración legal*. De acuerdo con la remisión que efectúa el artículo 23.2 en su último inciso, corresponde al legislador establecer los requisitos y las condiciones que deben reunir los aspirantes que pretendan acceder a la función pública, gozando éste de amplia libertad, sin más limitación que «la proscripción de referencias individualizadas y concretas que, por crear desigualdades arbitrarias, sean incompatibles con los principios de mérito y capacidad» ¹². En consecuencia, según afirma PULIDO QUECEDO con dicha denominación («configuración legal») se quiere expresar el especial apoderamiento que el constituyente quiso hacer en el legislador a la hora de la delimitación del contenido del derecho constitucionalmente garantizado, respetando en todo caso el contenido esencial del mismo cuya declaración corresponde por vía interpretativa al TC ¹³. 2.^a) *Naturaleza no sustantiva*. La CE no establece un concepto sustantivo de cargo público, remitiendo esta tarea a la normativa reguladora del cargo en cuestión, de manera que la noción de cargos y funciones públicas aparece estrechamente vinculada a la cuestión de la reserva de Ley, debiendo estar a la normativa sustantiva aplicable. 3.^a) *Carácter reaccional*. El derecho consagrado en el artículo 23.2 «no otorga derecho alguno a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinados, ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras, lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante el TC, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad» ¹⁴. Dicho en otros términos, «exige permitir la participación de todo ciudadano en los procesos selectivos para el empleo público, sin que se establezcan requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas que puedan generar discriminación» ¹⁵. 4.^a) *Extensión del principio a lo largo de la*

¹¹ Vid. STC 47/1990, de 20 de marzo (RTC 1990/47).

¹² PUERTA SEGUIDO, F. (Dir.: ORTEGA ÁLVAREZ, L.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. La Ley (el Consultor de los Ayuntamientos), Madrid, 2007, p. 401.

¹³ PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones...*, cit., pp. 58-60.

¹⁴ En este sentido, entre otras, las SSTC 50/1986, de 23 de abril (RTC 1986/50), 30/1997, de 24 de febrero (RTC 1997/30) y 156/1998, de 13 de julio (RTC 1998/156), afirman que el citado derecho constitucional garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también a mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas y a que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga.

¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función...*, cit., p. 120.

relación funcional. El principio de igualdad en el ámbito del empleo público resulta aplicable no sólo en el momento del acceso sino también durante el desarrollo de la carrera administrativa ¹⁶.

3. LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD

El sistema de mérito y capacidad actualmente consagrado en nuestro texto constitucional surge como una reacción al modelo de función pública que imperaba en los países de ideología liberal, en los que el nombramiento de los cargos y empleos públicos se llevaba a cabo a través del denominado como *spoils system* o sistema de botín. Dicho sistema presenta como característica principal, que tanto el nombramiento como el cese de los empleados públicos, tienen carácter libre, lo que suponía que el cambio de unos funcionarios por otros se establecía en función de las alternancias políticas en el gobierno. Es decir, el empleo público se configuraba como una moneda de cambio a través de la cual se recompensaba a quienes habían apoyado al partido político que ganaba las elecciones ¹⁷.

Frente a este sistema, paulatinamente se irá imponiendo en determinados países, entre ellos España, los principios de capacidad y mérito como criterios para la selección de los funcionarios públicos, unido al carácter de inamovibles en su condición, buscando de esta manera configurar una función pública profesionalizada en la que la alternancia política no condicionase el cambio de unos funcionarios por otros, con los riesgos que dicha práctica implica no sólo para aquellas personas que pierdan su empleo sino también para la gestión de la cosa pública, para el sistema funcional en su conjunto ¹⁸.

El reconocimiento de los principios de mérito y capacidad tiene lugar por primera vez en la Constitución Española de 1837, habiéndose mantenido desde entonces por el resto de textos constitucionales hasta llegar a la vigente CE de 1978 que proclama estos principios en su artículo 103.3. Dos aspectos hay que destacar del citado artículo, de un lado, el establecimiento de una reserva de ley para regular el acceso a los cargos y funciones públicas; y, de otro, que el ingreso en dichos cargos y funciones se llevará a cabo mediante la superación de procesos selectivos basados en criterios objetivos que garanticen los principios de mérito y capacidad.

¹⁶ Vid. STC 220/1991, de 25 de noviembre (RTC 1991/220).

¹⁷ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo...*, cit., pp. 12-13.

¹⁸ MARTÍN RETORTILLO, L.: *Méritos o botín*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 30-31.

A partir de aquí, un análisis adecuado del artículo 103.3 CE, exige poner en relación dicho precepto con otros principios constitucionales. En efecto, tal y como ha puesto de relieve la doctrina, el acceso a la función pública respetando los principios de mérito y capacidad se relaciona «con las *garantías de imparcialidad*, porque el seleccionado por su mérito y capacidad no deberá sus selección y nombramiento sino a sus méritos y capacidades, lo que le permitirá ser imparcial en el ejercicio de las tareas para las que ha sido seleccionado; con el *principio de eficacia*, porque los seleccionados en razón del mérito y la capacidad serán los más aptos para actuar eficazmente; y, con el *acceso en condiciones de igualdad*, porque sólo el mérito y la capacidad personal justifican las preferencias en los procesos de reclutamiento y cualquier otra circunstancia personal quedará al margen de la selección»¹⁹.

De todo lo expuesto hasta ahora se deduce: 1.º) Que la aplicación de los principios de mérito y capacidad implica que el legislador «no sólo no podrá establecer diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino más precisamente aún y en conexión con el artículo 103.3 CE la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad». Asimismo, «la capacidad, y especialmente los méritos a tener en cuenta han de estar también en relación con la función a desempeñar y no se describirán o establecerán en términos tales que puedan considerarse fijados en atención a personas determinadas»²⁰. 2.º) Que dichos principios «apoderan al legislador y a la Administración para que configure en términos de libertad los requisitos para acceder a la función pública en cada caso concreto, pero al mismo tiempo su consideración como conceptos jurídicos indeterminados determina la exclusión de cualquier idea de libre arbitrio»²¹. 3.º) Que su aplicación debe hacerse extensible necesariamente a los sistemas y criterios utilizados por las Administraciones Públicas para seleccionar a su personal. Por consiguiente, si bien las Administraciones disponen de libertad para establecer los concretos sistemas de acceso a la función pública así como los criterios de selección, esta libertad presenta como único límite que tanto unos como otros deberán garantizar, que los candidatos seleccionados de entre los distintos aspirantes sean aquellos que reúnan mayores méritos y estén más capacitados²².

Por último, cabe señalar que aún cuando la referencia a los principios de mérito y capacidad se suele realizar de manera conjunta, como si se tratase de un mismo concepto, parte de la doctrina se ha referi-

¹⁹ Así lo señala RUANO RODRÍGUEZ, L.: *Constitución, función pública y empleo laboral*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 40-41.

²⁰ *Vid.* STC 27/1991, de 14 de febrero (RTC 1991/27).

²¹ PUERTA SEGUIDO, F. (Dir.: ORTEGA ÁLVAREZ, L.): *Estatuto Básico del...*, cit., p. 407.

²² RUANO RODRÍGUEZ, L.: *Constitución, función pública...*, cit., p. 44.

do a la delimitación entre ambos términos, «méritos» y «capacidades», vinculando al primero aquellos aspectos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas cuya finalidad perseguida es la de constatar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes, lo que conlleva ineludiblemente la asociación del concepto de capacidad al sistema de selección basado en la oposición; mientras que, en relación con el segundo de ellos, esto es, los méritos, englobaría aquellos aspectos que hacen referencia a las cualidades adquiridas por los aspirantes durante su trayectoria profesional, cuya acreditación se lleva a cabo por medio del instrumento selectivo denominado «concurso»²³.

4. POSIBLES LÍMITES A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A pesar de que la CE proclama sin excepción que el ingreso en la Administración pública debe producirse con riguroso cumplimiento de los principios constitucionales existentes en la materia, el legislador ha venido recogiendo determinados supuestos en los que la aplicación de tales principios aparece sujeta a ciertas restricciones o modulaciones. Prueba de ello es el establecimiento de medidas de acción positiva a favor de algunos colectivos, la configuración de procesos de selección restringidos o la selección de personal mediante las denominadas «bolsas de trabajo», entre otros supuestos.

4.1. La consolidación del empleo público precario: las pruebas restringidas y el sistema de «mochila»

La primera cuestión que hay que plantearse a la hora de abordar ésta problemática pasa por la delimitación conceptual de qué se entiende por «pruebas restringidas» y «sistema de mochila». La respuesta a este interrogante debe partir de una premisa básica, en virtud de la cual el acceso a la función pública ha de tener un carácter libre²⁴. Ahora bien, a pesar de esta regla, se vienen admitiendo determinadas prácticas que

²³ En este sentido, ERKOREKA GERVASIO, J. I.: «Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisitos de capacidad en el ejercicio de las funciones públicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 44, 2, 1996, pp. 266-267.

²⁴ Así se ha encargado de recogerlo tanto la normativa precedente al EBEP, en concreto, el artículo 19.1 LMRFP, señalando que el acceso al empleo público tendría lugar «mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición y concurso-oposición libre», como el propio Estatuto Básico, en su artículo 61.1, afirmando que «los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia». En esta misma línea se ha venido pronunciando la jurisprudencia del TC, entre otras, en su STC 73/1998, de 31 de marzo (RTC 1998/73).

en mi opinión, suponen una clara restricción al principio de libre acceso al empleo público, y cuya finalidad responde a la pretendida consolidación del empleo público temporal. Estas prácticas irregulares han sido clasificadas por la doctrina en dos categorías, de un lado, el llamado «sistema de mochila», entendiéndose por tal la valoración excesiva como mérito de los servicios prestados por interinos y contratados temporales en procesos de libre acceso; y, de otro lado, las denominadas «pruebas restringidas», a través de las cuales se limita la participación en los procesos selectivos en favor de quienes gozan ya de la condición de empleados públicos²⁵.

Pues bien, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la adecuación de este tipo de prácticas, tanto de la valoración como mérito de los servicios prestados como del establecimiento de pruebas restringidas, a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cuanto a la primera de ellas, resulta paradigmática la STC 67/1989²⁶. En dicha Sentencia el TC se planteó si existía o no vulneración del artículo 23.2 CE, abordando esta tarea a partir del análisis de dos aspectos concretos: de un lado, el establecimiento como único mérito susceptible de valoración la prestación de servicios en la Administración y, de otro, la importancia que tenían en el resultado final dichos méritos, que jugaban además en la fase de oposición.

En cuanto al primero de ellos, consideró que no existía lesión del artículo 23.2 CE, habida cuenta de que en el caso enjuiciado existía una *finalidad constitucionalmente legítima*, que en este caso no era otra que la de solucionar la situación precaria en la que se encuentra el personal no permanente de la administración, el cual fue contratado en gran medida con motivo de la puesta en marcha de la Administración Autónoma y de la necesidad de contar inmediatamente con personal propio; y, además, la medida tenía *carácter transitorio y excepcional*, en tanto en cuanto, la Disposición Transitoria segunda de la Ley 2/1987, de la Función Pública de Extremadura, preveía dos primeras y únicas convocatorias en las que se concedían algunas facilidades o beneficios al actual personal para permitirles consolidar su situación, si bien ese personal tendría que cesar si no obtuviese plaza en esas dos primeras convocatorias.

²⁵ BOLTAINA BOSCH, X.: *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, Ed. Cedecs, Madrid, 2005, p. 135.

²⁶ Vid. STC núm. 67/1989, de 18 de abril (RTC 1989/67). La referida sentencia tiene su origen en un recurso de amparo interpuesto contra una Orden de 25 de agosto de 1987 de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, a través de la cual se convocaban unas pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Respecto a la segunda cuestión, esto es, si la ponderación de la antigüedad como único mérito valorable se ajustaba al derecho de igualdad en el acceso a los cargos públicos, el Alto Tribunal entendió que en tal caso si que existía una desigualdad de trato, calificando dicha medida como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad, además de contraria al artículo 23.2 de la Constitución. Dicha argumentación encuentra fundamento no en la valoración cuantitativa del tiempo de servicios prestados, al considerar que se encontraba dentro del *límite de lo tolerable*, sino en la posibilidad que recoge el párrafo octavo de la base 4.1 de la convocatoria, en la que se permitía que los puntos obtenidos en la fase de concurso se pudieran aplicar, si ello fuera necesario, a la puntuación obtenida en cada ejercicio de la fase de oposición, a efectos de alcanzar la puntuación mínima establecida para superar el correspondiente ejercicio.

Entendió el Alto Tribunal que dicha regla favorecía desproporcionadamente a unos opositores frente a otros, en tanto en cuanto, «exigía a unos opositores el doble de conocimientos que a otros, siendo la razón de la diferencia el mero hecho de haber prestado servicios durante breve tiempo en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Esta diferencia sensible de niveles de exigencia suponía que los aspirantes «de fuera» veían reducida al mínimo su posibilidad de acceso a la función pública, exigiéndoles un nivel de conocimientos elevado, mientras que los opositores que ya prestaban servicios en la Administración Autonómica, podían aprobar los correspondientes ejercicios con notas muy inferiores y que no garantizaban la suficiencia de sus conocimientos. De este modo el dato relevante para aprobar la fase de oposición es el hecho, ya valorado como mérito en la fase de concurso, de haber prestado servicios anteriormente a la Comunidad Autónoma».

Por otro lado, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la posibilidad de establecer pruebas específicas o restringidas para acceder a la función pública, entre otras, en su STC 27/1991²⁷. En dicha Sentencia el TC entró a valorar la constitucionalidad de una serie de Disposiciones Transitorias en las que se legitimaba a los Consejos de Gobierno autonómicos para convocar pruebas específicas de acceso a la

²⁷ Vid. STC núm. 27/1991, de 14 de febrero (RTC 1991/27). Dicha sentencia tiene su origen en dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respectivamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, sobre la Disposición Transitoria 6.ª, apartado 4.º, de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y la Disposición Transitoria 6.ª, apartado 3.º, de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre de 1985, del Parlamento de Andalucía, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias, sobre la Disposición Transitoria 9.ª, apartado 2.º, de la Ley 2/1987, de 30 de marzo de 1987, del Parlamento de Canarias, de Función Pública de Canarias, en relación con los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución.

función pública, lo que planteaba la duda de si éstas contradecían el artículo 23.2 CE, en tanto en cuanto suponían la exclusión de aquellos aspirantes que no mantenían relación de empleo alguno con la Comunidad Autónoma en el momento de la convocatoria. Pues bien, el Alto Tribunal entendió que si bien el artículo 23.2 CE supone una limitación fundamental a la práctica de las llamadas «pruebas restringidas», «no cabe excluir que en determinados casos excepcionales la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre con un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública».

Amparándose en esta fundamentación el TC concluyó que las disposiciones impugnadas no vulneraban el artículo 23.2, puesto que además de gozar de *habilitación legal*, éstas se configuraron con carácter *excepcional y transitorio*, ya que trataron de dar respuesta a una situación singular derivada un proceso único e irrepetible, como fue la creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico, lo que implicó la necesidad de adscribir, de forma inmediata, a personal en régimen de Derecho administrativo, cuando ni existían plantillas de funcionarios ni había tiempo para poder acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera.

En suma, lo cierto es que tanto la configuración de pruebas restringidas como la valoración excesiva de los servicios prestados en la Administración son prácticas comunes en los procedimientos de acceso a nuestra función pública que se han ido legalizando por las distintas normativas dictadas en la materia, sin que el EBEP en la actualidad constituya una excepción. No obstante, no hay que olvidar dos cuestiones de gran trascendencia que han sido expuestas por la Comisión de expertos encargada de elaborar el informe sobre el EBEP. De un lado, que «la dinámica de selección de personal temporal y posterior estabilización de los empleados temporales al cabo de unos años está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público e inclusive está llevando a la quiebra otros elementos del propio sistema, como la misma oferta de empleo público, con la garantía de publicidad que supone»; y, de otro lado, que si bien es necesario reducir la temporalidad en el empleo público así como consolidar el empleo estable, esto no debe traducirse en la consolidación «subjética o particular de aquellos empleados que se han integrado en la Administración por procedimientos excepcionales y escasa-

mente competitivos, gozando de una situación de privilegio frente a otros posibles interesados»²⁸.

4.2. La aplicación de medidas de acción positiva en el empleo público: el sistema de cuotas de reserva en favor de discapacitados

Nuestro vigente texto constitucional no sólo garantiza el derecho a la igualdad en su vertiente formal, sino que además, con el firme propósito de que esa igualdad sea real y efectiva, compele a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para lograr dicho objetivo, removiendo cualquier obstáculo que impida o dificulte su plenitud y facilitando la participación de los ciudadanos en todos los ámbitos: político, económico, social y cultural. Es precisamente en este contexto donde debemos situar el establecimiento de las medidas de acción positiva por parte del legislador, que son definidas por la doctrina como «aquellos tratamientos preferenciales temporales en la contratación, promoción o despidos de trabajadores, entendiendo por tales aquellos procedimientos que garanticen una preferencia a una persona entre un grupo de competidores»²⁹.

El Estatuto Básico del Empleado Público no ha sido ajeno a esta realidad, razón por la cual en su artículo 60.1, tras recalcar el carácter abierto y en libre concurrencia de los procesos selectivos, señala que dicho extremo se tendrá en cuenta sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y *de las medidas de discriminación positiva* previstas en dicho Estatuto.

En este sentido, la entrada en vigor de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre sobre Empleo Público de Discapacitados modificó la Disposición Adicional 19.^a de la LMRFP introduciendo una medida de acción positiva con el propósito de favorecer el acceso de las personas con discapacidad a la Administración Pública. En concreto, dicha modificación establecía que en las ofertas de empleo público se reservaría un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes para las personas discapacitadas con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, fijando como objetivo general, alcanzar el 2 por 100 de efectivos totales de la Administración del Estado.

Actualmente la reserva de plazas a personas con discapacidad ha sido incorporada al EBEP a través de su artículo 59 en términos prác-

²⁸ Vid. *Informe de la Comisión...*, cit., p. 90.

²⁹ Definición utilizada por SIERRA HERNANIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Ed. CES, Madrid, 1999, p. 79.

ticamente idénticos a los establecidos por la LMRFP. Así, en primer lugar, mantiene el porcentaje de ofertas de empleo público que ha de reservarse a personas con discapacidad. En segundo lugar, establece que tendrán la consideración de personas discapacitadas a estos efectos, las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación, Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. En tercer lugar, condiciona la reserva de las plazas a que los aspirantes superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y compatibilidad con el desempeño de las tareas. Por último, vuelve a establecer como objetivo general, alcanzar el 2 por 100 de los efectivos totales en cada Administración.

No obstante, a pesar de la similitud con la regulación precedente, el artículo 59.1 introduce una novedad importante que tiene que ver con el carácter básico de la norma en la que se contempla. En efecto, su reconocimiento en el EBEP implica que la reserva de plazas se extiende a todas las Administraciones Públicas que quedan sujetas dentro del ámbito de aplicación del EBEP, es más, también resultarían obligadas a la reserva del 5 por 100 de la oferta de empleo público, aquellas entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2 EBEP, tal y como establece la Disposición Adicional 1.^a de dicha norma. En conclusión, las Administraciones Públicas que con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, no reservaban plazas para los discapacitados en sus ofertas de empleo público, o lo hacían pero en términos porcentuales inferiores al establecido en el artículo 59.1, deberán adaptarse a las exigencias del EBEP.

Sentado lo anterior, cabe plantearse la compatibilidad de este sistema con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. El TC tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en su STC 269/1994³⁰. En primer lugar, el Alto Tribunal se

³⁰ *Vid.* STC 269/1994, de 3 de octubre (RTC 1994/269). Los hechos que dieron lugar a la interposición del recurso de amparo resuelto por dicha sentencia venían referidos a una convocatoria, efectuada a través de una Orden de la Consejería de la Presidencia del Gobierno Autónomo de Canarias, de pruebas selectivas para cubrir 189 plazas de Administradores Generales. Del total de plazas, 94 correspondían al turno restringido y 95 al turno libre, de las que seis plazas quedaban reservadas a personas afectas por un 33 por 100 de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. El sistema de selección establecido era el de concurso-oposición, siendo la puntuación final de cada candidato el resultado de sumar ambas partes.

Una vez obtenido el resultado de las pruebas, la demandante en amparo obtuvo una puntuación total de 6,34 puntos, ocupando la posición 189 de la lista total, por lo que tomó posesión de la plaza dentro del plazo establecido. Tras ella, habiendo superado las pruebas con una puntuación de 6,07 puntos, y ocupando la posición 195, se encontraba una persona que sufría una minusvalía física del 33 por 100, la cual impugnó la propuesta del tribunal calificador alegando la existencia de la reserva de seis plazas del turno libre para minusvá-

pronunció sobre si la presencia de una minusvalía física como criterio para favorecerse a unos aspirantes frente a otros podía considerarse una diferencia de trato discriminatoria. A este respecto el TC consideró que la medida carecía de carácter discriminatorio, señalando que «precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas». Lógicamente, continuó señalando el TC, «la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad».

En segundo lugar, tras descartar el carácter discriminatorio de la medida, el TC entró a analizar la posible vulneración del artículo 23.2 CE. En este sentido, señaló que el legislador dispone de un cierto margen de libertad tanto para regular las pruebas de selección como para determinar los méritos y capacidades que se tomarán en cuenta, si bien, está sujeto a dos limitaciones, una en sentido positivo, «obligando al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad», y otra en sentido negativo, «prohibiendo que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas, «se haga en términos concretos e individualizados», que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas».

Sentado lo anterior, el TC resolvió que la medida adoptada trataba de hacer efectivos valores constitucionalmente tutelados, y además lo hacía de forma legítima. Así, afirmó que «la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, no sólo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva, a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho de los que opositan a las de turno libre (puesto que éstos acceden a las de su turno en condiciones que no son censurables desde la perspectiva del art. 23.2 CE) ni exceptúan a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desem-

lidos. La Dirección General de la Función Pública del Gobierno Autónomo de Canarias dictó resolución estimatoria nombrando a la persona discapacitada para cubrir la plaza y dejando sin ella a la recurrente en amparo.

peño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (art. 103.1 CE). En síntesis, el respeto a los principios consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 CE es manifiesto cuando presiden el proceso de selección de los aspirantes, sin que se vean obstaculizados por las reglas previas de distribución de plazas ofertadas cuya legitimidad, ya se ha dicho, no resulta discutible».

4.3. Las «bolsas de trabajo» como sistema de selección de personal

Hasta ahora hemos visto que para adquirir la condición de empleado público, ya sea funcionario o laboral, es necesario superar un proceso de selección basado en criterios objetivos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ahora bien, el cumplimiento de dichas exigencias constitucionales implica la configuración de procesos de selección excesivamente formalistas que adolecen de falta de agilidad, dando lugar a procesos que se dilatan demasiado en el tiempo, llegando a transcurrir meses o incluso años hasta que se cubre efectivamente la plaza. Esta situación plantea importantes problemas en la gestión de recursos humanos de las Administraciones Públicas especialmente cuando éstas tienen la necesidad de cubrir puestos de carácter temporal, que por su propia naturaleza han de ser ocupados con la mayor brevedad posible.

En este contexto, uno de los instrumentos que se ha venido utilizando por las Administraciones Públicas para reclutar a su personal laboral temporal es el sistema de las «bolsas de trabajo» o «listas de espera», en virtud del cual la cobertura de las plazas vacantes se lleva a cabo mediante la designación de los candidatos, en atención a un orden previamente determinado, de entre aquellas personas que habiendo participado en un proceso selectivo para ingresar en la Administración Pública no hubieran obtenido plaza en dicha convocatoria, ya sea por no haber superado todas las pruebas establecidas, o bien por no haber alcanzado la puntuación mínima necesaria que da derecho a la misma ³¹.

Tal y como ha señalado la doctrina ³², las bolsas de trabajo como sistema de selección de personal presentan tres elementos: 1.º) *Lista*

³¹ En este sentido, GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: «Las bolsas de trabajo de la Administración Pública de la Junta de Andalucía», en *Temas Laborales*, núm. 80, 2005, p. 97.

³² OJEDA AVILÉS, A.: *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Ed. Comares, 1998, Granada, pp. 104-105.

de espera. En ella figuran los distintos candidatos, ordenados jerárquicamente en función de la puntuación obtenida tras aplicar el baremo previsto en la normativa aplicable, el cual, deberá establecerse de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad; 2.º) *Departamento de personal.* Encargado, entre otros aspectos, de resolver sobre la admisión y remisión de los candidatos, adjudicar los números de orden, y finalmente la determinación del candidato; 3.º) *La comisión de seguimiento.* Cuya tarea principal será la de fiscalizar la actividad del servicio gestor, controlando que la adjudicación del orden entre los candidatos se realice de acuerdo con la baremación establecida, así como que se seleccione al candidato que ocupe la primera posición, en detrimento de aquellos que se encuentren por detrás de él en dicho orden.

De acuerdo con estas premisas, la selección de personal temporal a través de bolsas de trabajo se ajustaría a los principios rectores del acceso al empleo público, haciendo además compatible dichos principios con el principio de eficacia que debe presidir la actuación de la Administración y que aplicado al ámbito de la selección de personal implica, entre otros aspectos, que ésta pueda contar con personal no permanente para afrontar las necesidades urgentes de personal que le sobrevengan, lo que sólo resulta posible configurando procesos de selección más ágiles que los establecidos para seleccionar al personal fijo.

No obstante, el principal problema que se plantea con las bolsas de trabajo se refiere a su utilización por parte de las Administraciones Públicas para dar cobertura a puestos de trabajo que carecen de dicha urgencia o necesidad, elemento clave que a su vez legitima la utilización de procedimientos distintos a los establecidos con carácter general por el EBEP para la selección del personal, cuya inexistencia implicaría una actuación fraudulenta por parte de la Administración Pública que claramente conculcaría los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dicho en otros términos, nada impide a la Administración recurrir a las distintas modalidades de contratación temporal que contempla la legislación laboral y por ende configurar procesos de selección más ágiles que se ajusten mejor a sus necesidades, entre ellos las bolsas de trabajo, ahora bien, lo que no resulta admisible es utilizar éstos procedimientos sin que exista la urgencia o necesidad que legitima la contratación temporal, práctica que desgraciadamente es harto frecuente en la actualidad y que ha propiciado la utilización fraudulenta de las bolsas de trabajo y el enorme crecimiento de la temporalidad en el empleo público.

Asimismo, la utilización de las bolsas de trabajo plantea otro problema que provoca un «efecto perverso», en tanto en cuanto «se establece un sistema de preferencias que provoca la reiteración de la contratación

de las mismas personas en un encadenamiento de contratos que a los ojos de los Tribunales puede parecer cercano al fraude de Ley»³³.

En conclusión, es obvio que la selección de personal temporal necesita de la articulación de sistemas de selección más flexibles que permitan dar respuesta a las necesidades de la Administración con la mayor brevedad posible, no obstante, la búsqueda de dicha eficacia nunca debe producirse a costa de los principios rectores del acceso al empleo público, lo que desgraciadamente ocurre en numerosas ocasiones. Así, como ha señalado la doctrina³⁴ no resulta extraño encontrar bolsas de trabajo en las que el orden de selección de los candidatos se establezca atendiendo a criterios que nada tienen que ver con la capacidad y mérito de los candidatos, lo que provoca que un sistema que en su origen es compatible con los principios rectores del acceso al empleo público y el principio de eficacia de la Administración, se convierta no sólo en una «puerta falsa» de acceso a la función pública sino además en un aliciente a las Administraciones para que acudan injustificada-mente a la contratación temporal con las nefastas consecuencias que ello tiene para el buen funcionamiento de nuestra función pública.

³³ LÓPEZ GÓMEZ, J. M. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: «El acceso del personal laboral a las Administraciones Públicas: las bolsas de trabajo», en *Temas Laborales*, núm. 53, 2000, p. 106.

³⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Bolsas de trabajo y Administración Pública...*, cit., p. 7.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LOS PROCESOS
DE SELECCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.
ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSPENSIÓN
CAUTELAR**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

1. LAS QUIEBRAS DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD: IMPUGNACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO.—2. LA SUSPENSIÓN JUDICIAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO MEDIDA DE TUTELA «PROVISIONALÍSIMA».—3. REQUISITOS. 3.1. Breve referencia al ordenamiento comunitario. 3.2. Su plasmación en el Derecho interno. 3.2.1. La prueba sobre la necesidad de paralización. 3.2.2. Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. 3.2.3. El *periculum in mora*. 3.2.4. La ponderación de los intereses concurrentes. 3.2.5.- El *fumus boni iuris*.—4. LA APLICACIÓN DE LOS CONDICIONANTES EXIGIDOS PARA LA SUSPENSIÓN CAUTELAR EN LOS PROCESOS DE RECLUTAMIENTO DE FUNCIONARIOS. 4.1. Detalle de supuestos concretos. 4.1.1. Nulidad de las bases de la convocatoria. 4.1.2. Impugnación de normas reglamentarias. 4.1.3. Reclamación frente a actos generales no normativos. A. Justicia. B. Educación. C. Sanidad.—5. REFLEXIONES FINALES.

1. LAS QUIEBRAS DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD: IMPUGNACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO

La posición de poder público de la Administración debe primar a la hora de dotarse de los medios humanos necesarios para ejercer su misión, y tal rango ha de encontrar traducción en un proceso minuciosamente reglado para decidir no sólo cuántas personas necesita y el momento en el cual las precisa, sino también quiénes han de ser los elegidos. Ahora bien, para acceder a la condición de funcionario, a través de una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo (art. 9 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público —EBEP—), es imperativo superar un proceso selectivo efectuado a partir de criterios objetivos, no en vano todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichas pautas neutras deben fundarse, además, en los parámetros de mérito y capacidad, verdaderos índices de una gestión eficaz del interés de la comunidad ¹.

Estos principios reconocidos en los artículos 23.2 y 103.3 CE y —con la importancia que merecen— en el actual artículo 55 EBEP, son, por tanto, «los pilares de la configuración de una función pública profesional, imparcial en sus actuaciones y siempre orientada al servicio, con objetividad, de los intereses generales» ². Adoptada la decisión, dotados los medios para proveer nuevos puestos de funcionarios y efec-

¹ GARCÍA-TREVINAJO GARNICA, E.: «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, p. 249.

² PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003, p. 84.

tuada la convocatoria por el órgano competente (art. 9 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo), es en la selección de quienes van a merecer tal condición donde actúan, sin exclusión alguna posible (ni siquiera en el caso de la especie atípica de los funcionarios interinos, a pesar de que excepcionalmente y con carácter transitorio haya sido modalizado y moderado su rigor³), las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (*merits system*), a las cuales el Tribunal Constitucional ha unido otra más, la de publicidad⁴.

Procede interpretar, no obstante, cómo la igualdad (que sirve fielmente a las ideas de integración y actuación democrática en lo público, garantía de la necesaria imparcialidad en los elegidos y eficacia administrativa⁵) no otorga, *ex* artículo 23.2 CE, el derecho a ocupar o desempeñar tareas específicas, sino simplemente a participar (cuando sea menester), bajo las mismas condiciones, en las pruebas de selección⁶. Este compromiso va a encontrar traducción en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a esa situación (también en momentos ulteriores relativos a la provisión de un cargo o puesto de trabajo, singularmente en los concursos de traslados⁷ y en la permanencia sin perturbaciones ilegítimas en el desempeño de su plaza, de conformidad con lo dispuesto en las leyes⁸), llevando a excluir o admitir determinadas conductas en atención a la arbitrariedad o razonabilidad —respectivamente— de las pautas de conexión eventualmente fijadas para atender como conviene a la diversidad de tareas a realizar por la Administración (con carácter general, pero también en cada una de sus especies⁹), las cuales admiten el trato

³ STCo 27/1991, de 14 de febrero.

⁴ STCo 85/1983, de 25 de octubre.

⁵ AGUILAR LUQUE, L. y GONZÁLEZ AYALA, M.^a D.: «El artículo 23.1 y 2. El derecho a participar en los asuntos públicos», en AA.VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, Madrid, 1985, p. 649 y ss.; PALOMAR OLMEDA, A.: «La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25, 1992, pp. 87-132; LÓPEZ RÍA, A.: «El derecho de acceso a las funciones y cargos públicos», en AA.VV.: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. XIII Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, T. II, Madrid, 1993, pp. 1607-1631; MARI, A.: *Acceso e carriera nelle pubbliche amministrazioni*, Milán, 1996, especialmente p. 72 y ss., o PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del art. 23.2 de la Constitución)*, Madrid, 1991, pp. 42-52.

⁶ SSTCo 50/1986, de 23 de abril; 67/1989, de 18 de abril; 200/1991, de 28 de octubre; 217/1992, de 1 de diciembre; 293/1993, de 18 de octubre; 38/2004, de 11 de marzo, o 31/2006, de 1 de febrero. En el mismo sentido, STS de 14 de febrero de 2003 (Ar. 911).

⁷ SSTCo 75/1983, de 3 de agosto; 15/1988, de 10 de febrero; 47/1989, de 21 de febrero o 4/1991, de 14 de enero.

⁸ SSTCo 76 y 133/1989, de 29 de abril y 19 de julio.

⁹ Baste remitir a las apreciaciones formuladas por CASTILLO BLANCO, F. A.: *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Granada, 1993, p. 17.

diferenciado de unos aspirantes frente a otros siempre y cuando no conduzca a la discriminación; circunstancia que por sí sola no puede ser presumida, en tanto no parece desproporcionado pensar en el establecimiento de determinados requisitos previos en atención a aquella diversidad funcional significada¹⁰.

Formulado de otra manera, y a partir de dicho referente, «exige permitir la participación de todo ciudadano en los procedimientos selectivos para el empleo público, sin establecer requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas capaces de generar discriminación (igualdad de oportunidades); [también, y] en segundo término, que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios (no en cambio, que éstos lo sean necesariamente, pues el proceso puede quedar desierto sin merma del principio, sino tan sólo su no preterición)»¹¹. Así, según se ha dicho con acierto, «el mérito y la capacidad son los principios jurídicos que están incorporados al derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad... Para la Administración son los únicos criterios de selección utilizables, debiendo concretar su contenido en cada caso con el objetivo de dar cumplimiento a la doble finalidad de escoger a los más idóneos y garantizar la igualdad en el proceso. Y para los Tribunales son conceptos jurídicos indeterminados, cuyo control es obligado a la hora de dilucidar si ha sido lesionado o sacrificado indebidamente un derecho fundamental»¹².

Sin embargo, los mencionados parámetros constitucionales no siempre son observados con fidelidad. El empleo público es, para el conjunto de la población activa, un bien relativamente escaso, y obtenerlo da lugar a una situación que normalmente viene a ser considerada ventajosa, sobre todo por la estabilidad que garantiza —un trabajo para toda la vida— en comparación con el empleo en el sector privado. Por tal razón, sobre el acceso a la condición de funcionario gravita el riesgo de clientelismo político o sindical, de endogamias corporativas o académicas, de nepotismo y de otras formas de favoritismo y discriminación, con violación de los estándares constitucionales¹³. Así, la ordenación de actos destinados a materializar quiénes acreditan más méritos y capaci-

¹⁰ SÁNCHEZ BLANCO, A.: «La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30, 1981, pp. 206-207, o PULIDO QUECEDO, M.: «Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, p. 176 y ss.

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, 4.^a ed., Madrid, 2004, p. 124.

¹² FÉREZ FERNÁNDEZ, M.: «Reflexiones sobre la necesaria renovación del modelo de selección en las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Jornadas sobre la selección de personal en las Administraciones Públicas* (Vitoria-Gasteiz, 1996), Oñati, 1997, p. 57.

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2007, p. 396.

dad puede adolecer, en opinión de algunos, de importantes vicios derivados del establecimiento de fórmulas manifiestamente discriminatorias¹⁴ o perjudiciales a sus intereses particulares al establecer diferencias no justificadas entre los distintos aspirantes¹⁵. Como es lógico, la práctica activa del procedimiento de selección entra dentro del concepto de «actos administrativos» que, como tal, pueden incurrir en infracciones determinantes de su ilegalidad, razón por la cual son recurribles ante los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo (en su caso tras el agotamiento de la vía previa), sin que nada impida plantear una posible suspensión cautelar de sus efectos.

Bajo tales premisas, entrar a valorar si, de conformidad con el ordenamiento jurídico, había que proceder o no a una hipotética suspensión judicial de un acto impugnado cuando de procesos de selección de personal público se trata, exige, como paso previo, profundizar en la naturaleza de las medidas cautelares y, en particular, de la «pieza de suspensión»; los requisitos al efecto demandados por la normativa de la Unión Europea y, en especial, por la española; por último, abundar en las singularidades que su aplicación presenta en los procesos de reclutamiento de funcionarios públicos, dado el necesario «casuismo» (o «forma circunstanciada») al cual llaman de continuo los Tribunales.

2. LA SUSPENSIÓN JUDICIAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO MEDIDA DE TUTELA «PROVISIONALÍSIMA»

Dotar de continuidad, regularidad y eficacia al quehacer de las Administraciones ha llevado a reconocer, en la mayor parte de los sistemas jurídicos europeo-occidentales (entre otros el español), el denominado «privilegio de la autotutela», en virtud del cual se impone que «sus actos nazcan con vocación de inmediato cumplimiento, motivo por el cual producen efectos desde la fecha en que se dictan (art. 57 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LRJAP—), son inmediatamente ejecutivos (art. 97 LRJAP) y su impugnación en vía administrativa o judicial no produce la suspensión automática de su ejecución, excepto en los supuestos en que una disposición establezca lo contrario (art. 111 LRJAP)»¹⁶.

El punto de partida queda situado, por tanto, en la apariencia de legalidad de todo acto administrativo, articulado bajo la forma de reco-

¹⁴ SSTCo 143/1987, de 23 de septiembre, o 93 y 269/1995, de 19 de junio y 3 de octubre.

¹⁵ SSTCo 193/1987, de 9 de diciembre, y 33/1993, de 29 de noviembre.

¹⁶ SAN de 11 de julio de 2007 (JUR 236857).

nocimiento en su favor de una especie de presunción *iuris tantum* de legalidad que determina su ejecutividad y ulterior ejecutoriedad a falta de dispensa por resolución judicial¹⁷. No ha de extrañar, en consecuencia, que la suspensión prevista en el artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), haya sido calificada como «una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva»¹⁸; sólo cuando, tras una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto, el órgano judicial considere que la ejecución del acto puede hacer perder la finalidad al recurso o causar perturbación grave a los intereses generales o de terceros¹⁹.

La paralización cautelar de la actuación administrativa entronca con el viejo principio, sentado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en virtud del cual «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón»²⁰, lo cual obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él, siempre y cuando —como requisito *sine qua non*— en un supuesto de hecho concreto lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el pleito principal, es una apariencia de buen derecho²¹. Se trata de evitar la consolidación de situaciones irreversibles que, obviamente, una «indemnización a posteriori» puede no restaurar²². La esencia de la tutela cautelar radica, pues, en conciliar la efectividad de la tutela judicial con la eficacia administrativa, un equilibrio tan necesario como difícil de lograr, no en vano la primera exige la urgente adopción, con unos elementos de cognición mínimos, de medidas que pueden tener efectos tan irreversibles como aquéllos que se pretenden evitar²³. La irreversibilidad se convierte, así, en el nudo gordiano de la materia que ocupa la atención del presente ensayo. La intensidad en que el interés general exija o no la ejecutividad del acto ha de calibrarse en cada caso

¹⁷ BOQUERA OLIVER, J. M.: «Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, p. 37 y ss.

¹⁸ ATCo 285/1997, de 21 de julio.

¹⁹ ATS de 12 de septiembre de 2000 (RJ 282/2001) o SAN de 11 de julio de 2007 (JUR 236857).

²⁰ En la conocida Sentencia *Factortame*, de 19 de junio de 1990, comentada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 2.ª ed., 1995, p. 335 y ss.

²¹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: «Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Tribunales de Justicia*, núms. 8-9, 1999, p. 731.

²² RODRÍGUEZ ARANA, J.: «Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 28, 2006, p. 130.

²³ CHINCHILLA MARÍN, C.: «La tutela cautelar», en AA.VV. (L. EGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valladolid, 1999, p. 569.

concreto, y será el factor determinante en la adopción de las medidas cautelares²⁴. Si el fundamento de la ejecutividad del acto administrativo se encuentra en la necesidad de servir con eficacia a los intereses generales, en buena lógica habrá que concluir que el acto administrativo se verá privado de dicha cualidad únicamente cuando aquéllos no exijan su ejecutividad inmediata o si, aun demandándola, la protección cautelar frente al acto sea necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, evitando que el tiempo de duración del proceso termine por privarlo de virtualidad²⁵.

En tanto en cuanto el proceso administrativo tiene por objeto una pretensión, deducida por lo general frente a un acto de un Ente público, investido de presunción de legitimidad y, por tanto obligatorio y ejecutivo, una concreta materialización de las medidas precautorias requiere la armonización de dos argumentos en pugna: de un lado, el de la seguridad jurídica, y, de otro, el de la eficacia de la acción administrativa²⁶. De este modo, la paralización precautoria, por los importantes efectos que puede producir en la realidad jurídico-material antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la conformidad a Derecho de la pretensión, sólo podrá adoptarse con suma cautela y si concurren las estrictas circunstancias previstas en el ordenamiento²⁷.

3. REQUISITOS

La traslación de algunos elementos claves en institutos jurídicos de honda raigambre en determinados ordenamientos de los Estados miembros hizo que muy pronto el Consejo de la entonces Comunidad Económica Europea aceptara rápidamente la posible suspensión judicial de actos administrativos de la organización internacional bajo acreditación de un conjunto de requisitos de necesaria concurrencia para su otorgamiento. Más tarde que pronto España siguió tal senda abierta —y de necesario tránsito— incorporando, con algunas particularidades, aquel

²⁴ ESCUDERO HERRERA, C.: «De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 25, 1998, p. 527 y ss.

²⁵ GIMENO SENDRA, J. V.: «Un nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998», en AA.VV. (SOSA WAGNER, F., Coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Doctor don Ramón Martín Mateo*, Valencia, 2000, p. 2249 y ss.

²⁶ CALVO ROJAS, E.: «Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo: medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, 1994, p. 465 y ss.

²⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, T. II, 3.ª ed., Madrid, 1998, p. 2038.

acervo²⁸. Esbozar éste, y profundizar sobre la normativa y doctrina judicial existente, constituye el siguiente paso fundamental.

3.1. Breve referencia al ordenamiento comunitario

El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de las medidas cautelares como integrante de la tutela judicial efectiva contó con la indudable inspiración del ordenamiento de la Unión Europea, el cual constituye hoy casi un « *ius commune* en la materia»²⁹. También los requisitos para su otorgamiento quedarán profundamente impregnados por los cuatro que acumulativamente —no, por tanto, de forma alternativa o excluyente— vienen exigiendo, de manera muy estricta, tanto el Consejo de Europa como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁰. A saber:

1. La urgencia en relación con el nivel de gravedad y el carácter irreparable del perjuicio alegado. Así se niega sistemáticamente cuando se trata de evitar un daño que, aun suponiendo fuera cierto, puede ser consecuencia inevitable de un proceso que, por atender a un interés útil, llevaría a repercusiones especialmente negativas para otro derecho prevalente³¹.

2. El *fumus boni iuris*, entendido en este caso como falta de carencia manifiesta de fundamento que conlleva una probabilidad grande de hacer prosperar el recurso³².

3. Ponderación de los intereses en juego. Al respecto se considera que, aun cuando hubiera sido demostrada la existencia de un perjuicio grave e irreparable, será menester valorar si la suspensión provocaría el efecto de entorpecer la plena eficacia, en tiempo y forma, de una decisión administrativa que perjudicara a la colectividad o a terceros³³.

4. Estricta provisionalidad. En este sentido nunca deberá prejuzgar aspectos de hecho o de Derecho que sean objeto de litigio, ni debe neutralizar por anticipado las consecuencias de las resoluciones de de-

²⁸ OSORIO ACOSTA, E.: *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Madrid, 1995, p. 53 y ss.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, cit., p. 22.

³⁰ QUINTANA LÓPEZ, T.: «Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 64, 1987, p. 537.

³¹ Auto del Presidente del TJCEE, de 3 de mayo de 1996, *República Federal de Alemania/Comisión* (asunto C-399/95, Rec. p. I-2441).

³² Auto del Presidente del TJCEE, de 24 de septiembre de 1996, *Reino Unido/Comisión* (asuntos acumulados C-239/96 y C.240/96, Rec., p. II-4475).

³³ Auto del Presidente TJCEE, de 12 de julio de 1996, *Reino Unido/Comisión* (asunto C-180/96, Rec., p. I-3903).

sarrollo, tomando en consideración, siempre, «el riesgo de un daño irreversible para los intereses de la Comunidad en el supuesto de concesión de la medida provisional» ³⁴.

3.2. Su plasmación en el Derecho interno

No infrecuente resulta, a día de hoy al menos, que los Tribunales españoles acaben reduciendo la cuestión relativa a los criterios para otorgar la suspensión de los actos administrativos en vía judicial prestando exclusiva atención a cuanto previene el artículo 130 LJCA para conceder la medida cautelar: hacer perder su finalidad legítima al recurso ³⁵. Trátase, con todo, de una visión excesivamente simple que, de acuerdo con aquéllos más preocupados por una interpretación completa de la cuestión ³⁶, la amplían a la exigencia de sopesar los cinco requisitos de obligada concurrencia a continuación analizados ³⁷.

3.2.1. La prueba sobre la necesidad de paralización

En criterio firme del Tribunal Constitucional, acordar o mantener la medida cautelar aquí analizada requiere no sólo la invocación de daños y perjuicios derivados de ejecutar el acto administrativo, sino que «es preciso demostrar o, al menos, razonar consistentemente su procedencia y la imposible o difícil reparación de los mismos, ya que debe partirse, en principio, de la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor de las normas o actos objeto de conflicto» ³⁸. Esto significa que el interesado ha de hacer valer la existencia de una necesidad de protección jurídica cautelar, es decir, la insuficiencia de los medios ordinarios de tutela jurisdiccional para garantizar su posición jurídica, por ser sólo la medida a adoptar el instrumento idóneo a tal fin ³⁹.

La apuntada relación dialéctica entre regla general y facultad judicial tiene su razón de ser, para poder actuar esta última, en velar por

³⁴ Auto del Presidente del TJCEE, de 25 de junio de 1998, *Gobierno de las Antillas Neerlandesas/Consejo* (asunto C-159/98).

³⁵ COLLADO GARCÍA-LAJARA, E.: «Las medidas cautelares en la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *La Ley*, núm. 6, 1998, p. 2181 y ss.

³⁶ Extraordinaria la síntesis ofrecida por la STJS de Madrid, de 16 de marzo de 2006 (RJCA 462).

³⁷ Por extenso, RUIZ PIÑEIRO, F.: *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, 2001, p. 53 y ss.

³⁸ AATCo 472/1988, de 19 de abril; 285/1990, de 11 de julio; 266/1994, de 4 de octubre; 156/1996, de 11 de junio, o 282/2001, de 30 de octubre.

³⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1999, p. 959.

la posición de la parte que aparentemente litiga con razón y preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, para lo cual es necesario que se haya producido acreditación suficiente del daño de la actora en el momento de la valoración; no una mera invocación genérica de la existencia de un perjuicio, sino la prueba de la realidad del mismo⁴⁰.

3.2.2. Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto

«Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso, de modo que su adopción no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del tema a decidir»⁴¹. De este modo, y según sienta el Tribunal Constitucional —y ya consta—, «el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal»⁴². Se trata, pues, de un mero juicio provisional e indiciario, realizado por el juzgador antes de acordar la medida con el fin de garantizar que «de concederse la tutela principal ésta pueda llevarse a cabo finalmente en la sentencia con la que termine el proceso»⁴³.

Por dicho motivo, si «se trae a colación por la parte... argumentos que inciden directamente en dicho ámbito [—el *thema decidendi*—], al sostener que la disposición general recurrida, en su proceso de evaluación, ha vulnerado el procedimiento legalmente establecido, tal habrá de ser objeto de valoración en la sentencia que resuelva el fondo del proceso, pero no en la pieza de suspensión»⁴⁴.

De resolver sobre el mismo «se quebrantaría el derecho fundamental al procedimiento con las debidas garantías de contradicción y prueba»⁴⁵, dado el «riesgo de obtener en fase cautelar lo que es objeto mismo del fondo del asunto...», lo cual desnaturaliza el propio alcance de la suspensión»⁴⁶, al estarse, en realidad, «ante la estimación anticipada de un eventual recurso contencioso-administrativo, confundiéndose la cuestión cautelar con la litigiosa»⁴⁷. No procedería, en consecuencia, la medida

⁴⁰ SSTSJ Madrid, de 24 de octubre de 2006 (JUR 2007/229466), 21 de noviembre de 2006 (JUR 2007/181932) o 20 de marzo de 2007 (JUR 2007/203183).

⁴¹ STSJ Madrid, de 16 de marzo de 2006 (RJCA 462).

⁴² STCo 48/1993, de 8 de febrero.

⁴³ PÉREZ MORALES, M. G.: «Suspensión de la ejecución de un acto administrativo como medida cautelar en el proceso laboral», en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, p. 50.

⁴⁴ ATS de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004/280805).

⁴⁵ STS de 14 de abril de 2003 (RJ 4656).

⁴⁶ SSTSJ Madrid, de 2 de marzo de 2007 (JUR 230562 y 230563).

⁴⁷ STSJ Comunidad Valenciana, de 18 de julio de 2006 (RJCA 298/2007).

cautelar si su concesión supone prejuzgar la decisión final o, simplemente, si está íntimamente ligada a la cuestión principal debatida ⁴⁸.

3.2.3. *El periculum in mora*

Si lo que legitima la adopción de la medida cautelar es la necesidad de evitar que el recurso pierda su finalidad, y ésta no es otra que otorgar tutela judicial efectiva, lo que efectivamente puede hacer peligrar la efectividad de la tutela que con el recurso se pretende no son, precisamente, los efectos favorables o beneficiosos a seguir de los actos administrativos para quien la solicita, sino los perjuicios, y además, como mínimo, difíciles de reparar, porque si fueran fácilmente subsanables la efectividad no correría riesgo alguno ⁴⁹.

El *periculum in mora* aparece así —en principio al menos— como el primer criterio a sopesar para conceder o no la suspensión de la ejecución del acto administrativo, ya sea en su «fórmula clásica de irreparabilidad del perjuicio», ya de advertirse «que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso» ⁵⁰. La inmediata ejecución ha de ocasionar para el recurrente daños o perjuicios de reparación imposible o difícil derivados de la pérdida de la finalidad legítima al recurso, es decir, es precisa la concurrencia de un peligro de grave afectación jurídica para el derecho cuya protección se impetra, derivado del retraso en la emisión del fallo definitivo ⁵¹.

3.2.4. *La ponderación de los intereses concurrentes*

La LJCA insiste en «una previa valoración de las circunstancias de todos los intereses en conflicto», en clara referencia al «principio de proporcionalidad». En este caso eje clave en la materia aquí tratada, no en vano procederá tomar en consideración «no sólo en qué medida la justicia cautelar es precisa para garantizar los derechos de quien la pide,

⁴⁸ PERA VERDAGUER, F.: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio*, 6.ª ed., Barcelona, 1998, p. 793.

⁴⁹ CHINCHILLA MARÍN, C.: «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa», en AA.VV. (CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., Dir.): *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1998, p. 51.

⁵⁰ STSJ Madrid, de 16 de marzo de 2006 (RJCA 462).

⁵¹ AA.VV. (ARNALDO ALCUBILLA, E. y FERNÁNDEZ VALVERDE, R., Dir.): *Jurisdicción contencioso-administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)*, Madrid, 1998, p. 1322.

sino también en qué modo puede incidir en la tutela de otros intereses, tanto generales como de tercero»⁵².

El juicio cautelar es necesariamente ponderativo, pues está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en liza, en el cual obligatoriamente tendrá que calibrarse si otras expectativas distintas de las del sujeto que solicita la tutela cautelar, pero igualmente dignas de protección, pueden sufrir como consecuencia de la adopción de la medida⁵³. El alcance que deba darse a esos otros intereses en relación con el que defiende la parte solicitante no puede ser definido *a priori*, ni en el sentido de hacerlos prevalecer sobre la medida cautelar instada, ni tampoco en el de llevarlos a ceder, pero lo que no cabe, en ningún caso, es prescindir de su toma en consideración. Es decir, la «ejecutividad del acto» no puede alegarse en el proceso, unida a la presunción de su validez *iuris tantum*, como motivo de oposición a la práctica de la medida cautelar, sino que la prevalencia del «interés público» en colisión con otros generales o privados en conflicto debe justificarse (en el propio procedimiento incidental) en circunstancias determinantes de su «preponderancia» y de su «grave perjuicio» en el caso concreto⁵⁴.

3.2.5. *El fumus boni iuris*

Introducida en el ordenamiento español a comienzos de la década de los noventa⁵⁵, la apariencia de buen derecho, o enjuiciamiento por el Juez o Tribunal de las posibilidades de que la sentencia pueda ser favorable a las pretensiones del actor («verosimilitud del fundamento de la pretensión»⁵⁶), «supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares... [; sin embargo,] la LJCA no hace expresa referencia al *fumus boni iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000, que sí alude al mismo en el artículo 728»⁵⁷.

Por este motivo, algunos Tribunales de Justicia son tajantes en su posición de «desechar el criterio del *fumus boni iuris*, pues el artículo 130.1 LJCA lo sustituye por el atinente a que la ejecución del acto

⁵² GIL IBÁÑEZ, J. L.: *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, Madrid, 2001, p. 39.

⁵³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «Medidas cautelares y jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2001, p. 199 y ss.

⁵⁴ RODRÍGUEZ ARANA, J.: *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, cit., núm. 28, 2006, p. 242.

⁵⁵ En concreto, a través del famoso ATS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 10412).

⁵⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, cit., p. 2045.

⁵⁷ STSJ Madrid, de 16 de marzo de 2006 (RJCA 462).

o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso»⁵⁸. La reseñada constituye, sin embargo, una reacción radical contra la jurisprudencia reiterada sobre la probabilidad de que el resultado del proceso sea favorable al actor, ratificada expresamente poco antes del cambio legal, cuando consideró que «sigue resultando pertinente la aplicación del principio de prevalencia en la tutela de la apariencia de buen derecho»⁵⁹.

El criterio de la buena apariencia puede seguir operando, siempre recordando la necesaria llamada a la medida, en supuestos muy excepcionales y concretos⁶⁰, a saber, aquéllos en los cuales sea «ostensible la prosperabilidad de la demanda, por tratarse de una nulidad patente, manifiesta y evidente a todas luces»⁶¹, o cuantos quedan referidos «a la impugnación de un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente y constan, por tanto, sólidos antecedentes para casos iguales en los cuales hubieran sido dictadas sentencias estimatorias de los respectivos recursos»⁶². «El presupuesto del *fumus* debe ser atendido y aplicado como un elemento de apoyo a situaciones claras que predispongan a la racional creencia de que el recurso ha de prosperar, no pudiendo ser por sí solo causa última de la suspensión de los actos administrativos recurridos, sino criterio complementario con el principal de la existencia de daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, requisito este fundamental y básico»⁶³.

4. LA APLICACIÓN DE LOS CONDICIONANTES EXIGIDOS PARA LA SUSPENSIÓN CAUTELAR EN LOS PROCESOS DE RECLUTAMIENTO DE FUNCIONARIOS

Si, conforme ya consta, la valoración objetiva —no meramente subjetiva— y circunstanciada de todos los elementos determinantes del pleito es fundamental en la adopción de las medidas cautelares, esta afirmación se pone de relieve de una manera más gráfica de descender

⁵⁸ CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M.: «Reflexiones sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, p. 110 y ss.

⁵⁹ SSTs de 16 de junio y 4 de noviembre de 1997 (RJ 5443 y 7974).

⁶⁰ ATS de 5 de diciembre de 2000 (RJ 286/2001).

⁶¹ AATS de 21 de julio, 14 de noviembre y 1 y 9 de diciembre de 1997 (RJ 6111, 8070, 8910 y 9070).

⁶² SSTs de 14 de abril de 2003 (RJ 4656); SAN de 28 de junio de 2006 (JUR 187177) o AATS de 22 de noviembre de 1993 (RJ 8943), 7 de noviembre de 1995 (RJ 8134), 5 de diciembre de 2000 (RJ 286/2001) o 26 de noviembre de 2001 (RJ 4176).

⁶³ AA.VV. (ARNALDO ALCUBILLA, E. y FERNÁNDEZ VALVERDE, R., Dirs.): *Jurisdicción contencioso-administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)*, cit., p. 1325.

desde el plano general a los sectores concretos del ordenamiento. Abogados, ya se sabe, a un necesario casuismo en la ponderación de los intereses concurrentes, el elemento dado por el ámbito, la materia y las circunstancias en las cuales se insta la suspensión cautelar cobra un elevado protagonismo, permitiendo descubrir distintas corrientes judiciales según el ámbito donde actúa la Administración: obras públicas o privadas, extradición de extranjeros ilegales, deudas tributarias o, por lo que aquí interesa, función pública; incluso dentro de esta última difieren de manera apreciable, por ejemplo, los pronunciamientos relativos a sanciones disciplinarias o a las vías destinadas a la provisión de puestos de trabajo.

De prestar atención, como es menester, a los procesos de selección de funcionarios públicos, procede efectuar las siguientes consideraciones:

4.1. Detalle de supuestos concretos

Cierto es que contra las resoluciones y actos de los órganos administrativos en los procesos de selección (incluidos los de mero trámite) podrá interponerse recurso tanto en vía administrativa como judicial. No menos ciertas resultan las graves disfunciones que puede originar la estimación judicial, siempre tardía, de los recursos en esta materia, sobre todo cuando se trata de procesos selectivos en los cuales participan cientos o miles de aspirantes quienes quedan sumidos en la inseguridad, no siendo fáciles de resolver tampoco los problemas originados por la revocación de los nombramientos efectuados desplazando a unos funcionarios por otros ⁶⁴. La importancia de la suspensión cautelar en esta materia no puede ser, pues, minusvalorada.

4.1.1. Nulidad de las bases de la convocatoria

La solicitud de esta medida precautoria en los procesos de reclutamiento de mano de obra plantea un importante conflicto jurídico en tanto —según regla repetida de forma constante— debe ponderarse el interés público y el particular de los afectados ⁶⁵. El carácter revisor de la jurisdicción de lo contencioso y el principio de autotutela administrativa conlleva una primera y lógica consecuencia: «si se soli-

⁶⁴ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, p. 147.

⁶⁵ LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Pamplona, 2005, p. 263.

cita la suspensión cautelar, ésta no debe ser apreciada salvo que las bases adolecieran de alguna de las causas de nulidad del artículo 62 LRJAP»⁶⁶, no en vano «la nulidad de la convocatoria conllevaría la de todas las actuaciones realizadas a partir de la misma, lo cual podría plantear *a posteriori* cuantiosos problemas de difícil solución a los concursantes»⁶⁷.

Ahora bien, aun cuando la doctrina jurisdiccional viene siendo prácticamente unánime al denegar la suspensión del acto impugnado cuando de la selección de personal público se trata, entendiendo que ha de prevalecer el interés general en la prosecución de las pruebas establecidas sobre el particular de los recurrentes, máxime si el número de plazas convocadas y de instancias formalizadas es elevado⁶⁸, lo cierto es que la ponderación de las circunstancias particulares de cada situación podría llevar a la solución contraria⁶⁹, no en vano la Administración promotora siempre podría dar cobertura a la prestación del servicio utilizando los mecanismos previstos en la legislación vigente para paliar necesidades coyunturales de mano de obra, singularmente a través del posible reclutamiento de personal interino⁷⁰. Salvo en los supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico ha despojado a los actos administrativos de la prerrogativa de la ejecutividad —según ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las reclamaciones económico-administrativas, las sanciones tributarias o, en general, en los casos en los que la impugnación viene fundamentada en una causa de nulidad de pleno derecho—, la regla general sigue siendo la ejecutividad de los actos administrativos, pero es necesario sopesar, sobre la concreta realidad, si el interés público exige o no la ejecución, no en vano —y como con acierto se ha dicho— «la rigidez es enemiga de la tutela cautelar y la flexibilidad su mejor aliada»⁷¹.

Dos reglas cobran relieve fundamental:

⁶⁶ ATCo 326/1996, de 11 de noviembre.

⁶⁷ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*, Valencia, 2006, p. 63.

⁶⁸ STS de 24 de abril de 1998 (RJ 4565).

⁶⁹ TORNOS MÁS, J.: «La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público: extranjería, materia tributaria, función pública», en AA.VV. (CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M.): *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., p. 247.

⁷⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, p. 17.

⁷¹ CHINCHILLA MARÍN, C.: «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa», en AA.VV. (CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., Dir.): *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1999, p. 55.

4.1.2. *Impugnación de normas reglamentarias*

Cuando se impugnan «normas reglamentarias» que regulan aspectos concretos de la organización funcional y se solicita su suspensión, los Tribunales vienen a denegar la medida cautelar solicitada bajo el argumento genérico de que «los intereses inherentes a la adopción de una disposición general deben suponer los intereses consiguientes en que la medida aprobada prevalezca sobre los propios del recurrente en paralizarla»: ponderación inclinada, por consiguiente, a la aplicación inmediata de la norma ⁷².

4.1.3. *Reclamación frente a actos generales no normativos*

Idéntica tesis, matizada según el supuesto en presencia, se sigue al impugnar actos generales no normativos en procesos de selección o provisión de puestos: debe prevalecer el interés general en la prosecución de lo iniciado sobre el particular del recurrente; añadiéndose, en ocasiones, la necesidad de desempeñar eficazmente la tarea a la cual estarán destinados los funcionarios o destacando el elevado número de plazas convocadas e instancias presentadas para así permitir visualizar la trascendencia derivada de un acuerdo suspensivo ⁷³.

Descendiendo de lo abstracto a lo concreto, cabe mostrar tres ejemplos significativos en los cuales el criterio reseñado actúa sin fisuras, al punto de permitir aludir «a una doctrina reiterada en supuestos similares que afecten a una pluralidad de funcionarios, en los cuales los intereses públicos y generales que representa la decisión impugnada prevalecen sobre los intereses particulares de uno de los solicitantes» ⁷⁴.

A. Justicia

Ante la impugnación del proceso de cobertura de plazas judiciales por el Cuarto Turno, dos sentencias vienen a avalar la improcedencia de la medida cautelar instada.

La primera contempla «que siendo indudables los perjuicios que podrían seguirse para la actora como consecuencia de que se hubiere

⁷² ATS de 3 de julio de 1996 (RJ 5594), negando la suspensión del Real Decreto 674/1993, de 7 de mayo, de provisión de puestos de trabajo en el extranjero y ascensos para funcionarios de la carrera diplomática; o ATS de 4 de julio de 1999 (RJ 5873) con igual consecuencia respecto al reglamento relativo a normas básicas de acceso y provisión de puestos de trabajo en el Cuerpo de Inspectores de Educación.

⁷³ SSTs de 24 de abril de 1998 (RJ 4565) o 31 de marzo de 1999 (RJ 4415).

⁷⁴ STSJ Extremadura, de 23 de enero de 2006 (JUR 63553).

estimado su recurso administrativo, sin embargo no cabe negar que el Consejo General del Poder Judicial realizó una adecuada ponderación de los intereses en juego, dando razonable prevalencia al gravamen que la suspensión supondría para los intereses públicos y generales, representados por la conveniencia de la regular marcha en el tiempo de las pruebas para cubrir las plazas convocadas; interés relevante tanto en el orden de la más pronta acreditación de quienes pudieran acceder a la Escuela Judicial como en el de no perturbar la situación de los restantes interesados en la realización de las pruebas» ⁷⁵.

La segunda insiste y precisa las anteriores consideraciones, pues:
a) «La ponderación de los intereses en conflicto hace prevalecer el interés general, que resultaría seriamente dañado con la suspensión del acto recurrido, atendiendo al fin esencial de proveer las vacantes de la carrera judicial, se verían afectadas las legítimas aspiraciones de quienes estarían privados de la defensa de sus intereses... b) [Es necesario] mantener el acto recurrido, y el cumplimiento de los plazos previstos, máxime cuando no se acreditan perjuicios de muy elevada consideración, al pretenderse paralizar un proceso selectivo que atiende a la necesidad de proveer cuanto antes las plazas de referencia» ⁷⁶.

B. Educación

De trasladar la perspectiva de la Justicia a la Educación, y ante un concurso de traslados impugnado en la Comunidad Autónoma de Extremadura, la doctrina se mantiene, al «afectar a un número importante de funcionarios (en el caso 254 docentes no universitarios) ..., lo que necesariamente incide tanto en los intereses de todos esos docentes como en el funcionamiento del servicio, ocasionando, de acceder a la suspensión, un perjuicio en la actividad pública ante las plazas que no serían ocupadas y los cambios que necesariamente se producirían en las vacantes» ⁷⁷.

C. Sanidad

De acudir, en fin, a la Salud, ha sido declarado que «existe un indudable interés general en la efectividad de las disposiciones reglamentarias organizatorias, máxime cuando, en el ámbito objeto de este proceso, que es el de sanidad, es notorio el déficit de especialistas médicos» ⁷⁸.

⁷⁵ STS de 24 de abril de 1998 (RJ 4565).

⁷⁶ STS de 12 de septiembre de 2000 (RJ 282/2001).

⁷⁷ STSJ Extremadura, de 23 de enero de 2006 (JUR 63553).

⁷⁸ ATS de 8 de marzo de 2001 (RJ 28428).

Pero quizá los pronunciamientos más representativos al respecto vengan dados por aquellos dos relacionados con un concurso de traslados en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del INSALUD, convocado por Resolución de su Dirección General de Recursos Humanos con fecha 25 de junio de 1998. El Tribunal Supremo, ante las distintas peticiones de suspensión del acto administrativo general (convocatoria de hasta un máximo de 4.200 plazas de personal facultativo especializado), ha señalado que acceder a tales solicitudes «llevaría consigo un evidente perjuicio al interés general, representado por la necesidad de proveer a la cobertura de las indicadas plazas conforme a la normativa y a las reglas dictadas para la resolución del concurso, destacando la Presidencia Ejecutiva del INSALUD que es necesario resolver el problema que afecta a todo el personal estatutario del INSALUD consistente en la falta de convocatoria de concursos de traslado durante los últimos nueve años, razón que debemos estimar como justificativa del grave perjuicio al interés general que produciría paralizar el desarrollo del concurso de traslados convocado respecto a un importante número de plazas de Facultativos Especialistas de Área... Los perjuicios que se producirían de prosperar el recurso interpuesto se limitarían a la privación de la plaza o plazas que no le hayan sido adjudicadas en el concurso de traslados como consecuencia del baremo de méritos impugnado y a las que hubiese concursado».

Se añaden, a mayor abundamiento, otros dos argumentos al daño derivado para la sociedad del retraso en la cobertura de las plazas convocadas: 1) «Media grave perjuicio para intereses de los terceros que resultarían afectados por la suspensión postulada». 2) «La nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada o la vulneración de los derechos reconocidos por los artículos 9.2, 14, 23, 35 y 103 CE [debemos advertir que únicamente los derechos fundamentales establecidos en los artículos 14 y 23 CE pueden obtener protección por la vía del procedimiento regulado en la Ley 68/1978, *ex* disposición transitoria 2.ª.2.º Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional] constituyen alegaciones del recurrente sobre las que habrá de resolverse en la sentencia que ponga fin al proceso, pero que no resultan *ab initio* de una manifiesta evidencia o se fundan en resoluciones jurisprudenciales de casos idénticos que permitan decidir la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado con base en la doctrina de la apariencia de buen derecho del recurrente»⁷⁹.

Obsérvese que ésta es la única referencia al *fumus boni iuris* tras la polémica *supra* expuesta: la apariencia de buen derecho en la petición del recurrente como causa determinante de la suspensión en la ejecución de actos administrativos sólo venía a ser admisible bajo condicionantes

⁷⁹ AATS de 19 de enero y 15 de marzo de 1999 (RJ 1494 y 2797).

muy concretos «en los que resultaba *ab initio* de una manifiesta evidencia la apariencia de lesión a la legalidad cometida por la Administración o constaban sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se habían dictado sentencias estimatorias de los respectivos recursos»⁸⁰.

En fin, habiendo centrado el discurso en la necesidad de sopesar los intereses en presencia, relativizando a sus estrictos márgenes el *fumus bonis iuris*, también los Tribunales abordan el *periculum in mora*, para negar que en estos casos la no suspensión produzca daños de imposible o difícil reparación; afirmando, por el contrario, que «tampoco existe una pérdida de la finalidad legítima del recurso, pues no excluiría la posibilidad de ser convocada la parte recurrente, de producirse un fallo, en cuanto al fondo, estimatorio de la pretensión»⁸¹. Más claro aún: «los perjuicios para el recurrente son reparables, mediante la oportuna adjudicación de la plaza o, en última instancia, mediante indemnización»⁸².

5. REFLEXIONES FINALES

Son muy variados los reproches que pueden hacerse a los actos a través de los cuales terminan los procesos selectivos de funcionarios públicos: deficiencias orgánicas como es la irregular composición de los tribunales y, sobre todo, infracciones procedimentales o de fondo por haberse apartado la resolución de los criterios de capacidad y méritos implícitos en el procedimiento o consignados en la convocatoria o de los parámetros establecidos por las comisiones juzgadoras. La reversibilidad o no de la decisión de los órganos de selección y bajo qué términos encuentra su nudo gordiano en el solo hecho de considerar cómo la exigencia de dotar continuidad y regularidad al quehacer de las Administraciones conlleva el reconocimiento del denominado «privilegio de autotutela», que entronca así con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 CE y supone partir de una presunción *iuris tantum* de legalidad que determina su ejecutividad inmediata y ejecutoriedad ulterior.

El hecho de reconocer a los órganos judiciales la facultad de adoptar medidas cautelares que permitan asegurar el resultado del proceso siempre que sea necesario no supone, en modo alguno, una equiparación entre ejecutividad y suspensión; más bien al contrario, lleva a confirmar una dialéctica de décadas entre un privilegio general y la mera facultad

⁸⁰ AATS de 19 de febrero, 8 de marzo y 19 de febrero de 2001 (RJ 2845, 2848 y JUR 125589).

⁸¹ STS de 12 de septiembre de 2000 (RJ 282/2001).

⁸² SSTs de 19 de enero y 15 de marzo de 1999 (RJ 1494 y 2973).

de inutilizarlo exclusivamente ante determinados supuestos; a saber, que tras una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en presencia consideren que la ejecución del acto puede hacer perder la finalidad al recurso o causar perturbación grave a los intereses generales o de terceros.

Así, de atender a los criterios acumulativamente —no, por tanto, de forma alternativa o excluyente— exigidos para la concesión de la suspensión en los procesos de reclutamiento de funcionarios, procederá observar cómo el llamado a actuar como primer parámetro a sopesar para conceder o no la medida cautelar, el *periculum in mora* (o necesidad de que el recurso contencioso no quede privado de su legítima finalidad y la sentencia que en su día se dicte acabe constituyendo una mera declaración solemne y formal de estimación) no concurre cuando es de esperar que en un período limitado de tiempo se decida sobre el fondo. Aquí es fácil corroborar lo dicho, con solo remitir a los plazos legales para resolver en alzada y el juego del silencio administrativo negativo en su defecto, abriendo en un mes la vía judicial.

La ponderación de los intereses concurrentes complementa o completa, en segundo lugar, el *periculum in mora*, obligando a sopesar tanto el interés general y público como el particular o privado de las personas afectadas, considerando siempre las circunstancias particulares de cada situación. Este reenvío a lo singular, que aboca a un régimen marcadamente casuístico, habrá de actuar atendiendo a la necesaria prestación con eficacia de los servicios públicos a favor de los ciudadanos que la Administración debe asumir en todo caso.

La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), o enjuiciamiento por el Juez o Tribunal de las probabilidades de que la sentencia pueda ser favorable a las pretensiones del actor, constituye una doctrina tan difundida como —según recuerda repetidamente la jurisprudencia— necesitada de prudente aplicación, pues muchas veces entraña un examen sobre el fondo del asunto que no es susceptible de ser tratado, por lo general, en una pieza de suspensión. De hecho, y como regla, no cabe su invocación cuando se trata de un acto que ha de ser por primera vez objeto de valoración o decisión, pues se vulneraría el derecho a un proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba. No hace falta recordar siquiera que esto es precisamente cuanto acaece en los procesos de selección de funcionarios, a no ser que concurran las circunstancias habilitantes para su operatividad excepcional: por una parte, sólidos antecedentes sobre casos iguales en los cuales hubieran sido dictadas sentencias estimatorias de los respectivos recursos; por otra, nulidad patente, manifiesta y evidente a todas luces.

En fin, descartando con carácter general la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar la suspensión del acto impugnado, y de

considerar las pautas judiciales en los procesos de selección de funcionarios, procederá aludir a los dos siguientes supuestos, convertidos en doctrina legal por su reiteración:

En primer lugar, cuando se impugnan actos generales no normativos en sectores tales como la Justicia, Educación o Sanidad, viene a otorgarse prevalencia al interés general en la prosecución de lo iniciado sobre el interés particular del recurrente. Dos son los motivos principales: de un lado, la urgencia en proveer las vacantes para el normal funcionamiento del servicio público; de otro, el interés de cuantos han sido admitidos y aspiran legítimamente a ocupar en tiempo y forma tales plazas. A los anteriores se añaden, en ocasiones, otros dos: la necesidad de desempeñar eficazmente la tarea a la cual están destinados los funcionarios y el elevado número de puestos convocados e instancias presentadas, para así permitir visualizar la entidad del problema.

En segundo término, se destaca convenientemente que no existe *periculum in mora* alguno, pues nada impedirá la admisión de los excluidos o la corrección en el baremo cuando así lo considere oportuno una sentencia estimatoria del recurso. De este modo, los perjuicios son clara y fácilmente reparables a través de la adjudicación de la plaza, si fuere menester, o, en última instancia, mediante indemnización adicional o alternativa.

La doctrina jurisdiccional viene siendo, pues, prácticamente unánime al denegar la suspensión del acto impugnado cuando de procesos de selección de personal público se trata, entendiendo que ha de prevalecer el interés general en la prosecución de las pruebas establecidas sobre el interés particular de los recurrentes, máxime si el número de plazas convocadas y de instancias formalizado es elevado, salvo que las bases adolecieran de causa de nulidad.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**EL DERECHO DE ACCESO DE LOS EXTRANJEROS
AL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA**

MARÍA SALAS PORRAS

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DERECHO DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO POR EXTRANJEROS COMUNITARIOS Y NO COMUNITARIOS. MARCO DE DERECHO POSITIVO Y LÍMITES.
2.1. Ámbito objetivo: interpretación normativo-jurisprudencial. 2.2. Ámbito subjetivo. Disección del artículo 57 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.—3. CONCLUSIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Cuanto menos se duda de la propia identidad, tanto menos temor se tiene al contacto con otras culturas»¹

Bent Sörensen

1. INTRODUCCIÓN

En esta etapa de nuestra historia como país europeo, democrático, social, de derecho, convertido en paso y destino de hordas de ciudadanos del mundo en busca de un mejor nivel de vida, España se convierte —como ha acontecido en aquellos otros países donde el fenómeno se manifestó antes²— en depositario de un crisol de culturas, siendo el más puro reflejo de la pretendida integración e incluso inculturación³ —en

¹ El entrecomillado ha sido extraído de la obra de CALVO EPIGA, A.: «Pluralismo, multiculturalismo y tolerancia: semántica y derecho», en *Scriptorium Victoriense*, L, 2003, p. 180.

² Ejemplo de ello son Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Francia, como indica en su obra TODD, E.: *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales* (traducido por Gabriel Ormaechea), editorial Tusquets, Barcelona, 1996.

³ Al respecto del contenido conceptual de estos términos nos remitimos al trabajo presentado por CALVO EPIGA, A.: «Pluralismo, multiculturalismo y tolerancia: semántica y derecho», en *Scriptorium Victoriense*, L, 2003, que en las páginas 172 y 173 los define del siguiente modo: «La integración, en cuanto modelo de relación de culturas, consiste en el proceso por el que un grupo humano, situado en la marginalidad socio-cultural respecto a otro, acaba estableciendo una convivencia igualitaria con este segundo en semejanza, e incluso identidad según las distintas situaciones, de derechos y deberes. El grupo asumido se desprende de parte, mayor o menor a tenor de las circunstancias, de sus ancestros culturales para asumir como propios los de aquel en que es recibido. La integración puede plantearse desde una perspectiva positiva, cuando es directamente deseada y pretendida por un grupo cultural o por personas que lo integran; o de forma negativa, cuando se presenta como alternativa única de supervivencia tanto para un conjunto determinado de individuos como para cada uno de ellos». «La inculturación —continúa indicando el profesor CALVO

el más quimérico y deseable de los casos— el reconocimiento jurídico-legal de un derecho de acceso y un grado de acceso de los extranjeros a puestos de empleo nacional ofertados tanto desde el sector privado como desde el público, estando configurado éste por aquellos empleos que comprenden funciones de las Administraciones Públicas y que sirven a intereses generales.

Pero es de justicia distinguir desde nuestros primeros pasos en este estudio entre extranjeros no comunitarios y extranjeros comunitarios, dado que existen trascendentales distinciones normativo-jurídicas en el trato otorgado a tales colectivos respecto del enunciado derecho de acceso al empleo público. Así, mientras que para los primeros el menudado derecho queda relegado a la absoluta discrecionalidad del propio Estado Español, para los segundos, no ya solo la existencia del derecho sino también su efectivo ejercicio, es configurado y protegido desde instancias comunitarias sin que quepa oposición jurídico-normativa válida alguna. Es preciso tener en cuenta que la incorporación político-jurídica de España a las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea, llevaba aparejada la aceptación por parte de nuestro Estado de la libertad de circulación de trabajadores en su territorio siempre y cuando fueran nacionales del resto de Altos Miembros signatarios.

Con este punto de partida pueden augurarse unas tempranas reflexiones que pivotarían sobre la idea de que el logro del reconocimiento del pluralismo⁴ en la sociedad democrática española por parte de los extranjeros extracomunitarios presentará mayores reticencias frente al grado que pudieran alcanzar los comunitarios. Pero vayamos paso a paso.

ESPIGA— es uno de los modos más intensos y a la vez más respetuosos de relación entre culturas. Se entiende por tal aquella relación en que una cultura se aproxima a otra no sólo asumiéndola como medio propio de expresión de sus valores y principios, sino haciendo que estos mismos valores y principios se conviertan en causa y razón que la transforme y recree, dando origen a una nueva cultura. Es la plenitud del proceso de aculturación —esto es, (en palabras del mismo profesor y en el mismo trabajo) proceso mediante el cual se realiza la aproximación entre representantes o partes significativas de diferentes culturas— sin llegar a la disolvente identidad de la integración: es el triunfo de la solidaridad sobre la mono-identificación».

⁴ El citado profesor A. CALVO ESPIGA en la página 216 de su obra «Pluralismo, multiculturalismo y tolerancia: semántica y derecho», en *Scriptorium Victoriense*, L, 2003, estima que el empleo del término «pluralismo» es más deseable que el de «multiculturalismo» puesto que aquél primero «es el que verdaderamente se compadece con el tipo de sociedad en que todas las culturas y grupos culturales se respetan e interrelacionan en libertad e igualdad, asumiendo y ejercitando una auténtica reciprocidad jurídica, social y cultural».

2. ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DERECHO DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO POR EXTRANJEROS COMUNITARIOS Y NO COMUNITARIOS. MARCO DE DERECHO POSITIVO Y LÍMITES

2.1. **Ámbito objetivo: interpretación normativo-jurisprudencial**

Abordamos pues la cuestión relacionada con el ámbito objetivo del derecho de acceso al empleo público español, o lo que es lo mismo, nos centraremos en conceptuar qué es Administración Pública y qué funciones comprende el empleo público ofertado y disponible para los extranjeros, sean éstos comunitarios o no, puesto que esta perspectiva está íntimamente conectada con el derecho de acceso al empleo público que antes predicábamos. Pues bien, tradicionalmente se ha distinguido por la doctrina⁵ entre la «Teoría Social», favorable a relacionar la Administración Pública con funciones de servicio público, alejándose de cualquier elemento de soberanía; y la «Teoría de la Puissance Publique» o de la prerrogativa, asentada en la idea de que la Administración abarca funciones tanto de autoridad, imperio o poder, como de gestión, es decir, actividades técnicas respecto de las que tiene asumidas competencias. Sin embargo a través de la lectura del texto constitucional español⁶, se llega a la conclusión de que la Administración Pública española se inscribe en la «fórmula de Administración burocrática asentada en el principio de autoridad»⁷ tendente a diversificar su intervencionismo para, de un lado asumir las tareas varias pertenecientes a cada sector de la realidad social y de otro, para servir omnicomprendivamente a la sociedad. De este modo podemos encontrar entre las funciones que desempeña la Administración unas cargadas de imperium o auctoritas y otras realizadas de forma similar a como lo haría un particular⁸. Esta idea queda reforzada por la reflexión, que a modo de definición concerniente a lo que sea Administración Pública en la legislación española, ofrece la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público⁹ en la que se indica que: «La organización buro-

⁵ Por todos, véase el trabajo de MASSÓ GARROTE, M. F.: *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, editorial Colex, Madrid, 1997, p. 227 y ss.

⁶ Más concretamente de la lectura de los artículos 1.º, 9.º 2, 39.º a 52.º, 103.º 1; 128.º y 131.º de la Constitución Española de 1978.

⁷ Este entrecomillado ha sido literalmente reproducido de la obra de MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, editorial MAP, Madrid, 1991, p. 22.

⁸ En este sentido se recomienda la lectura de GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III, volumen I, Madrid, 1970, pp. 394 y 395.

⁹ La nomenclatura exacta de esta norma es Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89 de 13 de abril).

crática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las leyes y los reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control. Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público (...). La conceptualización de la Administración Pública como institución en la que conviven funciones —y por lo tanto funcionarios— de diversa índole a según que estas responsabilidades revistan o no potestades públicas, también es compartida desde instancias comunitarias; lo que pone de manifiesto la elección del criterio de la funcionalidad adoptado por las múltiples sentencias¹⁰ emitidas desde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para delimitar qué debe incluirse bajo la nomenclatura de Administración Pública. La causa explicativa del establecimiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de un criterio delimitador de qué deba entenderse por Administración Pública tiene su origen en el propio artículo 39 del TCE, dado que su apartado 4.º —relativo a los empleos desempeñados en la Administración Pública— prevé una excepción negativa al principio de libertad de circulación de trabajadores¹¹. Precisamente por ser una excepción había de interpretarse restrictivamente, cosa que no sucedería si se dejaba al libre arbitrio de cada Estado miembro la determinación de las funciones que componen sus Administraciones Públicas¹². Frente a una potencial —más bien real— interpretación extensiva de la excepción del apartado 4.º del artículo 39 TCE por parte de los Altos Socios, el Tribunal de las Comunidades Europeas optó, no sólo por dar una definición de Administración Pública —creando así un criterio unívoco y de general aplicación—, sino que también indicó en cuáles de estas funciones podía exigirse el requisito de la nacionalidad y en cuáles no. A este respecto se han emitido por la Comisión la Comunicación 88/CE 72/02¹³ y la de

¹⁰ Las más tempranas de estas sentencias referentes al concepto funcional de Administración Pública son, entre otras: la STJCE, de 12 de febrero de 1974, Caso Sotgiu, Asunto C-152/73 en sus motivos núm. 10 y 11; la STJCE, de 17 de diciembre de 1980, Caso Comisión/Bélgica, Asunto C-149/79 en sus motivos núm. 10 y 11, y la STJCE, de 2 de julio de 1996, Caso Comisión/Grecia, Asunto C-290/94 en sus motivos núm. 37 y 38.

¹¹ Exactamente el tenor literal del artículo 48.4 del TCEE, hoy artículo 39.4 del TCE, relativo a la libertad de circulación de trabajadores es el siguiente: «Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración Pública».

¹² Así puede leerse fundamentalmente en los motivos núm. 4 y 5 de la STJCE, de 12 de febrero de 1974, Caso Sotgiu, Asunto C-152/73; en los motivos núm. 7 y 8 de la STJCE, de 16 de junio de 1987, Caso Comisión/Italia, Asunto C-225/85 y en el motivo núm. 34 de la STJCE, de 30 de septiembre de 2003, Caso Comisión/España, Asunto C-405/01.

¹³ Más detalladamente se trata de la Comunicación 88/CE/72/02, relativa a la libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros. La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4

11 de diciembre de 2002 ¹⁴ que, haciéndose eco de la dirección adoptada por el Tribunal Europeo, indican que «sólo se permite a los Estados miembros restringir puestos en la administración pública a sus nacionales si están directamente relacionados con las actividades específicas de la administración pública, es decir, si implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado, incluidos tanto los organismos públicos como las autoridades locales» ¹⁵. De este modo, el pronunciamiento abarca actividades que se presumen, *iuris tantum*, «específicas de la función pública nacional», esto es, inaccesibles para los ciudadanos europeos, como también, manteniendo la presunción relativa, actividades «afectadas por la intervención en el sector de los servicios públicos» ¹⁶, o lo que es lo mismo, disponibles para el derecho de acceso reconocido a los comunitarios.

2.2. **Ámbito subjetivo. Diseción del artículo 57 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público** ¹⁷

En lo atinente al ámbito subjetivo es obligatorio precisar, como se viene haciendo líneas atrás, la distinción de trato erigida entre los extranjeros no comunitarios y aquellos que sí lo son.

De un lado y en lo que se refiere a extranjeros no comunitarios es España quien, como Estado soberano y para la Administración General, a través del artículo 149. 1.18 de la Constitución Española ¹⁸, la citada

del artículo 48 del Tratado CEE —hoy apartado 4 del art. 39 del TCE—, publicada la página 2 del DOCE núm. 72, Serie C, de 18 de marzo de 1988.

¹⁴ La nomenclatura completa es Comunicación de la Comisión: «La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades», Bruselas 11/12/2002, COM (2002) 694 Final.

¹⁵ El entrecomillado ha sido extraído de la Comunicación de 11/12/2002 Bruselas COM (2002), 694 Final, p. 20.

¹⁶ La nomenclatura empleada para denominar a esta dualidad de actividades corresponde a la Comunicación 88/CE 72/02; siendo meticulosamente enumeradas. Posteriormente se han ampliado en las páginas 20 y siguientes de la Comunicación de 11 de diciembre de 2002, COM (2002), 694 Final.

¹⁷ Desde el propio título del apartado ponemos en conocimiento del lector que no se analiza en este trabajo el apartado 5 del artículo 57 enunciado. El motivo es que se trata de un apartado que por sí solo entraña o supone el estudio de toda la legislación autonómica en materia de empleo público, la cual, si bien es cierto que debe recoger las directrices indicadas desde el Estado central, ofrece una tal cantidad de diferencias y datos a tener en cuenta que exceden irremediablemente las dimensiones prefijadas para este trabajo.

¹⁸ En concreto en este artículo se indica que «el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias. (...) 18.º Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas (...)».

Ley 7/2007, la Ley Orgánica 4/2000¹⁹ y su reglamento de desarrollo²⁰, sienta las bases y modula el propio acceso y las condiciones de acceso de los extranjeros no comunitarios al empleo público nacional. Así, en el artículo 57.4 de la Ley 7/2007 —elaborada en virtud del precepto 149.1.18 CE— se dispone que: «(...) los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles». Analicemos detenidamente esta disposición.

En primer término con la locución «extranjero» se refiere la norma por exclusión sólo a los extracomunitarios que carezcan de un determinado vínculo familiar con comunitarios, ya que para este segundo supuesto —existencia de vínculo familiar con comunitarios— el apartado 2 del mismo artículo 57 prevé la posibilidad de acceso como «personal funcionario», aunque ahora veremos en qué condiciones. Aquí nos detenemos porque son de precisar dos cuestiones. La primera cuestión es la relativa a quienes se incluyen en el término «vínculo familiar». De conformidad con la norma, además de a los descendientes comunes y/o exclusivamente del cónyuge, a sus descendientes y/o a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho y que sean menores de veintinueve años o mayores de esa edad pero dependientes, al «cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho». En este caso es importante aclarar que debe interpretarse el concepto «cónyuge» de forma amplia y extensible a la «pareja de hecho» puesto que este artículo 57.2 debe armonizarse con las disposiciones de la Directiva 38/2004²¹, traspuesta por España a través del Real Decreto 240/2007, que

¹⁹ Se trata de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10 de 12 de enero); habiendo sido profunda y sucesivamente modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre; LO 14/2003, de 20 de noviembre, y por LO 11/2003, de 29 de septiembre.

²⁰ Este es el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, antes citada (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005, rectificado por BOE núm. 130, de 1 de junio de 2005).

²¹ Más específicamente se trata de la Directiva 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros (DOUE núm. 158, Serie L, de 30 de abril de 2004) que deroga los artículos 10 y 11 —referentes a los miembros de las familias de los trabajadores ciudadanos europeos a los que se reconocía libertad de circulación por la Unión Europea— del Reglamento 1612/68. Esta Directiva comunitaria ha sido traspuesta tardíamente por nuestro Estado a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007). Y precisamente en los artículos 2.b) de la Directiva y del Real Decreto de transposición se prevé expresamente esta posibilidad a indicarse que: «El presente Real Decreto se aplica también (...) a la pareja con la que mantenga unión análoga a la conyugal inscrita en registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro de la Unión (...)». Sin

expresamente recoge esta previsión²². La segunda cuestión se refiere al motivo por el que acudimos a la normativa comunitaria aun cuando analizamos la situación de extracomunitarios; y es que, se trata de supuestos a los que afecta colateralmente esta normativa. Por lo tanto, mientras que exista esa conexión jurídico-personal con los comunitarios serán disposiciones europeas las que delimiten las pautas de conducta y acceso al empleo público. Antes al contrario, la inexistencia de este vínculo familiar, aunque tasado, implica que se hallen bajo el paraguas de la normativa interna española sobre extranjería.

En segundo lugar, continuando con la biopsia del artículo 57.4 de la Ley 7/2007, estos extracomunitarios deberán tener reconocida residencia legal. Por residencia a legal se entiende, acudiendo al artículo 30.bis de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos de los extranjeros en España, la situación de aquellos extranjeros que «se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir». Este permiso de residencia podrá ser temporal —conforme a las previsiones del art. 31²³ de la LO 4/2000— o bien permanente —art. 32²⁴ de la misma Ley—. Pero no les puede ser exigible autorización administrativa para trabajar —en los términos del art. 36 de la LO 4/00— ya que el apartado 4 del artículo 57 no lo menciona y este requisito no es inherente al de residir. En esta línea debemos resaltar que, ante tal contradicción, no cabe la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sino la de la Ley 7/2007, puesto que no nos encontramos en un caso de jerarquía jurídica —Ley Orgánica *versus* Ley Ordinaria— sino de competencia por razón de la materia. Y en estos supuestos, la ley especial tiene primacía sobre la ley general. O lo que es lo mismo, en materia de acceso al empleo público

embargo la polémica está servida. Mientras España debe aceptar y reconocer como válidas las uniones de hecho concertadas en Estados miembros con registros válidos a efectos civiles, y por tanto, permitir u otorgar un derecho de acceso al empleo público de sus componentes —independientemente de que uno de ellos sea extracomunitario—, las parejas de hecho convenidas en España siendo uno de sus miembros no comunitario no cuentan con reconocimiento de derecho de acceso al empleo público de cualquier otro Alto Socio puesto que carece el Estado Español de un Registro Central de parejas de hecho con efectos civiles. De cualquier modo remitimos a la lectura de artículos especializados en la materia, entre otros el de ALONSO HERREROS, D.: «Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15 (enero-abril de 2002).

²² El hecho de que una norma interna —como es el caso del art. 57.3 de la Ley 7/2007— sea contrario a una disposición de Derecho comunitario no puede eximir a España del cumplimiento de las obligaciones comunitarias. En parecidos términos puede leerse, entre otras, las motivaciones núm. 17 y 18 de la STJCE de 23 de febrero de 2006, Caso Comisión/España, Asunto C-205/04.

²³ Este artículo 31 de la Ley 4/2000 se desarrolla en los artículos 34 y ss. del Real Decreto 2393/2004.

²⁴ Igualmente el artículo 32 de la Ley 4/2000 queda desarrollado en los artículos 71 y ss. del Real Decreto 2393/2004.

es la Ley 7/2007 sobre el Empleado Público la norma aplicable y no la Ley Orgánica sobre extranjería²⁵.

En tercer lugar, y conectado con la premisa anterior, los extranjeros que además de no ser comunitarios, no poseer nexo consanguíneo de primer grado ascendente o descendente ni colateral, tener residencia legal en nuestro territorio, pueden acceder a la Administración Pública española pero como «personal laboral». La utilización del concepto «personal laboral» conforme a una interpretación a sensu contrario de la previsión del artículo 9.2 de la misma Ley, implica, de un lado que tal personal —aunque considerado empleado público²⁶ junto con los funcionarios de carrera, interinos y eventuales— nunca realizará funciones en la Administración cuyo «ejercicio implique 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», puesto que tales funciones quedan reservadas exclusivamente a los funcionarios de carrera. Y de otro lado que el personal laboral quedará vinculado a la Administración a través de cualquiera de las formas previstas en la legislación laboral. Consiguientemente les será de aplicación la normativa administrativa solo en aquellos supuestos expresamente previstos por esta Ley 7/2007²⁷. Ahora bien, cuales sean los puestos de trabajo que puede desempeñar el personal laboral es una cuestión a la que aún no podemos responder, puesto que su concreción será competencia de las normas de función pública que se dicten en desarrollo de esta Ley²⁸.

En cuarto y último lugar debemos hacer hincapié en que el acceso a puestos de personal laboral por los extracomunitarios se hará —re-

²⁵ Continuando con nuestra línea argumental tampoco entendemos que sean exigibles por España el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 49 a 57 de la Ley Orgánica 4/2000.

²⁶ Hacemos esta precisión porque hasta esta Ley 7/2007 tradicionalmente se venía distinguiendo en España —art. 3 del Decreto 315/1964, 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado (BOE de 15 de febrero de 1964)— entre funcionarios de carrera y funcionarios de empleo, siendo esta última categoría la aglutinadora del personal laboral, de los funcionarios interinos y de los eventuales.

²⁷ Para facilitar la labor del lector en la búsqueda de sobre qué aspectos de la relación con la Administración Pública se aplica el Derecho Laboral y en cuales el Administrativo, le recomendamos la lectura del apartado 5 de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Función Pública, por la que se publican las instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007).

²⁸ En el apartado 5.º letra a) de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Función Pública, por la que se publican las instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007), se indica que al respecto de las funciones que puede desempeñar el personal laboral sigue en vigor el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984 sobre Medidas de Reforma para la Función Pública.

produciendo literalmente el apartado 4 del art. 57— en «igualdad de condiciones que los españoles». Esta afirmación tajantemente enunciada disfraza sin embargo sus antípodas. Evitar la discriminación favorable a españoles, comunitarios, o, familiares de ambos, pasa por el cumplimiento objetivo de los requisitos exigidos al resto de candidatos previstos en el artículo 56 de la Ley 7/2007²⁹ que contemplan tanto la fase de acceso como la de concesión del empleo público. Respecto del procedimiento de materialización de estas condiciones la Ley guarda silencio. Solo en el apartado 5.º letra b) de la Instrucción interpretativa³⁰ se indica que «será de aplicación a la selección de personal laboral lo previsto en estas Instrucciones para la selección del personal funcionario de carrera (...)». Por su parte, la Ley Orgánica 4/2000 en su artículo 36.2 prevé la obligatoriedad de homologación³¹ de título cuando se vaya a ejercer una profesión para la que éste se requiera, pero nada más.

Quedando sin respuesta qué sucede con el resto de elementos configuradores de la calificación final del proceso de selección, es decir, no haber sido separado del servicio público en el país de origen; no estar inhabilitado; el reconocimiento de la experiencia profesional que poseyera el extracomunitario (y si es que se tuviera en cuenta a la hora de perfilar la calificación final en el procedimiento de acceso), etc. A lo que habría de sumarse una exigencia añadida, la del idioma. Si bien es cierto que en la Ley 7/2007 no se menciona expresamente tal condición, ésta tendría cabida en el apartado 3 del artículo 56 que recurre a criterios de objetiva necesidad y proporcionalidad «con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar»³².

De otro lado, respecto de los comunitarios y/o sus familiares —estos en los taxativos términos indicados líneas atrás—, el artículo 57.1 de la Ley 7/2007 les diseña el derecho de acceso al empleo público de modo más permisivo de cuanto hemos analizado para los extracomunitarios. De la puesta en común de todos los apartados del artículo 57 de la Ley

²⁹ Los requisitos exigidos en el artículo 56 de la Ley 7/2007 son: poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas; tener cumplidos 16 años y no exceder en su caso, de la edad mínima de jubilación forzosa (...); no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas (...). En el caso de ser nacional de otro Estado, no hallarse inhabilitado o en situación equivalente ni haber sido sometido a sanción disciplinaria o equivalente que impida, en su Estado en los mismos términos el acceso al empleo público y poseer la titulación exigida.

³⁰ Nos referimos a la ya mencionada Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Función Pública.

³¹ Las reglas de homologación de títulos pueden consultarse en su gran mayoría en la web <http://www.mec.es/mecd/titulos/convalidacion.html>.

³² Reproducimos aquí íntegramente el contenido del apartado 3 del artículo 56 de la Ley 7/2007 que es del tenor siguiente: «Podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso habrán de establecerse de manera abstracta y general».

7/2007 se infiere que pueden acceder como «personal funcionario» —apartado 1 del mismo artículo— pero además también como «personal laboral» —apartado 4 del art. 57 de esta Ley—. Si bien es cierto que debemos hacer dos precisiones. Por una parte, en ningún caso el acceso a empleos públicos como personal funcionario conllevará funciones «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», con la consiguiente exclusión de los puestos que por ley se determinen que exijan el requisito de la nacionalidad española³³. Esta es una condición limitativa que, conjugada con los criterios de proporcionalidad y coherencia³⁴, es secundada normativo-jurisprudencialmente desde instancias comunitarias, estando justificada en la idea de que «se trata de puestos de trabajo que se presume que ocupan una situación tan especial de conexión con el Estado y de reciprocidad de derechos y deberes que exclusivamente se pueden comprender unidos a la esencia de la nacionalidad»³⁵. Y por otra parte se produce la reiteración de la coletilla «en las mismas condiciones que los españoles» cuando la Ley se refiere al ejercicio del derecho de acceso a empleo público. Por lo tanto, la cláusula de igualdad, implica para los comunitarios el cumplimiento de los mismos requisitos —art. 56— exigidos para los españoles y extracomunitarios con las salvedades que ahora analizamos. En primer lugar, el proceso de selección es el previsto en el artículo 61. En segundo lugar respecto de la homologación de títulos o niveles de conocimientos adquiridos, aunque tampoco aparece regulada en la Ley 7/2007, habrá de actuarse conforme a las previsiones de la dispersa normativa Comunitaria, hallándose una valiosa guía en la Comunicación 11/12/2002 COM (2002) mentada líneas atrás. En el apartado 5.4 de la misma bajo la rúbrica «Reconocimiento de cualificaciones y títulos», se hace una triple distinción según que la labor contenida en el puesto de empleo público precise de la acreditación de

³³ Así se indica literalmente en el párrafo 2 del apartado uno del artículo 57 de la Ley 7/2007. Legislación que, por cierto, aún no se ha elaborado por lo que deberemos continuar guiándonos en este respecto, por el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación la libre circulación de trabajadores (BOE núm. 130, de 31 de mayo de 2001).

³⁴ Así se señala, entre otras, en la motivación núm. 33 de la STJCE, de 17 de marzo de 2005, Caso Comisión/Alemania, Asunto C-109/04.

³⁵ Por todas se trae a colación en esta llamada de atención la Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1980, Caso Comisión/Bélgica, Asunto C-149/79, en cuya motivación núm. 10 se indicaba: «That provision removes from the ambit of article 48 (1) to (3) a series of posts which involve direct or indirect participation in the exercise of powers conferred by public law and duties designed to safeguard the general interests of the state or of other public authorities. Such posts in fact presume on the part of those occupying them the existence of a special relationship of allegiance to the state and reciprocity of rights and duties which form the foundation of the bond of nationality».

una formación profesional específica para el mismo, en cuyo caso habrán de acogerse los Estados miembros a las disposiciones las entonces Directivas 89/48/CEE y la 92/51/CEE, derogadas ambas por la Directiva 2005/36/CEE³⁶; que se trate de una actividad para cuya realización baste un título que deje acreditado un nivel de estudios sin reparar en el contenido de estos, en cuyo caso el Estado de destino no fiscalizará el contenido de los estudios y permitirá a los candidatos acceder a procesos de selección para puestos que comprenda funciones cuya naturaleza sea homogénea a categorías equivalentes de empleos públicos en el país de origen; o bien puede tratarse de empleos que exijan la posesión de títulos que sólo acrediten cierto nivel de formación general y no de formación profesional, en estos casos no tiene por qué haber una adecuación perfecta entre el contenido de las tareas del puesto y el de los conocimientos de los candidatos. Se concreta además al final del apartado 4.º de la Comunicación que el procedimiento de reconocimiento de títulos podrá iniciarse a instancia de los ciudadanos comunitarios sin necesidad de que haya una convocatoria pública de empleo, apunte este importante y ventajoso si se tiene en cuenta el silencio guardado al respecto para con los extracomunitarios. Esta Comunicación cuenta además con un apartado de indicaciones, el tercero, dedicado al reconocimiento de la experiencia profesional —también incluye menciones a la antigüedad, pero aquí no nos interesan—. En este ámbito la Comunicación, recogiendo el sentir general del Tribunal de las Comunidades³⁷, es unidireccional, exigiéndose a los Estados de destino el reconocimiento automático de los periodos de trabajo en otros Estados miembros a todos los efectos. Se quedan en el tintero, si se me permite, las cuestiones relativas a la prueba de la no inhabilitación, de la no separación del ejercicio de funciones públicas en sus países de origen y, por supuesto, igual que a los extracomunitarios, vía artículo 56.3 de la Ley 7/2007 se exige por añadidura el conocimiento del idioma.

Remembranza aparte merece el apartado 3.º del artículo 57 de la Ley 7/2007, que realiza una mención especial a «aquellas 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 (...)», teniendo por tanto reconocido también el derecho de acceso al empleo público como personal funcionario y laboral —a tenor de lo dispuesto en el apartado 4.º del mismo artículo—. La cuestión radica entonces en dilucidar a quienes

³⁶ La Comunicación COM (2002), 694 Final es evidentemente anterior en el tiempo a esta Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (texto pertinente a efectos del EEE), DOUE n.º L 255 de 30/09/2005 aún no transpuesta por España.

³⁷ Entre otras puede consultarse la STJCE, de 26 de febrero de 2006, Caso Comisión/España, Asunto C-205/04.

va dirigido este supuesto. Pues bien, teniendo en cuenta que la libre circulación de trabajadores es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario, elemento esencial de la ciudadanía europea, y que además la Unión Europea no tiene explícitamente ³⁸ reconocidas competencias atribuidas o delegadas por parte de los Estados miembros en materia de ratificación de Tratados Internacionales como persona jurídica con capacidad negociadora propia e independiente y respecto de la libre circulación de personas, es lógico inferir que se refiera a sujetos que vayan a poseer la ciudadanía comunitaria; o lo que es lo mismo, los Tratados Internacionales mentados en el apartado 3.º del artículo 57 no son sino los así generalmente conocidos como Acuerdos de Adhesión. Estos son de todo punto Tratados Internacionales en la medida en que se pactan entre todos los Estados miembros de la Unión Europea y los países que, no siendo miembros, quieren su inclusión. Pues bien, el último de estos Tratados Internacionales es el Acuerdo de Adhesión de Bulgaria y Rumanía ³⁹ cuya entrada en vigor como miembros europeos tuvo lugar a comienzos del año 2007 aunque, sin embargo, no con plenos efectos tal y como se preveía ya en el artículo 3 de este Acuerdo de Adhesión que remite al «Protocolo Adjunto (donde) se indican las condiciones y procedimiento de admisión». Este Protocolo está compuesto por un total de nueve anexos, siendo los números VI y VII los que recogen las «Medias transitorias» para Bulgaria y Rumanía. Dentro de estas medidas transitorias se contemplan en idénticos términos para ambos candidatos las atinentes a la libre circulación de personas, las cuales habían sido ya previstas en el listado ofrecido en el artículo 23 del Acta de Adhesión. La modulación de la libertad de circulación consiste en el reconocimiento pleno de la libertad deambulatoria por todo el territorio de la Unión pero la restricción del permiso de acceso a los mercados de trabajo de otro Alto socio, sea por cuenta propia o ajena. De este modo se concede al resto de Estados miembros la posibilidad de elegir entre un periodo de dos o cinco años durante los cuales el acceso a sus mercados de trabajo, y por ende a empleos públicos, de nacionales búlgaros o rumanos se regulará o bien por disposiciones de derecho nacional sobre extranjería, o bien a través de acuerdos bilaterales. Ante esta posibilidad de elección que por partida doble se planteaba a los Estados miembros y a la propia Unión se incluye entre los numerosos documentos que conforman el Tratado de Adhesión un Acta Final que incorpora un segundo apartado rubricado

³⁸ Esta dicción no deja de ser una opinión que se suma a la corriente que la defiende, encontrando apoyos no solo doctrinales sino dentro del propio análisis introspectivo que de sí misma hace la Unión Europea en su página web <http://european-convention.eu.int/glossary.as> y en http://europa.eu/scadplus/glossary/union_legal_personality_es.htm

³⁹ Su nombre completo es Tratado entre los Estados miembros de la Unión Europea y la República de Bulgaria y Rumanía, relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea, DOUE L 157 de 21 de junio de 2005.

«Declaraciones». En él los Estados miembros, entre promesas de facilitar y mejorar el uso del régimen propuesto, deciden unánimemente aplicar su derecho interno de extranjería —desechando la realización de acuerdos bilaterales— al acceso de búlgaros y rumanos a sus mercados de trabajo durante el periodo en que esta libertad está interrumpida, periodo de tiempo del que sin embargo nada se acuerda. Esto provoca que, según qué país miembro analicemos, encontraremos variaciones al respecto de la efectividad de la libertad fundamental de circulación de ciudadanos comunitarios. En el caso de España, en el Consejo de Ministros del viernes 22 de diciembre del 2006⁴⁰, se opta por el periodo mínimo de dos años aunque se previó la posibilidad inicial de que quedara reducido a uno a condición de que el informe anual arrojará una resolución favorable al respecto.

Pero no sucedió así y en el Consejo de Ministros del viernes de 28 de diciembre de 2007, se decidió la continuación del segundo año de restricción de acceso al mercado de trabajo español a búlgaros y rumanos, aunque todo ello refrendado por un «marco de diálogo social»⁴¹.

3. CONCLUSIONES FINALES

Del pretendido análisis realizado en estas páginas se destilan las reflexiones que a continuación se indican sistematizadamente.

— La creación efectiva y el mantenimiento de un puesto de trabajo, en tanto que éste se perfila como el único instrumento de supervivencia, de redistribución de la riqueza y del bienestar social, es una ardua tarea que se dificulta en épocas como la actual donde se respira por doquier un ambiente enrarecido a causa de constantes atisbos de crisis en los países más ricos y del mayor distanciamiento del desarrollo para los países pobres. Esto conlleva la percepción del empleo, para nuestro caso del empleo público, como un bien agotable, finito y protegible por los Poderes Públicos.

— Desde esta perspectiva la acción tuitiva de los Estados respecto del preciado bien del empleo engendra normativas capaces por sí solas de establecer categorías de individuos, de ciudadanos. Siendo precisamente esto lo que sucede a nuestro juicio en el ordenamiento jurídico español al tener que conjugar en el ámbito del empleo públi-

⁴⁰ Las referencias de los Consejos de Ministros en España pueden consultarse en la web <http://www.lamoncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/>.

⁴¹ En la web <http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200712/INM20071228.htm> pueden consultarse los detalles y circunstancias que rodearon la decisión adoptada por el Gobierno español.

co un derecho de acceso de nacionales, de comunitarios, de familiares de ambos independientemente de su nacionalidad y de no comunitarios, contando cada uno de estos colectivos con diferentes normativas que al armonizarlas generan candidatos de primera, segunda o tercera categoría en función de la mayor o menor previsibilidad de éxito en el acceso.

— La previsibilidad a la que aludimos ha quedado medida a tenor del oscurantismo o no de las normas reguladoras del derecho de acceso al empleo público. Así mientras que los comunitarios y sus familiares están precedidos por disposiciones y jurisprudencia que, justificadas en una libertad fundamental y básica de la propia Unión, además de asentar el reconocimiento de un derecho de acceso al empleo público ofrecen una uniforme definición de Administración Pública, una enumeración no taxativa de puestos en los que se puede ejercer ese derecho y en los que no, los extracomunitarios quedan al albor de la buena voluntad y solidaridad del legislador español.

— Esta última idea lo que supone es, si bien una no absoluta despreocupación por el tema —ejemplo de ello lo tenemos en la exigencia exclusiva del requisito de residencia legal para el acceso a un empleo público obviando la autorización administrativa requerida sin embargo para el desempeño de puestos en el sector privado—, sí una mayor dejadez —recuérdese, v.gr., la parca o inexistente previsión de aspectos fundamentales en el procedimiento mismo de acceso al empleo público como el reconocimiento o no de la experiencia profesional— que los relega a situaciones de mayor dificultad de acceso o a puestos de empleo generalmente marcados por la temporalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO HERREROS, D.: «Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15 (enero-abril de 2002).
- ALZAGA VILLAMIL, O.: «Constitución Española de 1978. Tomo XI, artículos 143 a 158», en *Revista de Derecho Público, Comentarios a las Leyes Políticas*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988.
- CALVO ESPIGA, A.: «Pluralismo, multiculturalismo y tolerancia: semántica y derecho», en *Scriptorium Victoriense*, L, 2003.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», en *RGDTSS*, núm. 14, mayo de 2007, Iustel.com.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «El Estatuto Básico del Empleado Público: Comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *Relaciones Laborales* 18/2007.

- FERNÁNDEZ DEL VALLE, M.^a I.: «El acceso a la función pública nacional por los nacionales de otros países comunitarios», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, Boletín-73, abril de 1992.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Ediciones Estudios Financieros, Monografías, Madrid, 2005.
- FROWEIN, J. A.: *Study of civil rights of nationals of other member states in local public life*, Draf Report of Conseil of Europe, 1982.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III, Volumen I, Madrid, 1970, pp. 394 y 395.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. L.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, CES, 1996.
- LIPOLLIS, V.: «La cittadinanza europea», en *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1993.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: «El acceso a la función pública en la Europa de los doce», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: Nuevos retos en las organizaciones burocráticas (actualizada conforme a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)*, editorial Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007.
- MARINA JALVO, B.: «Acceso al empleo público», en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, 2002.
- MASSÓ GARROTE, M. F.: *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, editorial Colex, Madrid, 1997.
- MENDIZÁBAL, T.: «Convivencia estable como causa de exención de visado», en *Actualidad Administrativa*, núm. 15, septiembre de 2005.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, editorial MAP, Madrid, 1991.
- TODD, E.: *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales* (traducción de Gabriel Hormaechea), editorial Tusquets, Barcelona, 1996.

Jurisprudencia consultada

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 12 de febrero de 1974, Caso Sotgiu, Asunto C-152/73.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica, Asunto C-149/79.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 3 de julio de 1986, Caso Lawrie-Blum, Asunto C-66/85.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, Asunto C-225/85.

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 26 de febrero de 1992, Caso Bernini, Asunto C-3/90.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 23 de febrero de 1994, Caso Scholz, Asunto C-419/92.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Grecia, Asunto C-290/94.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 15 de enero de 1998, Caso Schöning-Kongebetopoulou, Asunto C-15/96.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 12 de marzo de 1998, Comisión/Grecia, Asunto C-187/96.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 29 de octubre de 1998, Comisión/España, Asunto C-114/97.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 30 de noviembre de 2000, Caso Österreichischer Gewerkschaftsbund, Asunto C-195/98.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia, Asunto C-283/99.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 30 de septiembre de 2003, Caso Klöber, Asunto C-224/01.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 30 de septiembre de 2003, Comisión/España, Asunto C-405/01.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 30 de septiembre de 2003, Comisión/Alemania, Asunto C-47/02.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Caso Trojani, Asunto C-456/02.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 17 de marzo de 2005, Comisión/Alemania, Asunto C-109/04.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 12 de mayo de 2005, Comisión/Italia, Asunto C-278/03.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 23 de febrero de 2006, Comisión/España, Asunto C-205/04.

Comunicación a la Ponencia Temática I

**LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA
DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN
EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

Profesor Titular de Universidad
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

I. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD.—II. CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD TÉCNICA (REFLEJO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO) Y SU SIEMPRE COMPLICADO CONTROL JUDICIAL.—III. BREVES CONCLUSIONES ACERCA DEL RECTO ENTENDIMIENTO DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

I. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD

A la hora de proveerse de los medios humanos necesarios para ejercer el proteico elenco de funciones que normativamente tiene asignado, la Administración Pública ha de ser considerada, fundamentalmente, como un poder público, y tal condición ha de encontrar reflejo en un conjunto de vías minuciosamente ordenadas para decidir quiénes han de ser los designados para ocupar los puestos públicos ¹.

Ahora bien, para acceder a la condición de empleado público a través de una relación estatutaria de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo (art. 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público —en adelante, EBEP—), [no en cambio, al menos en toda su extensión, cuando lo sea a través de un vínculo laboral ²] es imperativo superar un

¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid (CEF), 2005, p. 17.

² Como ha venido reconociendo desde antiguo el Tribunal Constitucional, «el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones públicas» [STC 281/1993, de 27 de septiembre], porque «las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración... mediante una relación de servicios de carácter estatutario, es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente» [SSTCo 86 y 87/2004, ambas de 10 de mayo].

Por ello, en este concreto ámbito el análisis ha de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el artículo 14 CE, recordando a este respecto que su vulneración «la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el principio de igualdad exige que a iguales su-

proceso selectivo efectuado a partir de criterios objetivos, en el cual el candidato haya demostrado que es el más apto para desempeñar el puesto a proveer, conforme a los parámetros de mérito y capacidad, verdaderos índices de una gestión eficaz del interés de la comunidad ³.

Semejantes principios aparecen recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 CE y —con la importancia que merecen— en el actual artículo 55 EBEP, erigiéndose en «los pilares de la configuración de una función pública profesional, imparcial en sus actuaciones y siempre orientada al servicio, con objetividad, de los intereses generales» ⁴.

Una vez tomada la decisión de crear un determinado puesto público y efectuada la convocatoria por el órgano competente con arreglo al procedimiento reglamentariamente establecido (art. 9 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo), es en la muy concreta y peculiar acción de selección de quienes van ocupar tal puesto donde actúan, sin exclusión alguna posible (ni aún en aquellos supuestos de los funcionarios interinos, a pesar de que excepcionalmente y debido a razones de urgencia, con carácter transitorio haya sido modalizado y moderado su rigor ⁵), las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (que trata, por tanto, de recoger un sistema objetivo basado en el trabajo y las cualidades personales) ⁶, a las cuales el Tribunal Constitucional une otra más (como garantía instrumental primera y básica de igualdad), la de publicidad ⁷.

La igualdad (garantía de la necesaria imparcialidad en los elegidos y eficacia administrativa ⁸) no otorga, empero, *ex* artículo 23.2 CE, el derecho a ocupar o desempeñar tareas específicas, sino simplemente a

puestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciados sea arbitraria o carezca de fundamento racional» [por todas, SSTCo 134/1996, de 22 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 46/1999, de 22 de marzo; 200/2001, de 4 de octubre; o 34/2004, de 8 de marzo].

³ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, p. 249.

⁴ PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid (Lex Nova), 2003, p. 84.

⁵ STCo 27/1991, de 14 de febrero.

⁶ LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Pamplona (Aranzadi), 2005, p. 83.

⁷ STCo 85/1983, de 25 de octubre.

⁸ AGUILAR LUQUE, L. y GONZÁLEZ AYALA, M.^a D.: «El artículo 23.1 y 2. El derecho a participar en los asuntos públicos», en AA.VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, Madrid (Edersa), 1985, p. 649 y ss.; PALOMAR OLMEDA, A.: «La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25, 1992, pp. 87-132, o PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del art. 23.2 de la Constitución)*, Madrid (Civitas), 1992, pp. 42-52.

participar, bajo las mismas condiciones, en las pruebas de selección⁹, concediendo un derecho subjetivo de carácter fundamental y contenido específico («no, por tanto, uno más, sino la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado»¹⁰), «y diferente al reconocido a los cargos directivos»¹¹.

En este sentido, el artículo 14 CE actúa como un referente especial, aun cuando no único, sobre el número de supuestos tasados que expresamente contempla¹² y, en consecuencia, «aun cuando el derecho consagrado en el artículo 23.2 es una especificación del derecho a la igualdad (art. 14 CE), es incuestionable el mayor alcance y operatividad de aquél en su proyección al régimen jurídico funcional»¹³.

Las exigencias en este campo son, pues, más amplias y pasan por establecer y garantizar su desenvolvimiento en unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan estar en condiciones de acceder al empleo público. Además, para una vez ya ocupado el puesto, tal principio proyecta sus efectos también sobre momentos ulteriores de desarrollo de la relación, tales como los relativos a los concursos de ascensos y traslados¹⁴.

La resultante de tal conjunto de fuerzas pasa por considerar que las conductas desarrolladas por la Administración resultarán admisibles o no en atención a la arbitrariedad o razonabilidad —respectivamente— de las pautas de conexión eventualmente fijadas entre el puesto a cubrir y las pruebas selectivas desarrolladas¹⁵. En tal sentido, cabe precisar cómo el trato diferenciado de unos aspirantes frente a otros puede resultar admisible siempre y cuando no entrañe alguna discriminación repro-

⁹ SSTCo 50/1986, de 23 de abril; 67/1989, de 18 de abril; 200/1991, de 28 de octubre; 217/1992, de 1 de diciembre; 293/1993, de 18 de octubre; 38/2004, de 11 de marzo. o 31/2006, de 1 de febrero. En el mismo sentido, STS 14 febrero 2003 (RJ 911).

¹⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Comentario al artículo 23 de la Constitución», en AA.VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, cit., p. 293.

¹¹ Anticipando el sentido último y verdadero del precepto, por su claridad y la contundencia de sus argumentos, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Comentario al artículo 23.2 de la Constitución», en AA.VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, cit., pp. 673-674.

¹² ARROYO YANES, L. M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, p. 200.

¹³ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo», en AA.VV.: *Función pública*, Madrid (INAP), 1993, pp. 56-57.

¹⁴ SSTCo 75/1983, de 3 de agosto; 15/1988, de 10 de febrero; 47/1989, de 21 de febrero, o 4/1991, de 14 de enero.

¹⁵ GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E.: *Consideraciones en torno al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública*, cit., p. 524, o CASTILLO BLANCO, F. A.: *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Granada (Comares), 1993, p. 17.

bada por el ordenamiento jurídico, circunstancia que por sí sola no puede ser presumida, en tanto no parece desproporcionado pensar en el establecimiento de determinados requisitos previos en atención a aquella diversidad funcional significada¹⁶.

Por tanto, «es exigible permitir la participación de todo ciudadano en los procedimientos selectivos para el empleo público, sin establecer requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas capaces de generar discriminación (mermando la igualdad de oportunidades); en segundo término, que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios (pudiendo el proceso quedar desierto sin mermar del principio)»¹⁷.

Resulta acertado recordar que «el mérito y la capacidad son los principios jurídicos que están incorporados al derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad... Para la Administración son los únicos criterios de selección utilizables, debiendo concretar su contenido en cada caso con el objetivo de dar cumplimiento a la doble finalidad de escoger a los más idóneos y garantizar la igualdad en el proceso. Y para los Tribunales son conceptos jurídicos indeterminados, cuyo control es obligado a la hora de dilucidar si ha sido lesionado o sacrificado indebidamente un derecho fundamental»¹⁸.

Con todo, conviene tener presente que las mentadas exigencias constitucionales no siempre son observados como se debiera en la realidad, habida cuenta el empleo público es un pastel demasiado goloso que invita a tentaciones no siempre lícitas. No en vano, los ciudadanos lo perciben como un bien escaso cuya obtención conduce a una situación sumamente ventajosa, más que por la retribución que proporciona por la estabilidad que garantiza, en comparación con el empleo en el sector privado¹⁹.

Una realidad tan evidente hace gravitar sobre el acceso al empleo público peligrosos riesgos tales como el clientelismo político o sindical, la endogamia corporativa o académica, el nepotismo y, en fin, múltiples formas de favoritismo y discriminación que inevitablemente menosca-

¹⁶ SÁNCHEZ BLANCO, A.: «La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30, 1981, pp. 206-207, o PULIDO QUECEDO, M.: «Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, p. 176 y ss.

¹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, 5.ª ed., Madrid (Tecnos), 2008, p. 124.

¹⁸ FÉREZ FERNÁNDEZ, M.: «Reflexiones sobre la necesaria renovación del modelo de selección en las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Jornadas sobre la selección de personal en las Administraciones Públicas* (Vitoria-Gasteiz, 1996), Oñati, 1997, p. 57.

¹⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, cit., p. 55 y ss.; en igual sentido, el trabajo de los mismos autores, «La suspensión cautelar en los procesos de selección de funcionarios públicos», en prensa.

ban los parámetros constitucionales ²⁰. En consecuencia, la ordenación de aquellos actos destinados a verificar quiénes acreditan más y mejores méritos y capacidad puede adolecer de importantes vicios derivados del establecimiento de fórmulas que pueden llegar a resultar discriminatorias ²¹ o, al menos, lesivas de intereses particulares, al establecer criterios valorativos o diferencias de trato no justificadas o irrazonables ²².

Como es lógico, la práctica activa del procedimiento de selección entra dentro del concepto de «actos administrativos» que, como tal, pueden incurrir en infracciones determinantes de su ilegalidad, razón por la cual son recurribles ante los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo (en su caso tras el agotamiento de la vía previa) ²³.

Precisamente, uno de los aspectos que mayor interés pueden revestir a la hora de valorar el respeto de los tantas veces mencionados principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, viene dado por atender a los criterios y cánones de comportamiento observados por los miembros de los tribunales de selección a la hora de proceder a juzgar a los candidatos, pues, desde luego, es en esta fase de valoración (dentro del pertinente proceso de oposición, concurso o concurso/oposición) donde más serios riesgos de postergación corren aquellos candidatos a quienes las circunstancias (sean debidas a la causa que sea) no hayan colocado en una posición favorable a los ojos de los miembros de la oportuna comisión.

II. CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD TÉCNICA (REFLEJO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO) Y SU SIEMPRE COMPLICADO CONTROL JUDICIAL

Como bien es sabido, contra las resoluciones y actos de los órganos administrativos dictados en el marco de los procesos de selección (incluidos los de mero trámite) podrá interponerse recurso tanto en vía administrativa como judicial, aun cuando, no menos conocidas resultan las graves disfunciones que puede originar la estimación judicial, siempre tardía, de tales instrumentos jurídicos ²⁴.

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid (Lex Nova), 2007, p. 396.

²¹ SSTCo 143/1987, de 23 de septiembre, o 93 y 269/1995, de 19 de junio y 3 de octubre.

²² SSTCo 193/1987, de 9 de diciembre, y 33/1993, de 29 de noviembre.

²³ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, cit., p. 149.

²⁴ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Barcelona (Marcial Pons), 2007, p. 147.

Variadas son tachas que pueden tratar de oponerse a algunos de los actos a través de los cuales terminan los procesos selectivos: ya sea deficiencias orgánicas (como sería la irregular composición de los tribunales), ya infracciones meramente procedimentales, ya, en fin, de fondo (por haberse apartado la resolución de los criterios de capacidad y méritos implícitos en el procedimiento o consignados en la convocatoria o de los parámetros establecidos por las comisiones juzgadoras)²⁵.

A la hora de entrar a valorar la procedencia de la revocación de un acto administrativo mediante el cual se ha procedido a la selección de un determinado empleado público es necesario considerar si el órgano selectivo se ha movido dentro de los márgenes fijados por las normas de obligado cumplimiento (incluyendo las bases de la convocatoria y los baremos de méritos), si bien también es necesario considerar que dichos órganos gozan de discrecionalidad técnica para apreciar y comparar la capacidad de los diferentes candidatos²⁶.

Constituido casi en un principio secular en materia de acceso al empleo público, a partir de tal criterio a los Tribunales les queda vedado sustituir con su parecer el de la autoridad técnica designada al efecto²⁷ (ni siquiera cuando medie prueba pericial en contrario²⁸). Actuar de tal manera supondría, a juicio de una rancia y agotadora jurisprudencia, excederse ampliamente el ámbito de la facultad judicial revisora²⁹, atendiendo contra verdaderos derechos subjetivos de los elegidos³⁰, en tanto significaría cambiar la opinión de especialistas por la de quienes carecen de aquella capacidad específica³¹ y, muchas veces, del conocimiento preciso de todos los datos para decidir³².

Así, y según ha sentado de forma contundente la jurisprudencia, «esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de la

²⁵ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 147.

²⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, cit., p. 149.

²⁷ Con origen en la STS de 26 de abril de 1926, y un amplio y sostenido desarrollo que puede ser observado en el riguroso y documentado elenco de sentencias recogidas por TARDÍO PATO, J. A.: *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Madrid (Civitas), 1986, pp. 58-80.

²⁸ STS de 8 de julio de 1984 (RJ 3641).

²⁹ Por todas, ya las SSTs de 2 de mayo de 1972 (RJ 2167) y 27 de octubre de 1973 (RJ 4282). Por su contundencia, SSTs de 12 de febrero de 1990 (RJ 2281) o 1 de marzo de 1994 (RJ 1627).

³⁰ STS de 30 de octubre de 1974 (RJ 4175).

³¹ SSTs de 28 de abril de 1976 (RJ 1784), 18 de julio de 1988 (RJ 5639) o 16 de marzo y 28 de septiembre de 1989 (RJ 2102 y 6374).

³² STS de 17 de diciembre de 1986 (RJ 7471). Un extenso comentario en PIÑAR MAÑAS, J. L.: «El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones», en *Documentación Administrativa*, núm. 220, 1989, pp. 139-141.

actividad evaluadora, prácticamente constituidas por estos dos supuestos básicos: el de la inobservancia de los elementos reglados —cuando existan—, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control factible a aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto... Ello explica la razón por la cual las normas reguladoras de la actuación de esos tribunales o comisiones sólo les exijan formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación a partir de la cual se exteriorice su juicio técnico, y que tal dato numérico sea bastante para poder ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica... Y cuando no exijan sino dicha puntuación, el calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el hecho de no acompañarla de una explicación o motivación complementaria»³³.

Semejante concepción implica, no que los actos valorativos de los órganos selectivos sean ajenos a todo control judicial³⁴, sino, tan sólo que resulta imposible revisar el «núcleo material de la discrecionalidad»³⁵ (convertido de esta forma en algo «irreversible»³⁶), aun cuando sí «sus aledaños»³⁷, a saber: en aquellos supuestos reseñados «en los cuales sea evidente el error padecido»³⁸, al punto de hacer «inaceptable la resolución con arreglo a los criterios de la sana crítica» por mor de la presencia de coacción, dolo, infracción normativa o de las bases de la convocatoria y, por supuesto, si genera indefensión, es claramente

³³ STS de 14 de julio de 2000 (RJ 7714).

³⁴ COCA VITA, E.: «También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, 1985, p. 205 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J. L.: «El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la Administración», en *Documentación Administrativa*, núm. 220, 1989, p. 135 y ss., o ILDEFONSO HUERTAS, R. M.: «Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica», en *Justicia Administrativa*, núm. 12, 2001, p. 25 y ss.

³⁵ Fundamental STCo 215/1991, de 14 de noviembre; en la jurisprudencia, SSTs de 17 de noviembre de 1986 (RJ 6149), 3 de febrero de 1987 (RJ 651), 19 de julio de 1988 (RJ 5663), 8 de noviembre de 1989 (RJ 7828), 18 de enero de 1990 (RJ 81), 13 de marzo de 1991 (RJ 2280), 20 y 25 de octubre de 1992 (RJ 8485 y 8490), 25 de febrero y 8 de julio de 1994 (RJ 1301 y 6013), 28 de mayo y 19 de julio de 1996 (RJ 4654 y 5734), 11 de octubre de 1997 (RJ 7789) o 2 de marzo y 27 de octubre de 1998 (RJ 2723 y 7663).

³⁶ SSTs de 22 de noviembre de 1983 (RJ 5427) o 27 de junio de 1986 (RJ 4900).

³⁷ SSTs de 5 de junio y 15 de diciembre de 1995 (RJ 4870 y 9621) y 15 de julio de 1996 (RJ 5704).

³⁸ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 29 de julio de 1998 (AS 2859). Principalmente cuando se trata de errores aritméticos o matemáticos (STSJ de Extremadura, de 29 de junio de 1998 —AS 2417—) y de mera traducción (STSJ de 8 de marzo de 1998 —AS 679—).

arbitraria o muestra (y son el principal problema) patentes desviaciones de poder³⁹.

Con ser un principio generalmente asumido, no deja de planterar verdaderos problemas de índole jurídica y ética⁴⁰, en tanto en «cuando si hay discrecionalidad no puede hablarse de técnica, y cuando hay técnica no puede hablarse nunca de discrecionalidad... Lo técnico no se valora, se puede comprobar. Lo discrecional no se comprueba, se valora»⁴¹. En este sentido, no puede dejar de advertirse cómo, a partir de la exclusión del control jurisdiccional sobre el fondo, «se tendería no a la desaparición o reducción del ámbito de zonas infiscalizables consagradas por la Ley de Jurisdicción de lo Contencioso..., sino que se habría llegado paradójicamente a una ampliación de las mismas..., y a una segunda versión, corregida y aumentada, de la exclusión legal»⁴²; o, ni siquiera a tan arbitrario resultado, sino a una «exclusión formal, sin encaje legal, realizada exclusivamente por la jurisprudencia y la doctrina»⁴³.

Con todo, la construcción es ingeniosa, en tanto, para repudiar el carácter revisor de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, se empieza por diferenciar discrecionalidad técnica de administrativa)⁴⁴, y se acaba por proclamar la insustituibilidad de los juicios y de los juzgadores integrados en los órganos calificadoros⁴⁵, atacando el fundamento de las «valoraciones conjuntas o globales para negar la posibilidad de efectuar un análisis individualizado de cada una de ellas»⁴⁶ y, en consecuencia, aceptar la existencia de un margen de libre apreciación no

³⁹ SSTs de 13 de marzo y 30 de abril de 1991 (RJ 2279), 20 de octubre y 11 de noviembre y 9 de diciembre de 1992 (RJ 8485 y 9118 y 10147) o 30 de abril de 1993 (RJ 2876).

⁴⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (sobre la laboralización de algunos núcleos duros de la función pública*, Santiago de Compostela (EGAP), 2003, p. 218 y ss.

⁴¹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid (Revista de Derecho Privado), 1968, p. 558.

⁴² COCA VITA, E.: «Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 1073-1074 y, también, «La discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, 1985, p. 205 y ss.

⁴³ TARDÍO PATO, J. A.: *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, cit., p. 168.

⁴⁴ PIÑAR MAÑAS, J. L.: «El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones», en *Documentación Administrativa*, núm. 220, 1989, p. 148.

⁴⁵ TARDÍO PATO, J. A.: *Control jurisdiccional de concursos, oposiciones y exámenes académicos*, cit., pp. 172-179.

⁴⁶ GALLEGO ANABITARTE, A.: «Prólogo», a la obra de MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal (1894-1983)*, Madrid (Montecorvo), 1985, p. 34.

revisable en vía jurisdiccional⁴⁷, a riesgo de llevar directamente al abuso de derecho⁴⁸. Qué diferente, sin duda, esta tesis, de aquella otra, aparentemente más justa, conforme a la cual en esta materia no puede existir discrecionalidad por no concurrir varias opciones justas, sino una sola: la derivada del mérito y capacidad⁴⁹.

El Tribunal Constitucional, con apoyo en la jurisprudencia mayoritaria —también la comunitaria⁵⁰—, acepta sin reparos la idea de discrecionalidad técnica⁵¹, reflejando «el estado de la cuestión acerca del control de la discrecionalidad en este punto al incorporar a su prosa sistemas de conceptos habituales ya en la doctrina y en la jurisprudencia de lo contencioso»⁵².

Así, según el máximo intérprete de la *norma normarum*, «ni el artículo 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica»⁵³. En este sentido, «debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese “prudente y razonable” arbitrio, nunca “excesivo”⁵⁴, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una “presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”. Una

⁴⁷ TARDÍO PATO, J. A.: *Control jurisdiccional de concursos, oposiciones y exámenes académicos*, cit., pp. 186-189.

⁴⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1974, p. 303, o SORIANO GARCÍA, J. E.: «Hacia el control de la desviación de poder por omisión», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, 1983, p. 178.

⁴⁹ PIÑAR MAÑAS, J. L.: *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*, cit., p. 152 y ss.

⁵⁰ Baste remitir a los supuestos, ya clásicos, decididos en las SSTJCE 112, 144 y 145/1973, de 9 de octubre de 1974, asuntos acumulados *Campogrande*; 7/1977, de 16 de marzo de 1978, asunto *Wüllerstorff*; 316/1982 y 40/1983, de 9 de febrero de 1984, asunto *Khow* o 162/1984, de 28 de noviembre de 1985, asunto *Androniki Vlachou*.

⁵¹ STCo 39/1983, de 16 de mayo, posteriormente ratificada por SSTCo 110 y 215/1991, de 20 de mayo y 14 de diciembre; 97 y 353/1993, de 22 de marzo y 29 de noviembre; 34/1995, de 6 de febrero; 73/1998, de 31 de marzo; 138/2000, de 29 de mayo; 73/1998, de 31 de marzo, o 86 y 87/2004, ambas de 10 de mayo; o 192/2006, de 19 de junio. En la jurisprudencia, SSTs de 25 de octubre de 1992 (RJ 8490) y 8 de julio de 1994 (RJ 5677). Exhaustivo el análisis de PEÑARRUBIA IZA, J. M.^a: «La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica», en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, p. 327 y ss., o GONZÁLEZ BOTIJA, F. y LÁZARO ALBA, E.: «A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, 2005, p. 519 y ss.

⁵² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, cit., p. 1048.

⁵³ STCo 138/2000, de 29 de mayo.

⁵⁴ STCo 48/1998, de 2 de marzo.

presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, debidamente acreditado por la parte que lo alega»⁵⁵ o «por fundarse en un error patente, manifiesto y notorio»⁵⁶.

Ahora bien, el ámbito de la discrecionalidad técnica resulta limitado por el cumplimiento de la legislación y, además, por las bases de la convocatoria, circunscribiéndose a la valoración de los candidatos, sin poder extenderse a los aspectos técnicos, salvo que los mismos no se encuentren normados⁵⁷. Así, la determinación de si un concreto curso⁵⁸ o un determinado test psicológico⁵⁹ cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria, no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el Tribunal a quien compete revisar el acto selectivo puede con su decisión excluir determinados méritos o cuestiones por incumplimiento de los requisitos necesarios, lo cual no vulnera el principio de discrecionalidad técnica, sino que «se limita a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador»⁶⁰.

Expuesta en tales términos, la tesis presenta una coherencia cierta y responde a parámetros ya aceptados por doctrina y jurisprudencia⁶¹. En dicha perspectiva, la valoración de la discrecionalidad técnica no plantea, en sí misma, una cuestión de legalidad, sino, como su propio nombre indica, una meramente técnica, y, por tanto, escapa «por su propia naturaleza» (actividad de mera ejecución, frente a potestad normativa⁶²) al control jurisdiccional⁶³.

Así entendida, la construcción es razonable y aceptable⁶⁴, y, por lo demás, parece llamado a subsistir sin grandes matices, habida cuenta su

⁵⁵ SSTCo 353/1993, de 29 de noviembre; 34/1995, de 6 de febrero; 73/1998, de 31 de marzo, o 86 y 87/2004, ambas de 10 de mayo.

⁵⁶ SSCTo 192/2006, de 19 de junio.

⁵⁷ ALEGRE VILLA, J. M.: «Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995, p. 267 y ss.

⁵⁸ SSTCo 86 y 87/2004, ambas de 10 de mayo.

⁵⁹ STCo 219/2004, de 29 de noviembre.

⁶⁰ STC 138/2000, de 29 de mayo.

⁶¹ Siguiendo el certero resumen de TARDÍO PATO, J. A.: *Control jurisdiccional de concursos, oposiciones y exámenes académicos*, cit., p. 162, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, cit., p. 55 y ss.

⁶² Extraordinariamente clara la STS de 6 de noviembre de 1984 (RJ 5758).

⁶³ Entre otras muchas, la STS de 3 de noviembre de 1980 (RJ 4252).

⁶⁴ SSTs de 27 de abril de 1990 (RJ 3568), 8 de noviembre de 1989 (RJ 7828), 21 de enero de 1991 (RJ 1321) o 8 de marzo, 2 y 22 de abril de 1993 (RJ 2108, 2757 y 2804) o, entre las más recientes, SSTs de 1 de octubre y 27 de noviembre de 2007 (RJ 7931 y 8943).

consagración legal en el artículo 55.2 EBEP, si bien, en la práctica, resulta posible detectar la pervivencia de ciertos límites conquistados en el pasado a partir de la distinción entre discrecionalidad «selectiva» y «técnica»⁶⁵ («control de legalidad y control técnico»⁶⁶). Así, queda limitada a los casos de oposición o concurso-oposición en la fase de oposición, pero no alcanza a los concursos de méritos⁶⁷, y «no tiene un valor tan absoluto como para excluir cualquier tipo de matización..., un control de hechos determinantes»⁶⁸. Por otro lado, exige diferenciar (siempre que sea posible) entre sistemas que incluyen criterios y sistemas de calificación (operación reglada a partir de las bases de la convocatoria⁶⁹) de cuantos otros no lo hacen (en los cuales, por tanto, el margen es más amplio)⁷⁰.

De tal amalgama de consideraciones, no cabe sino extraer una suerte de relación entre una regla general a la cual procedería oponer otras especiales⁷¹. La regla de orden ha de quedar situada en la prevalencia de la discrecionalidad técnica del tribunal o de la comisión frente a otros posibles criterios aportados por los concursantes, en tanto lo contrario supondría extender hasta más allá de lo razonable la facultad revisora de la jurisdicción⁷².

Ahora bien, resulta obligado aceptar dicha capacidad revisora en aquellos supuestos en los cuales el órgano decisor haya traspasado los límites lógicos de la discrecionalidad para incurrir en la nunca tolerable arbitrariedad⁷³. Así ocurre cuando no cumpla los requisitos formales o de procedimiento establecidos o se aparte de los elementos normados en

⁶⁵ Ejemplos magníficos en SSTs de 23 de mayo de 1992 (RJ 3663), 18 de junio, 20 de julio y 26 de septiembre de 2007 (RJ 5246, 4791 y 7022).

⁶⁶ SSTs de 14 de diciembre de 1988 (RJ 9703), 30 de marzo y 18 de mayo de 2007 (RJ 2909 y 5859).

⁶⁷ CASTILLO BLANCO, F. A.: *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Granada (Comares), 1993, p. 122 y ss.

⁶⁸ SSTs de 17 de marzo de 1992 (RJ 1585), 19 de junio de 2006 (RJ 4930) y 6 de marzo de 2007 (RJ 1993).

⁶⁹ SSTs de 28 de noviembre de 1984 (RJ 5983), 19 de mayo de 1989 (RJ 3796), 21 de febrero de 1992 (RJ 1028) o, más actual, STS de 2 de marzo de 2007 (RJ 2602).

⁷⁰ TARDIO PATO, J. A.: *Control jurisdiccional de concursos, oposiciones y exámenes académicos*, cit., pp. 109-120.

⁷¹ Siguiendo a CASTILLO BLANCO, F. A.: *Acceso a la función pública local, oposiciones y exámenes académicos*, cit., p. 131.

⁷² Firme el bastión enarbolado por la clásica, y tantas veces citada, STS de 21 de diciembre de 1961 (RJ 4354). Más recientes, SSTs de 16 de octubre y 5 de noviembre de 2007 (RJ 7712 y 8384).

⁷³ SSTs de 19 de febrero de 1991 (RJ 1329), 11 de noviembre de 1992 (RJ 9118), 10 de junio y 20 de octubre de 1993 (RJ 45064 y 7640) o, por no seguir, 2 de marzo de 2007 (RJ 2602). En la doctrina, PULIDO QUECEDO, M.: «El control judicial de la discrecionalidad técnica ante el TC», en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 1, 2004, p. 1851 y ss.

la ley o en las bases de la convocatoria ⁷⁴; cuando no motive suficientemente la resolución del concurso siempre y cuando sea necesario ⁷⁵; cuando el interesado consiga acreditar la existencia de vicios en la formación de su decisión ⁷⁶ (para lo cual queda garantizado el derecho al acceso al expediente del resto de los aspirantes ⁷⁷); en fin, cuando su juicio adolezca de desviación de poder o patente arbitrariedad ⁷⁸, circunstancia a acreditar en todo caso por el impugnante ⁷⁹.

III. BREVES CONCLUSIONES ACERCA DEL RECTO ENTENDIMIENTO DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Las consideraciones efectuadas a lo largo del breve discurso precedente permiten concluir cómo la tan manida discrecionalidad técnica no puede en modo alguno significar que los tribunales y comisiones encargados de resolver las oposiciones y concursos sean «soberanos» ⁸⁰ (término utilizado por la jurisprudencia tradicional para señalar la imposibilidad de controlar el fondo de sus decisiones) ⁸¹. En efecto, si bien la construcción ahora analizada pasa por reconocer que los juicios meramente técnicos que emitan los órganos de selección sobre cada candidato no pueden ser revisados en vía de recurso, la regla encuentra sus excepciones en aquellos casos, ya comentados, en los cuales existe una notable irregularidad que, de modo real, desvirtúa las más elementales reglas encargadas de ordenar la provisión pública de puestos de trabajo ⁸².

Ahora bien, no es posible dejar de hacer notar cómo tal interpretación ha sido objeto de severas críticas por parte de quienes entienden que aceptar semejante limitación en el actuar de los órganos judiciales (por mucho que la tesis radical aparezca matizada en los términos analizados) supone un atentado al principio de la tutela judicial efectiva. No

⁷⁴ SSTCo 115/1996, de 25 de junio y 96/1997, de 19 de mayo o SSTs de 18 de noviembre de 1986 (RJ 4172), 21 de junio de 1987 (RJ 903), 23 de septiembre de 1988 (RJ 6817), 26 de diciembre de 1989 (RJ 9479) o 24 de septiembre de 2007 (RJ 7155).

⁷⁵ Por todas, STS de 28 de marzo de 1970 (RJ 1328).

⁷⁶ SSTs de 15 de febrero de 1990 (RJ 4971) y 8 de julio de 1994 (RJ 6478).

⁷⁷ SSTs de 4 de abril y 1 de junio de 2007 (RJ 4243 y 5037).

⁷⁸ Sirva el magnífico ejemplo proporcionado por la STS de 31 de marzo de 1966 (RJ 1927). Entre las más recientes, por su contendencia, STS de 7 de julio de 2006 (RJ 4622).

⁷⁹ STS de 7 de julio de 2006 (RJ 4622).

⁸⁰ COCA VITA, E.: *También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales*, cit., p. 205 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J. L.: *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la Administración*, cit., p. 135 y ss., o ILDEFONSO HUERTAS, R. M.: *Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica*, cit., p. 25 y ss.

⁸¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, cit., p. 55 y ss.

⁸² SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, cit., p. 149.

en vano, cuanto de ordinario se discute en estos procesos es justamente si están bien resueltos conforme a criterios técnicos. En consecuencia, sustraer tales aspectos del conocimiento judicial viene a significar tanto como dejarlo sin verdadero objeto ⁸³.

Desde tal punto de vista, resultaría necesario que los jueces pudieran controlar la totalidad del proceso en la cual se aplicaron los criterios técnicos practicando las oportunas pruebas periciales (consultando cuando fuera menester la opinión de expertos de la misma o superior categoría), pudiendo, a la luz de lo actuado, proceder a la rectificación de aquellas resoluciones de los órganos administrativos de evaluación que, simplemente (y sin merecer tachas tan graves como las hasta ahora asumidas de error grosero o desviación de poder) pudieran ser consideradas como erróneas ⁸⁴.

No parece desproporcionada la propuesta, pues supone aceptar «ni más ni menos que lo mismo que se hace en tantos procesos contencioso-administrativos en que se implican cuestiones técnicas y económicas muy complejas donde los jueces suplen su falta de preparación llamando al proceso a peritos de las más variadas especialidades» ⁸⁵.

La solución más lógica probablemente pase por distinguir, y esto es ya una opinión personal de quien firma el presente trabajo, dentro de los actos técnicos a desarrollar por el órgano juzgador de una determinada prueba selectiva, dos categorías: la de aquellas decisiones que responden a un elemento puramente valorativo y que difícilmente nunca podrán ser mensurables (con lo cual resulta ilógico que en tales casos el parecer de quien ha sido reglamentariamente designado para decidir pueda luego ser modificado por otro parecer distinto del órgano judicial apoyado en informes periciales que, por fuerza, también serán valorativos); y la de aquellos otros actos que, aun siendo técnicos, obedecen a cierta lógica procedimental y, por tanto, resultan constatables y, acaso, concretables conforme a criterios objetivos.

La anterior afirmación puede corroborarse al verificar cómo, en muchas ocasiones, los órganos de selección disponen de un amplio margen de maniobra, mas no para proceder como les venga en gana, sino para encontrar la opción más ajustada a las circunstancias ⁸⁶; así

⁸³ ALEGRE VILLA, J. M.: *Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública*, cit., p. 267 y ss.

⁸⁴ GONZÁLEZ BOTIJA, F. y LÁZARO ALBA, E.: *A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas*, cit., p. 519 y ss.

⁸⁵ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 148.

⁸⁶ TARDÍO PATO, J. A.: *Control jurisdiccional de concursos, oposiciones y exámenes académicos*, cit., pp. 109-120.

ocurre, por ejemplo, a la hora de fijar los baremos de méritos (cuando los mismos no hayan quedado totalmente precisados en la convocatoria)⁸⁷, en cuyo caso la discrecionalidad técnica nunca puede amparar sistemas de calificación arbitrarios o no justificados, que acaso pudieran favorecer a unos candidatos sobre otros⁸⁸.

Algo parecido sucede con la facultad muchas veces ostentada por la comisión juzgadora de decidir las pruebas y preguntas objeto de examen, en tanto en cuanto aquellas que resultaren inadecuadas, por no estar comprendidas en el programa fijado en la convocatoria o no responder a la finalidad de las pruebas y del futuro puesto a desempeñar, pueden ser eliminadas en la pertinente revisión judicial⁸⁹.

Es cierto que en tales casos la doctrina constitucional ya admite la corrección de los criterios del órgano juzgador de las pruebas, mas tan sólo cabrá anular sus decisiones (en cuanto tienen de discrecionales) en caso de demostrar desviación de poder o errores palmarios y groseros, pero no en el supuesto más elemental de error simple, lo cual supone tanto como admitir que algo injusto puede pervivir en función de un instituto que, ciertamente, puede de esta forma provocar una cierta desazón⁹⁰.

En definitiva, aun cuando la discrecionalidad técnica representa un elemento del que difilmente puede prescindirse en el actual sistema selectivo del empleo público (y como tal aparece contemplado en el art. 55.2 EBEP), un mayor esfuerzo por precisar sus límites y contenidos bien podría contribuir a dar mayor lustre a los insoslayables principios de igualdad, mérito y capacidad, eliminando un cierto tufillo a corruptela que los ciudadanos aún perciben en buena parte de los ámbitos del empleo público.

⁸⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, cit., p. 149.

⁸⁸ SSTs de 28 de noviembre de 1984 (RJ 5983), 21 de junio de 1985 (RJ 4172), 19 de mayo de 1989 (RJ 3796), 21 de febrero de 1992 (RJ 1028) o, más actual, STS de 2 de marzo de 2007 (RJ 2602).

⁸⁹ Haciéndolo notar, ALONSO MÁZ, M.^a J.: «La fiscalización jurisdiccional de las pruebas tipo test para el acceso a la función pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pp. 171-217.

⁹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, cit., p. 55 y ss.

Comunicación a la Ponencia Temática I

ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY 7/2007. LOS CARGOS DE LIBRE DESIGNACIÓN: DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE SU CESE

MARÍA DOLORES VALDUEZA BLANCO

Profesora Ayudante Doctora
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN . 1.1. Planteamiento general. 1.2. Arbitrariedad contra discrecionalidad: breve aproximación al concepto. —2. EL CESE DE LOS CARGOS DE LIBRE DESIGNACIÓN. 2.1. La discrecionalidad y el respeto a los derechos fundamentales. 2.2. La vulneración de derechos fundamentales y la prueba indiciaria.—3. DE LA ARBITRARIEDAD MANIFIESTA A LA DISCRECIONALIDAD COMPLEJA: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. 3.1. La arbitrariedad: manifiesta o encubierta. 3.2. La discrecionalidad: simple o compleja. 3.2.1. Discrecionalidad simple. 3.2.2. Discrecionalidad compleja.—4. A MODO DE CONCLUSIÓN. —5. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (a partir de ahora EBEP) mantiene el sistema de provisión de puestos de trabajo a través de la libre designación de cargos —recogido en el artículo 20.1.b) de su antecesora, la Ley 30/1984¹— desaprovechando la ocasión de perfilar, en la medida de lo posible, los contornos difusos de esta figura. La libre designación de funcionarios, pues se trata de quienes ya accedieron a la función pública cumpliendo las exigencias del artículo 103.3 CE, *generó, desde su primera formulación legal, bastantes controversias en las oficinas públicas, al incorporar márgenes de discrecionalidad muy superiores a los que rigen para los concursos.*² Aunque las dudas que pudieran ensombrecer la constitucionalidad de esta forma de provisión de puestos de trabajo han quedado despejadas con la reiterativa jurisprudencia, al respecto, del Alto Tribunal³, al subrayar que *en el acceso a la Función Pública pueden articu-*

¹ El artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984 señalaba que: «sólo podrán cubrirse por el sistema de libre designación aquellas plazas que se determinarán en la relación de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones». Precepto que fue desarrollado por el artículo 51.2 del Real Decreto 364/1995, en el sentido de identificar tales puestos con los de Subdirector General, Delegados y Directores territoriales, provinciales o Comisionados de los Departamentos Ministeriales, de sus Organismos autónomos y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, Secretarías de Altos Cargos de la Administración y aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad, para los que se determine en las relaciones de puesto de trabajo. Las relaciones de puesto de trabajo constituyen un instrumento al servicio de la objetividad que preside la actuación de las Administraciones públicas conforme al artículo 103.1 CE. LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Derechos Fundamentales de los Funcionarios en la Administración: Nuevos retos en las organizaciones burocráticas*. Aranzadi: Navarra, 2007, p. 359.

² SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Lex Nova, Valladolid (2.^a ed.), 2008, p. 826.

³ Es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo

larse distintos sistemas sin que por ello se vulnere el principio de igualdad (STC 235/2000), la discrecionalidad que ampara el cese ha puesto de manifiesto las dificultades de objetivar esta potestad de la Administración, como se expondrá en la presente Comunicación.

1.1. Planteamiento general

Antes de adentrarse en el análisis concreto del cese de los funcionarios designados libremente es necesario realizar una breve aproximación a la dicha figura, comenzando por transcribir la norma que la contiene, esto es, el artículo 80 del EBEP: « *la libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública. El órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos. Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. En caso de cese, se les deberá asignar un puesto conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración y con las garantías inherentes a dicho sistema*».

Aunque, ciertamente, este sistema de provisión de puestos de trabajo sea conforme con la Norma Fundamental, su uso excesivo lo desvirtúa, pues —como ha puesto de manifiesto la Comisión de Expertos⁴— la libre designación, que, en teoría, debería ser un procedimiento excepcional, limitado a puestos muy determinados, de carácter directivo, de

entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos [SSTC 192/1991 (RTC 1991/192) y 200/1991; RTC 1991/200]. La reciente STC 38/2007 ha señalado que «*el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y empleos públicos no priva al legislador de un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección y en la determinación de los meritos y capacidades que se tomarán en consideración (...)*».

⁴ Por Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, se constituyó la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, con la finalidad de llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto de dicho Estatuto. El Informe para el estudio y la preparación del EBEP se publicó en abril de 2005 (puede consultarse en <http://www.map.es>)

confianza o de alta responsabilidad, se ha convertido en un sistema que, en el conjunto de las Administraciones Públicas, ha desbordado ese ámbito tan estricto (punto 52 *in fine* del Informe). El EBEP, ha desaprovechado la ocasión de precisar los puestos de trabajo que podrán proveerse por este tipo de nombramientos, refiriéndose solamente a que se tratará de aquellos de «*especial responsabilidad y confianza*», remitiendo la particularización de los criterios determinantes para su concreción a las Leyes de la Función Pública que puedan desarrollar el Estatuto, dejando la puerta abierta *a la diversidad sin límites ciertos y a la fuerza expansiva de un sistema de provisión que por definición, sólo debería proyectarse sobre un grupo, perfecta y exactamente perfilados, de puestos de trabajo*⁵.

A la vista de lo expuesto, el EBEP no ha solventado los diversos y complejos problemas que genera la figura que nos ocupa y, por tanto, sería merecedora de un análisis monográfico, completo y exhaustivo. Sin embargo, como ya se advirtió, este estudio se centrará exclusivamente en la fase terminal del desempeño del cargo, esto es, el cese; aspecto que, por otro lado, exige un previo análisis, siquiera breve, del concepto que vertebra tanto la provisión como el propio cese de estos funcionarios: la discrecionalidad.

1.2. Arbitrariedad contra discrecionalidad:

Breve aproximación al concepto

El poder de la Administración en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresamente y plenamente sometido por la Norma Fundamental. La ley puede y debe conceder a la Administración —en los límites en que la Constitución en cada caso lo permita— tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas; pero esa libertad, cualesquiera que sean los términos que la Ley convenga darle en cada caso, vendrá siempre condicionada, en una u otra medida, por el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa. Sólo la actuación específica y exclusivamente política, está más allá de ese sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y puede en este sentido considerarse enteramente libre en el marco, claro está, de la Constitución⁶. En buena lógica, con lo

⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Lex Nova: Valladolid (2.ª ed.), 2008, p. 831.

⁶ FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN: *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Cuadernos Civitas (1.ª ed.). Civitas: Madrid, 1991, pp. 105 a 119.

expresado, el artículo 9.3 *in fine* de la Constitución recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ⁷.

Interesa, por tanto, establecer la línea divisoria entre la arbitrariedad y la discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo —mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión— de una fundamentación que lo sostiene ⁸. Como señala con una loable claridad la STC de 13 de julio 1984: «*lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable, sino —pura y simplemente— la conocida “sit pro ratione voluntas” o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefendible y su inautenticidad*».

Por tanto, la decisión —de designación o de cese— será discrecional si cuenta con una fundamentación que la sostenga y ésta, a tenor del artículo 80 del EBEP, se apoyará en otro concepto de perfiles imprecisos, esto es, la confianza ⁹. En sociología y psicología social, «la confianza» es la creencia en que una persona o grupo sea capaz, y deseará actuar de manera adecuada en una determinada situación. Laurence Cornu entiende que *la confianza es una hipótesis sobre la conducta futura del otro. Es una actitud que concierne al futuro, en la medida en que este futuro depende de la acción de otro. Es una especie de apuesta que consiste en no inquietarse del no-control del otro y del tiempo*¹⁰. Ahora bien, aunque la confianza contiene un elevado componente subjetivo, de apreciación o percepción personal no excluye —como así se señala en las sentencias del TC 2000/235 y 2007/38— la idoneidad objetiva aunque el órgano competente, de hecho, verifique el nombramiento sin expediente contradictorio alguno ¹¹. Admitida esta doble ver-

⁷ «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1 CE).

⁸ FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN: *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Cuadernos Civitas (1.ª ed.). Civitas: Madrid, 1991, p. 105. Definida también como «una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el Derecho. SESIN, D.: «El control judicial de la discrecionalidad administrativa», en *Documentación Administrativa. Ministerio de Administraciones Públicas*, núm. 269-270, mayo-diciembre de 2004, pp. 89-90.

⁹ Sobre las diferentes acepciones del término, véase SERVET, JEAN-MICHEL: «Confianza», en *Revista Valenciana d'Estudis Etonòmics*, núm. 22/1998, pp. 167 a 179.

¹⁰ Véase <http://es.wikipedia.org/wiki/Confianza>.

¹¹ En este sistema no se realiza una baremación o cuantificación estricta y rigurosa de los meritos alegados por los distintos candidatos, pues ello sería reducir el procedimiento a

tiende (subjetiva y objetiva), el cese del funcionario solo sería ajustado a Derecho cuando desapareciera la confianza por acontecimientos exógenos que pusieran de manifiesto la alteración de la confianza, que fue presupuesto del nombramiento del funcionario, y siempre que —como luego se verá— dichos acontecimientos objetivos no fueran manifestaciones del ejercicio legítimo de derechos fundamentales por parte del funcionario; en caso contrario, se estaría ante un cese ilegítimo.

No puede ocultarse que el terreno en el que se mueve esta figura es de difícil objetivación no resultando fácil su regulación; pero, precisamente por su complejidad hubiera supuesto un avance, en aras de la seguridad jurídica, el hecho de que el EBEP hubiera reservar esta modalidad de provisión de puestos de trabajo sólo a aquellos —como señala la Comisión de Expertos— *cuyo desempeño requiera condiciones de estricta confianza personal (por ejemplo las secretarías de los altos cargos)*¹² dejando al margen el resto que habrían se reconducirían a otras modalidades de acceso o provisión presididas por criterios exclusivamente objetivos.

2. EL CESE DE CARGOS DE LIBRE DESIGNACIÓN

Señala el mencionado artículo 80 EBEP que el cese de los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación podrá llevarse a cabo discrecionalmente, esto es, el órgano cesante deberá —sopena de incurrir en la arbitrariedad sancionada en el art. 9.3 CE— poner de manifiesto la causas que le conducen a la adopción de esta medida.

un concurso. CUADRADO ZULOAGA D.: «Procedimiento para el nombramiento de funcionarios por el sistema de libre designación», en *Actualidad Administrativa*, núm. 4 (2004), pp. 479-480. Aun así, como señala la Comisión de Expertos, *este procedimiento exige convocatoria pública —como ha tenido que recordar recientemente el Tribunal Constitucional— y debe fundarse también en la exigencia de determinados requisitos de los candidatos. Pero, en realidad, dichos requisitos suelen limitarse a la pertenencia a un grupo de titulación. En consecuencia, el procedimiento de libre designación se ha convertido en una forma de provisión en la que rige una discrecionalidad prácticamente absoluta, pues no es necesario definir, acreditar ni motivar la concurrencia de mérito de los interesados. En virtud de todo lo anterior, se ha venido difundiendo una acusada falta de confianza en el modelo de provisión se puestos de trabajo entre los empleados públicos, lo que muchas veces inhibe a candidatos cualificados de participar en procesos de provisión y, en todo caso, reduce su motivación» (punto 52 in fine).*

¹² Vid. el punto 53 in fine.

2.1. La discrecionalidad y el respeto a los derechos fundamentales

La Administración ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE) sin asomo de arbitrariedad (art. 9.3 CE) teniendo la obligación de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, la doctrina constitucional ha significado que para excluir la existencia de indicios de la lesión no es suficiente invocar el carácter del puesto (de libre designación) y las facultades discrecionales que lleva a aparejadas, pues la cobertura ordinaria que la caracterización de ese puesto ofrece a tales medidas empresariales no es bastante para descartar su posible instrumentalización *ad casum* con un resultado inconstitucional, siendo exigible una justificación causal de la decisión en su *específica y singular proyección sobre el caso concreto* y ello porque desde la perspectiva constitucional, *las decisiones discrecionales o no causales pueden ser igualmente ilícitas si son contrarias a los derechos fundamentales del trabajador*¹³.

No está de mas recordar que el ejercicio de algunos derechos constitucionales se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos —que puede ser diferente en cada Cuerpo o categoría funcional—, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta trasgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos o si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio (STC 81/1983). Precisamente, toda esta escala de variables complicará el juicio de constitucionalidad que de la decisión de cese, acordada por la Administración, haya de verificarse, como se estudiará en el último epígrafe.

Por lo que ahora interesa, puede concluirse que la facultad discrecional de la Administración tendrá aptitud neutralizadora de los indicios de vulneración de derechos fundamentales sólo si hace decaer efectivamente, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio ofrecido por el trabajador¹⁴, lo cual lleva a abordar un aspecto crucial en esta materia: la prueba indiciaria.

¹³ Por todas: SsTC 79/2004 y 111/2003.

¹⁴ Véase, entre otras, las SsTC: 79/ 2004, 29/2002, 190/2001, 171/2003.

2.2. La vulneración de derechos fundamentales y la prueba indiciaria

El TC ha venido declarando desde la STC 38/1981, la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho fundamental frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales; así, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (STC 90/1997). La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 29/2002) finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de esta prueba:

a) El primero de ellos, se refiere a la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986), un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad (SsTC 87/1998, 140/1999, 84/2002). Son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba de la parte actora pero, en todo caso, habrán de superar inexcusablemente un umbral mínimo, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado (STC 17/2003).

b) Una vez cubierto este inexcusable presupuesto y como segundo elemento, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SsTC 30/2002, STC 111/2003): sin que ello suponga situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (SsTC 140/1999, 29/2000) Se trata, pues, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar al juzgador

a la convicción de que *las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental* (SsTC 202/1997, 48/2002 y 111/2003).

La virtualidad de esta prueba dependerá del asunto concreto que se enjuicie. Por ejemplo, en el caso de la funcionaria (STC 298/2003) cesada al conocerse su estado de gestación, la prueba indiciaria¹⁵ no resultó compleja, en concreto, fue suficiente poner de manifiesto el excelente historial de la trabajadora y la fecha del embarazo —datos constatables a la vista de los informes—, frente a la pérdida de confianza por su mala praxis, alegada por la Administración. Más fácil aún será la prueba indiciaria cuando la Administración alega como causa del cese las necesidades organizativas del servicio, aspecto totalmente objetivable. No obstante, la Administración —a la vista de las sentencias estudiadas— en muchas ocasiones entrelaza «confianza-necesidades del servicio», en una especie de reciprocidad intrínseca; de modo que, la pérdida de la confianza afecta a las necesidades organizativas del servicio. Ciertamente, si desaparece la confianza y el funcionario ha de ser cesado esto supone una alteración de la distribución del trabajo y, por tanto, es necesario llevar a cabo una reorganización; pero, esta interrelación forzada no hace sino alterar la verdadera causa que legitimaría la medida que se analiza. También es perturbada, la causalidad exigida, cuando la Administración que alega *ab initio* la necesaria reestructuración de un servicio se ve en la imposibilidad de acreditarlo recurriendo, entonces, a la «pérdida de la confianza» concepto más etéreo y menos pragmático que el que se refiere a la «organización del trabajo».

3. DE LA ARBITRARIEDAD MANIFIESTA A LA DISCRECIONALIDAD COMPLEJA: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Los actos administrativos acordando el cese de los funcionarios nombrados bajo esta modalidad de provisión, a tenor del análisis de la doctrina constitucional, podrían ser calificados como arbitrarios o discrecionales —según se ha definido anteriormente— admitiendo matizaciones en cada una de estas dos categorías como se expresa a continuación.

¹⁵ Recuérdese que no basta con que el actor tache de discriminatoria la medida «ha de acreditar la existencia del indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato» (SSTC 16/1996 y 48/2002).

3.1. La arbitrariedad: manifiesta o encubierta

Los actos de la Administración cesando a los funcionarios serán calificados como arbitrarios, si no existe ninguna motivación por parte de la Administración, aludiéndose simplemente a la potestad que posee ésta para llevarlos a efecto o, si existiendo una motivación ésta se limita a significar aspectos generales sin hacer las especificaciones necesarias al caso concreto, por ejemplo, cuando se alude de forma abstracta a causas organizativas o a la pérdida de confianza. En el primer caso, se trataría de una arbitrariedad manifiesta y en el segundo de una arbitrariedad encubierta; pero, en una y otra, se incurriría en el supuesto que contempla el artículo 9.3 de la CE y, por tanto, serían decisiones de todo punto inconstitucionales.

Estas decisiones arbitrarias no son reprobadas por la doctrina de los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria que se remiten a la legalidad de estas decisiones identificando dos conceptos distintos como son la arbitrariedad y la discrecionalidad. Varios ejemplos se pueden poner al respecto. La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Murcia de fecha 26 de abril de 2002, razonaba el cese del Jefe de Servicio de Intervención Urbanística —a la sazón Delegado de Personal— en el hecho de ser un puesto de libre designación, y por ello, entendía el juzgador que no necesitaba una motivación específica al tratarse de una facultad discrecional de la Administración (el recurso del funcionario fue estimado en la STC 79/2004).

En similares términos se manifiesta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9 de mayo de 1998, que enjuicia el caso de la funcionaria (cuyo recurso también estimó la STC 298/2003) que es cesada del cargo de Jefa de la Secretaría del Consejo de la presidencia de la Comunidad de Madrid —por pérdida de la confianza—, al considerar que la « *facultad de cesar a los funcionarios se entiende implícita en el acuerdo por el que se efectúa el nombramiento para ocupar un cargo de libre designación* ». De ello resulta que aun cuando no se hubiese producido una especificación de las causas o una prueba de las circunstancias que determinaron un concreto cese, éste debe entenderse justificado por la propia adopción de la medida.

Esta doctrina judicial no hace más que seguir la del TS ¹⁶ que insiste en el siguiente razonamiento: *el nombramiento para cargos de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la*

¹⁶ De la propia naturaleza del puesto de trabajo, de libre designación, que ocupaba la funcionaria cesada, se desprende la posibilidad de cesarla, según dispone el artículo 20.1 e) de la ley 30/1984, con carácter discrecional.

La STS de 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006/7531). Vid. las sentencias del TS de 28 de mayo de 1989 (RJ 1989/ 3915) y de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995/4288).

categoría general de los actos discrecionales, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que sólo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que estime que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para seguir desempeñándolo, si estima que ya han desaparecido, o se han perdido, a lo largo del desempeño, en cuyo caso, libremente podrá decretar el cese ¹⁷.

En los ejemplos expuestos la inexistencia de motivación o la motivación genérica determina la arbitrariedad —manifiesta o encubierta— de estos actos mereciendo la calificación de arbitrarios ex 9.3 CE. No se trata de que concurriendo las razones que hacen decaer la confianza del funcionario el cese no deba tener lugar —por el contrario, de ser así sería jurídicamente irreprochable—, sino que si dichas razones no se han puesto de manifiesto el cese no puede ser calificado como discrecional sino como arbitrario.

3.2. La discrecionalidad: simple o compleja

Cuando el acto administrativo que acuerda el cese está motivado dando contenido exhaustivo a las razones del supuesto concreto, soslayando las meras generalidades, la decisión será discrecional y será constitucional *ex* artículo 9.3 CE. Esta discrecionalidad, no obstante, puede ser cuestionada cuando afecte el ejercicio de derechos fundamentales. El juicio de la constitucionalidad de la medida —discutida con la prueba indiciaria— será menos complicado si dicho ejercicio no afecta a otros derechos fundamentales en juego (discrecionalidad simple) y más difícil si, incidiendo en otros, debe llevarse a cabo la ponderación de todos ellos (discrecionalidad compleja).

No obstante, en cualquiera de los dos casos el análisis entra en un espacio sinuoso en el que delimitar si un derecho ha sido atacado o si su ejercicio excedió de lo debido, exige —cuanto menos— un examen integral de los diferentes factores que intervienen en cada juicio. Por ejemplo, nada tiene que ver el supuesto del funcionario Delegado de Personal del Ayuntamiento de Murcia que es un arquitecto que ostenta el puesto de Jefe de Servicio de Intervención Urbanística (STC 79/2004), con el supuesto del oficial del Cuerpo Nacional de la Policía destinado a la desactivación de explosivos (STC 127/1995), o con el ayudante técnico sanitario que desempeña sus funciones para el Servicio Andaluz de Salud (STC 29/2000). En cada uno de ellos hay una diferencia muy significativa tanto respecto a la Administraciones a la que pertenecen, como a los

¹⁷ Vid. SsTS 29-09-2006 (RJ 2006/7531); 17-12-2002 (RJ 2003/1209), 13-06-1997 (RJ 1997/5143).

cuerpos concretos en que prestan sus funciones e incluso a tenor de las específicas funciones que cada uno desempeña, sin olvidar, obviamente, los derechos que en cada caso se estén ejercitando.

Las diferencias expuestas no quedan ahí sino que se prolongan hacia una acusada diferenciación en la propia titularidad de los derechos en cuestión; así por ejemplo, ni el sanitario, ni el arquitecto, ni el funcionario del Ayuntamiento tiene limitados su derecho de sindicación, aspecto que no puede predicarse de los funcionarios del Cuerpo de Policía. Recuérdese que el derecho de sindicación de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad que no tengan carácter militar «*se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos*». Y la normativa específica, que no es otra que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (a partir de ahora LFCSE) consagra la naturaleza civil o no militar de los mismos (salvo en el caso de la Guardia Civil), estableciendo de este modo las *peculiaridades singulares* del régimen de asociación sindical de tales funcionarios¹⁸. En el artículo 19 de las LFCSE se establecen ciertas limitaciones, constitucionalmente lícitas, que se refieren: «*al respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución, y especialmente el derecho al honor, a la propia imagen así como al crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios, y la garantía del secreto profesional*».

3.2.1. La discrecionalidad simple

Varias sentencias del TC reconocieron que en el cese de unos funcionarios de la Policía se había producido la vulneración del derecho a la libertad sindical por cuanto el ejercicio, que del mismo hicieron estos trabajadores, se llevó a cabo dentro de los límites que establece la LFCSE. Así, la STC 202/1997 estimó el recurso interpuesto por el Comisario de Policía que presentó indicios suficientes —frente a las necesidades organizativas esgrimidas por la Administración¹⁹— de que su cese se debió al hecho de pasar a la situación de liberado sindical. En similar

¹⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., en AA.VV.: *Los empleados públicos*. Ratio Legis: Salamanca, 2006, p. 135.

¹⁹ Como señal el TC: *la libertad sindical no confiere a los representantes sindicales un derecho a la intangibilidad de su puesto de trabajo que impida a la Administración adoptar aquellas medidas que, desde el aspecto organizativo de sus servicios, considere necesarias para el mejoramiento y mayor eficacia de estos, corrigiendo sus deficiencias con la adscripción a los mismos de aquellos funcionarios que estime más capaces, sin que tal cambio constituya limitación alguna al libre ejercicio de sus funciones sindicales* (SsTC 293/1993, 85/1995, 17/1996 y 203/1997).

situación se encontraba el Jefe del Grupo Técnico en la Jefatura Superior de Policía que siendo exonerado por el Sindicato es cesado del cargo con posterioridad, considerando el Alto Tribunal (STC 17/1996) que la simultaneidad entre la exoneración del servicio como efecto del nombramiento sindical y el cese correlativamente acordado permitía apreciar una relación causa efecto en la que correspondía a la Administración justificar suficientemente cuales fuesen los motivos de autoorganización en que se fundó una medida que, sin ellos, queda desprovista de otro fin conocido que el de privar del puesto a un representante sindical beneficiario de la situación indicada, y precisamente con motivo de esta situación. En ambos supuesto, el ejercicio de la libertad sindical, por parte de los funcionarios del cuerpo de policía, no rozaba, ni tan siquiera, los supuestos de intangibilidad expresados en el artículo 19 (el honor la propia imagen, el crédito y prestigio de las FCSE, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios, y la garantía del secreto profesional) y, por tanto, no era necesario entrar en la ponderación del derecho sindical con ningún otro.

Aunque en otro orden, también puede encuadrarse en la discrecionalidad simple, el supuesto, ya aludido, de la Jefa de la Secretaría del Consejo de la Presidencia de la Comunidad de Madrid que es cesada por estar embarazada, aunque la Administración esgrime la pérdida de confianza²⁰. Este cese es discriminatorio por razón de sexo (FJ 4.º STC 298/2003) y el derecho a la igualdad que se ve afectado no interfiere en el ejercicio de otros no precisándose tampoco la previa ponderación. En términos similares sucede también en el supuesto de la Secretaria del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza²¹ que es cesada por pérdida de la confianza pues, como señala el Tribunal Constitucional (STC 2005/38), *cobijándose en ésta* la demandada no desvirtuó la prueba indiciaria de la trabajadora que atribuía su cese a las represalias por haber ejercido una serie acciones judiciales contra la Universidad contratante.

²⁰ El Letrado de la Comunidad de Madrid afirmó que el cese de la funcionaria estuvo motivado «por la pérdida de confianza del Consejero de la Presidencia en (ellas, derivada de los continuos errores e incorrecciones en su trabajo, en las desconsideraciones tanto al personal de la Comunidad como fuera de ella, extralimitaciones en sus funciones, errores al concretar reuniones y citas con agentes sociales, políticos o administrativos, incumplimiento del horario en el último periodo, etc. A la vista de este cúmulo de deficiencias y dado también el carácter típicamente discrecional de la facultad de cesar a los funcionarios de libre designación no hubo consecuentemente ninguna discriminación en el cese sino la pérdida de la confianza». Para el Tribunal, con un relación de confianza alimentada durante varios años de servicio cumplidos sin tacha alguna, sino antes muy al contrario, y habiendo sido nombrada la recurrente para desempeñar el puesto a penas dos meses antes, no es comprensible que incurriera de pronto en las tachas profesionales que, por otro lado, no han sido probadas por la Administración.

²¹ En este supuesto aunque la trabajadora no es funcionaria se puede extrapolar el razonamiento del Tribunal respecto a la garantía de indemnidad.

Cuestión distinta, aunque no exija la ponderación de otros derechos fundamentales —como sucede en la discrecionalidad compleja—, es el caso del arquitecto que ostentaba el cargo de Jefe del Servicio Técnico de Intervención Urbanística del Ayuntamiento de Murcia —a la sazón Delegado de Personal— cesado no por las razones organizativas que aduce la Corporación sino para *desprenderse* de él, como así se manifiesta por el Alto Tribunal, en la sentencia 79/2004, que reconoce la vulneración del derecho a la libertad sindical. Sin embargo, se introduce un matiz como es el hecho de que el funcionario tenga una serie de discusiones con el Alcalde del Ayuntamiento —en defensa de las categorías profesionales de unos trabajadores— que aunque, ciertamente, no trascienden de la esfera privada, no dejan de poner de manifiesto las desavenencias entre ambos. Se trataría, en definitiva, de la libertad de expresión como una manifestación del derecho a la libertad sindical. Hechos similares, aunque versarían sobre el derecho de reunión como manifestación del de libertad sindical, se producen en el supuesto del funcionario ayudante técnico sanitario del Servicio Andaluz de Salud (SAS) que, como miembro de un sindicato, participa en una concentración de protesta en la que se pide la dimisión del Director Gerente (STC 29/2000) siendo, posteriormente cesado por pérdida de la confianza ²².

La vulneración del derecho a la libertad de expresión, en uno y otro caso, es reconocida por el Tribunal Constitucional, que tiene en cuenta, el hecho de que no se haya producido la trasgresión de eventuales límites específicos existentes en el ejercicio de la libertad de expresión o un eventual incumplimiento de la normativa que regula el derecho de reunión en el ámbito de la relación de servicios para la Administración. Además, como señala el Ministerio Fiscal, *las facultades discrecionales no pueden ser utilizadas para lesionar los derechos fundamentales y el uso del ejercicio legítimo de los derechos de libertad de expresión o del de reunión, en defensa de sus posturas profesionales ejercitado de forma que en modo alguno se objecciona tacha, y sin que aparezca ningún incumplimiento del recurrente de sus obligaciones.*

3.2.2. La discrecionalidad compleja

Por lo que se refiere a la aquí denominada discrecionalidad compleja, es expresión de la misma el supuesto contenido en la STC 127/1995, que desestima el recurso de amparo que interpone un Oficial del Cuerpo

²² Señala el mencionado Servicio que *la verdadera causa del cese, no ha sido el haber participado en la concentración (...) sino lo que ello revela, que no es otra cosa que las desavenencias, falta de acuerdo y sintonía en definitiva, ausencia de confianza en el ámbito profesional.*

Nacional de Policía destinado en la Jefatura de las Unidades de desactivación de explosivos y representante del Sindicato Unificado de Policía. El funcionario pone de manifiesto a sus superiores las que el entiende que son deficiencias en las dotaciones presupuestarias para los artificieros. En este punto, se trataría de un supuesto similar al comentado, sobre la libertad de expresión ²³ dentro de la libertad sindical, del funcionario del Ayuntamiento de Murcia que expresa sus desavenencias con sus superiores, con la significativa diferencia de que en aquel caso se trataba de un arquitecto y en este es un policía y, por tanto, su libertad de sindicación deberá ajustarse al artículo 19 de la LFCSE que recuérdese que exige « *el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución, y especialmente el derecho al honor, a la propia imagen así como al crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios, y la garantía del secreto profesional* ». De haberse limitado el funcionario a ejercitar esta libertad de expresión en los términos expuestos, se podría asentar con Ministerio Fiscal cuando sostiene que *el equilibrio entre los bienes en conflicto, la libertad informativa de los representantes sindicales y el honor el respeto debido a las jerarquías y mandos policiales, debe resolverse con una adecuada ponderación entre los mismos, sin que, en este caso, se aprecie que el recurrente se excediera en su crítica, pues en ningún momento profirió expresiones ofensivas en contra de los mandos policiales. Al contrario se limitó a realizar una llamada de atención a esos mandos y responsables políticos sobre las precarias condiciones en las que los artificieros desarrollan su trabajo*. Ciertamente, si la libertad de expresión dentro del derecho a la libertad sindical debe ser ponderada con el honor y respeto debido a las jerarquías, ejercitado aquel en los términos correctos no parece que estos se vean afectados.

Pero la libertad de expresión se tradujo además en una serie de manifestaciones —tras la muerte de dos policías en el servicio de desactivación de explosivos— en la cadena SER denunciando la deficien-

²³ Como señala la STC 81/1983: « *en una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación de cesante. En la actualidad, y en concreto en nuestro país, al menos a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación es muy distinta. Conquistas históricas como la racionalización del ingreso en la función pública, como la inamovilidad del funcionario en su empleo, así como la consagración de los principios constitucionales del artículo 103.1 y 3 y la de los derechos de los artículos 23.2, 20.1.a) y 28.1.CE son factores que de forma convergente contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano (...)* ».

cias de las que adolecía el Cuerpo y su responsabilidad en los desagraciados acontecimientos. Tras ser cesado, por cuestiones organizativas, el funcionario alega que dicha medida encubre una sanción al ejercicio de su derecho a la libertad sindical; ponderado este, con el art 19 de la LFCSE, a juicio del Alto Tribunal la libertad sindical y de expresión no alcanzaba a que el funcionario *expusiera públicamente —y en un medio que por sus características alcanza una importante difusión— las deficiencias del servicio que pudiera poner en peligro grave la seguridad ciudadana*. Por consiguiente, se desestima el recurso de amparo interpuesto por el funcionario al ser ponderado su derecho a la libertad sindical con el derecho a la seguridad de los ciudadanos.

A la vista del análisis de la doctrina constitucional realizado, puede afirmarse que el cese discrecional de los funcionarios nombrados para aquellos puestos de trabajo que exigen una especial responsabilidad y confianza puede producirse, también discrecionalmente, no sólo cuando el funcionario no satisfaga las expectativas laborales que de él se esperaban, que también, sino cuando la relación de confianza desaparezca; de tal forma que al igual que las razones de índole subjetivo —sin excluir las objetivas— motivaron en su día la provisión, la pérdida de éstas —y también de las otras— legitimarían el cese. Prescindir de las razones personales tratando de objetivar *in extremis* el cese de estos funcionarios desnaturalizaría la institución de los cargos de libre designación.

Cuestión distinta, como ha quedado expuesto, es que en el cese se esquiven las causas que lo motivan (arbitrariedad) o que se expongan, no de forma genérica sino singularizada al caso concreto (discrecionalidad), pero sin que por el órgano cesante se desvirtúe la prueba indicia-ria de que tras las mismas se esconde la vulneración de un derecho fundamental. Por tanto, es conforme a derecho el cese por pérdida de la confianza si este no disfraza la vulneración de un derecho fundamental. No obstante, el juicio puede complicarse cuando el cese tiene su causa en un ejercicio extralimitado de un derecho fundamental de suerte que llegue a colisionar con el ejercicio de otro, también fundamental, entrando así, en un terrero de difusos contornos donde las especificidades por razón de la Administración, del cuerpo, de la profesión, del cargo, del puesto de trabajo, del derecho fundamental y de su ejercicio, serán las que darán la pauta marcando algunos perfiles en la necesaria y difícil ponderación de los derechos que intervengan.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Ganaría en seguridad jurídica, la provisión de puesto de trabajo por el sistema de libre designación, si el EBEP hubiera reservado esta mo-

alidad —vertebrada en la confianza— exclusivamente a aquellos puestos de trabajo en los que realmente dicha nota tenga un peso específico muy significativo, dejando al margen —y con ello dotando de la objetividad debida— a aquellos puestos en los que la capacitación e idoneidad sean los requisitos que hayan de significar la mayor carga.

Aun así, en aquellos supuestos en los que la provisión haya de seguir siendo por el sistema de libre designación y siempre que queden protegidos los derechos fundamentales del funcionario, el cese —motivado, en tanto que ha de ser discrecional— estará justificado no solo por no haberse cumplido las expectativas laborales, que también, sino por la propia ruptura de la confianza que inicialmente dio lugar al nombramiento.

5. BIBLIOGRAFÍA

- CUADRADO ZULOAGA, D.: «Procedimiento para el nombramiento de funcionarios por el sistema de libre designación», en *Actualidad Administrativa*, núm. 4 (2004), pp. 473-483.
- «La desviación de poder en los nombramientos de funcionarios por el sistema de libre designación. Análisis de la Sentencia del Juzgado de los Contencioso-Administrativo, núm. 1 de Valladolid, de 3 de octubre de 2003», en *Actualidad Administrativa*, núm. 12 (2004), pp. 1424-1440.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B: *Derechos Fundamentales de los Funcionarios en la Administración: Nuevos retos en las organizaciones burocráticas*. Aranzadi: Navarra, 2007.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., en AA.VV.: *Los empleados públicos*. Ratio Legis. Salamanca, 2006, pp. 129-143.
- SERVERT, J. M.: «Confianza», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 22/1998, pp. 167 a 179.
- SESIN, D.: «El control judicial de la discrecionalidad Administrativa», en *Documentación Administrativa*. Ministerio de Administraciones Públicas, núm. 269-270, mayo-diciembre de 2004, pp. 87 a 100.

Comunicación a la Ponencia Temática I

EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL EBEP: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA UNA REFORMA NECESARIA

HELENA YSÀS MOLINERO

Investigadora FPU
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. LA RESTRICCIÓN EN EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS AL EMPLEO PÚBLICO.—2. LA MAYOR RESTRICCIÓN PARA LOS EXTRACOMUNITARIOS. 2.1. La exclusión como norma general. 2.2. Excepciones. 2.2.1. Familiares directos de ciudadanos españoles y comunitarios. 2.2.2. Tratados internacionales bilaterales. 2.2.3. Prohibición para el ejercicio de potestad pública. 2.2.4. La exención legal del requisito de nacionalidad por razones de interés público. 2.3. Un caso particular: la relación de servicios profesionales de los ciudadanos extracomunitarios con las Fuerzas Armadas.—3. PROPUESTAS DE INCLUSIÓN.

1. LA RESTRICCIÓN EN EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS AL EMPLEO PÚBLICO

El fenómeno migratorio desde países africanos, sur y centroamericanos, europeos del este, y, en menor medida, asiáticos, hacia los países de la Europa occidental ha llegado en los últimos años con fuerza a España, produciendo cambios sustanciales en la composición de la sociedad española, en la que cada vez más ciudadanos lo son de otros Estados ¹.

Ante esta realidad que tan rápido se ha desarrollado en la última década es necesario que el ordenamiento jurídico responda con prontitud, especialmente en todo cuanto atañe al empleo, puesto que es precisamente la búsqueda de un puesto de trabajo lo que motiva el desplazamiento de población extranjera hasta nuestro país, hecho que vincula de forma muy estrecha el Derecho del Trabajo y el fenómeno migratorio ². Asimismo, el empleo es, sin lugar a dudas, la vía principal para la integración social de los inmigrantes ³, lo que lo convierte en un elemento fundamental para articular una sociedad cohesionada e igualitaria.

¹ Según datos del padrón municipal, en fecha 1 de enero de 2007, residían en España 45.200.737 personas, de los que 4.519.544 no poseían la nacionalidad española, lo que supone prácticamente un 10 por 100 de la población. En fecha 31 de diciembre de 2007 3.979.014 extranjeros poseían tarjeta de residencia en vigor, siendo un 59,24 por 100 de ellos extracomunitarios (2.357.218) y un 40,76 por 100 (1.621.796) comunitarios (Fuentes: INE y Boletín estadístico de extranjería e inmigración, núm. 15, de enero de 2008: www.ine.es y www.extranjeros.mtas.es).

² RAMOS QUINTANA, M. I.: «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», en AA.VV.: *Derechos y libertades de los extranjeros en España (tomo I). XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Gobierno de Cantabria. Santander, 2003. « El objetivo final de los movimientos migratorios no es otro que la búsqueda de un puesto de trabajo, y esa realidad incontestable permite establecer una relación muy estrecha entre Derecho del Trabajo y migración », p. 493.

³ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: régimen general y contingente», en *RMTAS*, núm. 63 de 2006. « (...) el empleo es una vía

Como bien afirma Ramos Quintana, « (...) *el Derecho del Trabajo no puede ni debe permanecer inerte ante la progresiva y cada vez mayor presencia de inmigrantes que pretenden acceder al mercado de trabajo y ha de ofrecer respuestas adecuadas a las exigencias de nuestro tiempo, asumiendo expectativas hasta hace relativamente poco tiempo impensables: la integración en el mercado de trabajo de los inmigrantes no sólo ha de suponer su reconocimiento como trabajadores y, por tanto, como sujetos destinatarios del ámbito protector derivado del ordenamiento laboral, sino también, y ésta sería la nueva virtualidad del Derecho del Trabajo, dicha integración está llamada a constituir la puerta de entrada de los inmigrantes al territorio de la ciudadanía*»⁴. Pero, ¿es ello función únicamente del Derecho del Trabajo o bien, puesto que nos estamos refiriendo a la integración a través del empleo debemos incluir como instrumento de tal finalidad también el Derecho de la Función Pública, abarcando así todas las posibilidades de empleo? Ésta es la cuestión que guiará la presente comunicación, puesto que, junto al convencimiento de que la exigencia de estar en posesión de la nacionalidad española como requisito para acceder a cualquier puesto de funcionario no tiene a día de hoy razón de ser, no se pueden desconocer las particularidades inherentes al empleo público y, muy especialmente, al empleo funcional.

Aproximándonos al ámbito en que se centra la presente comunicación, debemos antes reparar brevemente en el tratamiento jurídico dado por nuestro ordenamiento al acceso de los extranjeros al empleo público con contrato laboral. Por supuesto los ciudadanos del resto de Estados miembros de la Unión Europea pueden acceder a los puestos laborales en igualdad de condiciones a los españoles y sin distinciones respecto a su acceso al empleo por cuenta de empleadores privados, como consecuencia de la libertad de circulación. En cuanto a los ciudadanos extracomunitarios, el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, establece que «*Los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones*

esencial para la integración de los inmigrantes en nuestra sociedad (...). La inserción laboral permite hacer efectiva la inserción social de los extranjeros», p. 140, siendo la integración social de los inmigrantes uno de los tres pilares esenciales de la política de inmigración —los otros dos son el control de flujos migratorios y la cooperación al desarrollo de los Estados emisores de inmigrantes—, tanto a nivel comunitario como nacional, p. 139.

⁴ RAMOS QUINTANA, M. I.: *op. cit.*, pp. 494 y 495. La autora nos recuerda como la noción de «inmigrante» se distingue de la de «extranjero» precisamente por la vinculación del primero a la búsqueda de un empleo en el país de destino como motivo principal de su desplazamiento, p. 493.

*Públicas, (...)»*⁵. Rodríguez-Piñero hace notar cómo la LO 8/2000 añadió la precisión «*residentes en España*»⁶.

Finalmente, para cerrar este apartado introductorio, se impone hacer referencia al acceso de los ciudadanos comunitarios a la función pública; no sólo porque es evidente que no puede faltar una referencia a los mismos si nos ocupamos del acceso de los extracomunitarios a la función pública sino porque, como veremos, la solución que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) dio para permitir el acceso de los comunitarios a determinados empleos de carácter funcional en cualquier Estado de la Unión Europea nos puede ser de utilidad para sostener la necesidad de una reforma atinente a los ciudadanos extracomunitarios.

En efecto, cabe recordar que el artículo 30 de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 exigía estar en posesión de la nacionalidad española para poder acceder a la condición de funcionario público. No sólo ello, sino que el artículo 13.2 de la Constitución establece que «*Sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales*», salvedad que no afecta al artículo 23.2 de la Carta Magna —«*Asimismo tienen derecho [los ciudadanos] a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes*»—⁷. También el Tratado de la Unión Europea, en su versión consolidada de Niza (art. 39 —antiguo art. 48—), establece, en su apartado 4, que las disposiciones de los

⁵ Ello después de reconocer a los extranjeros el derecho al trabajo (art. 10.1 de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000), reconocimiento novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, que no se encontraba en la ley de 1985. Vid. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Los derechos de los trabajadores extranjeros: puntos críticos», en *RMTAS*, núm. 63 de 2006, p. 216.

⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M.: «El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en AA.VV.: *Derechos y libertades...*, op. cit. «A diferencia de la legislación anterior, la Ley Orgánica 4/2000 permite el acceso de los trabajadores extranjeros a los puestos laborales de las Administraciones Públicas, si bien la Ley Orgánica 8/2000 ha añadido en el apartado 2 del artículo 10 la precisión “residentes en España”, lo que trata de excluir a los no residentes del acceso al empleo en las Administraciones Públicas», p. 55.

⁷ «De la interpretación del artículo 13.2 CE en relación con el artículo 23.2 CE se desprende una doble lectura: sólo los españoles pueden acceder a cargos y funciones públicas y tan sólo los españoles tendrán derecho al respeto a la igualdad en el acceso». MOLINA GARCÍA, M.: «El acceso al empleo público de ciudadanos extranjeros y comunitarios», en *Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna*, núm. 18, 2001, p. 374. Esta interpretación del artículo 23.2 en relación con el artículo 13.2 CE no es, sin embargo, unánime en la doctrina. Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*. MAP. Madrid, 1991. Se hará referencia a esta polémica en el apartado 2.1. de este texto.

apartados anteriores —referentes a la libertad de circulación de trabajadores, en particular la prohibición de toda discriminación en el empleo por razón de la nacionalidad— « *no serán aplicables en los empleos en la administración pública* »⁸; sin embargo, el Tratado no define qué debe entenderse por empleos en la Administración Pública ni tampoco aporta elemento alguno que ofrezca respuesta a tal cuestión⁹. Así pues, de entrada pudiera parecer que la propia Constitución excluye la posibilidad de que los extranjeros, independientemente de que sean comunitarios o no, puedan acceder a la función pública. No obstante, como hemos avanzado, es necesario tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE¹⁰, el cual, ya desde los años 70, ha venido interpretando la noción de Administración Pública con el fin de evitar que los Estados determinen unilateralmente lo que debe entenderse por tal concepto, siendo su definición tarea de las instituciones « *conforme a los principios y objetivos del ordenamiento jurídico comunitario, acogiendo así una «concepción funcional» en cuanto al método a seguir para delimitar el ámbito de aplicación (...)* »¹¹.

El criterio interpretativo seguido por el TJCE nos parece de gran interés y susceptible de ser aplicado también a nivel interno, por lo que nos extenderemos un poco más sobre el mismo. En definitiva, el Tribunal viene a decir que, a partir de la expansión de las funciones del Estado más allá de las funciones clásicas de orden público y seguridad, incorporando funciones de carácter económico y social, el empleo en la Administración Pública no puede ser identificado con el ejercicio de la potestad pública, función típica de la Administración Pública¹² y razón de ser de la exclusión del empleo en la Administración Pública de la libre circulación de trabajadores, por lo que la exclusión debe ser interpretada con carácter restrictivo¹³. Por ello, la exclusión del acceso de los

⁸ El Tratado de Lisboa, que debería entrar en vigor en 2009, no modifica el artículo mencionado.

⁹ RAMOS QUINTANA, M. I.: *El trabajo de los extranjeros en España*. Tecnos, Madrid, 1989, p. 144.

¹⁰ «De nuevo, el Tribunal de Justicia desarrolla una labor efícamísima, la única hasta ahora, en el empeño de acotar una noción comunitaria de aquellos empleos que pueden considerarse incluidos en la cláusula de excepción del artículo 48.4 [actual art. 39]». RAMOS QUINTANA, M. I.: *op. cit.*, p. 144.

¹¹ *Ibid.*, p. 145. Se trata de las STJCE «Sotgiu» de 12-2-1974 (asunto 142/73), «Comisión y Reino de Bélgica» de 17-12-1980 (asunto 149/79), «Comisión y República Francesa» de 3-6-1986 (asunto 307/84) y Lawrie-Blum y Baden-Württemberg de 3-6-1986 (asunto 66/85).

¹² «(...) los empleos en el sentido del artículo 48 párrafo 4.º del Tratado son aquellos que tienen relación con las actividades específicas de la Administración Pública en tanto que ésta se encuentra investida del ejercicio de la potestad pública y de la responsabilidad de la salvaguardia de los intereses generales del Estado, (...)» (Asunto Comisión y Reino de Bélgica).

¹³ «Teniendo en cuenta, en el sistema del Tratado, el carácter fundamental de los principios de libertad de circulación y de igualdad de trato de los trabajadores en el

ciudadanos comunitarios a empleos en la Administración Pública de otros Estados miembros de la Unión Europea deberá limitarse a aquellos empleos que conlleven el ejercicio de potestad pública y, en consecuencia, deberán quedar al margen de tal exclusión todos aquellos empleos en que no se ejerza potestad pública alguna, siendo indiferente que el vínculo jurídico tenga o no carácter funcionarial ¹⁴.

De tal forma, a pesar de la dicción del artículo 23 CE en relación con el artículo 13 de la Norma Fundamental, los ciudadanos comunitarios tienen derecho al acceso a puestos de funcionario siempre que éstos no conlleven el ejercicio de potestad pública. Así lo reconoció la Ley 17/1993, de 19 de mayo, por la que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, posteriormente modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ¹⁵, y desarrollada por el Real Decreto 543/2001 de 18 de mayo, y así lo sigue haciendo el artículo 57 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

2. LA MAYOR RESTRICCIÓN PARA LOS EXTRACOMUNITARIOS

La normativa anteriormente mencionada es también de aplicación en relación al acceso al empleo en la función pública de los ciudadanos

interior de la comunidad, las excepciones admitidas por el párrafo 4.º del artículo 48 no pueden tener un alcance que sobrepase la finalidad en cuyas vistas esta cláusula de excepción ha sido introducida» (Asunto Sotgiu).

¹⁴ «La excepción prevista por esta disposición afecta exclusivamente el acceso a empleos propios de la Administración Pública y que el carácter del vínculo jurídico entre el trabajador y la Administración es indiferente en este aspecto» (Asunto Sotgiu). No se trata tanto de un criterio referido a la organización pública donde se prestan los servicios —criterio subjetivo— cuanto a la actividad que se lleva a cabo —criterio objetivo—, siendo este último menos voluble y adaptable a las necesidades de cada Estado. MOLINA GARCÍA, M.: *op. cit.*, p. 379.

¹⁵ El artículo 1 de la Ley 17/1993 quedó redactado de la siguiente forma: «De acuerdo con el derecho comunitario, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder en igualdad de condiciones que los españoles a todos los empleos públicos, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas» en los siguientes ámbitos: la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, las Entidades gestoras y los Servicios comunes de la Seguridad Social y la Administración de Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud (art. 1 del RD 543/2001). Este último también establece los ámbitos que quedan excluidos (Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los órganos constitucionales, el Consejo de Estado y el Banco de España, y el Centro Superior de Información para la Defensa). *Vid.* LOSADA GONZÁLEZ, H.: «Estatuto legal de los extranjeros en España», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor, 2004.

extracomunitarios, quienes, como hemos dicho, tienen reconocido el derecho al acceso a empleos en las Administraciones Públicas con contrato laboral (art. 10.2 de la LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000). Sin embargo, en cuanto al acceso a puestos de funcionario, éste se ve fuertemente restringido, siendo la exclusión la norma general y las excepciones, como veremos, extremadamente limitadas.

2.1. La exclusión como norma general

La exclusión de los ciudadanos extranjeros extracomunitarios para el acceso a puestos de funcionario público ha sido y sigue siendo la norma general. En un determinado momento, a partir de la Ley 17/1993, se admitieron algunas excepciones muy limitadas y que no se han ampliado desde entonces, de tal forma que el EBEP establece como requisito para el acceso al empleo público el requisito de tener la nacionalidad española (art. 56.1. a)) y recoge, en su artículo 57, los supuestos en que los nacionales de otros Estados pueden acceder al empleo público, es decir, las excepciones. En concreto, en lo que afecta a los ciudadanos extracomunitarios¹⁶ y en cuanto a los puestos de funcionario, se remite al apartado dedicado a los ciudadanos comunitarios para extender su contenido a tres supuestos independientemente de la nacionalidad del interesado: podrán acceder a la función pública en las mismas condiciones que los comunitarios el cónyuge de ciudadano español o comunitario —siempre que no esté separado de derecho—, los descendientes de ciudadano español o comunitario y los de su cónyuge —rigiendo la misma norma sobre la separación— menores de 21 años o mayores de dicha edad si dependen económicamente de quien permite la extensión del derecho, y, finalmente, los ciudadanos de aquellos Estados que hayan celebrado un Tratado Internacional con la Unión Europea, Tratado que deberá haber sido ratificado por España y que deberá establecer la libre circulación de trabajadores. Por otra parte, se introduce en el apartado 5 del artículo 57 una previsión que permite que mediante ley se abra el acceso a puestos de funcionario a ciudadanos extracomunitarios *«por razones de interés general»*, como, de hecho, ya se había llevado a cabo con el personal de tropa y marinería.

En definitiva, una norma de rango legal como es el Estatuto Básico del Empleado Público excluye como norma general a los ciudadanos extracomunitarios del acceso a la función pública, del mismo modo que lo hacía la anterior legislación aplicable. Nos podríamos preguntar si tal

¹⁶ El primer apartado al artículo mencionado recoge la regulación de la Ley 17/1993, en su redactado posterior a la modificación por la Ley 55/1999, respecto al acceso de los ciudadanos comunitarios a la función pública.

exclusión responde a un mandato constitucional o si una modificación de la ley podría permitir el acceso de los extracomunitarios a la función pública, pero esta pregunta se responde por sí misma, puesto que el propio EBEP autoriza a la ley para excluir el requisito de la nacionalidad. Sin embargo, esta cuestión ha generado polémica y la doctrina no es pacífica sobre la misma, por lo que la abordaremos brevemente.

Mayoritariamente se entiende que el artículo 23.2 CE en relación con el artículo 13.2 supone una reserva de acceso a las funciones y cargos públicos a los ciudadanos españoles. Sin embargo, aunque Palomar Olmeda afirme que «(...) en lo que sí parece existir unanimidad es en el hecho de admitir que la mención de ciudadanos como titulares del derecho contemplado en el artículo 23 de la Constitución tiene sentido si con ello se pretende negar la posibilidad de que los extranjeros sean titulares del mismo»¹⁷, esta interpretación de los preceptos constitucionales no es en realidad unánime. Así, Monereo Pérez y Vida Soria califican la reserva constitucional para los ciudadanos españoles como «discutible»¹⁸ y entienden que el reconocimiento a los españoles del derecho a acceder en igualdad de condiciones a la función pública no puede interpretarse como una prohibición de acceso para los extranjeros¹⁹. Ciertamente, el artículo 23.2 CE no permite, por sí mismo, llegar a la conclusión de que se trata de un derecho exclusivo de los españoles; sin embargo, si tenemos en cuenta el artículo 13.2, difícilmente podremos llegar a otra conclusión que no sea la de la voluntad del constituyente de excluir a los ciudadanos extranjeros del acceso a la función pública.

Ello, por sí sólo, impediría la posibilidad de plantearnos si la opción tomada por el legislador en el EBEP —consistente esencialmente en mantener la regulación anterior sin tener en cuenta dos aspectos importantísimos de la realidad que han sufrido una profunda transformación desde la aprobación de la Ley 17/1993, es decir, en los últimos quince años: por un lado, la llegada en cifras muy relevantes de ciudadanos nacionales de países no pertenecientes a la Unión Europea, y, por otro lado, la progresión en la laboralización de un número muy importante de puestos antes exclusivamente funcionariales, dándose la circunstan-

¹⁷ PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson. Madrid, 2007 (7.ª ed.), p. 101.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *op. cit.*, p. 62.

¹⁹ Partiendo de que el Tribunal Constitucional ha establecido que los puestos de la función pública profesional se encuentran incluidos en la formulación «funciones y cargos públicos» del artículo 23.2 CE, los autores afirman que «De admitirse que el artículo 23.2 CE reconoce a los españoles el derecho a acceder a la función pública profesional, ello inevitablemente no debería conducir en el plano estrictamente constitucional a la imposibilidad de que los ciudadanos extranjeros pudiesen ocupar puestos de trabajo reservados a los funcionarios, puesto que el artículo 23.2 CE se limitaría a garantizar el derecho de los ciudadanos españoles a acceder en condiciones de igualdad a las «funciones y cargos públicos», y probablemente nada más». *Ibid.*, p. 62.

cia de que, con frecuencia, las tareas ejercidas en algunos puestos de carácter laboral son perfectamente equivalentes a las de otros de carácter funcional— es la más adecuada.

En nuestra opinión ésta es una cuestión que debemos plantearnos, y la dicción del artículo 13.2 de la Constitución en relación con el artículo 23.2 de la Carta Magna no debería ser obstáculo a ello. Teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria que interpreta la formulación «empleo público» del actual artículo 39.4 TCEE, y que, como anteriormente se ha expuesto, entiende por empleo público aquél que implica directa o indirectamente el ejercicio de potestad pública —y así se recoge en el EBEP para los ciudadanos comunitarios—, sería razonable una interpretación del artículo 23.2 CE que, en la misma línea, limitase el concepto de «función o cargo público» a aquellos que comporten el ejercicio de potestad pública.

Para sostener tal interpretación se pueden esgrimir distintos motivos que, de una forma o de otra, ya se han ido apuntando hasta aquí:

En primer lugar, no se puede obviar la transformación de la realidad de las Administraciones Públicas, a través de una constante ampliación de sus ámbitos de actuación, que, a su vez, diversifica los cometidos de los funcionarios públicos. Hace ya tiempo que se ha superado el estricto vínculo entre la función pública y el ejercicio de la autoridad pública²⁰; actualmente muchos funcionarios públicos no ejercitan en absoluto funciones de autoridad²¹, por lo que la reserva en el acceso a tales puestos a ciudadanos españoles ha perdido, en gran medida, su razón de ser para todos aquellos que no implican ni directa ni indirectamente ejercicio de potestad o autoridad pública, que son muy numerosos.

Ello se demuestra por el hecho de que progresivamente han ido aumentando los empleos públicos de carácter laboral. La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en su artículo 15.1.c) —no derogado por el EBEP²²—, permite que determinados empleos públicos sean cubiertos mediante contratos laborales; a

²⁰ «Tradicionalmente la Administración Pública (...) se ha venido estructurando en torno a la idea de función pública, la cual ha integrado básicamente el contenido de la función administrativa estricta, servida instrumentalmente por un cuerpo especializado de funcionarios altamente cualificados que ejercitan potestades de naturaleza pública (lo que conlleva de forma inmanente que en su actuación están de algún modo revestidos de la autoridad pública) (...)». MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *op. cit.*, p. 21.

²¹ «El ejercicio de autoridad queda reservado no ya ni siquiera a todos los funcionarios públicos, sino a la alta función pública que desarrolla actividades soberanas». *Ibid.*, p. 28.

²² El artículo 11.2 del EBEP establece que las leyes de la función pública que se dicten en desarrollo del mismo establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que podrán ser ejercidos por personal laboral, teniendo en cuenta que el artículo 9.2 del mismo texto reserva a los funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que impli-

pesar de tal declaración, el precepto es considerablemente vago y abstracto²³, y el resultado del mismo ha sido, con frecuencia, que determinados puestos formalmente delimitados como laborales coincidan funcionalmente con otros formalmente delimitados como funcionariales. Todo ello deriva, como afirmaban Monereo Pérez y Vida Soria hace ya más de quince años, de que « (...) esta expansión de la actividad estatal (...) no se ha visto acompañada de una correlativa evolución de las nociones de funciones y servicios públicos » y « (...) tampoco se ha acompañado con la necesaria revisión de las técnicas de las relaciones de la Administración con el personal a su servicio »²⁴.

Si, como afirma Cantero Martínez, « (...) hoy en día resulta difícilmente explicable el sometimiento de los funcionarios públicos a un régimen especial, a normas completamente distintas de las aplicables al resto de los trabajadores, basándonos únicamente en la distinta naturaleza jurídica de la relación funcional »²⁵, especialmente inexplicable resulta la exclusión de los extranjeros extracomunitarios del acceso a tales puestos de trabajo, en ausencia de ejercicio de potestad pública, cuando de tal régimen especial se deriva una limitación en los derechos de las personas, siendo cierto que « (...) por su propia naturaleza la prestación de trabajo en la Administración no es en sí misma distinta a la prestación de trabajo en la empresa privada, o al menos ello ocurre en la mayoría de los puestos que actualmente oferta la Administración »²⁶. Y, si se cuestiona incluso la existencia de dos regímenes jurídicos distintos y se propone su convergencia en uno solo²⁷, pudiendo además los ciudadanos extracomunitarios acceder a uno de ellos pero no al otro, más clara aparece la falta justificación del mantenimiento de la exclusión aquí estudiada.

Finalmente, creemos que es perfectamente defendible que el artículo 23.2 CE sea interpretado, respecto a su referencia a las funciones y cargos públicos, en consonancia con la consolidada jurisprudencia comunitaria sobre la noción de empleo público. Así lo entiende también Molina García, para quien « Una solución viable a la posibilidad de acceso de los extranjeros no comunitarios a puestos de trabajo funcionariales que se identifican funcionalmente con cualquiera de los su-

quen directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas o la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

²³ « Los supuestos que contempla son tan vagos y abstractos que permiten a la Administración un importante ámbito de discrecionalidad. Ello explica que las mismas funciones y los mismos puestos de trabajo en unas ocasiones sean ofertadas para funcionarios y en otras para personal laboral ». CANTERO MARTÍNEZ, J.: *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 460 y 461.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *op. cit.*, pp. 67 y 68.

²⁵ CANTERO MARTÍNEZ, J.: *op. cit.*, p. 462.

²⁶ *Ibid.*, pp. 462 y 463.

²⁷ *Ibid.*, p. 465.

puestos del artículo 15.1c) de la Ley 30/1984, sería la de extender el criterio funcional de acceso a las Administraciones de los ciudadanos comunitarios»²⁸.

Es más, si la norma que establece que los ciudadanos comunitarios pueden acceder en igualdad de condiciones que los españoles a aquellos puestos funcionariales que no impliquen el ejercicio directa o indirectamente de potestad pública no vulnera el artículo 23.3 en relación con el artículo 13.2, tampoco lo haría que el mencionado acceso se ampliase, en las mismas condiciones, a los ciudadanos extracomunitarios.

Despejada la duda del planteamiento constitucional, podemos preguntarnos si la solución adoptada por el EBEP es la más adecuada y llegaremos a la conclusión de que se ha perdido una oportunidad de llevar a cabo una reforma necesaria. En nuestra opinión, sin obviar el avance que puede suponer la inclusión de la previsión de que una ley pueda ampliar el acceso en determinados casos, se deberían ampliar de forma mucho más extensa las posibilidades de acceso de los ciudadanos extracomunitarios a la función pública. Ello será abordado en el tercer apartado de esta comunicación.

2.2. Excepciones

Como se ha señalado con anterioridad, desde 1993 existen dos excepciones muy particulares que permiten el acceso de determinados ciudadanos extracomunitarios a la función pública. La numerosas veces mencionada Ley 17/1993, que se aprobó para adecuar la legislación española al ordenamiento comunitario en materia de libre circulación de trabajadores en el ámbito del empleo público, sirvió también para abrir la primera rendija en la hasta entonces infranqueable exigencia de posesión de la nacionalidad española para acceder a un puesto funcionarial. Sin embargo, estas excepciones que a continuación se detallan y que consisten en ser familiar directo de un ciudadano español o comunitario o en ser nacional de un Estado con quien la Unión Europea haya celebrado un Tratado ratificado por España de libre circulación de trabajadores, se basan en una cualidad de la persona autorizada a acceder a la función pública, y no se regulan en atención a las tareas a desarrollar en el puesto en cuestión o a consideraciones de política legislativa.

El EBEP introduce una novedad importante, aunque claramente insuficiente en el contexto actual, autorizando a que otra ley exima, en determinadas circunstancias, del requisito de nacionalidad para acceder

²⁸ MOLINA GARCÍA, M.: *op. cit.*, p. 377.

a determinados puestos. Esta previsión del EBEP merece también que se le dedique atención.

2.2.1. Familiares directos de ciudadanos españoles y comunitarios

El artículo 57.2 del EBEP se remite al apartado 1 (referente al acceso a la función pública de los ciudadanos comunitarios) para la regulación del acceso a la misma del cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho. El mismo régimen será aplicable a los descendientes de tales ciudadanos y a los de su cónyuge —con el requisito también de que no estén separados de derecho— siempre que sean menores de 21 años o mayores de dicha edad dependientes.

De esta manera se quiere incluir entre aquellos que tendrán acceso a la función pública a los familiares extranjeros de un nacional español o de otro Estado de la Unión Europea, pero restringiendo tal posibilidad al núcleo familiar más reducido: el cónyuge y los hijos —ya sean comunes o del cónyuge— dependientes, por lo que se fija un límite de edad muy bajo —21 años, edad a la que muchas personas todavía no han accedido al mercado de trabajo—, aunque tal límite de edad se puede ampliar en caso de que el hijo siga dependiendo económicamente de sus progenitores. Es fácilmente deducible que los puestos a que se puede acceder a la edad mencionada se circunscribirán necesariamente a la parte más baja de la escala de puestos, habida cuenta de que con 20 años como máximo no se pueden haber finalizado unos estudios superiores y difícilmente una formación profesional de grado superior.

2.2.2. Tratados internacionales bilaterales

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 recibirán el mismo trato que los ciudadanos comunitarios en lo que respecta al acceso a la función pública. Esta situación se limita actualmente a los países que firmaron el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, es decir, aquellos pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio. En consecuencia, podrán acceder a la función pública en las mismas condiciones que los comunitarios los ciudadanos de Noruega, Islandia y Liechtenstein, quedando al margen Suiza, que no forma parte del Espacio Económico Europeo.

2.2.3. *Prohibición para el ejercicio de potestad pública*

Tanto en el caso de los familiares de españoles y comunitarios como en el caso de los ciudadanos de Noruega, Islandia y de Liechtenstein, el acceso se ve limitado de la misma manera que el de los ciudadanos comunitarios; es decir, les queda vedado el acceso a todos aquellos puestos que impliquen directa o indirectamente una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

Esta limitación proviene, como ya se ha expuesto, de la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de Administración Pública a efectos de la libre circulación de trabajadores, por lo que no reiteraremos aquí las precisiones ya efectuadas sobre tal cuestión. No obstante, cabe destacar que el EBEP mantiene esta limitación, ya recogida en la Ley 17/1993, lo que nos parece en términos generales un acierto, si bien algunas objeciones se podrían plantear respecto a los ciudadanos comunitarios, especialmente en el ámbito de la Administración Local, como hizo la comisión de expertos en su informe, abogando por permitir que los ciudadanos comunitarios accedan a determinados puestos dentro de la función pública que hoy les están vedados y que implicarían ejercicio de autoridad pública²⁹.

2.2.4. *La exención legal del requisito de nacionalidad por razones de interés público*

Cabe destacar que en el mencionado informe, la comisión expresa su sugerencia de que en virtud de ley « *se pueda abrir el acceso a la condición de funcionario público, en empleos determinados, de ciudadanos extracomunitarios sin condición de reciprocidad, cuando existan necesidades o causas justificadas. Esta novedad tiene en cuenta, por un lado, las eventuales necesidades de nuestras Administraciones Públicas de contar con este tipo de personal en ausencia de nacionales o comunitarios, tal como se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en el caso del personal de tropa y de marinería. Por otra parte, tiene en cuenta nuestra actual realidad demográfica, caracterizada por un proceso avanzado de integración de inmigrantes que cuentan con una situación suficientemente estable en nuestra sociedad. En último extremo, y habida cuenta de la fungibilidad que hoy tiene la condi-*

²⁹ La comisión de preparación del EBEP pone como ejemplo de ello la imposibilidad para un ciudadano comunitario de acceder al cuerpo de policía local, dándose la paradoja de que el mismo ciudadano sí podría ser Alcalde de la localidad en cuestión y, en consecuencia, jefe superior de la policía local. *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*. Ministerio de Administraciones Públicas, abril de 2005.

ción de laboral y de funcionario para muchas tareas, no es explicable que ciudadanos extracomunitarios puedan desempeñar como contratados en unas Administraciones algunas funciones que en otras no están a su alcance, por haber quedado reservadas a funcionarios públicos en estas últimas»³⁰.

Como anuncia la exposición de motivos de la ley, en la que se expresa la preocupación esencial de que se garantice en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia y la agilidad en los procesos de selección, y acto seguido se afirma que « *Ello no es, por cierto, incompatible con unas mayores posibilidades de apertura de nuestro empleo público a ciudadanos que carezcan de la nacionalidad española, en aplicación del Derecho comunitario o por razones de interés general, (...)* », el artículo 57.5 del EBEP introduce una novedad respecto a la normativa anterior, novedad que ha sido calificada como importante³¹ y de relieve³²; si bien es sin duda una novedad, no lo es tan relevante si analizamos el contenido del precepto.

De entrada, la Ley del EBEP autoriza a otra ley (« *sólo por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas...* ») a excepcionar el requisito de la nacionalidad para acceder a la función pública, lo que se revela innecesario, puesto que está claro que sólo a través de una ley se podrá modificar o excepcionar lo que viene regulado en otra norma del mismo rango legal; tanto si se pone el acento en la autorización a la ley como en la autorización *sólo* a la ley queda claro que no encontramos innovación alguna, lo que viene demostrado además por la Ley 17/1999 de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, modificada por la Ley 32/2002, y que permite el acceso de determinados ciudadanos extracomunitarios a algunos puestos de tropa y marinería (actualmente regulada en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar), sin existir autorización expresa en otra norma; este caso será brevemente estudiado en el siguiente apartado.

Sin embargo, la norma limita esta posibilidad a la existencia de razones de interés general. Ello nos lleva inevitablemente a preguntarnos qué razones podrían ser aceptables como de interés general para que en determinados supuestos puntuales se admita a los extranjeros extracomunitarios a puestos de funcionario público. El informe de la comisión de expertos apunta principalmente a la posible falta de personal con

³⁰ Informe de la Comisión de expertos, pp. 92 y 93.

³¹ ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*. La Ley. Madrid, 2007, p. 424.

³² SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Lex Nova. Valladolid, 2007, p. 402.

nacionalidad española o de otro país de la Unión Europea, citando el caso de las Fuerzas Armadas, aunque también apunta a la realidad demográfica actual y a la frecuente *fungibilidad* entre puestos laborales y de funcionario. A pesar de tales referencias, parece que la primera motivación prevalece, puesto que se trata de una derogación excepcional a la norma general, mientras que la toma en consideración de los otros elementos debería llevar no a una posible excepción sino a una modificación de la norma general.

Subrayamos la posibilidad de la excepción puesto que en ningún caso existe una obligación de proceder a la autorización si existieran tales razones de interés general, sino que será decisión del legislativo competente (las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas).

No parece de recibo para el inmenso número de ciudadanos extracomunitarios con residencia legal y estable en España que sólo puedan acceder a un puesto de funcionario público cuando a la Administración le interesa porque tiene dificultades para encontrar suficiente personal español y comunitario. No existe preferencia nacional y comunitaria en el acceso al trabajo y tampoco debería existir en la función pública.

2.3. Un caso particular: la relación de servicios profesionales de los ciudadanos extracomunitarios con las Fuerzas Armadas

Precisamente la realidad del fenómeno migratorio en sí mismo es uno de los dos argumentos que el legislador esgrimió para permitir que determinados ciudadanos extracomunitarios puedan acceder a la condición de militar profesional de tropa y marinería, siendo la otra el aumento de los posibles integrantes de las Fuerzas Armadas³³. Sin duda el segundo de ellos tuvo más peso en una decisión sin equivalente en ninguna rama de la Administración Pública; si bien es cierto que no se trata de funcionarios públicos, sino de una relación jurídico-pública de carácter especial, según se recogía en el artículo 93.4 de la Ley 17/1999 —actualmente derogada— o una relación de servicios profesionales según se recoge en el artículo 3.5 de la Ley 39/2007, no lo es menos que se trata de funciones que entran de lleno en uno de los ámbitos en que incluso los ciudadanos comunitarios tienen completamente vetado el acceso: la salvaguarda de los intereses del Estado³⁴.

³³ MALDONADO RAMOS, J.: «Extranjeros y defensa nacional» en AA.VV.: *Tratado de Extranjería*, op. cit., p. 810.

³⁴ En este sentido, el Consejo de Estado emitió un Dictamen en fecha 12 de julio de 2001 en el que se afirma que «las actividades de las Fuerzas Armadas suponen una parti-

La posibilidad de incorporar ciudadanos extranjeros como personal de tropa y marinería fue introducida por la Ley 32/ 2002 con los límites siguientes: en primer lugar, sólo está permitido el acceso en el nivel inferior de militar profesional de tropa o marinería y sólo en determinadas especialidades e unidades; en segundo lugar, el tiempo durante el que se ocupará el puesto será como máximo de tres años; y, finalmente, sólo podrán acceder los nacionales de determinados países que estén unidos a España «*por especiales y tradicionales vínculos históricos, culturales e incluso lingüísticos*»³⁵, creándose una categoría nueva de extranjero militar profesional de tropa y marinería temporal (art. 2 de la Ley 17/1999 modificada por la Ley 32/2002). Recientemente, la Disposición Adicional 2.^a del RD 382/2008, de 14 de marzo, por el que se modifica el Reglamento general de ingreso y promoción de las Fuerzas Armadas, aprobado por el RD 1735/2000, de 20 de octubre, ha permitido el acceso de los extranjeros nacionales de determinados países —fijados en el Anexo I del Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería, aprobado por el RD 1244/2002— a militar de complemento en el Cuerpo Militar de Sanidad en los términos previstos en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en las condiciones contempladas para los militares de tropa y marinería.

En definitiva, como antes se apuntaba, ante una evidente falta de personal que se incorpore a las Fuerzas Armadas en sus niveles inferiores, el legislador decide recurrir a ciudadanos extracomunitarios provenientes de determinados países latinoamericanos para suplir la mencionada falta, en una decisión más que discutible tanto en cuanto a su ajuste al ordenamiento vigente (funciones de salvaguarda de los intereses del Estado) como en cuanto a su justificación.

3. PROPUESTAS DE INCLUSIÓN

«*El acceso al empleo público debe considerarse, sin duda, una de las piezas clave de todo el sistema de empleo público*»; así se expresa la comisión de expertos en su informe de preparación del EBEP³⁶. Además, a pesar del fenómeno de contractualización masiva de emplea-

cipación directa en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado» aunque «no se trata tanto de la potestad de mando que es inherente a determinados empleos, sino de la naturaleza estrictamente pública de las funciones que corresponden a los militares», por lo que se excluyen los puestos de las Fuerzas Armadas del ámbito del derecho de libre circulación. Dictamen con número de expediente 1508/2001.

³⁵ Cfr. MALDONADO RAMOS, J.: *op. cit.*

³⁶ Informe de la Comisión de Expertos, p. 89.

dos públicos³⁷, el volumen de empleo funcional sigue siendo en nuestro país muy importante, por lo que no se puede minimizar la incidencia real de la prohibición de acceso a la función pública para los ciudadanos extranjeros extracomunitarios.

En nuestra opinión, la llegada masiva de ciudadanos extracomunitarios a España en los últimos años y su asentamiento estable en nuestro país son datos que no pueden ser obviados por el legislador y las Administraciones y no se debería mantener la situación actual en relación al empleo público y, en concreto, al acceso a la función pública, como ya han manifestado algunos autores³⁸.

Sin duda, la realidad demográfica es un elemento a tener en cuenta, pero existen otros para sostener la conveniencia e, incluso, la necesidad, de modificar las normas que rigen actualmente y permitir el acceso de los ciudadanos extracomunitarios a la función pública, no sin limitaciones.

Tales argumentos han ido siendo desgranados a lo largo de la presente comunicación, por lo que nos limitaremos aquí a resumirlos brevemente. Por un lado es innegable la evidencia de que el carácter laboral o funcional de los puestos que se ofertan por parte de las Administraciones Públicas no tiene, con frecuencia, una sólida justificación, por lo que muchas veces se trata de puestos intercambiables o, en palabras de la comisión que elaboró el informe del EBEP, fungibles. No cabe duda de que, ante dicha realidad, permitir el acceso a algunos puestos y no a otros carece totalmente de justificación.

En segundo lugar, la jurisprudencia comunitaria, posteriormente incorporada a la normativa interna, es de gran ayuda por cuanto afirma que para interpretar el concepto de empleo en la Administración Pública del artículo 39.4 del Tratado no debemos recurrir al tipo de vínculo entre el interesado y la Administración sino a las funciones que se deben desempeñar en el puesto de trabajo, debiéndose distinguir entre aquellos que impliquen ejercicio directo o indirecto de poder público y el resto de puestos, quedando reservados sólo los primeros a los nacionales de cada Estado miembro. Entendemos que esta distinción, a modo de lími-

³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y VIDA SORIA, J.: *op. cit.*, p. 28.

³⁸ «Lo cierto es que en los tiempos que corren se hace difícil legitimar ciertas diferencias entre ciudadanos y extranjeros, y más difícil cuanto mayor es su penetración en nuestra sociedad». TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *op. cit.*, p. 226. También el recientemente publicado documento de bases del Pacto nacional para la inmigración de Cataluña sugiere «Proponer las acciones legislativas para remover las barreras que impiden el acceso de las personas inmigradas a la función pública». DEPARTAMENT D'ACCIÓ SOCIAL I CIUTADANIA: *Un pacte per viure junts i juntes. Document de bases del Pacte nacional per a la immigració*. Abril de 2008, p. 32.

te, puede ser y debería ser también aplicable a los ciudadanos extracomunitarios³⁹.

Finalmente, se plantea qué requisitos deberían ser exigibles para permitir tal acceso, especialmente en cuanto a la estabilidad de la permanencia del ciudadano en España. A tales efectos entendemos que sería razonable exigir estar en posesión del permiso de residencia permanente, pues así lo es el puesto que se pretende ocupar.

En definitiva, los ciudadanos extracomunitarios deberían tener derecho a acceder en igualdad de condiciones que los españoles y los comunitarios a aquellos puestos de funcionario público que no impliquen ejercicio directo o indirecto de poder público ni entrañen funciones que tengan por objetivo la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, como tienen derecho a acceder a los puestos de carácter laboral. La elaboración del EBEP suponía, sin duda, una oportunidad para llevar a cabo una reforma a todas luces necesaria; se trata pues de una oportunidad perdida pero que se puede y debería corregir.

³⁹ El segundo considerando de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración recuerda como «*En la reunión extraordinaria de Tampere, celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo proclamó que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros y que a una persona que resida legalmente en un Estado miembro, durante un periodo de tiempo aún por determinar, y cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión Europea*» y, el artículo 11, referente a la igualdad de trato, establece que «*Los residentes de larga duración gozarán del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a lo siguiente: a) el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre y cuando éstos no supongan, ni siquiera de manera ocasional, una participación en el ejercicio del poder público, y las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración*». El precepto no hace referencia al empleo en las Administraciones Públicas y, en concreto, al empleo funcional, pero exceptúa los puestos de ejercicio de potestad pública, que sólo puede darse en el seno de las mismas.

El presente libro, estructurado en dos volúmenes, contiene las actas del XIX Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) celebrado en Badajoz y cuyo tema general fue "El Estatuto Básico del Empleado Público". Tras el Prólogo de la Secretaria General de la AEDTSS, Magdalena Nogueira Guastavino, se recoge la Ponencia General a cargo de Miguel Cardenal Carro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura y co-organizador local del Congreso. Tras esta introducción general, que el Ponente realiza mediante el análisis de los tres conceptos que definen a la Ley 7/2007: el ser un Estatuto, su proclamado carácter de Básico, y su ámbito subjetivo de aplicación, esto es, el "Empleado Público", los complejos problemas del EBEP se abordan, de forma más específica, mediante Ponencias temáticas. La primera de ellas, a cargo de José Luis Goñi Seín, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra, aborda el "Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio". La segunda versó sobre los "Derechos y deberes de los empleados públicos" y corrió a cargo de la Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo María Luisa Segoviano Astaburuaga. La Tercera y última, elaborada por Juan López Gandía, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Política de Valencia, examina "La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto básico". Todas las ponencias van seguidas de numerosas comunicaciones desarrollando puntos especialmente controvertidos de las mismas.

ISBN 978-84-8417-333-5



9 788484 173335

EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Volumen II

XIX Congreso Nacional
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social



**INFORMES
Y ESTUDIOS**
RELACIONES
LABORALES



MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

MINISTERIO DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

**Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones**

RET. 09-2.270

El Estatuto Básico del Empleado Público

Volumen II

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Relaciones Laborales Núm. 89

El Estatuto Básico del Empleado Público

XIX Congreso Nacional
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo e Inmigración
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mtin.es

Internet: www.mtin.es

NIPO: 790-09-112-5

ISBN: 978-84-8417-332-8 (Obra completa)

ISBN: 978-84-8417-334-2 (Volumen II)

Depósito legal: M.

Réplica electrónica de publicación en papel

Imprime:

PLAN GENERAL DE LA OBRA

PRÓLOGO

Magdalena Nogueira Guastavino

VOLUMEN I

Ponencia General y Comunicaciones

UN ESTATUTO PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Miguel Cardenal Carro

Ponencia Temática I y Comunicaciones

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO. CONCEPTO Y CLASES DE EMPLEADO PÚBLICO. LA ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

José Luis Goñi Sein

VOLUMEN II

Ponencia Temática II y Comunicaciones

DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

María Luisa Segoviano Astaburuaga

Ponencia Temática III y Comunicaciones

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS TRAS EL ESTATUTO BÁSICO

Juan López Gandía

Resumen y Conclusiones

CRÓNICA DEL CONGRESO

Ángel Arias Domínguez

ÍNDICE

Págs.

Ponencia Temática II

DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS <i>María Luisa Segoviano Astaburuaga</i>	15

Comunicaciones a la Ponencia Temática II

LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO EN EL EBEP Y SU COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN EXTINTIVO LABORAL <i>Rafael Álvarez Gimeno</i>	51
DERECHOS LABORALES DE LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO <i>Carmen Arroyo Mena</i>	71
EL DERECHO A LA READMISIÓN DEL PERSONAL LABORAL FIJO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (ART. 96.2 EBEP): UNA OBLIGACIÓN EXIGIBLE MÁS ALLÁ DE LAS RESOLUCIONES IMPUTABLES <i>Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz</i>	81
EL ACOSO LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO: PRINCIPALES APORTACIONES DEL EBEP EN LA ERRADICACIÓN DE ESTA EMERGENTE PATOLOGÍA PROFESIONAL <i>Pilar Conde Colmenero</i>	93

	<u>Págs.</u>
REFLEXIONES SOBRE EL PERMISO POR RAZÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO A LA LUZ DE LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>Paulla Christianne da Costa Newton</i>	111
EL CÓDIGO DE CONDUCTA COMO FUENTE ORDENADORA DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>Fernando Elorza Guerrero</i>	131
PERMISOS QUE PROPICIAN LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL Y LOS ESTABLECIDOS POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO <i>Francisco Javier Fernández Orrico</i>	149
UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN SU ESTATUTO BÁSICO <i>Javier Gárate Castro</i>	169
EMPLEO PÚBLICO Y CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR: PATERNIDAD, PROTECCIÓN ECONÓMICA Y LOS CLAROSCUROS DE UNA PLURALIDAD DE ESTATUTOS JURÍDICOS <i>Amparo Garrigues Jiménez</i>	191
LA PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. COMENTARIOS EN TORNO A SU EFECTIVIDAD <i>Anna Ginès i Fabrellas</i>	209
EL LIMITADO EJERCICIO DE LOS PERMISOS POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES Y MILITARES <i>M.^a José Lopera Castillejo</i>	229
EL NUEVO CÓDIGO DE CONDUCTA DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>Yolanda Maneiro Vázquez</i>	251
LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE EN LOS ÁMBITOS DE LAS ADMINISTRACIONES ESTATAL, AUTONÓMICA Y LOCAL <i>María Luisa Martín Hernández</i>	271
EL RIESGO PSICOSOCIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA <i>M.^a de los Reyes Martínez Barroso</i>	293
PRESUPUESTOS LEGALES DE LA DESOBEDIENCIA JUSTIFICADA DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>Rosa M. Morato García</i>	309

	<u>Págs.</u>
EL TRATAMIENTO DE LA MOVILIDAD DE LA FUNCIONARIA, VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO, EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>Ana Moreno Márquez</i>	329
SIEMPRE LA LENGUA FUE COMPAÑERA DEL IMPERIO. A PRO- PÓSITO DEL DEBER DEL EMPLEADO PÚBLICO DE ATENDER AL CIUDADANO EN LA LENGUA QUE ÉSTE SOLICITE <i>José María Miranda Boto</i>	349
LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN MATERIA DE PRE- VENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS <i>Amanda Moreno Solana</i>	367
LAS IMPLICACIONES DE LA OPCIÓN INDEMNIZATORIA EN CASO DE DESPIDO IMPROCEDENTE EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA <i>Ana Belén Muñoz Ruiz y Jorge Fondevila Antolín</i>	385
LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. UNA HERRAMIENTA BÁ- SICA PARA LA GESTIÓN DE LA CARRERA PROFESIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS <i>Patricia Nieto Rojas</i>	405
LA NORMA APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LABO- RALES EN MATERIA DE PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCI- LIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL <i>R. Yolanda Quintanilla Navarro</i>	425
EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS PARA EL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: PRESENCIAS, AUSENCIAS Y EVOLUCIÓN <i>Carolina San Martín Mazzucconi</i>	443
¿NIEGA EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO LAS EXCEDENCIAS POR CUIDADO DE HIJOS A LOS FUNCIONA- RIOS INTERINOS? <i>Carmen Solís Prieto</i>	461
UN MODELO-PROPUESTA DEL CONTENIDO BÁSICO NORMA- TIVO DEL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN Y PREVENCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA <i>Fernando de Vicente Pachés</i>	477
LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LAS ADMINISTRACIO- NES PÚBLICAS TRAS LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLA- TIVAS EN MATERIA DE IGUALDAD Y ESTATUTO BÁSICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA <i>M.ª Teresa Velasco Portero</i>	505

	<u>Págs.</u>
LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>Rosario Cristóbal Roncero, Raquel Aguilera Izquierdo y Nuria García Piñeiro</i>	525
 Ponencia Temática III	
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS TRAS EL ESTATUTO BÁSICO <i>Juan López Gandía</i>	547
 Comunicaciones a la Ponencia Temática III	
LA NEGOCIACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: UN TÍMIDO INTENTO DE AMPLIAR HORIZONTES <i>Henar Álvarez Cuesta</i>	633
ALGUNOS INTERROGANTES ACERCA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE PERSONAL FUNCIONARIAL Y LABORAL <i>M.^a Belén Fernández Collados</i>	653
LA NUEVA REGULACIÓN DE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS <i>Carolina Gala Durán</i>	669
ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL EMPLEADO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES LOCALES <i>María José Gómez-Millán Herencia</i>	689
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO <i>Inmaculada Marín Alonso</i>	709
INCIDENCIA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ERTZAINZA <i>María Nieves Martínez Gayoso</i>	727
LUCES Y SOMBRAS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS <i>Carlos Rodríguez Domínguez</i>	747

	<u>Págs.</u>
ESTRUCTURA NEGOCIAL: MESAS DE NEGOCIACIÓN	
<i>Mariano Treviño Pascual</i>	761
LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD	
<i>Ane Vázquez Beltrán</i>	779
 Resumen y Conclusiones	
CRÓNICA DEL CONGRESO	
<i>Ángel Arias Domínguez</i>	801

Ponencia Temática II

DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

SUMARIO:

1. DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 1.1. Introducción. 1.2. Clasificación. 1.3. Derechos individuales. 1.4. Derecho a la inamovilidad. 1.5. Derecho al desempeño, a la carrera profesional y a la promoción interna. 1.6. Derecho a percibir retribuciones e indemnizaciones por razón de servicio. 1.7. Derecho de participación e información. 1.8. Derecho a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública. 1.9. Derecho a la formación continua. 1.10. 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. 1.10.1. Intimidad y propia imagen. 1.10.2. Orientación sexual. 1.10.3. Acoso sexual. 1.10.4. Acoso moral y laboral. 1.11. Derecho a la no discriminación por nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 1.12. Derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 1.13. Derecho a la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico. 1.14. Derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. 1.15. Derecho a las vacaciones, descansos, permisos y licencias. 1.16. Derecho a la jubilación. 1.17. Derecho a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes al Régimen que le sea de aplicación. 1.18. Derecho a la libre asociación profesional. 1.19. Demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.—2. DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 2.1. Deberes de los empleados públicos. 2.2. Código de conducta.

1. DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

1.1. Introducción

El Título III de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP, bajo la rúbrica «Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos», regula, divididos en seis capítulos, un conjunto de derechos, que se reconocen, y de deberes, que se imponen, a los empleados públicos, debiendo prestarse especial atención a dicha regulación ya que no todos los derechos se reconocen de forma indiscriminada a los empleados públicos, pues algunos solo se reconoce a los funcionarios de carrera ¹ y otros se regulan de diferente manera atendiendo a si su titular es funcionario de carrera, funcionario interino o personal laboral ². Hay que tener presente asimismo que la Disposición Final Cuarta del EBEP dispone expresamente que lo establecido en los capítulos II —«Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño»— y III «Derechos retributivos»—, excepto el artículo 25.2 —«Retribuciones de los funcionarios interinos»—, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de la EBEP.

El artículo 14 EBEP no agota todos los derechos del empleado público, ya que estos pueden ser ampliados por tres vías: a) por los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico que subsisten tras la entrada en vigor del EBEP; b) por las normas de desarrollo del Estatuto y c) por la negociación colectiva.

La Exposición de Motivos del EBEP pone de relieve que, si bien por imperativo constitucional el régimen general del empleo público es

¹ El derecho a la inamovilidad [art. 14.a) EBEP].

² Los derechos retributivos aparecen regulados para los funcionarios de carrera (art. 22 a 24 EBEP), funcionarios interinos (art.25 EBEP) y personal laboral (art. 27 EBEP).

el funcionarial, hoy en día asistimos a una gradual multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas, siendo la manifestación más significativa de dicha tendencia el recurso, por parte de muchas Administraciones Públicas, a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. Esta dualidad de regímenes ha venido suscitando algunos problemas jurídicos y de gestión de personal que ha conducido a una regulación que aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto, partiendo de la innegable realidad de la creciente aproximación de las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la Administración Pública, dimanante de la negociación colectiva que se viene desarrollando en el seno de la misma, que si bien se efectúa de forma separada para uno y otro tipo de personal, ha conducido al establecimiento de condiciones de trabajo similares para ambos grupos de empleados públicos³.

En el catálogo de derechos reconocidos, junto a los ya tradicionales aparecen otros de reciente reconocimiento, como los relativos a la objetividad y transparencia de los sistemas de evaluación, a la protección frente al acoso sexual o moral y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, derechos que son comunes a todos los empleados públicos.

El EBEP ha partido de una realidad que venía gestándose desde hace años, cual es la paulatina unificación de los derechos básicos de los empleados públicos, procediendo a su reconocimiento, regulación y sistematización.

³ La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en su Exposición de Motivos pone de relieve que la necesidad de conciliación del trabajo y la familia es una condición vinculada a la nueva realidad social, por lo que es preciso abordar las correspondientes reformas legislativas procediendo a modificar los artículos 19 (excedencia por cuidado de familiares), y 20 (permiso por maternidad y paternidad de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública), y el artículo 21 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tras establecer su artículo 51.b) como criterio de actuación de las Administraciones Públicas «Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional», procede a modificar la Ley 30/1984 de 2 de agosto, en concreto 30.1 (permiso de paternidad, permiso de lactancia, permiso por nacimiento de hijos prematuros, reducción de jornada por cuidado de menor, por cuidado de un familiar), 30.2 (conciliación de la vida familiar y laboral), 30.3 (descanso por maternidad). Modifica asimismo la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, dando nueva redacción a los artículos 108.2 (composición equilibrada de los órganos de evaluación), 112 (permiso por maternidad, paternidad y adopción) 114 (excedencia por cuidado de hijos o familiares), 148 (situación de incapacidad temporal). Modifica el artículo 69 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero (licencia por riesgo durante el embarazo y la lactancia). Asimismo modifica el artículo 59.3 de la Ley 55/2003, del Estatuto marco del personal estatutario y el 61.2 (licencia por riesgo durante el embarazo).

1.2. Clasificación

Los derechos reconocidos a los empleados públicos aparecen divididos en el Capítulo I del Título III, en dos grandes grupos, atendiendo a la forma de ejercicio de tales derechos, a saber, derechos individuales, que aparecen recogidos en el artículo 14 —diecisiete apartados— y derechos individuales de ejercicio colectivo, enumerados en el artículo 15 —cinco apartados—.

Desde otro punto de vista pueden clasificarse en derechos de contenido no exclusivo ni predominantemente económico y derechos de contenido básicamente económico⁴. Entre los primeros podemos señalar el derecho al cargo, derechos honoríficos, derecho a la carrera administrativa y promoción profesional, derecho a vacaciones, derecho a permiso, licencias, derecho a la Seguridad Social y asistencia social. También integran esta categoría los derechos individuales ejercidos colectivamente, que aparecen relacionados en el artículo 15, derecho a la libertad sindical, a la negociación colectiva, al ejercicio de la huelga, al planteamiento de conflictos colectivos y derecho de reunión.

Atendiendo al sujeto titular del derecho podemos diferenciar entre derechos reconocidos indistintamente a todos los empleados públicos, derechos reconocidos específicamente a los funcionarios y derechos reconocidos a los trabajadores. Dentro de los primeros, tenemos el derecho a la evaluación del desempeño (art. 20), fijación en la Ley de Presupuestos de las cuantías e incrementos retributivos (art. 21), aportación a planes de pensiones o seguros colectivos (art. 29), derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional (art. 31), derecho de reunión (art. 46) y derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones (art. 47 a 51). Dentro de los segundos tenemos el derecho a la carrera profesional (art. 16 a) y 17), a las retribuciones (arts. 22 a 26), a las indemnizaciones (art. 28), a la negociación colectiva (art. 33), a la suscripción de pactos y acuerdos colectivos (art. 38), a la elección de órganos de representación (art. 39) y a la solución extrajudicial de conflictos (art. 45). Dentro del tercer grupo, como derechos reconocidos de forma específica a los trabajadores, se encuentra el derecho a la promoción profesional (art. 19), a las retribuciones (art. 27), a la negociación colectiva (art. 32) y a la jornada, permisos y vacaciones (art. 52).

Una última clasificación es la propuesta por el profesor Pastor Martínez⁵, que distingue cuatro categorías: derechos fundamentales ines-

⁴ CASTILLO BLANCO F.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Editorial Lex Nova, pp. 133 y 55.

⁵ PASTOR MARTÍNEZ, A.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Editorial La Ley, pp. 251 y ss.

pecíficos, derechos referidos al puesto de trabajo y a las funciones y tareas a desarrollar, derechos referidos a las condiciones de trabajo y empleo y derechos de seguridad social.

Los derechos fundamentales inespecíficos son aquellos que se reconocen a toda persona, no peculiares de una relación laboral, como puede ser el derecho de huelga, pudiendo incidir en el ámbito de una relación de prestación de servicios laboral o funcionarial. El artículo 14 EBEP reconoce en su apartado h) el derecho de los empleados públicos «al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral». Por su parte la letra j) del precepto reconoce el derecho «a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La letra k) reconoce el derecho «a la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico», y, por último, la letra j) reconoce el derecho «a la libre asociación profesional».

Dentro de los derechos que se refieren al puesto de trabajo y a las funciones y tareas a desarrollar encontramos los derechos reconocidos en las letras a) derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera; b) derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional; c) derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación, y e) derecho a participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar.

En el grupo de derechos referidos a las condiciones de trabajo y empleo se encuentran los reconocidos en la letra f) 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; d) derecho a percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio; g) derecho a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales preferentemente en horario laboral, j) derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; l) derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y m) derecho a las vacaciones, descansos, permisos y licencias.

En el cuarto grupo se integran los derechos de seguridad social que aparecen recogidos en el precepto en las letras n) derecho a la jubilación según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables

y o) derecho a las prestaciones de seguridad social correspondientes al régimen que les sea de aplicación.

1.3. Derechos individuales

El artículo 14 del EBEP establece un catálogo de derechos individuales que reconoce a los empleados públicos en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio.

A excepción del primero de dichos derechos, el reconocido en la letra a), en la que expresamente se señala que pertenece al funcionario de carrera, los restantes derechos aparecen reconocidos de forma indiferenciada a todos los empleados públicos si bien, como ya se adelantó, no todos ellos se ejercitan en las mismas condiciones, diferenciándose en determinados derechos la forma y condiciones de su ejercicio, atendiendo a si el titular del mismo es un funcionario o es personal laboral.

Los derechos reconocidos son los siguientes:

- a) A la inmovilidad en la condición de funcionario de carrera.
- b) Al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional.
- c) A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.
- d) A percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio.
- e) A participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar.
- f) 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.
- g) A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral.
- h) Al respeto de sus intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.

- i) A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- j) A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida persona, familiar y laboral.
- k) A la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico.
- l) A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- m) A las vacaciones, descansos, permisos y licencias.
- n) A la jubilación según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables.
- o) A las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación.
- p) A la libre asociación profesional.
- q) A los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Los empleados públicos tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva:

- a) A la libertad sindical.
- b) A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- c) Al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.
- d) Al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso.
- e) Al de reunión, en los términos establecidos en el artículo 46 de este Estatuto.

A continuación procedemos al examen detallado de cada uno de los derechos individuales.

1.4. Derecho a la inamovilidad

El derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera es el primero de los derechos que aparece reconocido en el artículo 14 de la EBEP.

En la regulación anterior, aparecía reconocido de forma más limitada pues el artículo 63.2 de la LFCE disponía que «El Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia, así como todos los derechos inherentes al mismo que en esta ley se establece», por lo que supeditaba el derecho a la inamovilidad a las necesidades del servicio.

De la redacción del artículo 14 a) del EBEP no resulta condicionante alguno en el derecho a la inamovilidad de los funcionarios de carrera, apareciendo una limitación en el artículo 80.2 que permite por necesidades del servicio o funcionales de la administración, de manera motivada, trasladar a sus funcionarios a unidades, departamentos y organismos o entidades distintas a las de su destino. Por motivos excepcionales el traslado puede suponer cambio de lugar de residencia. El artículo 82 reconoce el carácter de traslado forzoso a la movilidad por razón de violencia de género.

En todo caso, el derecho a la inamovilidad está limitado por la posibilidad de que el funcionario no supere la evaluación del desempeño (art. 20), o sea suspendido de sus funciones (art. 90), o pierda la relación de servicio (art. 63).

La inamovilidad se reconoce exclusivamente a los funcionarios de carrera, no extendiéndose dicho derecho ni a los funcionarios interinos ni al personal laboral. A este respecto conviene recordar que del personal laboral se predica la posibilidad de su movilidad, si bien sometida a ciertos requisitos, regulándose en el ET, la movilidad funcional (art. 39) e, incluso, la geográfica y los desplazamientos temporales (art. 40).

La inamovilidad no debe contemplarse como un privilegio corporativo, tal como se cuida de señalar la Exposición de Motivos del EBEP, sino como la garantía mas importante de imparcialidad del funcionario. La inamovilidad blindará al funcionario frente a posibles injerencias arbitrarias del poder político de sus superiores.

1.5. Derecho al desempeño, a la carrera profesional y a la promoción interna

El apartado b) del artículo 14 reconoce el derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de la condición de empleado público, de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional, estableciendo la letra c) el derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna, según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, mediante la implantación de sistemas

objetivos y transparentes de evaluación. El desarrollo de estos derechos aparece en los artículos 16 a 20 del EBEP.

El EBEP establece unas líneas maestras respecto a la carrera profesional, correspondiendo a las distintas administraciones fijar la estructura concreta que la misma va a adoptar en su seno. Los preceptos que el EBEP dedica a esta cuestión contienen principios y posibilidades que se brindan a las distintas Administraciones por lo que hasta que estas no procedan a su regulación no es posible aplicarlos. Consciente de esta dificultad la Disposición Final Cuarta del EBEP establece que el Capítulo II —«Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. Evaluación del desempeño»— producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto. Por su parte, los artículos 16.3, 17 y 18.3 expresamente se refieren a las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto, aludiendo el artículo 16.3 a que dichas leyes regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito, el 17 a que las citadas leyes podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios y el 18.3 a que las citadas leyes articularán los sistemas para realizar la promoción interna, pudiendo determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera.

Con esta regulación el EBEP pretende respetar escrupulosamente las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, así como la autonomía organizativa de éstas y de las Administraciones locales.

Los principios de igualdad, mérito y capacidad, tradicionalmente presentes en el acceso al empleo público, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103.2 de la Constitución, se extiende también al derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna, a través de la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.

El artículo 16.1 reconoce el derecho de los funcionarios de carrera a la promoción profesional.

En el apartado 2 define la carrera profesional como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El precepto insta a las Administraciones Públicas a promover la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera.

Como ya habíamos adelantado la norma reserva a las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto, la regulación de la carrera profesional aplicable en cada ámbito, fijando las modalidades de carrera profesional. Se permite a las futuras leyes de Función Pública

la opción por una de las modalidades contenidas en el artículo 16, pudiendo proceder a la aplicación aislada o simultánea de las mismas.

Las modalidades son cuatro:

— Carrera horizontal: Consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

El artículo 17 establece una serie de reglas para la determinación de dichos grados, escalones o categorías en las futuras leyes de la Función Pública.

Dichas reglas son las siguientes:

a) Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso, fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad.

b) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida.

Hay que tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 20.3, las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional. Por su parte el artículo 24, que regula las retribuciones complementarias, dispone que para la fijación de las mismas en las correspondientes leyes la Administración Pública atenderá, entre otros factores, a la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.

— Carrera vertical: Consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el Capítulo III del Título V del Estatuto. Dicho Capítulo regula la provisión de puestos de trabajo o la movilidad.

— Promoción interna vertical: consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga subgrupo, a otro superior.

— Promoción interna horizontal: Consiste en el acceso a cuerpos y escalas del mismo subgrupo profesional.

El artículo 18 señala la forma de llevar a cabo la promoción interna, disponiendo que la misma se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los contemplados en el artículo 55.2

del Estatuto —establece los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad, profesionalidad, independencia, discrecionalidad técnica, adecuación y agilidad—.

Para la promoción interna se requiere que los funcionarios posean los requisitos exigidos para el ingreso, que tengan una antigüedad de, al menos dos años de servicio activo en el inferior subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga subgrupo, y superen las correspondientes pruebas selectivas.

Se insta a las Administraciones Públicas a adoptar medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional.

Serán las futuras leyes de Función Pública las que determinen los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo subgrupo.

Señala el artículo 16.4 que los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito.

Se reconoce el derecho del personal laboral a la promoción profesional. En cuanto a la forma de llevar a efecto la misma y la carrera profesional el artículo 19 remite a los procedimientos previstos en el ET o en los Convenios Colectivos.

Resta por analizar la evaluación del desempeño que es calificada por la propia ley, en su Exposición de Motivos, como elemento fundamental de la nueva regulación del EBEP. Aparece por primera vez regulada en una norma aplicable a todos los empleados públicos, novedad que ha sido aplaudida por algún sector de la doctrina que considera que cualquier sistema de evaluación es mejor, a la media y a la larga, que su no existencia ⁶.

Asimismo se ha valorado como «una oportunidad de mejora que beneficiará a los ciudadanos y a los propios empleados públicos» ⁷.

La evaluación del desempeño introduce un factor de motivación personal y de control interno, permitiendo poner en relación las oportunidades de promoción y, en su caso, de compensación económica, con la forma en la que el empleado realiza sus funciones, ya que resulta injusto e ineficaz que se otorgue el mismo trato a todos los em-

⁶ PALOMAR OLMEDA, A.: *Comentarios a la Ley del Estatuto del Empleado Público*. Editorial Lex Nova, p. 223 y ss.

⁷ MOGUER PORTERO, M.^a C.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Editorial La Ley, p. 121.

pleados públicos, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio.

El artículo 20 contiene un mandato dirigido a todas las Administraciones Públicas, consistente en que han de establecer sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados.

Tal y como resulta de dicho artículo la evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro del resultado.

La norma no establece el sistema a seguir, limitándose a establecer en el apartado 2 los criterios que han de inspirar estos futuros sistemas, que serán fijados en las normas de desarrollo.

Dichos criterios son los siguientes:

— **Transparencia:** supone que tanto el sistema de evaluación como el resultado de la misma han de poder ser conocidos por los interesados, es decir, que la información acerca de tales datos sea total tanto para el empleado público individual —ha de conocer cómo, cuándo, por quién y bajo qué criterios va a ser evaluado así como el resultado y motivos de la evaluación—, como para el colectivo de empleados —ha de darse a conocer públicamente el resultado de la evaluación—.

— **Objetividad:** Ha de procederse a evaluar con criterios objetivos, huyendo del subjetivismo que puede arrojar resultados injustos. No obstante, el elemento humano presente en la evaluación hace imposible que en ésta no intervenga cierta dosis de subjetividad presente en toda valoración.

— **Imparcialidad:** Intimamente relacionada con la objetividad está el criterio de imparcialidad que supone que ningún elemento extraño a los datos, conductas, resultados u objetivos que se evalúan ha de ser tenido en cuenta para fijar el resultado de la evaluación.

— **No discriminación:** Este principio de rango constitucional, ha de ser respetado en la evaluación y supone que no ha de tratarse de forma diferente dos situaciones iguales.

La evaluación del desempeño puede influir en distintos derechos del empleado público, en concreto, en los siguiente:

— La carrera profesional horizontal, a tenor de lo previsto en el artículo 20.3 y 17.b) del EBEP.

— La formación.

— La provisión del puesto de trabajo.

— Las retribuciones complementarias, en virtud de lo previsto en el artículo 20.3 y 24.c) EBEP.

— La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso, tal como resulta de la regulación del artículo 20.4 del EBEP.

El artículo 20 deja en libertad a las Administraciones Públicas para que respetando los criterios anteriormente señalados, establezcan los sistemas de evaluación que tengan por conveniente.

Existen, sin embargo, unas normas mínimas en el sistema de evaluación que han de ser respetadas cuando la evaluación proyecta sus efectos sobre las retribuciones complementarias derivadas del apartado c) del artículo 24 del EBEP y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento del concurso. En ambos supuestos se requiere la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño, de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 20.

1.6. Derecho a percibir retribuciones e indemnizaciones por razón de servicio

El primero de dichos preceptos —art. 21—, común a todos los empleados públicos, señala que la cuantía 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.

El apartado 2 de dicho artículo establece un límite al incremento retributivo, con independencia de la Administración de la que dependa el empleado público y es que el mismo no podrá suponer un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal.

A continuación se establece la estructura de las retribuciones de los funcionarios (arts. 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28) y del personal laboral (art. 27), consagrando, además dos preceptos comunes a todos los empleados públicos, los artículos 29 y 30.

Las retribuciones de los funcionarios de carrera se clasifican en básicas y complementarias.

Las retribuciones básicas retribuyen al funcionario según la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga subgrupo, y por su antigüedad en el mismo.

Se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Dentro de las mismas están comprendidas:

— El sueldo asignado a cada subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que no tenga subgrupo.

— Los trienios, que consisten en una cantidad, que será igual para subgrupo, o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga subgrupo, por cada tres años de servicio.

Las retribuciones complementarias son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario. La cuantía y estructura de las mismas se establecerá por las correspondientes leyes de cada Administración Pública, atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:

— La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de la carrera administrativa.

— La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.

— El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.

— Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

A estas retribuciones hay que añadir dos pagas extraordinarias, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquellas a las que se refieren los apartados c) y d) del artículo 24.

Respecto a las retribuciones de los funcionarios interinos hay que señalar que la especialidad consiste en que no perciben la parte de retribución complementaria que se fija atendiendo a la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera profesional, ya que la misma está reservada a los funcionarios de carrera, en virtud de lo establecido en el artículo 16.1. Se les reconocen los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del EBEP, que tendrán efectos retributivos a partir de la entrada en vigor del citado Estatuto.

En cuanto a los funcionarios en prácticas, se deja en libertad a las Administraciones Públicas para que determinen sus retribuciones, con la limitación del mínimo que fija. En efecto, las mismas no pueden ser inferiores a las correspondientes a las del sueldo del subgrupo o grupo, en el supuesto de que éste no tenga subgrupo en el que aspiren a ingresar.

Hay una prohibición respecto a las retribuciones de los funcionarios y es que no podrán percibirse participación en tributos o en cualquier ingreso de las Administraciones Públicas como contraprestación de cualquier servicio, participación o premio en multas impuestas, aún cuando estuviesen normativamente atribuidas a los servicios.

La retribución del personal laboral se determinará de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo. Existe asimismo un límite, que es el fijado en el artículo 21.2, que impide que se acuerden 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.

Se reconoce a los empleados públicos la posibilidad de percibir retribuciones diferidas, pudiendo las Administraciones Públicas destinar cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado para financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos, que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación para el personal incluido en su ámbito, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones.

Se regula par todos los empleados públicos la deducción de retribuciones que será proporcional a la parte de jornada no realizada y que no tendrá carácter sancionador.

Asimismo se dispone que quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esta situación, sin que dicha deducción tenga carácter de sanción ni afecte al régimen respectivo de las prestaciones sociales.

La Disposición Final Cuarta del EBEP dispone que lo establecido en el Capítulo III del Título III —«Derechos retributivos»—, excepto lo previsto en el artículo 25.2 —trienios— producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública, que se dicten en desarrollo del Estatuto.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 ha procedido a fijar las cuantías de las retribuciones para dicho ejercicio correspondientes, entre otros, a los funcionarios, habiendo dictado el Ministerio de Economía y Hacienda una resolución el 2 de enero de 2008 (BOE 3-01-08) para facilitar la confección de las nóminas de dicho personal, así como las del personal laboral, teniendo en cuenta las previsiones aplicables del II Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración del Estado (BOE 14-10-06).

1.7. Derecho de participación e información

En lógica correspondencia con el deber impuesto a los empleados públicos de desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas, se les reconoce el derecho a ser informados por sus superiores de las tareas a desarrollar, pues difícilmente puede exigirse que cumpla una tarea a quién no se le ha informado previamente de la tarea que se le ha asignado.

Asimismo tienen derecho a participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde presten sus servicios.

Hay que tener presente que la trayectoria, actuación profesional, calidad de los trabajos realizados, conocimientos adquiridos y el resultado de la valoración del desempeño serán tenidos en cuenta para la carrera horizontal de los funcionarios de carrera y pueden tener influencia en sus retribuciones complementarias.

Respecto al personal laboral hay que señalar que en ocasiones la retribución y ascensos aparecen vinculadas a la obtención de unos determinados objetivos.

1.8. Derecho a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública

Como antecedente de este derecho, podemos citar el artículo 63.1 de la LFCE que disponía que «El Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos». En la nueva regulación se alude al «ejercicio legítimo» de las funciones o cargos públicos.

El derecho comprende la defensa jurídica, a través de los servicios jurídicos de la Administración o a través de servicios externos y la cobertura de responsabilidad frente a terceros en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de las funciones o cargos públicos del empleado público.

1.9. Derecho a la formación continua

Se reconoce a los empleados públicos el derecho a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales.

Paralelamente se impone a los empleados públicos el deber de mantener actualizada su formación y cualificación (art. 54.8).

Los criterios generales de los planes y fondos para la formación han de ser negociados con la representación de los empleados públicos (art. 37.f).

Desde 1994 se vienen suscribiendo Acuerdos Administración-Sindicatos para la formación continua, a raíz del Acuerdo suscrito el 15 de septiembre de 1994. La Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas, firmada el 21 de septiembre de 2004 por las Organizaciones Sindicales CCOO, UGT y CSI-CSIF con el Ministerio de Administraciones Públicas, estableció la voluntad al impulsar y fomentar la formación continua vinculándola a la promoción, carrera profesional y adecuación de los perfiles profesionales a las nuevas necesidades de las Administraciones Públicas.

Se ha suscrito el IV Acuerdo Nacional de Formación Continua, con entrada en vigor el 1 de enero de 2006 y duración de cuatro años, aplicable en el ámbito de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local, para el conjunto de empleados que en ellas prestan servicios.

Se señala un contenido mínimo de los planes de formación, se prevé que los cursos de formación puedan tener lugar en todo o en parte en horario de trabajo, supeditado a las necesidades del servicio, debiendo darse conocimiento a la Administración con una antelación mínima de diez días.

El EBEP dispone que la formación continua y la actualización permanente se realicen preferentemente en horario laboral.

1.10. 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

El artículo 14.h) reconoce un conjunto de derechos de corte constitucional que pasamos a examinar separadamente, dada la diversidad de los mismos.

1.10.1. Intimidad y propia imagen

El artículo 18.1 de la Constitución regula el derecho a la intimidad configurándolo de la siguiente manera:

«Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ha desarrollado el precepto constitucional, de conformidad con el artículo 81.1 de la Constitución. Estos derechos han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, por lo que son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

El concepto de intimidad no aparece definido ni en la Constitución, ni en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, constituyendo un concepto jurídico indeterminado. La Ley Orgánica 1/1982, parece apuntar a dos parámetros que deben tenerse en cuenta para configurarlo, uno de carácter objetivo, que viene establecido por las leyes y por los usos sociales y el otro, puramente subjetivo, que es el ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí o para su familia.

El Tribunal Constitucional parece concebir el concepto atendiendo primordialmente a un punto de vista negativo ⁸.

Hay que poner de relieve que el derecho a la intimidad del empleado público no sólo es predicable del tiempo en el que mantiene la prestación de sus servicios con la Administración sino también en el estadio anterior, en el momento del acceso al empleo.

Se plantea la cuestión de qué límites tiene la actividad de la Administración respecto a una persona que aspira a ser empleado público, en la fase previa a la adquisición de dicha condición, es decir, hasta dónde puede alcanzar la averiguación de datos. El artículo 55 del EBEP fija los principios rectores que han de respetar las Administraciones Públicas en los procesos de selección de su personal, debiendo ser cohonestado dicho precepto con los artículos 14 y 18 de la Constitución, de donde resulta que existen dos bloques de límites a la actividad de la administración en este estadio previo de la relación con el que puede ser empleado público, un primer bloque, de carácter absoluto, que son los datos cuya indagación está vedada a la Administración y un segundo bloque, de carácter más limitado, que se reduciría a fijar la utilización que por parte de la Administración puede realizarse de los datos obtenidos.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982 señala que «No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto el consentimiento expreso». Por lo tanto, si el futuro empleado público presta su consentimiento expreso, la Administración puede averiguar datos relativos a su vida personal, familiar, ideas, religión...

⁸ STC 142/93, de 22 de abril, STC 202/99, de 8 de noviembre.

Los datos que habitualmente suelen recabarse del futuro empleado son los siguientes:

— El estado civil: Dato que es irrelevante para la prestación y cuyo conocimiento, en ocasiones, puede conducir a la discriminación del futuro empleado (no contratación de mujeres casadas, embarazadas...), discriminación expresamente prohibida por el artículo 4.2.c) del ET.

— La edad: Es asimismo un dato irrelevante, excepto en la exigencia de que el futuro empleado se encuentre en la franja en la que puede prestar servicios —dieciséis años y no exceder de la edad máxima de jubilación forzosa—. Está prohibida la discriminación por razón de edad en el artículo 14.i) del EBEP y en el 4.2.c) del ET.

— Ideología o creencias: Es asimismo un dato irrelevante, estando prohibida la discriminación por razón de religión o convicciones, tanto en la Constitución como en el artículo 14.1 del EBEP y 4.2.c) del ET.

— La afiliación sindical: Al no tener relevancia alguna la ideología sindical en cuanto al desempeño de sus tareas por el futuro empleado público, la Administración no puede realizar averiguación alguna acerca de la misma, ya que ello supondría invadir la esfera de su intimidad. El Tribunal Constitucional en Sentencia 292/93, de 18 de octubre, ha establecido que «La revelación de la afiliación sindical es un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales». El artículo 4.2.c) prohíbe la discriminación de los trabajadores por su pertenencia o no a un sindicato.

— Otras circunstancias: Pueden ser muy variadas, como las que se refieren a averiguación acerca de los pasatiempos del trabajador, ocio, tiempo libre, relaciones sociales, situación patrimonial, antecedentes penales, salud...

Hay que poner de relieve que hay una circunstancia que si debe conocer la Administración, es si el aspirante ha sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas, órganos constitucionales o estatutarios o se halla inhabilitado para empleos o cargos públicos por resolución judicial, pues en ese caso no puede participar en los procesos selectivos, a tenor del artículo 56.1.d) EBEP.

Respecto al conocimiento por parte de la Administración de datos acerca de la salud del futuro empleado público hay que tener presente que, si bien es un dato que afecta a su intimidad, en ocasiones es obligatorio su conocimiento por parte de la Administración. En este sentido ha de tenerse en cuenta las previsiones de los artículos 196 y 197 LGSS, artículos 22, 25.1 y 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, LPRL.

El artículo 22.2 de la LPRL señala que la vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevará a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

En cuanto a los datos de que disponga la Administración de los que han sido aspirantes a empleados públicos únicamente puede disponer de aquellos que no vulneren la intimidad de la persona.

Una cuestión especialmente relevante es la relativa al tratamiento, automatizado de datos, estableciendo el artículo 18.4 de la Constitución que «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Dicho precepto ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 15/1997, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, teniendo un Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de los datos contenidos en ficheros automatizados ⁹, señalando que «la libertad informática» es el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención».

Una vez adquirida la condición de empleado público, el respeto a su intimidad supone, además de la restricción de la injerencia de la Administración en todos los aspectos que hemos señalado respecto al momento de acceso al empleo, otra serie de limitaciones.

Respecto a los trabajadores el ET señala en su artículo 18 la inviolabilidad de la persona del trabajador, prohibiendo los registros sobre la persona del trabajador, taquilla y efectos personales, precepto que será de aplicación al empleado público unido a la Administración por una relación laboral.

Asimismo resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 20 ET, que permite al empleador adoptar medidas para la vigilancia y control y para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, debiendo guardar en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.

Se plantean múltiples problemas, aplicables a la Administración, tanto respecto a los funcionarios como al personal laboral, en cuanto al control de la utilización por los empleados del correo electrónico, INTERNET, utilización del ordenador, cámaras de videovigilancia, ha-

⁹ STC 202/99, de 8 de noviembre.

biendo tenido ocasión el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre los mismos ¹⁰.

En cuanto al derecho del trabajador respecto a su propia imagen, hay que señalar que es un derecho constitucionalmente reconocido —art. 18.1 de la Constitución— que presenta dos vertientes, una el derecho a presentar un determinado aspecto externo, en cuanto a forma de vestir, peinados, maquillajes, y otra el derecho a que el empleador no utilice la imagen de los empleados a su servicio con fines publicitarios o análogos. El Tribunal Constitucional ha abordado ambas cuestiones ¹¹.

1.10.2. Orientación sexual

La Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, dispuso que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en la orientación sexual. En su artículo 2.3 señala que el acoso constituirá discriminación cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con la orientación sexual de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio hostil, degradante, humillante u ofensivo.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social estableció en su artículo 27.1 que el objeto del Capítulo III es establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de, entre otros motivos, orientación sexual, señalando que dicho capítulo será de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como en el privado, por lo que resulta de aplicación a los empleados de la Administración Pública.

El artículo 18 define el principio de igualdad de trato, la discriminación directa, la indirecta y el acoso por razón de orientación sexual.

Dicha norma procedió a modificar el artículo 4.2.e) ET estableciendo como derecho de los trabajadores el derecho a la protección frente al acoso por razón de orientación sexual.

Asimismo modificó el artículo 54 g) de dicha norma estableciendo como justa causa de despido el acoso por razón de orientación sexual.

¹⁰ STC 98/2000, de 10 de abril; STC 66/1995, de 8 de mayo; STC 55/1996, de 28 de marzo; STC 207/96, de 16 de diciembre; STC 371/1998, de 17 de febrero; STC 186/2000, de 10 de julio; STC 281/2005, de 7 de noviembre. STC, Sala IV, 25-11-01, Rec. 1142/01; 28-03, Rec. 81/02; 2-12-03, Rec. 52/03; 26-09-07 Rec. 966/06.

¹¹ STC 170/1987, de 30 de octubre; STC 77/1994, de 11 de abril.

La Ley 62/2003, no procedió a introducir el concepto de discriminación y acoso por razón de orientación sexual en las normas reguladoras de la función pública, apareciendo en el EBEP, por lo que habremos de acudir a las definiciones contenidas en la Ley 62/2003.

1.10.3. Acoso sexual

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, publicada en el BOE unos días antes que la Ley 7/2007 del EBEP, procede a trasponer al derecho interno la Directiva 2002/73/CE, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

En su artículo 7.1 se formula una definición del acoso sexual y del acoso por razón de sexo que guarda gran similitud con la contenida en la precitada Directiva 2002/73/CE.

Comienza por definir el acoso sexual, señalando que lo constituye, a efectos de la ley y sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Hay que señalar que, esta definición del acoso es de aplicación en el ámbito de la Administración Pública, pues la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, señala en su artículo 2.2. que las obligaciones establecidas en la Ley serán de aplicación a toda persona física o jurídica.

Los actos constitutivos de acoso pueden ser muy variados desde miradas o insinuaciones, hasta la forma más grave que es la agresión sexual. Los actos han de tener naturaleza sexual, es decir, han de ser de carácter libidinoso.

Para que estemos en presencia de actos de acoso no es preciso que concurra la intencionalidad del agresor de provocarlo, pues es suficiente con que produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de una persona.

El acoso sexual atenta a la dignidad de las personas y a su intimidad, por lo que supone la vulneración de un derecho fundamental.

El acoso sexual puede provenir de un superior, de un compañero de trabajo, de un tercero o de un tercero ajeno a la Administración pero relacionado por el trabajo.

El precitado artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007 en su apartado 2 define el acoso por razón de sexo como cualquier comportamiento realizado en función de sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

El acoso por razón de sexo supone un determinado comportamiento realizado, no en función del sexo de una persona, no de carácter sexual, sino en virtud de los estereotipos sociales asociados a un determinado sexo.

Los comportamientos constitutivos de acoso por razón de sexo también pueden ser muy variados, como establecer categorías profesionales en las que trabajan sólo mujeres, peor remuneradas que otras típicas de trabajadores varones en los que se realiza un trabajo equivalente; ascender únicamente a los trabajadores varones, no permitir a las trabajadoras participar en acciones de formación, no promocionarlas, etc.

Tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo se consideran discriminatorios, en virtud de lo establecido en el artículo 7.3.4 de la Ley Orgánica 3/2007, el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo.

El artículo 62 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, dispone que para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo las Administraciones Públicas negociarán con la representación legal de los trabajadores y las trabajadoras un protocolo de actuación.

El citado protocolo comprenderá, al menos, los siguientes principios:

— El compromiso de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

— La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

— El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.

— La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

1.10.4. Acoso moral y laboral

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, acogiendo el concepto de Leyman siguiendo el modelo de la ordenanza sueca ofrece una definición del mismo, considerando hostigamiento psicológico en el trabajo o *mobbing* como aquella situación en que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos una vez a la semana) y de forma prolongada (al menos seis meses), sobre otra persona, en el lugar de trabajo.

Aunque no tenemos una regulación en nuestro ordenamiento positivo, pues las existentes definen el acoso en relación con la discriminación por razón de raza, religión, convicciones..., ello no impide que podamos definir el concepto, partiendo fundamentalmente de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales en los ámbitos de la jurisdicción social y de la contencioso-administrativa.

Hay que señalar que la mayor parte de las sentencias que inicialmente han abordado esta materia, han comenzado a elaborar una tipificación jurídica del concepto de acoso moral, muy marcada por nociones propias de la psicología, de la psiquiatría y de la medicina del trabajo, centrándose más en los aspectos de prevención de riesgos laborales que en la afectación de esta conducta a los derechos fundamentales y laborales del trabajador. Ello obedece a que los primeros casos de *mobbing* que han llegado a los tribunales, han tenido como eje central el daño psicológico grave producido por el acosador al trabajador afectado y ha sido esencial la prueba pericial psicológica que ese daño ha causado a la salud mental de la víctima.

Aunque, como luego examinaremos, hay dos corrientes doctrinales en torno al concepto de *mobbing*, ambas coinciden en la identificación de cuatro elementos de hecho como definitorios de la conducta de acoso laboral, a saber, violencia o maltrato psicológico prolongado en el tiempo y finalidad de dañar psíquica o moralmente al trabajador para marginarlo de su entorno laboral.

— Primer elemento: violencia o maltrato psicológico.

El acoso es una conducta de hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o conjunto de personas.

No hay que confundirlo con una mera situación de tensión en el trabajo o mal clima laboral, tampoco concurre ese elemento por el hecho de que se adopten por parte del empleador determinadas decisiones que vulneren derechos laborales del trabajador, tales como traslado de puesto de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, cambio de funciones, etc., movilidad geográfica, traslados, etc. Estas actuaciones

empresariales, aunque sean declaradas como no ajustadas a derecho, no constituyen por sí solas maltrato psicológico.

En efecto, para que concurra este primer elemento, es necesario que la víctima sea objeto de un conjunto de actuaciones que configuran, en su conjunto, un panorama de maltrato psíquico o moral, una denigración o vejación del trabajador.

Se requiere una conducta continuada del empleador, debiendo decidirse en cada caso concreto, a la vista de los hechos acaecidos, si existe violencia psicológica o se trata simplemente de un acto del empresario, que posteriormente se declara no ajustado a derecho por los tribunales.

La violencia puede manifestarse de distintas formas, consistiendo básicamente en acciones tendentes a aislar al empleado de su ámbito laboral, privándole de trabajo efectivo, o asignándole tareas excesivas, o manifestamente imposibles de realizar, para agobiarlo, desacreditando al trabajador como inútil o incompetente, impidiéndole la comunicación con sus compañeros de trabajo, privándole de los medios de trabajo, deteriorando su entorno físico, como mantenerle en una estancia inadecuada y aislada del resto, etc.

— Segundo elemento: carácter intenso de la violencia psicológica.

Se viene exigiendo, para determinar la existencia de acoso moral, que la situación de violencia sea grave, llegando a utilizarse los términos de violencia intensa o extrema, lo que quiere decir que, para calificar una conducta como acoso moral, no basta que exista una violencia psicológica leve o menor, incapaz por sí misma de provocar daño en una persona normal, sino que se requiere que el hostigamiento tenga un alto grado de intensidad.

Será el Juez, el que habrá de valorar si se da la nota de «intensidad» en la violencia psicológica.

En caso de que no concurra tal intensidad y la persona resulte afectada, la patología tendría que ver mas con la propia personalidad del afectado que con la real hostilidad del entorno laboral.

— Tercer elemento: Prolongada en el tiempo.

Significa que no basta con que la violencia se manifieste como un mero episodio aislado y se produzca en un momento muy concreto o de forma muy esporádica. Para que se aprecie la existencia de acoso es preciso que el hostigamiento intenso o extremo tenga una determinada duración, que el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene y el profesor Leyman cifran en seis meses.

Este plazo ha de ser interpretado de forma flexible, ya que lo importante es la idea de una continuidad en la violencia, ordenada a un fin determinado: la destrucción psicológica o moral del trabajador.

— Cuarto elemento: Que tenga como finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador, para marginarlo de su entorno laboral.

Este elemento es el que sirve de nexo o hilo conductor, dotando de entidad y sustantividad propias al conjunto de actos aislados y espaciados en el tiempo, que integran la conducta de acoso.

Hay que tener en cuenta que la intencionalidad puede ser un elemento plenamente consciente y premeditado o puede existir de forma larvada, bajo formas de rechazo y hostilidad hacia la víctima que el propio acosador puede no racionalizar conscientemente, pero que pueden manifestar de forma mas o menos subconsciente la intencionalidad oculta de alejar a la víctima de su entorno de trabajo.

Estos cuatro elementos son apreciados, como descriptivos del acoso, en todos los estadios de la cuestión.

— Existe un quinto elemento en el que discrepan los autores y la jurisprudencia, a la hora de construir el concepto de acoso.

Se trata de si es exigible o no que se produzcan daños psíquicos en el trabajador afectado. Mientras la mayor parte de las sentencias que se han ocupado de la cuestión examinan la concurrencia de este quinto elemento, como imprescindible para entender que ha existido acoso laboral, pues todas ellas parten de la situación más o menos prolongada de incapacidad temporal en la que ha permanecido el trabajador, debido al daño psíquico sufrido (depresión, crisis de angustia, etc.) hay un grupo de estudiosos del tema que entienden que no es preciso que se produzca el resultado dañoso, el daño psíquico del trabajador, sino que es suficiente con que concurren los cuatro elementos que anteriormente hemos descrito como constitutivos de acoso moral.

Los partidarios de la primera teoría suelen distinguir entre acoso simple y acoso moral, siendo este último el que causa daño psíquico a la víctima. En ambos casos existe un atentado a la dignidad del trabajador, pero sólo en el segundo supuesto se produce un atentado contra la integridad moral.

Estos autores identifican integridad moral (a la que alude el art. 15.1 de la Constitución) con integridad psíquica o salud mental.

Para el segundo grupo de autores es suficiente con que se den las cuatro primeras notas definidoras del acoso moral, entendiendo que, aunque no existan daños psíquicos, la víctima del *mobbing* padece objetivamente una situación de vulneración continuada de sus derechos

fundamentales y sufre un dolor moral que vulnera su derecho a la integridad moral, consagrado en el artículo 15 de la Constitución.

Entiende este grupo de autores que debe avanzarse hacia una definición de acoso moral que ponga el acento más en el derecho a la dignidad del trabajador que en el daño a su salud mental, en el derecho a no ser denigrado, a que su dignidad no sea escarnecida de forma grave y prolongada.

Partiendo de estas premisas, se definiría el acoso moral como toda conducta de vulneración grave y prolongada de la dignidad del trabajador en la empresa, con el propósito de expulsar a la víctima del lugar de trabajo o dejarla marginada dentro de este ámbito, a través de la degradación grave de sus condiciones laborales.

El citado concepto de acoso moral parte de la distinción entre el daño a la integridad o salud psíquica, por un lado, y el daño moral, por otro, entendiendo que el atentado contra la integridad moral del trabajador se produce, no sólo cuando concurre daño psíquico, que afecte a la salud mental del trabajador, sino también cuando la persona afectada por el hostigamiento presenta dolor moral intenso, consecuencia de la vejación y denigración de que es objeto, pues esto constituye también un daño en su integridad moral.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos identifica el daño moral, no con la lesión psíquica, sino con la angustia, la tristeza y el dolor.

El acoso laboral puede originar trastornos de la salud, como ansiedad, angustia, depresión. El artículo 14.2 LPRL impone al empleador el deber de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, por lo que la Administración deberá adoptar las oportunas medidas para evitar el acoso laboral. La Inspección de Trabajo tiene competencia respecto a los incumplimientos de la Administración en esta materia, a tenor del Real Decreto 707/2002, de 19 de junio, estando reguladas las sanciones por incumplimiento en el artículo 45.1 de la LPRL.

Las sanciones a las Administraciones Públicas no son de carácter pecuniario, estando prevista la imposición de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 45 LPRL.

Tal procedimiento en esencia, consiste en: a) Inicio del procedimiento por la Inspección de Trabajo, por orden superior, por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal. b) Requerimiento de la Inspección sobre las medidas a adoptar y plazo de ejecución; 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.

1.11. Derecho a la no discriminación por nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social

Con la proclamación expresa de este principio el artículo 14.i) recoge la amplia jurisprudencia en torno a la aplicación y respeto de los derechos fundamentales, emanada del Tribunal Constitucional, así como el contenido de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Asimismo recoge la regulación contenida en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en especial en el Título V que regula el principio de igualdad en el empleo público.

1.12. Derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Al reconocer este derecho el artículo 14.j) del EBEP recoge el criterio de actuación de las Administraciones Públicas plasmado en el artículo 51.b) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que dispone que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad, deberán facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

Tal criterio aparece recogido en los artículos 56, 57, 58 y 59 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que dispone que en la Administración Pública se establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Para dar cumplimiento a tales previsiones la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, ha procedido a modificar la Ley 30/1984, de 2 de

agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (arts. 29 y 30), el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (art. 69) y la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (arts. 59 y 61).

En el EBEP se consagra el artículo 49 a los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

1.13. Derecho a la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico

El artículo 14.k) del EBEP recoge el principio consagrado en el artículo 20 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de supuestos acerca del alcance de este principio en relación con los funcionarios públicos y los límites de la misma ¹².

Asimismo se ha pronunciado respecto a los límites de la libertad de expresión de los trabajadores que prestan servicios en las denominadas empresas ideológicas o de tendencias ¹³.

1.14. Derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo

El artículo 14.l) del EBEP recoge las previsiones de la LPRL, aplicable en el ámbito de la Administración Pública, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LPRL.

Los empleados públicos, al igual que cualquier trabajador tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, imponiéndose el paralelo deber de prestar dicha protección pues, tal como señala el artículo 14.3, párrafo 3.º de la LPRL: «Este deber de protección constituye igualmente un deber de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio. En cumplimiento de dicho deber la Administración deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su juicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo».

Resulta así de aplicación a la Administración todas las disposiciones contenidas en la LPRL. Sin embargo, dicha norma no agota toda

¹² STC 81/1983, de 10 de octubre; STC 202/1997 de 25 de noviembre.

¹³ STC 106/1996, de 12 de junio.

la regulación preventiva ya que la misma se integra también por las disposiciones de desarrollo o complementarias de la LPRL, así como cuantas otras normas legales o convencionales contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito, tal como establece el artículo 1 de la LPRL. Entre estas normas hay que destacar las normas técnicas.

1.15. Derecho a las vacaciones, descansos, permisos y licencias

Esta materia aparece regulada en los artículo 47 a 51 del EBEP.

Los cuatro primeros preceptos se consagran a los funcionarios públicos y el último al personal laboral, limitándose el precepto a señalar que en esa materia se estará a lo establecido en el EBEP y en la legislación laboral correspondiente.

El artículo 48 regula los permisos con carácter subsidiario, para el supuesto que no estén fijados por la Administración correspondiente.

El artículo 49 está consagrado a los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género, recogiendo así los mandatos contenidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El artículo 50 del EBEP se limita a establecer el derecho de los funcionarios a disfrutar como mínimo durante cada año natural de unas vacaciones retribuidas de 22 días hábiles o de los días que correspondan proporcionalmente, si el tiempo de servicios durante el año fue menor.

El artículo 47 está consagrado a la jornada de los funcionarios públicos disponiendo el precepto que tanto la jornada general como las especiales serán fijadas por la Administración y que la misma podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial.

1.16. Derecho a la jubilación

Este derecho aparece desarrollado en el artículo 67 del EBEP que establece los siguientes supuestos de jubilación:

— Voluntaria, a solicitud del funcionario, cuando reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.

— Forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida, que se ha fijado en sesenta y cinco años, pudiendo solicitarse la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumplan setenta años de edad.

— Por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala.

— Parcial, que procederá a solicitud del interesado, siempre que reúna los requisitos y condiciones establecidas en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.

1.17. Derecho a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes al Régimen que le sea de aplicación

A tenor del artículo 7.1.e) de la LGSS los funcionarios públicos civiles y militares están comprendidos en el sistema de la Seguridad Social a efectos de prestaciones.

A tenor del artículo 10.2.d) de la LGSS se consideran Regímenes Especiales los que encuadran a los funcionarios civiles y militares.

Podemos citar como normas reguladoras el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado y el Real Decreto Legislativo 4/200, de 23 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

1.18. Derecho a la libre asociación profesional

El artículo 14.p) del EBEP recoge el derecho constitucionalmente consagrado (art. 22 de la Constitución) a asociarse. Este derecho comprende el aspecto positivo de asociarse libremente a la asociación que se elija, a fundar asociaciones o a no asociarse. Están prohibidas por el artículo 22.3 de la Constitución las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

El límite al derecho a la libre asociación aparece en los supuestos en los que para el ejercicio de una determinada profesión se exige la adscripción al Colegio Profesional correspondiente, cuestión contemplada en el artículo 36 de la Constitución.

1.19. Demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico

El artículo 14.q) del EBEP contiene una cláusula de cierre que remite a los demás derechos, no incluidos en el listado de dicho precepto; que el ordenamiento jurídico reconoce a los empleados públicos.

Se evitan así los problemas que pueden surgir en los supuestos en que la norma procede a enumerar una serie de derechos, ya que puede plantearse si tal relación es meramente enunciativa o constituye un *numerus clausus*.

2. DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

2.1. Deberes de los empleados públicos

La LFCE regula en los artículos 76 a 81.g) deberes de los funcionarios, estableciendo con carácter general el artículo 81.1 que los funcionarios son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo.

El artículo 52 del EBEP señala como deberes de los empleados públicos, exigibles tanto a los funcionarios como al personal laboral, los siguientes:

- Desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas.
- Velar por los intereses generales, con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

Su actuación se regirá por los siguientes principios:

- Objetividad.
- Integridad.
- Neutralidad.
- Responsabilidad.
- Imparcialidad.
- Confidencialidad.
- Dedicación al servicio público.
- Transparencia.
- Ejemplaridad.
- Austeridad.
- Accesibilidad.

- Eficacia.
- Honradez.
- Promoción del entorno cultural y medio ambiental.
- Respeto a la igualdad entre mujeres y hombres.

Tales principios son los que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos, configurado por los principios éticos y de conducta que se contienen en el EBEP (arts. 53 y 54).

Dichos principios informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

2.2. Código de conducta

El Código de Conducta, tal como señala el artículo 52 EBEP está configurado por los principios éticos y de conducta que se contemplan en los artículos 53 y 54.

Los principios éticos aparecen en el artículo 53 del EBEP, ordenados en doce apartados, son los siguientes:

1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.
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.
3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración, con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.
4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas.
5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal.
6. No contraerán obligaciones económicas cuando puedan suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.
7. No aceptarán ningún trato de favor.
8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia.
9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo.

10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan.

11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público.

12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente.

Los principios de conducta aparecen en el artículo 54 del EBEP y son los siguientes:

1. Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.

2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.

3. Obedecerán 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.

4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

5. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo el deber de velar por su conservación.

6. 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.

7. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

8. Mantendrán actualizada su formación y cualificación.

9. Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.

10. Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.

11. Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.

La introducción de un Código de Conducta en la actuación de los empleados públicos es una tendencia que desde hace tiempo viene observándose en países de nuestro entorno, siendo su finalidad el conseguir una gestión pública más eficaz, más satisfactoria y alejada de la sombra de corrupción que puede aparecer en determinadas esferas de la Administración, a la vista de la actividad que desarrollan. Si bien estos principios éticos y de conducta se enuncian con una cierta abstracción, como no podía ser de otra manera dada su naturaleza, su presencia en nuestro ordenamiento ha de ser recibida con satisfacción y con la esperanza de que la práctica diaria consagre definitivamente la aplicación de dichos principios.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO EN EL EBEP Y SU COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN EXTINTIVO LABORAL

RAFAEL ÁLVAREZ GIMENO

Investigador FPU
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.—2. LA RENUNCIA DEL FUNCIONARIO FRENTE A LA DIMISIÓN DEL TRABAJADOR.—3. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO POR MOTIVOS DISCIPLINARIOS.—4. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO POR CAUSAS OBJETIVAS.—5. LA JUBILACIÓN FORZOSA DE LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES.—6. LA DESVINCULACIÓN CAUSAL E INDEMNIZADA POR VOLUNTAD DEL FUNCIONARIO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA.—7. REFLEXIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

El 13 de mayo de 2007 entró en vigor la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), por medio de la cual se han articulado en un texto único las bases que regulan la relación entre la Administración Pública y las personas que prestan servicios para ella. A pesar de que el EBEP tiende a uniformizar las condiciones de trabajo de todas las personas que trabajan para las Administraciones, con independencia de que el vínculo que une a éstas con aquellas sea funcionarial o laboral, en algunos aspectos, el régimen de los funcionarios de carrera sigue teniendo notables diferencias con el que le es aplicable al personal laboral. Uno de los temas en los que se hace patente esta discriminación es el de la «extinción» de la relación que une a unos y a otros con la Administración¹. En el trabajo que se presenta, se pretende realizar un breve análisis sobre las causas que, de acuerdo a la reciente Ley 7/2007, conllevan la pérdida de la condición de funcionario de carrera, remarcando las diferencias más sustanciales entre éstas y el régimen extintivo que afecta a los trabajadores, en general, y a los empleados públicos laborales, en particular.

Antes de comenzar el estudio de las causas de pérdida de la condición de funcionario del artículo 63 EBEP y su parangón con el régimen extintivo laboral, conviene reseñar lo que la propia Ley 7/2007 define

¹ Esa aproximación entre el régimen de los funcionarios y el personal laboral al servicio de la Administración ha sido destacada por la doctrina, así MANTECA VALDELANDE, V.: «Novedades y aspectos generales del Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad Administrativa*, núm. 15, 2007, p. 1797. Sin embargo, «Uno de los rasgos más distintivos del régimen jurídico de los funcionarios, si no el más importante, es la inamovilidad en su condición de tales, característica no aplicable —jurídicamente hablando— a los empleados con contrato de trabajo». VV.AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público: Informe de la Comisión*, abril de 2005, en INAP, Madrid, 2006, p. 125. A su vez, es en la extinción donde más se separa la relación laboral privada de la pública. RENTERO JOVER, J.: «Sobre la relación de empleo público laboral», en *RDS*, núm. 11, 2000, p. 96.

como funcionarios de carrera y lo que entiende como personal laboral. Por un lado, el artículo 9.1 EBEP dice que son funcionarios de carrera quienes «en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente»; definición ésta, criticable, pero que pone de relieve tanto el carácter estatutario-administrativo del vínculo que une a un funcionario con la Administración para la que presta servicios, como el carácter «permanente» del mismo ². Por otro lado, el artículo 11 EBEP señala que el personal laboral es aquel que presta servicios retribuidos para la Administración en virtud de un contrato de trabajo, que puede ser de cualquier modalidad de las que prevé la legislación laboral. Con ello, el precepto advierte de que estos trabajadores no dejan de tener una relación laboral con la Administración, lo que no impide que sean de algún modo trabajadores «especiales» ³, pues quedan dentro del ámbito de aplicación del EBEP ⁴.

2. LA RENUNCIA DEL FUNCIONARIO FRENTE A LA DIMISIÓN DEL TRABAJADOR

La primera causa de pérdida de condición de funcionario de carrera es la «renuncia» del propio funcionario. Las condiciones en las que se debe producir esta renuncia vienen marcadas por el artículo 64 EBEP, que indica que «habrá de ser manifestada por escrito y será aceptada expresamente por la administración», salvo cuando el funcionario «esté sujeto a expediente disciplinario o haya sido dictado en su contra auto de procesamiento o de apertura en juicio oral por la comisión de algún delito». A pesar de que la «renuncia» del funcionario de carrera puede identificarse sin mucha dificultad con la extinción por voluntad del trabajador, esto es, con la «dimisión» laboral, saltan a la vista importantes diferencias entre ésta y aquélla.

² Esta definición ha sido criticada por la doctrina administrativista por su falta de concreción y por tener «elementos sobrantes y obvios». P. ARADA, R.: *Derecho del Empleo Público: Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 83.

³ SALA FRANCO, T.: «Una nueva relación laboral de los empleados públicos», en *AL*, núm. 20, 2007, p. 2404 y ss.

⁴ Artículo 1.2 EBEP. Al respecto, consideramos acertada la denominación «relación laboral de régimen específico», en tanto está sometida al régimen del EBEP, pero no es calificada de relación laboral especial por el artículo 2 LET ni por ninguna otra Ley. Dicha denominación ya la encontramos en: MARTÍNEZ DE VIERGOL, A.: «Relación Laboral común versus relación laboral de régimen específico de los servidores públicos», en *MTAS*, Madrid, 2001, p. 582 y ss.

La dimisión del trabajador se identifica con la figura del receso ordinario⁵, propio o *ad nutum*, es decir, con una manifestación unilateral de la voluntad que, con carácter recepticio, extingue las relaciones sin necesidad de que sobrevenga una «anomalía funcional»⁶. Tradicionalmente, esta facultad de desistimiento supuso un remedio para preservar la salvaguarda de la libertad individual frente a las relaciones que, debiendo ser por tiempo determinado, no tenían fijado término alguno. No obstante, pese a alguna autorizada voz discordante, con el paso de los años, el poder de dimisión se ha ido extendiendo a todo tipo de contratos de trabajo, ya sean estos por tiempo determinado o indeterminado⁷.

A pesar de que la renuncia de los funcionario tampoco precisa de causa que la justifique⁸, ese carácter unilateral y recepticio que define la dimisión del trabajador no tiene un reflejo exacto en el artículo 64 EBEP⁹, pues, aunque en general se trata de un mero trámite, la renuncia del funcionario requiere de aceptación por parte de la Administración para la que se prestan servicios. Además, la Ley dispone dos supuestos en los que la renuncia funcional no puede ser aceptada en ningún

⁵ Aunque estos términos suelen utilizarse como sinónimos, en origen, esta equivalencia no es exacta. En este sentido, el énfasis del receso *ad nutum* está en la ausencia de causa, mientras que en el receso «ordinario» lo fundamental parece ser la facultad misma de poner fin a una relación sin término acordado. MANCINI, G. F.: *El recesso unilaterale*, Giuffrè, Milán, 1962, p. 207 y ss. Sobre la teoría del receso, *vid.* DE LA VILLA GIL, L. E.: *La extinción del contrato de trabajo*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1960, p. 23 y ss.

⁶ FERGOLA, P.: *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1985, p. 5.

⁷ El hecho de que el precepto no haga distinción alguna entre contratos indefinidos y por tiempo determinado ha motivado que la doctrina laboralista más moderna y difundida entienda que todos los trabajadores, con independencia de la duración de su contrato, tienen derecho a dimitir libremente. Así: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 1998, p. 61. ALBIOL MONTESINOS, I.: «Dimisión del trabajador», en *Comentarios a las leyes laborales*, IX, Madrid, 1983, p. 174. RODRÍGUEZ SANTOS, E.: *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 124 y 125. Sin embargo, alguna voz autorizada sigue argumentando que mantienen que el término convenido por las partes se integra como un elemento causal de las relaciones temporales, por lo que la ruptura *ante tempus* del vínculo significa un incumplimiento contractual, así: MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007, cit., pp. 458 y 459. DIÉGUEZ CUERVO, G.: «Dimisión sin causa y por incumplimiento del empresario», en *REDT*, núm. 100, 2000. PENDÁS DÍAZ, B.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, ACARL, Madrid, 1987, p. 23.

⁸ Sin negar su existencia, algunos autores han considerado que esta acausalidad debería tener límites durante un periodo de tiempo. *Vid.* LUQUE PARRA, M.: «Pérdida de la relación de servicio», en VV.AA. (Dir. S. DEL REY GUANTER; coord. M. PÉREZ FERNÁNDEZ y E. SÁNCHEZ TORRES): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 705 y 706.

⁹ Sobre la irrevocabilidad y el carácter recepticio de la dimisión, *vid.* STS de 26 de febrero de 1990 (Ar. 1234).

caso: el primero de ellos, cuando el funcionario en cuestión se encuentre sujeto a expediente disciplinario; y el segundo, cuando aquél se encontrase procesado por la comisión de algún delito. Esta imposibilidad de desistir de la prestación de servicios resulta cuando menos curiosa, desde una óptica ius laboralista, puesto que, por un lado, la sanción disciplinaria más grave desemboca, precisamente, en la separación del servicio; y por otro, la permanencia del funcionario en su puesto de trabajo en nada afecta al curso del proceso abierto en su contra. A pesar de que, por los motivos expuestos, deba considerarse que ésta es una previsión en muchos casos superflua e inútil, cuando no inconstitucional¹⁰, es verdad que ocasionalmente puede tener cierto sentido; nos referimos al supuesto en el que un funcionario expedientado pueda ser sancionado con la separación del servicio y renuncie antes de la finalización del expediente, pues, de recaer dicha sanción, el mismo estaría privado de participar en nuevos procesos selectivos, algo que no ocurre en los casos de renuncia.

La segunda característica que distingue la renuncia de los funcionarios de carrera respecto de la dimisión ordinaria de los trabajadores «laborales» es su carácter formal. A diferencia del artículo 49.1.d) LET, que sólo se refiere a la necesidad de «preavisar» de acuerdo con lo que señale el convenio colectivo aplicable o la costumbre del lugar, sin requerir dicho preaviso forma alguna, el artículo 64 EBEP exige que la renuncia funcionarial sea manifestada «por escrito». Esto viene a confirmar que el cese de la prestación de servicios por voluntad del funcionario es considerablemente más complejo y formalista que el previsto para los contratados laborales.

3. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO POR MOTIVOS DISCIPLINARIOS

No entra en los objetivos de esta comunicación el hacer un estudio sobre el régimen disciplinario de los empleados públicos previsto en el Título VII del EBEP. Sin embargo, no puede pasarse por alto que «la sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviera carácter firme» constituye la causa «d» del artículo 63 EBEP sobre pérdida de la condición de «funcionario de carrera»¹¹. En este sentido, cabe destacar

¹⁰ Se ha dicho que estamos ante un efecto gravemente limitador de la voluntad y la libertad, «un servicio civil forzoso, que bien pudiera calificarse de inconstitucional», así: PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 162.

¹¹ De esta separación del servicio se ha dicho que es «en el fondo, ni más ni menos que una rescisión de contrato», PARADA, R.: «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», en *RAP*, núm. 67, 1972, p. 46. Si bien, desde un

cómo el EBEP ha optado por aplicar unos principios comunes al régimen disciplinario de todos los empleados públicos, los cuales han de ser objeto de concreción y desarrollo para los funcionarios por las leyes y reglamentos de aplicación de aquél, y para el personal laboral a través de los convenios colectivos¹². Es decir, en lo que al Régimen Disciplinario se refiere, no importa tanto la condición de funcionario o contratado laboral como el hecho de prestar servicios para una administración pública¹³.

Tradicionalmente, los principios que regulan ese poder disciplinario de la Administración han tendido a converger con los principios generales del orden penal. Esta aproximación entre lo administrativo sancionador y lo criminal ha contado con el respaldo del Tribunal Constitucional e¹⁴, incluso, ciertos autores propusieron que el poder disciplinario laboral privado adoptase algunas de las garantías y principios de los trabajadores públicos¹⁵. Sin embargo, esa «funcionarialización» del poder disciplinario laboral sólo ha cuajado respecto de los trabajadores públicos, y no así en lo referente a los privados. De hecho, últimamente se ha llegado a afirmar que, en el plano jurídico, buena parte de los problemas para obtener un régimen disciplinario que asegure el cumplimiento de los deberes de los empleados públicos, deriva de la aplicación mecánica de principios y reglas propios del Derecho Administrativo sancionador general, inspirados a su vez en el Derecho Penal¹⁶. Es por ello que, pese a que el artículo 94.2 EBEP sigue recogiendo los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia, de evidente inspiración criminalista¹⁷,

punto de vista dogmático, no nos convence el término «rescisión», lo cierto es que la separación del servicio queda muy próxima de la extinción unilateral de contrato de trabajo por parte del empresario y, más concretamente, de la figura del «despido disciplinario».

¹² VV.AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la comisión*, INAP, Madrid, 2005, p. 191. Esto ha sido considerado un «paso firme» en «la correcta dirección», SANDE PÉREZ BEDMAR M.: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *RL*, núm. 18, 2007, p. 60; y ya había sido propuesto por algunos autores. Cfr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y TASCÓN LÓPEZ, en VV.AA.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2001, pp. 289 a 291.

¹³ Si bien, en lo que a régimen disciplinario se refiere, el personal laboral al servicio de la administración se regirá en lo no previsto en el EBEP, por la legislación laboral (art. 93.4).

¹⁴ Entre otras, STC 18/1981, de 8 de junio; STC 16/1982, de 28 de abril de 1982; STC 2/1987, de 21 de enero, o STC 132/1987, de 21 de julio.

¹⁵ Por ejemplo, estableciendo la necesidad de incoar expediente contradictorio. En este sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y TASCÓN LÓPEZ, en VV.AA.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, cit., p. 290.

¹⁶ VV.AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la comisión*, cit., pp. 189 y 190.

¹⁷ Así lo entiende PARADA, R.: *Derecho del empleo público: Ley 7/2007*, cit., p. 225. Sobre estos principios, vid. TRYTER JIMÉNEZ, J. M.: «El régimen disciplinario de los funcio-

la Ley 7/2007 ha tratado de darle al régimen disciplinario de los empleados públicos un enfoque propio, que favorezca la agilidad y efectividad el mismo¹⁸.

Dicho esto, ¿qué faltas disciplinarias pueden acarrear la separación del servicio? El artículo 96 EBEP, que tipifica las sanciones, indica que sólo se podrá acordar la separación del servicio de un funcionario por la comisión de faltas «muy graves». Del mismo modo, el despido disciplinario del personal laboral puede ser sancionado únicamente por esas mismas infracciones. En este sentido, el artículo 95 EBEP ha procedido a enumerar una lista abierta, pues puede ser ampliada por vía legal y convencional¹⁹, de faltas que tienen la consideración de muy graves. Dada la amplitud de la lista, que cuenta con dieciséis tipos, y las limitaciones que se imponen a este trabajo, no estimamos conveniente realizar un análisis pormenorizado, causa por causa de la misma.

En su comparación con las causas de despido disciplinario establecidas en el artículo 54 LET, que es lo que interesa a los efectos de este trabajo, podemos decir que hay un primer grupo de faltas disciplinarias muy graves, que, directa o indirectamente, tienen su reflejo en el citado precepto laboral. Así, por ejemplo, resulta evidente la similitud entre el artículo 54.1.g) LET y el segundo inciso del artículo 95.2.b) EBEP, referentes al acoso por razón de origen racial, étnico, religioso, sexual, etc.; o entre el artículo 95.2.c) EBEP y los apartados a) y b) del artículo 54 LET, concernientes a la asistencia y la obediencia en el trabajo²⁰. Sin embargo, en el artículo 95.2 EBEP constan un buen número de infracciones que no parecen tener su equivalencia en las causas de despido disciplinario; aunque alguna de ellas tiene un carácter marcadamente laboral, así el apartado «o») —sobre acoso en el trabajo— lo cierto es que la gran mayoría de infracciones de este segundo grupo se conectan directamente con la propia condición de funcionario e, incluso, trascienden del ámbito privado, causando un daño al interés público; en este sentido, pueden considerarse el apartado d), sobre adopción de acuerdos manifiestamente ilegales, o el apartado k), referido a la obstaculización del ejercicio de libertades públicas y derechos sindicales.

narios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA. (Dir. S. DEL REY GUANTER; coord., M. FÉREZ FERNÁNDEZ y E. SÁNCHEZ TORRES): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 908 y ss.

¹⁸ VV.AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la comisión*, p. 190.

¹⁹ Si bien, el artículo 95.3 impone unas pautas a los legisladores y a las partes convencionales para el establecimiento de nuevas conductas que constituyan falta muy grave.

²⁰ Aunque menos evidente, consideramos que otras infracciones del artículo 95. 1 EBEP guardan relación con el 54 LET. Así, consideramos que la utilización indebida de informaciones a las que se tenga acceso por la condición de funcionario o incurrir en incompatibilidades pueden ser asociadas con la trasgresión de la buena fe y con el abuso de confianza del 54.1.d).

En cualquier caso, conviene no perder de vista que, las infracciones muy graves no necesariamente llevan siempre aparejada la separación del servicio o el despido de los trabajadores públicos. En este sentido, conviene recordar que, para los funcionarios, la separación del servicio comporta la imposibilidad de ser admitido en las pruebas de selección para reingresar en la Administración²¹, mientras que, para los contratados laborales públicos, un despido disciplinario supone la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato con funciones similares a las que viniesen desempeñando²². Por la gravedad de las consecuencias que se derivan de estas sanciones, especialmente para los funcionarios, y en virtud del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 94.2.c), se ha entendido doctrinal y jurisprudencialmente que la separación del servicio constituye un último recurso, que sólo debe ser utilizado cuando lo más aconsejable sea la no continuidad de la relación y haya quedado descartada la procedencia de otra sanción de menor gravedad²³. Por su parte, esta doctrina debe entenderse como parcialmente aplicable en los casos de despido disciplinario de empleado público, pues, pese a que los efectos del mismo no llegan a ser tan extremos como los previstos para la separación del servicio, también aparejan consecuencias adicionales respecto del despido de un contratado privado.

El procedimiento sancionador que conduce a la separación del servicio o al despido disciplinario de los empleados públicos es preciso que sea detallado por la normativa de desarrollo, conforme a lo establecido en el artículo 98.2 EBEP²⁴; mientras tanto, seguirán siendo aplicables los procedimientos previstos en la normativa anterior a la promulgación del EBEP²⁵. Concretamente, para los empleados de la Administración General del Estado rige el procedimiento que sanciona faltas graves y muy graves en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del que cabe destacar la existencia de una fase instructora y otra sancionadora. Una vez acordada la incoación del expediente se nombra a un instructor que

²¹ Artículo 56.1.d) EBEP. Téngase en cuenta que el funcionario que haya sido separado del servicio no podrá reingresar en ningún cuerpo funcionarial de ninguna Administración Pública.

²² Artículo 96.1.b) EBEP.

²³ Entre otras, *vid.* SSTs de 30 de junio de 1984 (Ar. 3919), 27 de abril de 1989 (Ar. 4461) y 14 de noviembre de 1989 (Ar. 8157). Al respecto, consultar el comentario de MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 374 y 375.

²⁴ «Se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal».

²⁵ Ya se ha dicho por la doctrina que el EBEP es un texto que aparentemente cambia mucho, pero que precisa para desarrollar esos cambios de desarrollo normativo y de la negociación colectiva. Así, S ANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», cit ., p. 55. Respecto de la aplicabilidad del Real Decreto 33/1986, *vid.* PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 231.

va recabando pruebas y puede acordar medidas provisionales. Al empleado expedientado se le concede audiencia nada más se inicia el proceso y, a lo largo de la fase instructora, conforme se van realizando diligencias, tiene varios momentos para presentar alegaciones. Sobre la base de una propuesta de resolución efectuada por el órgano instructor y las alegaciones efectuadas por el empleado público, se resuelve de forma motivada el expediente sancionador por el órgano correspondiente. Al respecto, interesa destacar que la «separación del servicio» corresponde al ministro titular del departamento en que se haya instruido el expediente, con el visado del ministro al que esté adscrito el cuerpo o escala al que pertenezca el funcionario expedientado ²⁶. En definitiva, estamos ante un procedimiento complejo y garantista, que debe ser simplificado y agilizado por la normativa de desarrollo.

Evidentemente, la decisión del órgano sancionador de separar del servicio al funcionario público, puede ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como cualquier otro acto administrativo. Si judicialmente se acuerda la nulidad de la sanción, el funcionario ha de ser readmitido en su puesto de trabajo, sin que la Administración pueda eludir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por medio del pago de una indemnización, si bien, se le deben abonar los salarios dejados de percibir. En definitiva, la protección de la estabilidad en el empleo de los funcionarios de carrera está garantizada de forma absoluta, propia o real, teniendo siempre la separación del servicio carácter causal ²⁷.

A pesar de que estos principios y garantías de estabilidad e inamovilidad en el puesto de trabajo han sido una constante en el Derecho aplicable a los funcionarios de carrera, no ha sido hasta la aprobación del EBEP cuando se ha zanjado definitivamente el debate acerca de si los mismos eran o no aplicables a los empleados públicos de carácter laboral. Al respecto, conviene no perder de vista que, hasta la entrada en vigor del EBEP, el personal laboral al servicio de la Administración se regía, principalmente, por el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales, resultando plenamente aplicable el artículo 56 LET,

²⁶ Artículo 34 de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que modifica lo originalmente dispuesto en la Ley 33/1988. Sobre este precepto, *vid.* PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 232.

²⁷ Así se ha venido entendiendo de forma unánime por la doctrina y los tribunales, *vid.* LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*. Civitas, Madrid, 1995, p. 361. No obstante, cabe destacar que, en muchas ocasiones, la impugnación del acto advo esta basada en la vulneración del aludido principio de «proporcionalidad», por lo que, en caso de estimarse las alegaciones del funcionario sancionado, lo que hace el tribunal es «rebajar» la sanción, normalmente por la suspensión de empleo y sueldo. Así, por ejemplo, las SSTs de 25 de septiembre de 2003 (Ar. 7199) y de 22 de marzo de 2004 (Ar. 3673).

que, en caso de despido disciplinario declarado improcedente, concede con carácter general al empresario la opción entre readmitir al empleado o pagarle una indemnización. Sin embargo, la doctrina señaló que si la contratación como empleado público laboral, ya entonces, debía de realizarse conforme a los principios de igualdad mérito y capacidad²⁸, los mismos principios debían ser de aplicación en el momento de la extinción contractual, lo que justificaba —a juicio de algunos— que fuese el empleado público laboral quien, con carácter general, tuviese el derecho de elegir entre la indemnización y la readmisión, pues, de lo contrario, podía producirse una burla del artículo 103 CE en su «posterior desarrollo»²⁹. Por el contrario, la jurisprudencia no acogió este criterio y consideró que, en principio, el trabajador tenía el derecho de opción sólo en los supuestos en los que estuviese específicamente previsto por la normativa laboral³⁰; incluso hubo algunos pronunciamientos judiciales que restringieron la aplicabilidad de cláusulas convencionales que concedían este derecho de opción al empleado público laboral³¹. Sin embargo, el artículo 96. 2 EBEP ha dado la vuelta a esta situación y, basándose en que la Administración «tiene un estatuto constitucional que impone actuar siempre por razones justificadas de interés público»³², exige la readmisión del «personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de expediente disciplinario»³³. Téngase en cuenta que el precepto se refiere exclusivamente a los trabajadores «fijos de plantilla»³⁴, a quienes no les ofrece un

²⁸ Artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Este precepto venía a recoger los principios impuestos por los artículos 23.2 y 103 CE.

²⁹ Cfr. RENTERO JOVER, J.: «Sobre la relación de empleo público laboral», en *RDS*, núm. 11, 2000, p. 99; LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, cit., p. 374 y ss. El primero de ellos realizaba propiamente una interpretación de la legislación entonces vigente. El segundo, por el contrario, consideraba «demasiado arriesgado» mantener la tesis de que todo despido improcedente de empleado público debía ser equiparado al despido nulo. Este autor distingue, por un lado, entre los despidos arbitrarios, discriminatorios o que vulneran el artículo 9.3 o el 14 CE, cuya calificación ha de ser la del despido nulo; y por otro, aquellos en los que la causa alegada parece justificada, objetiva y razonable, con independencia de que merezca la calificación de improcedente. No obstante, reclama una reforma de *lege ferenda* en un sentido similar al primero.

³⁰ *Vid.* STC 205/1987, de 21 de diciembre.

³¹ SSTs de 24 de noviembre de 1995 (Ar. 8765) o de 30 de septiembre de 1996 (6954).

³² VV.AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la comisión*, cit., p. 127.

³³ El hecho de que el personal laboral al servicio de la Administración pueda alcanzar estas cotas de estabilidad e inamovilidad resulta la mayor «paradoja» para los que claman por laboralizar la «función pública». Así lo entiende PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública: Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 766.

³⁴ A este respecto, se ha propuesto suprimir de *lege ferenda* esta discriminación. VIVERO SERRANO, J. B.: «El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *RDS*, núm. 40, 2007, pp. 76 y 77. SALA FRANCO, T.: «El

derecho de opción, sino que se impone a la Administración su readmisión obligatoria, sin posibilidad de que ésta sea sustituida por un *quantum pecuniario*.

Ya para concluir este apartado, interesa comentar cómo el EBEP sigue sin prever la «rehabilitación» de los funcionarios separados del servicio a causa de expediente disciplinario como prerrogativa extraordinaria de la Administración Pública. Esto resulta especialmente llamativo si se tiene en cuenta que la propia Ley sí considera la posibilidad de que la Administración rehabilite a quienes hayan perdido su condición de funcionarios en virtud de condena penal. Parece lógico pensar que si se admite una rehabilitación por parte de la Administración en supuestos de sanción judicial penal, con más motivo debería admitirse aquélla cuando es la propia Administración la que impone la sanción. Por ello, debe concluirse que la normativa de desarrollo del EBEP está facultada para prever la rehabilitación de funcionarios disciplinariamente separados del servicio ³⁵.

4. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO POR CAUSAS OBJETIVAS

El hecho de que, en puridad, ninguna de las causas de extinción previstas en el artículo 52 LET haya sido acogida en el artículo 63 EBEP induce a pensar que un funcionario público no puede perder su condición en virtud de lo que en el ámbito laboral se denominan «causas objetivas»³⁶. Ciertamente, el absentismo justificado, la inadaptación técnica o la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no comportan la extinción del vínculo existente entre la Administración y un funcionario de carrera, quien, a lo sumo, podría en estos casos, ser trasladado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 EBEP. Sin embargo, si se evita un exceso de rigidez, no resulta difícil identificar ciertos supuestos previstos en el artículo 63 EBEP como causas objetivas de pérdida de la condición de funcionario asimilables a algunas de las que dispone el artículo 52 LET en el ámbito laboral. Así, puede entenderse que: la pérdida de la nacionalidad, la jubilación

personal laboral: la relación laboral de empleo público», en VV.AA. (dir. T. SALA FRANCO y A. PALOMAR OLMEDA): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 129.

³⁵ De hecho, existen normas previas al EBEP que admiten la rehabilitación para ciertos cuerpos de funcionarios. Por ejemplo, el Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, sobre Reglamento orgánico de los cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes al servicio de la Administración de Justicia. En idéntico sentido al aquí defendido, MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario...*, cit., p. 381.

³⁶ En este sentido, PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 160.

por declaración de incapacidad permanente y la inhabilitación penal para el desempeño de cargo público, son, en cierto modo, situaciones que conllevan la «ineptitud sobrevenida» del empleado público ³⁷.

La «pérdida de nacionalidad» se entiende en sentido amplio; al respecto, el artículo 65 EBEP aclara que ésta puede ser tanto la nacionalidad española, como la de cualquier otro Estado al que le sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, siempre que la misma se haya tendido en cuenta para el nombramiento. Debe señalarse que en estos supuestos de nacionalidad extranjera habilitadora han de tomarse en consideración supuestos que no son estrictamente de «pérdida de nacionalidad». Por ejemplo, en caso de que exista una reducción entre los Estados miembros de la UE o acaezca una modificación en el contenido de algún tratado con un tercer Estado y ello comporte la imposibilidad de que los ciudadanos del mismo formen parte de la Administración española ³⁸.

La declaración de incapacidad permanente por reconocimiento de incapacidad permanente absoluta y la incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala se incluyen por el EBEP en el artículo 67, sobre jubilación. No obstante, en estos casos, a pesar de que se reconoce el derecho a una prestación de la Seguridad Social, el funcionario de carrera sobre el que recae la incapacidad permanente se ve privado de su condición funcional, por no ser ya apto para el puesto que venía ocupando; es por ello que la semejanza con lo dispuesto en el artículo 52.a) LET resulta evidente.

Por su parte, también acarrear la pérdida de la condición de funcionario: tanto la sentencia firme que imponga a éste pena de «inhabilitación absoluta», como la sentencia firme de inhabilitación especial, siempre que entre los empleos o cargos públicos especificados por la sentencia esté aquel que desempeñe. Estos supuestos, aparentemente están a medio camino entre la separación del servicio por causas disciplinarias y la pérdida de condición de funcionario en virtud de una causa objetiva. Sin embargo, pese a que, a menudo, van a tener un trasfondo común con el régimen disciplinario, en nuestra opinión, están mejor encuadrados dentro de este apartado de «causas objetivas»; de hecho, el propio Tribunal Supremo dijo, a propósito de la legislación anterior al EBEP, que la pérdida de condición de funcionario por sentencia de inhabilitación no supone una sanción disciplinaria ni la ejecución de una

³⁷ Causa a) del artículo 52 LET.

³⁸ LUQUE PARRA, M.: «Pérdida de la relación de servicio», cit., pp. 713 y 714. Otro ejemplo que pone el autor es «la reconsideración del puesto funcional que ocupa dicho funcionario no español entre los que se consideran que directa o indirectamente implican 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».

condena penal por parte de la Administración, que lo único que hace es «aplicar las previsiones normativas sobre la incidencia que en la relación funcionarial tiene la condena penal de inhabilitación»³⁹.

Por otra parte, a los empleados públicos laborales, en principio, si les son aplicables las causas de extinción objetiva dispuestas en el artículo 51 LET, para despidos colectivos, y en el 52 LET, para despidos individuales. Sin embargo, lo cierto es que algunas de estas causas extintivas, concretamente aquellas que encuentran amparo en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, tienen difícil aplicación en el ámbito de la Administración Pública⁴⁰. Conceptos tales como la mejora de la «posición competitiva en el mercado» o la superación de «situaciones económicas negativas», que a menudo sirven para fundamentar los despidos en virtud de estas causas, no son fácilmente trasladables a las Administraciones, que, incluso a menudo han de ofrecer servicios deficitarios a la ciudadanía. No obstante, debe entenderse que si una decisión extintiva favorece una gestión más eficaz de los recursos humanos ésta estará plenamente justificada, no sólo en virtud de los mencionados preceptos estatutarios, sino también por los principios impuestos en el artículo 103 CE en beneficio de los «intereses generales»⁴¹.

Ahora bien, ¿qué ocurrirá en los supuestos en los que sea declarado improcedente el despido objetivo de un empleado público? Al contrario de lo que se ha visto que ocurre respecto de los despidos disciplinarios, el EBEP no dispone nada en este sentido, por lo que, conforme al artículo 7 de la propia Ley 7/2007, la normativa laboral común resulta de aplicación, lo que supone que, en principio, el empresario, en este caso la Administración, puede optar entre readmitir al empleado o indemnizarle; por lo que el EBEP ha configurado una situación incomprensible tanto por su falta de coherencia, como por resultar contraria a los principios que deben regir la actuación de la Administración⁴².

³⁹ STS de 2 de abril de 2004 (Ar. 2496).

⁴⁰ Así lo reconoce la propia comisión en VV.AA.: *Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la comisión*, cit., p. 127. Incluso, hay autores que han afirmado que las causas de extinción de la relación laboral previstas en los mencionados artículos de la LET son una posibilidad simplemente teórica, dado que la realidad muestra que los despidos basados en estos supuestos nunca se afronta en el sector público. Así, PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 83.

⁴¹ Cfr. LUQUE PARRA, M.: «El despido por causas empresariales en el ámbito de la Administración Pública [arts. 51 y 52.c) del TRLET]», en VV.AA.: *Las relaciones laborales en las Administraciones*, cit., pp. 921 y ss.

⁴² En principio, la intención del legislador parece que ha sido esa, así lo entiende, SOSPEDRA NAVAS, F.: «El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local», en *Cuadernos de Derecho Local*, 2007, p. 68. Sobre la injusticia de esta situación, con anterioridad a la aprobación del EBEP, vid. LUQUE PARRA, M.: *El despido por causas empresariales en el ámbito de la Administración Pública*, cit., pp. 932 y 933. En opinión

5. LA JUBILACIÓN FORZOSA DE LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Puesto que la jubilación parcial no supone la pérdida de la condición de funcionario y la jubilación voluntaria no presenta ninguna especialidad relevante, el objeto de estudio de este apartado debe centrarse únicamente en la jubilación forzosa de los funcionarios, regulada en el 67.3 EBEP, y en cómo ésta difiere del régimen de jubilación de los contratados laborales, ya pertenezcan éstos al ámbito privado o público⁴³.

En el ámbito laboral, la jubilación forzosa no ha sido, en absoluto, un tema pacífico, pues es susceptible de entrar en conflicto con el derecho al trabajo o con el derecho a la no discriminación por razón de edad. Los cambios legislativos acaecidos desde la aprobación de la LET, junto con varios pronunciamientos jurisprudenciales importantes, dan buena cuenta de lo convulsa que ha sido esta cuestión. A continuación, muy resumidamente, damos cuenta de estos vaivenes en el régimen jurídico-laboral de la jubilación forzosa:

En la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores, se establecía una edad de jubilación forzosa de sesenta y nueve años. Sin embargo, esta previsión legal, contenida en la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 8/1980, fue declarada inconstitucional por el TC, en cuanto se interpretase como una norma que establecía la incapacidad objetiva para trabajar con más de sesenta y nueve años de forma «directa e incondicionada»⁴⁴. A raíz de este pronunciamiento, se eliminó el límite legal máximo de edad para trabajar, aunque se mantuvo la posibilidad de que el gobierno y los agentes sociales, por medio de la negociación colectiva, estableciesen una edad de jubilación forzosa para los trabajadores con derecho a pensión de jubilación, siempre que ello formase parte de una medida de política de empleo⁴⁵. Sin embargo, el Real Decreto Legislativo 5/2001 derogó la Disposición Adicional 10.ª del Real Decre-

del autor se vaciaban de contenido los principios de igualdad mérito y capacidad impuestos por la CE, por lo cual se proponía una reforma legislativa que, en este sentido, no se ha llevado a cabo por el EBEP. Algún autor incluso ha llegado a postular la extensión del artículo 96.2 a todos los actos empresariales extintivos declarados improcedentes, así, VÍVERO SERRANO, J. B.: *El despido improcedente...*, cit., pp. 72 a 76.

⁴³ En este sentido, la diferencia no está entre empleado público y trabajador común, sino entre funcionario y contratado laboral. Ya antes de la aprobación del EBEP, sobre esta cuestión: ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988, p. 11.

⁴⁴ STC 22/1981, de 2 de julio.

⁴⁵ Sobre los requisitos personales de los afectados, *vid.* STC 58/1985, de 30 de abril; y, sobre las políticas de reparto del empleo, STS de 18 de diciembre de 1989 (Ar. 9041).

to Legislativo 1/1995, que recogía en la segunda versión de la LET esa posibilidad «corregida» de jubilar forzosamente. Esta situación, que generó no pocas tensiones ⁴⁶, dio un nuevo giro con la Ley 14/2005, de 1 de julio, que ha «resucitado» la posibilidad de establecer cláusulas convencionales de jubilación forzosa, vinculadas a unos «objetivos coherentes con la política de empleo», que deben estar determinados en el propio convenio ⁴⁷.

Por el contrario, en el ámbito funcional, la jubilación forzosa no se ha vinculado, ni a la política de empleo, ni a la negociación colectiva, sino que adquiere unos perfiles mucho más rígidos. Concretamente, el artículo 67 EBEP establece que, salvo para aquellos funcionarios que tengan normas específicas al respecto ⁴⁸, la jubilación forzosa se declarará de oficio, cumplidos los sesenta y cinco años de edad, siempre que aquellos reúnan los requisitos necesarios para percibir pensión de jubilación. No obstante, se podrá «solicitar» la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta que se cumplan los setenta años, siendo la Administración Pública competente la que motivadamente debe aceptar o rechazar dicha prolongación. Es decir, el EBEP confiere a las Administraciones una facultad discrecional para la concesión de la prórroga, sin imponerles ningún tipo de condicionante, lo cual representa un cambio sustancial respecto de la legislación anterior y ha sido duramente criticado, a nuestro parecer con razón, por la doctrina ⁴⁹. No obstante, cabe advertir que, la Resolución de 21 de junio de 2007, sobre Instrucciones para la aplicación del EBEP, ha aplazado la aplicabilidad de este artículo 67.3 «hasta que se regulen los requisitos y condiciones de las modalidades de jubilación previstas en el EBEP», con lo que continúa en vigor el artículo 33 de la Ley 30/1984, con la redacción dada por la Ley 13/1996, el cual, facilita la prórroga en la permanencia del servicio activo hasta los setenta años de forma casi automática.

¿Está justificado dar un tratamiento legal diferenciado a los funcionarios públicos y a los empleados laborales respecto de la jubilación? Habitualmente, esta discriminación entre el régimen de los funcionarios y el de los trabajadores ordinarios se justifica por la necesidad de asegurar el buen funcionamiento de la Administración y de los servicios públi-

⁴⁶ Así lo demuestran, entre otras, las STS de 10 de octubre de 2005 (Ar. 8320) y de 31 de enero de 2006 (Ar. 4417).

⁴⁷ Igualmente, la nueva redacción de la Disposición Adicional 10.^a exige que el trabajador al que se le vaya a extinguir el contrato por este motivo tiene que tener cubierto el periodo de cotización mínimo o uno mayor, cuando así lo determine el propio convenio, y además, cumplir los restantes requisitos para percibir pensión.

⁴⁸ Por ejemplo, les es aplicable un régimen especial de jubilación a los Cuerpos Docentes Universitarios o a los jueces, fiscales y secretarios judiciales.

⁴⁹ LUQUE PARRA, M.: *Pérdida de la relación de servicio*, cit., p. 725, y PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 163.

cos⁵⁰. Este argumento, que puede parecer sólido de cara a discernir a los empleados públicos de los trabajadores de empresas privadas, no resulta del todo convincente si se tiene en cuenta que dentro de una misma administración puede haber funcionarios de carrera y contratados laborales que, desarrollando funciones idénticas, tengan edades de jubilación diferentes⁵¹. Sin embargo, hasta la fecha, el Tribunal Constitucional viene entendiendo que tal distinción no es «irrazonable», puesto que el régimen funcional y laboral se configuran como absolutamente separados⁵². Esta doctrina puede parecer de por sí algo simplista y excesivamente formalista⁵³, y si, además, se tiene en cuenta la mencionada tendencia seguida por el EBEP a armonizar el Derecho de todos los empleados públicos, debe considerarse anticuada y, por tanto, digna de revisión.

6. LA DESVINCULACIÓN CAUSAL E INDEMNIZADA POR VOLUNTAD DEL FUNCIONARIO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Como es sabido, la LET prevé una serie de supuestos en los que los trabajadores pueden extinguir por su voluntad, directa o indirectamente, la relación contractual con percibo de una indemnización. De una parte, los artículos 40 y 41, sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, facultan a los trabajadores afectados a extinguir por sí mismos el contrato, devengando, además, una compensación económica; y de otra, el artículo 50 enumera una serie de supuestos, generalmente conectados con incumplimientos empresariales graves⁵⁴, en los cuales el trabajador puede acudir al juez para que éste

⁵⁰ Cfr. ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación forzosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 49. FERNÁNDEZ PROL, F.: «Criterios significativos de la jubilación forzosa de los funcionarios», en *RL*, núm. 9, 2006, p. 1016.

⁵¹ A pesar de que las tareas que impliquen la participación en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales deben estar siempre desempeñadas por funcionarios públicos, lo cierto es que el contrato de trabajo puede ser utilizado por las Administraciones no sólo de manera excepcional (*vid.* arts. 9.2 y 11 EBEP).

⁵² La STC 99/1987, de 11 de junio, argumenta que «la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución», pues el artículo 35.2 CE se remite al Estatuto de los Trabajadores y el artículo 103.3 CE al Estatuto del funcionario. Además entiende que quien entra al servicio de la administración «al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional».

⁵³ En el comentario jurisprudencial de MONTAÑA MELGAR, A.: «El principio de igualdad y la anticipación legal de la edad de jubilación del funcionario excedente que reingresa para completar tiempo de servicios y devengar pensión», en *REDT*, núm. 42, 1990, pp. 285 y 286, se critica por simplista. Además, mucho antes de la aprobación del EBEP ya se venía afirmando ese «acercamiento de trabajadores y funcionarios», así, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Trabajo privado y trabajo público», en *RL*, núm. 6, 1989, p. 3.

⁵⁴ No obstante, la doctrina más moderna pone en duda que algunas de las causas previstas en el artículo 50 LET puedan ser relacionadas con un incumplimiento grave y culpa-

extinga la relación contractual y le reconozca una indemnización equivalente a la prevista para el despido improcedente.

Sin embargo, el EBEP no establece en ningún artículo la posibilidad de que los funcionarios de carrera puedan renunciar a su puesto, en virtud de una causa, con derecho a recibir adicionalmente algún tipo de compensación económica por ello. Lo que sí prevé el EBEP en su artículo 81 es que las Administraciones, de forma motivada, para atender ciertas necesidades, trasladen «forzosamente» a sus funcionarios; en los casos en que ese traslado lleve aparejado un cambio de residencia, se va a reconocer a los afectados un derecho a ser económicamente compensados, sin embargo, no existe la mencionada posibilidad de renunciar y, además, ser indemnizado; por consiguiente, a diferencia de los empleados laborales, públicos y privados, los funcionarios van a tener sólo dos alternativas: aceptar el traslado con su correspondiente indemnización o renunciar, sin ningún tipo de compensación económica. Más grave debe considerarse, en nuestra opinión, la ausencia de una cláusula similar a la del artículo 50 LET, pues el funcionario, en principio, queda privado de la posibilidad de recibir una justa compensación económica por su renuncia en supuestos en los que ésta haya estado motivada por razones tan graves como el impago continuado de las remuneraciones, la falta de ocupación efectiva o la vulneración de la libertad sindical⁵⁵. La única explicación a esta discriminación entre trabajadores y funcionarios puede estar en que estos últimos no están vinculados a la Administración por un contrato, sino que, como se aludía en el apartado anterior, tienen un vínculo estatutario particular y definido. Sin embargo, consideramos que este argumento peca de formalista y que el EBEP debería haber previsto la renuncia causal e indemnizada para ciertos supuestos, aunque atendiendo a las peculiaridades que conlleva la relación del funcionario con su empleador, la Administración.

7. REFLEXIÓN FINAL

A pesar de que el EBEP ha conferido en muchos aspectos unas normas comunes básicas para todos los empleados que prestan servicios para la Administración, lo cierto es que, la pérdida de la condición de funcionario de carrera y la extinción del contrato del personal laboral

ble. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 39. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1993, p. 28 y ss.

⁵⁵ Tampoco parece que sea aplicable el artículo 1.124 del Código Civil, sobre resolución por incumplimiento de las relaciones bilaterales, pues la relación de un funcionario con la Administración no es exactamente un contrato bilateral.

siguen teniendo regímenes jurídicos bien diferenciados. Al contrario de lo que comúnmente se piensa, estas diferencias no resultan siempre beneficiosas para los funcionarios, quienes, a pesar de disfrutar de una mayor «seguridad» en su puesto, cuentan también, como se ha visto, con importantes desventajas en lo referente a renunciaciones voluntarias y jubilaciones. No cabe duda de que las peculiaridades derivadas de trabajar para una administración justifican que los empleados públicos se rijan en materia «extintiva» por unas normas diferentes a los trabajadores privados; incluso, dentro de aquellos, resulta razonable que la pérdida de la condición de un funcionario de carrera, dada la especial sujeción estatutaria subyacente, presente ciertas especialidades respecto de la extinción de un trabajador contratado. Sin embargo, como se ha visto a lo largo de este modesto trabajo, el EBEP ha mantenido respecto de algunas causas extintivas una separación entre personal laboral y funcionario demasiado radical, rígida y formalista, que, en nuestra opinión, merece ser revisada en el futuro.

Comunicación a la Ponencia Temática II

DERECHOS LABORALES DE LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

CARMEN ARROYO MENA

Profesora Asociada de Derecho de Trabajo y Seguridad Social
Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz
Universidad de Extremadura

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.—3. DERECHOS LABORALES GENÉRICOS DE LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.—4. DERECHOS LABORALES ESPECÍFICOS EN EL EBEP. 4.1. Permisos. 4.2. Movilidad geográfica. 4.3. Excedencias.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece medidas de protección en el ámbito social, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato.

En idéntico sentido se preveían medidas de apoyo a las funcionarias públicas que sufran formas de violencia de las que combate esta Ley, modificando los preceptos correspondientes de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y recogidos en su integridad en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

De esta forma, se abordarán los derechos recogidos en el EBEP correspondientes a la funcionaria víctima de violencia de género y recogidos en sus artículos 49.d), referente a los permisos por razón de violencia de género; 82, relativo a la movilidad por razón de violencia de género, y 89.d) sobre la excedencia por la misma causa.

Para ello, se utilizará una metodología de comparación con el resto de las empleadas en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores.

2. ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Según la perspectiva de género, mantenida en España por el feminismo oficial, se entiende que la causa fundamental de la violencia contra la mujer es la desigualdad de géneros existente en nuestra sociedad, que mantiene a la mujer en una posición subordinada. Adopta un

tono marcadamente determinista, presumiendo que en situaciones de igualdad de género la violencia contra las mujeres disminuirá.

Se tiende a analizar la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres en las relaciones de pareja como algo distinto al resto de comportamientos violentos y se considera al Derecho y del Derecho Penal como un instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dotar de mayor poder a las mujeres.

Esta perspectiva de género es la que ha sido asumida por la LO 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), cuyo objeto es «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges» (art. 1 LOVG).

Las causas que explican la violencia contra la mujer en la familia no son esencialmente distintas de las que explican el resto de actos violentos, ya sea en la sociedad, ya sea hacia otros miembros de la familia, tales como el estrés, conflictos en torno a cuestiones de poder y de recursos y aceptación de la violencia como forma de solventar conflictos.

Los motivos por los cuales el hombre pega a la mujer son también en esencia idénticos a los que sirven para explicar por qué la gente recurre a la violencia, así, para influir o controlar el comportamiento de alguien, para castigar o vengar una injusticia, para construir o proteger la propia imagen.

Es necesario contextualizar la dimensión de las agresiones contra la mujer, en relación con el resto de delitos, así, son frecuentes los actos violentos en la sociedad actual, así como el uso de la violencia por parte de las mujeres y el uso de la violencia en las parejas homosexuales.

La prevención de la violencia contra la mujer debe consistir en medidas materiales y educativas dirigidas a prevenir todo tipo de actos violentos y, en concreto, el tratamiento del agresor debería basarse más en programas de control de la ira que en un cambio de valores.

3. DERECHOS LABORALES GENÉRICOS DE LAS TRABAJADORAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LEY ORGÁNICA DE VIOLENCIA DE GÉNERO (LOVG)

El artículo 21 de la LOVG establece los derechos laborales y de Seguridad Social genéricos para las trabajadoras víctimas de violencia de género.

Así, la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo recogidas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.

Las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el periodo de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo.

Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un periodo de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.

A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

4. DERECHOS LABORALES ESPECÍFICOS DE LAS FUNCIONARIAS EN LA LOGV Y EN EL EBEP

A tenor del artículo 24 de la LOVG, la funcionaria víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o a la reordenación

de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

Por su parte, el artículo 25 de la LOVG establece la posibilidad de justificación de las faltas de asistencia, al decir que las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas en los términos que se determine en su legislación específica, que no es otra que el EBEP.

Por último, el artículo 26 de la LOVG explica como se acreditan las situaciones de violencia de género ejercida sobre las funcionarias, y de este modo, la acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia, y reducción o reordenación del tiempo de trabajo, se realizará en los términos establecidos para el resto de las trabajadoras en el artículo 23 que establece que las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

Veamos más concretamente el ámbito de los derechos recogidos específicamente en el EBEP que regula los permisos, la movilidad por razón de violencia de género y la excedencia de los funcionarios de carrera por razón de violencia de género como una de sus modalidades.

4.1. Permisos

El artículo 49 del EBEP regula los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género y establece en su letra d) el denominado permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria de la siguiente manera: las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, totales o parciales, 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 flexi-

ble 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.

4.2. Movilidad geográfica

El artículo 82 del EBEP reglamenta la movilidad por razón de violencia de género al establecer que las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aun así, en tales supuestos la Administración Pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite. Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso.

En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia.

4.3. Excedencias

El artículo 89 1 del EBEP recoge la excedencia de los funcionarios de carrera y en concreto en la letra d) recoge la excedencia de los funcionarios de carrera por razón de violencia de género como una de sus modalidades.

Asimismo el punto 5 del mismo artículo aclara que las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma.

Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho periodo a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación.

Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos

efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima.

Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

5. CONCLUSIONES

Básicamente los derechos laborales recogidos en la LOVG para la mujer trabajadora han sido trasvasados al EBEP para las mujeres funcionarias con sutiles diferencias en correspondencia con la especialidad de la relación de trabajo que une al funcionario con la Administración.

Así, los derechos recogidos específicamente en el EBEP regulan la materia de permisos, considerando las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, totales o parciales, como justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud; la movilidad por razón de violencia de género al establecer que las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura; y la excedencia de los funcionarios de carrera por razón de violencia de género como una de sus modalidades, con la particularidad de no tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma, como sucede con la excedencia ordinaria.

Es de reconocer que la acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer se realizará en los términos establecidos para el resto de las trabajadoras con la orden de protección a favor de la víctima. También será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección. Es por tanto innecesaria la orden de protección a favor de la víctima dictada por el Juez competente y basta, con carácter interino, eso sí, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género.

En definitiva el EBEP, en cuanto a la regulación de los derechos laborales de la funcionaria víctima de violencia de género, supone el cierre del largo e intenso proceso legislativo para afrontar el problema

de los malos tratos en una apuesta parlamentaria valiente y arriesgada que verá sus frutos en un futuro no muy lejano, y que permitirá una más eficaz coordinación interinstitucional de la investigación y de la protección inmediata de la funcionaria víctima de la violencia de género en sus propios bienes jurídicos, así como en lo que se refiere en sus derechos estrictamente laborales, sin que se vea mermada por su problemática personal y ahora (reconocida socialmente) de la violencia de género, realidad criminológica material, conocida como el síndrome de la mujer maltratada.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALAMBRA, P.; COMAS, M. y cols.: *Guía práctica de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género*, en www.poderjudicial.es.
- BONILLA CORREA, J. A.: «La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2002.
- CANO-MAILLO REY, P. V.: *Los juicios rápidos. Orden de protección*. Consejo General del Poder Judicial. San Sebastián, 2005.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.^a: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999*. Madrid.
- GANZENMÜLLER, ESCUDERO y FRIOLA: *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. Bosch. Barcelona, 1999.
- LARRAURI, E.: «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003.
- LAURENZO COPELLO, P.: «La violencia de género en la Ley integral», en *RECPC* 07-08, 2005.
- MAQUEDA, M. L.: «La violencia de género, entre el concepto jurídico y la realidad social», en *RECPC* 08-02, 2006.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del empleado: de la convergencia a la unificación parcial de Estatutos», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núms. 293-294, 2007.
- MONTALBÁN HUERTAS, I.: *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Objeto y ámbito de aplicación*, en AA.VV. (Dir. M. SÁNCHEZ MORÓN): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J. L.: *Juzgado de Violencia sobre la mujer y juzgado de guardia*, Bosch, Barcelona, 2006.

Comunicación a la Ponencia Temática II

**EL DERECHO A LA READMISIÓN DEL PERSONAL
LABORAL FIJO EN EL ESTATUTO BÁSICO
DEL EMPLEADO PÚBLICO (ART. 96.2 EBEP):
UNA OBLIGACIÓN EXIGIBLE MÁS ALLÁ
DE LAS RESOLUCIONES IMPUTABLES**

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ
Profesor Ayudante de la Universitat Oberta de Catalunya - UOC

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO.—2. EL DERECHO A LA READMISIÓN DEL PERSONAL FIJO EN EL ARTÍCULO 96 LEBEP: FUNDAMENTO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA (Y BREVE REFERENCIA A LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO).—3. VALORACIÓN FINAL.

1. PLANTEAMIENTO

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), señala en su Exposición de Motivos que el Estatuto contiene «aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio». Se trata, sin duda, de una norma de extraordinario alcance, que puede abordarse desde múltiples y heterogéneos puntos de vista; siendo, por otra parte, muchas las incógnitas que se suscitan tras su promulgación.

Sin pretender llevar a cabo una exposición de los principales aspectos regulados por el EBEP ¹, sí nos parece oportuno destacar que, en términos generales, el EBEP regula dos tipos de relaciones jurídicas distintas: la jurídico-administrativa de los funcionarios públicos y la jurídico-laboral del personal laboral de las distintas Administraciones Públicas. Especialmente, porque, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina laboral, el EBEP «se hace eco de la importancia numérica de

¹ Sin pretender hacer una referencia exhaustiva, la producción científico-doctrinal existente respecto del contenido de esta Ley es a fecha hoy considerable. A modo de ejemplo, pueden consultarse: MARTÍN REBOLLO: «El Estatuto del Empleado Público: un *godot* que no ha llegado», en *RAP*, núm. 174, 2007; FUENTETAJA PASTOR: «El Estatuto Básico del Empleado Público», en *RAP*, núm. 174, 2007; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *RL*, núm. 18, 2007, versión digital (La Ley 3195/2007); MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», en *RTSS-CEF*, núms. 293-294, p. 115 y ss.; SEMPERE NAVARRO y QUINTANILLA NAVARRO: «El personal laboral del sector público», en *AS*, núm. 14, 2007, versión digital (BIB 2001/1814); SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *AL*, núm. 20, 2007, versión digital (La Ley 5926/2007); VIVERO SERRANO: «Despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *RDS*, núm. 40, 2008, y PINAZO HERNANDIS: «Reflexión sobre la tipificación normativa del contratado laboral de tiempo indefinido en el estatuto básico del empleado público», en *AJA*, núm. 746, 2008, versión digital (BIB 2008/161).

la contratación laboral de personal al servicio de las Administraciones Públicas, aun partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es funcional»².

Centrándonos en la laboral y sumándonos a la opinión de SALA FRANCO, puede afirmarse que con la promulgación del EBEP, aunque no exista una manifestación explícita al respecto, se da nacimiento a una nueva relación laboral especial, que podría denominarse como «*relación laboral especial de empleo público*»³.

Pues bien, tomando como punto de partida esta circunstancia, el presente estudio se va a centrar en un aspecto muy concreto del régimen jurídico previsto en el EBEP para el personal laboral de la Administración Pública. En concreto, nuestro propósito se centrará en tratar de delimitar con precisión cuál es el sentido que debe darse al derecho a la readmisión previsto en el artículo 96.2 EBEP. El citado precepto, ubicado en el Título VII (Régimen Disciplinario), establece lo siguiente: «*procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*».

Desde un principio se ha puesto de manifiesto que su contenido resulta sumamente controvertido. Especialmente, porque, para un sector autorizado de la doctrina, parece contravenir los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito⁴. Lo que ha motivado que se interprete (en la misma línea que la recomendada por el Informe de la Comisión de Expertos⁵) que la aplicación de tales principios «exige

² SEMPERE NAVARRO y QUINTANILLA NAVARRO: «El personal laboral del sector público», *op. cit.* (versión digital).

³ SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *op. cit.* (versión digital). En términos similares, MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», *op. cit.*, p. 179 y ss.

⁴ SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *op. cit.* (versión digital).

⁵ En concreto, en el citado informe (pp. 140 y 141) se afirma: «La única —pero no por ello menos relevante— peculiaridad debe consistir en la supresión de la figura del despido improcedente o sin causa en el ámbito del empleo público. La razón de esta propuesta es sencilla. La Administración no es un empresario privado sino que tiene un estatuto constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. No se aviene a esta premisa la facultad de despedir cuando no existe una causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el despido improcedente puede volatilizar la garantía de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral, pues bastaría despedir al seleccionado en función de estos principios sin una causa legal para burlar esa garantía. Estas razones llevan a la Comisión a proponer la supresión del despido improcedente en el Estatuto Básico del Empleado Público. Propuesta ésta tanto más razonable si se considera que, tal como hemos

la supresión del despido improcedente y su sustitución en todos los casos de despido injustificado por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador en todo caso»⁶.

Sin pretender poner en entredicho la fortaleza de los citados argumentos, el objeto de nuestro trabajo consiste en tratar de aportar «otros» elementos jurídico-deductivos que permitan defender la readmisión obligatoria en caso de extinción injustificada. En suma, trataremos —en la medida de nuestras posibilidades— de dar un poco de luz sobre esta controvertida cuestión. En cualquier caso, para que se tenga presente la tesis que defendemos —y adelantando las conclusiones—, consideramos que, desde el enfoque analítico de la dogmática jurídica, puede afirmarse que la readmisión, *ex* artículo 96.2 EBEP, debe exigirse en cualquier supuesto de extinción injustificada y no sólo en las imputables.

Veamos, a continuación, los argumentos que nos permiten sostener esta aseveración.

2. EL DERECHO A LA READMISIÓN DEL PERSONAL FIJO EN EL ARTÍCULO 96 EBEP: FUNDAMENTO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA (Y BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DESPIDO)

Para abordar la cuestión que nos hemos propuesto debemos tratar de diseccionar la literalidad del artículo 96.2 EBEP. Y para ello, tomaremos como referencia los dos elementos sobre los que —entendemos— pivota el supuesto de hecho de la norma. Tarea que se nos reputa ciertamente útil al objeto de nuestro estudio, por cuanto que contribuirá a delimitar los lindes de nuestro análisis. En primer lugar, sólo se refiere al «personal laboral fijo». Y, en segundo lugar, *parece querer referirse* únicamente a las extinciones en las que se haya alegado un incumpli-

propuesto, el contrato de trabajo debe entenderse nulo si se firma en infracción de aquellos mismos principios de igualdad, mérito y capacidad. Y también si se firma en infracción de principios de buena administración o del interés público, esto es, sin que exista causa objetiva alguna que justifique la contratación o ésta se deba a la mera voluntad subjetiva o arbitrio del titular del órgano contratante. La infracción de aquellos y estos principios a través de una contratación irregular debe constituir también una causa de extinción de la relación laboral creada por ellos, previa anulación del contrato correspondiente. Ahora bien, celebrado un contrato válido, sólo debe caber el despido causal o procedente en el ámbito del empleo público, en los supuestos previstos en el Estatuto de los Trabajadores». Puede consultarse el texto del informe en: http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/funcion_publica/modernizacion_procesos_selectivos/parrafo/00/document/Informe_Sobre_Estatuto_Empleado_Publico.pdf

⁶ SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *op. cit.* (versión digital). En términos similares, VIVERO SERRANO: Despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

miento imputable (despido) del trabajador y se haya declarado su improcedencia.

1. En cuanto al primer vector, en principio, no parece existir dudas respecto del ámbito de aplicación subjetivo al que se refiere la norma. Como se sabe, el EBEP establece una diferenciación entre el *personal fijo*, por *tiempo indefinido* y *temporal*⁷. Así, parece que la promulgación del EBEP ha significado la consolidación positiva de un criterio hasta esa fecha sólo admitido (tras un cierto devaneo) por la jurisprudencia (por cierto, con un amplio rechazo)⁸. Sin embargo, la citada diferenciación es ciertamente controvertida, especialmente, si se toma como parámetro de referencia la terminología empleada por el TS⁹.

En cualquier caso, a los efectos que nos ocupa, la norma que estamos analizado (el art. 96.2 EBEP) —como se ha indicado— sólo se refiere al «personal fijo». Lo que suscita ciertas dudas acerca de su constitucionalidad, pues, se dispensa un tratamiento normativo diferenciado sobre la única base de la duración del contrato de trabajo¹⁰.

⁷ El artículo 11 EBEP, a partir de la clasificación sentada en el artículo 8 EBEP, declara que «*es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.*»

⁸ Sin pretender referenciar todo el extenso acervo doctrinal existente al respecto, puede consultarse un reciente y sintetizado análisis de la jurisprudencia al respecto en VALDÉS ALONSO: «Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública», en *RL*, núm. 21, 2007, versión digital (La Ley 5828/2007).

⁹ En concreto, cabe establecer una distinción entre el «personal temporal», el «personal indefinido fijo de plantilla» y el «personal indefinido no fijo de plantilla». La cuestión no es sencilla de resolver, especialmente, si se tiene en cuenta el *iter* legislativo del proyecto de EBEP. Como recoge PINAZO HERNANIS, la inclusión del término «personal indefinido» es consecuencia de una enmienda (núm. 33) del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos del Senado, alegando como justificación que «*Se trata de introducir el término “indefinido”, que no contempla el Proyecto, a fin de que también el profesorado de religión esté contemplado en el artículo*». De modo que, parece que la figura del contratado por tiempo indefinido que recoge el EBEP se refiere a la cuestión particular del colectivo de profesores de religión en la enseñanza pública (en consonancia con lo previsto en el art. 7 del Decreto 696/2007, de 1 de junio). De modo que no cabría identificar el término «indefinido», *ex* EPEB, con el de «indefinido no fijo de plantilla» empleado por la jurisprudencia; debiéndose entender que sólo se refiere a los profesores de religión. PINAZO HERNANDEZ: «Reflexión sobre la tipificación normativa del contratado laboral de tiempo indefinido en el estatuto básico del empleado público», *op. cit.* (versión digital). Defendiendo, en cambio, que el EBEP ha recogido plenamente el criterio jurisprudencial, MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», *op. cit.*, p. 139.

¹⁰ Cfr. SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *op. cit.* (versión digital); y, extensamente, VIVERO SERRANO: «Despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», *op. cit.*, pp. 76 a 79. Autor que, a su vez, considera que quedan integrados en el ámbito de aplicación del artículo 96.2 EBEP el personal laboral del Consejo General del Poder Judicial, la Administración

2. En cuanto al segundo vector, es fácil advertir que el EBEP parece optar por un planteamiento ciertamente restringido. Como se ha apuntado, la norma sólo se refiere a las extinciones contractuales en las que se alegue un incumplimiento imputable y se declare su improcedencia. Atendiendo a que el término «despido» en la actualidad es empleado —imprecisamente— para referirse indistintamente a comportamientos imputables como inimputables, el artículo 96 EBEP, parece querer evitar esta cuestión y opta por acotar la extensión de la regla mediante el empleo de dos elementos. En concreto, se habla de las extinciones en las que se haya llevado a cabo un «expediente disciplinario», por un lado, y que éste se haya iniciado «por la comisión de una falta muy grave», por otro (art. 96.2 EBEP). A fin de cuentas, aunque no se mencione de un modo expreso, se refiere a una conducta imputable.

Sin embargo, entendemos que, desde un punto de vista de técnica legislativa, el Legislador no ha sido capaz de acotar adecuadamente el ámbito de operatividad de la readmisión. Sino todo lo contrario, pues, a partir de los parámetros conceptuales que ha empleado puede entenderse que ha dejado la puerta abierta para que todas las extinciones injustificadas deban recibir el mismo tratamiento jurídico. De modo que, a pesar de lo que pueda colegirse de una lectura meramente literal de la norma, cabe entender —como ya se ha anunciado— que la readmisión también debe exigirse para cualquier supuesto extintivo no justificado.

La fundamentación de esta hipótesis de trabajo requiere que, con carácter propedéutico, nos refiramos a dos cuestiones diferenciadas. En primer lugar, debemos hacer referencia a las fuentes jurídicas aplicables al personal laboral de la Administración, pues, no sólo nos permitirá averiguar la normativa aplicable, sino que también nos desvelará los planteamientos teórico-conceptuales a partir de los cuales debe interpretarse el sentido de las normas. Y, en segundo lugar, debemos manifestar nuestro posicionamiento con respecto a la naturaleza jurídica de la institución del despido. Aspecto capital para abordar nuestro estudio (aunque, como se sabe, resulta extraordinariamente controvertido).

En lo concerniente a la primera cuestión, el artículo 7 EBEP (referido a la «*normativa aplicable al personal laboral*»), establece que «*el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*». Lo que —siguiendo el planteamiento de Sala Franco— significa que, en aplicación de los artículos 7 EBEP y 3.1 TRET, la nor-

de Justicia, las Cortes Generales, las asambleas legislativas de las CC.AA., el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, etc.; debiéndose excluir al personal laboral de la Casa de S. M. el Rey, así como las sociedades y fundaciones públicas (p. 79).

mativa aplicable a esta nueva relación laboral especial es: a) En primer lugar, las normas del EBEP, tanto las generales referidas a todos los «empleados públicos» (personal funcionario y personal laboral), como las específicas referidas exclusivamente al *personal laboral*; b) En segundo lugar, la legislación laboral común, esto es, el TRET y demás normas laborales concordantes; c) En tercer lugar, los convenios colectivos aplicables; d) En cuarto lugar, el contrato individual de trabajo y la costumbre local y profesional — habría que añadir — con base en el artículo 3.1.c) y d) del TRET ¹¹. Sin olvidar que, en lo que al régimen «disciplinario» se refiere, el artículo 93.4 EBEP contiene una norma específica sobre la normativa aplicable. En concreto, afirma que: «El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título [Título VII: Régimen Disciplinario], por la legislación laboral».

En definitiva, por tanto, respetando las especificidades previstas en el artículo 96.2 EBEP, podemos exportar a este ámbito los planteamientos conceptuales que disciplinan el régimen jurídico de los trabajadores por cuenta ajena *ex* TRET.

En cuanto a la segunda consideración, deben permitirnos que —de un modo sintetizado— exponamos nuestro posicionamiento respecto de la discusión doctrinal existente respecto de la naturaleza jurídica del despido (ya manifestado en otras ocasiones ¹²). Disculpándonos anticipadamente de la imposibilidad de reproducir en este momento de un modo pormenorizado los argumentos jurídico-dogmáticos que nos permiten corroborar la validez de nuestros planteamientos (por razones esencialmente de espacio).

A nuestro modo de ver (aunque somos conscientes de que se trata de un planteamiento en la actualidad minoritario), el despido es un concepto que se refiere a la resolución del contrato por incumplimiento imputable del trabajador (concepción restrictiva del despido). De modo que el resto de supuestos de ineficacia contractual sobrevenida no dejan de ser supuestos *resolutorios* que deben reconducirse hacia las categorías dogmáticas de la excesiva onerosidad sobrevenida (arts. 51 y 52

¹¹ SALA FRANCO: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *AL*, núm. 20, 2007, versión digital (La Ley 5926/2007). *Vid.*, al respecto, extensamente, MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», *op. cit.*, p. 180 y ss.

¹² BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ: «Naturaleza jurídica de la indemnización por despido improcedente y compatibilidad con la indemnización de daños y perjuicios (Comentario a la STS —Sala 4.ª— de 17 de mayo de 2006, rec. 4372/2004)», en *AJA*, núm. 722, 2007; y «Compatibilidad de la indemnización por despido improcedente y la indemnización de daños y perjuicios», en *La extinción del contrato de trabajo* (Dir. PÉREZ AMORÓS). XVII Jornades Catalanes de Dret Social. Bomarzo. Albacete, 2006.

TRET) o bien a la imposibilidad objetiva¹³. De modo que —entendemos— el régimen jurídico del despido no es más que una derivada de los planteamientos del Derecho común (descartándose, entre otras, las tesis que defienden la eficacia originaria del despido —y, por tanto, que es una institución acausal— o bien las que lo subsumen en la «propia lógica del Derecho del Trabajo» o en un acto de autotutela privada).

La consecuencia más inmediata de este enfoque —a los efectos de este ensayo— es que la readmisión no es más que una condena al cumplimiento de la prestación *in natura* (lo corroboran: el art. 56.3 TRET; las normas procesales que posibilitan al empresario a abonar una compensación económica, pese a optar inicialmente por la readmisión —arts. 276 y ss. TRLPL—; y, finalmente, la reciente posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios, *ex* párrafo 2.º del art. 181 TRLPL). Lo que quiere decir que la indemnización legal tasada para los supuestos de extinción injustificada (o improcedente) no es más que la prestación por equivalente por la no readmisión —el *id quod interest* (lo que, dicho sea de paso, en aplicación supletoria del Derecho común, admite la posibilidad, *ex* arts. 1.124 y 1.101 del Código Civil, de exigir una indemnización de daños y perjuicios *ante cualquier extinción contractual declarada improcedente*). Es importante tener muy presente que la extinción del contrato de trabajo sin causa (improcedente o nula) está describiendo un comportamiento ilícito. Esto es, una resolución injustificada, por tanto, por incumplimiento imputable.

Por otra parte, entendemos que la readmisión hace referencia a una cuestión de naturaleza estrictamente procesal y, más concretamente, del proceso ejecutivo y no de la ilicitud de la conducta empresarial (que tienen su origen en una extinción contractual sin un motivo suficiente). La particularidad es que se trata de una regla incorporada en el Derecho sustantivo del Trabajo por motivos de economía procesal —se pretende fomentar la ejecución extrajudicial (que, por cierto, tiene su origen remoto en el famoso Decreto de 22 de julio de 1928, posteriormente recogido en el art. 51 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931— y finalmente incorporado en el derecho sustantivo a través del art. 81 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944). Desde esta perspectiva, por tanto, cabe distinguir entre la legalidad o ilegalidad de los comportamientos de los agentes —conforme al derecho sustantivo— de los cauces habilita-

¹³ Por consiguiente, sólo el conocido como cierre de empresa puede integrarse conceptualmente en la órbita del artículo 38 CE (libertad de empresa); pues, ésta es una derivada de la idea de que «la libertad de empresa, considerada en su calidad de derecho subjetivo, queda a salvo siempre que el empresario permanezca libre de introducirse en ese sector o abandonarlo». ARAGÓN REYES: «Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa», en *La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales* (Dir. BORRAJO DACRUZ). Actualidad Editorial. Madrid, 1993, pp. 164 y 165.

dos para exigir el cumplimiento de las obligaciones que se dimanen de tales conductas (a través de reglas de naturaleza ejecutiva —nulidad e improcedencia—).

Sentado lo anterior, estamos en disposición de precisar el contenido del artículo 96.2 EBEP. En concreto, de la lectura del citado precepto se plantean fundamentalmente tres cuestiones. En primer lugar, si —como hemos apuntado— sólo cabe entender que la readmisión es obligatoria en los supuestos de despido injustificado, o bien, cabe extenderlo a todos los supuestos de resolución contractual injustificada. En definitiva, si, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, cabe establecer una distinción entre el despido sin un motivo que lo justifique, del resto de supuestos extintivos en los que tampoco concurren las razones legalmente previstas para justificarlos —a)—. En segundo lugar, a qué se refiere cuando se habla de «declaración». Esto es, si la readmisión sólo puede exigirse en caso de que la improcedencia sea declarada judicialmente o también podría hacerse extensible a otros supuestos extrajudiciales —b)—. Y, finalmente, debe averiguarse, ante el silencio de la norma, si la readmisión debe efectuarse en sus propios términos (como en los supuestos de nulidad) o no —c)—.

a) En cuanto a la primera cuestión, podemos entender que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no existe ninguna diferencia conceptual entre la resolución del contrato por incumplimiento imputable (por excesiva onerosidad o imposibilidad objetiva) pero injustificada, del despido (resolución por incumplimiento imputable) injustificado. Ambos supuestos se refieren a un mismo comportamiento ilícito, esto es, la extinción sin causa (o motivo). Es decir, a una resolución injustificada del contrato por parte del empresario (en esta ocasión, la Administración), esto es, a un incumplimiento imputable del contrato.

Por consiguiente, si el artículo 96.2 EBEP lo que sanciona con la readmisión es un incumplimiento imputable del empresario, por extinguir el contrato sin causa, en puridad, no existe argumento jurídico alguno que permita sostener que el resto de supuestos extintivos en los que no concurre la causa legalmente prevista sean de una naturaleza jurídica distinta; y, por consiguiente, deban recibir una respuesta legislativa diversa. O, lo que es lo mismo, admitida la readmisión para los despidos injustificados, necesariamente —para ser jurídicamente coherentes— debe preverse la misma reacción para el resto de supuestos extintivos resolutorios injustificados, porque nos estamos refiriendo a una tipología de conducta antijurídica idéntica. Por tanto, el motivo que originariamente ha impulsado la decisión extintiva es absolutamente irrelevante, pues, al no existir, automáticamente pasa a englobarse en la categoría de los comportamientos ilícitos. Por otra parte, repárese que

de ser relevante, podría dar pie a comportamientos fraudulentos (permitiendo que la finalidad de la norma se pudiera soslayar mediante argucias de carácter formal).

En definitiva, por tanto, a pesar de las cautelas con las que parece querer moverse el Legislador, lo cierto es que sobre la base de la lógica estrictamente jurídico-dogmática, desde el instante que se vincula la readmisión a la extinción sin causa, debemos entender que tales cautelas se derrumban como muros de arena (resultando, por tanto, inútiles). Es decir, el EBEP al exigir la readmisión en el despido sin causa, indirectamente lo está extendiendo a todos los supuestos resolutorios injustificados¹⁴.

Por otra parte, aunque no se comparta el criterio que defendemos, debe colegirse que tal y como está redactado el artículo 96.2 EBEP pueden plantear algunos conflictos de alcance. Especialmente, a la hora de valorar si la referencia al expediente tiene un carácter constitutivo para poder declarar la readmisión del trabajador o no. La cuestión no es baladí, pues, de interpretarse literalmente, podría entenderse, *a sensu contrario*, que la extinción contractual injustificada llevada a cabo sin seguir el procedimiento establecido no puede comportar la readmisión del trabajador. A nuestro entender, esta interpretación no podría aceptarse. Lo que, en paralelo, contribuye a consolidar el planteamiento que defendemos, pues, se colige que a pesar de la literalidad de la norma, debe relativizarse la importancia de los elementos definidores empleados por el Legislador (y que, en último término, son los únicos argumentos que pueden tratar de justificar la limitación de su ámbito de aplicación).

b) En lo relativo al mecanismo exigido para que la improcedencia sea declarada, entendemos que no es imprescindible la intervención de un órgano judicial. En primer lugar, porque la norma no especifica nada al respecto; en segundo lugar, porque el término «declarar» está desprovisto de toda connotación que lo circunscriba a lo estrictamente jurisdiccional; y, en tercer lugar, porque de exigirse, se estaría posibilitando una vía para eludir la finalidad de la norma. De hecho, éste es el término («declaración») empleado en el artículo 56.1 TRET.

c) En cuanto a los aspectos estrictamente procesales, entendemos que, pese a que la norma no lo prevea expresamente, la ejecución debe entenderse en sus propios términos¹⁵. Es importante resaltar que, al igual que en los supuestos de declaración de nulidad *ex TRET*, la readmi-

¹⁴ El tenor literal del artículo 53.5 TRET evidencia la identidad existente entre la resolución imputable sin causa, de la resolución inimputable sin causa.

¹⁵ Compartiendo este criterio, VIVERO SERRANO: «Despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», *op. cit.*, p. 72.

sión está planteada en términos imperativos¹⁶. Por consiguiente, si no se admite que el empresario puede optar inicialmente por abonar la indemnización legal tasada, difícilmente podría justificarse que en la fase ejecutiva pudiera acabar cumplimiento por equivalente. Lo que, por otra parte, no deja de ser una consecuencia lógica si se acepta que la previsión de la readmisión no es más que una regla procesal sustantivizada en el Derecho del Trabajo. Es decir, si aspiramos a un sistema jurídico coherente, no podemos admitir que la norma jurídica esté afirmando y negando una cosa al mismo tiempo (la readmisión obligatoria y la opción entre readmitir o abonar la compensación).

3. VALORACIÓN FINAL

La Administración Pública está obligada a readmitir a todo el personal fijo laboral siempre que haya procedido a la resolución del contrato (por motivos imputables o inimputables) y no haya sido capaz de probar la existencia de la causa alegada. Y ésta es una consecuencia directa del contenido del artículo 96.2 EBEP, pues, a pesar de las referencias a la resolución imputable, en el fondo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo que este precepto sanciona con la readmisión es la extinción sin un motivo suficiente que lo justifique. Y, en este sentido, no parece que puedan encontrarse argumentos suficientes para entender que esta ilicitud es dogmáticamente diferente cuando se alega un comportamiento imputable que cuando se aduce uno inimputable. Por consiguiente, en tanto que no cabe establecer discriminación alguna, el sentido del artículo 96.2 EBEP debe entenderse expansivamente. Por otra parte, no es preciso que dicha declaración sea judicial, debiéndose exigir, además, el cumplimiento en sus propios términos.

Finalmente, en otro orden de consideraciones, la circunscripción de esta garantía al personal laboral fijo, excluyendo su extensión a los trabajadores temporales, plantea algunas dudas de legalidad constitucional, pues, no parece que la duración del contrato de trabajo pueda ser un elemento que objetivamente justifique un tratamiento legal diferenciado.

¹⁶ De hecho, como afirma MOLINA NAVARRETE, deberá declararse como ilícita toda previsión convencional que atribuya el derecho de opción al trabajador o al empresario. MOLINA NAVARRETE: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», *op. cit.*, p. 203. En términos similares, VIVERO SERRANO: «Despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», *op. cit.*, pp. 71 y 72.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL ACOSO LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO: PRINCIPALES APORTACIONES DEL EBEP EN LA ERRADICACIÓN DE ESTA EMERGENTE PATOLOGÍA PROFESIONAL

PILAR CONDE COLMENERO
Universidad Católica de Murcia

SUMARIO:

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS EN TORNO AL ACOSO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO. 1.1. Estado de la cuestión: panorama social y jurídico. 1.2. Sensibilización del legislador respecto de la incidencia de esta patología profesional en la Administración pública: las previsiones del EBEP.—2. EL DERECHO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS A LA PROTECCIÓN EFICAZ FRENTE AL ACOSO LABORAL. 2.1. La actualización del catálogo de derechos de los empleados públicos realizada por el EBEP y sus principales efectos. 2.2. Aspectos conceptuales pendientes: ausencia de definición legal y confusión terminológica.—3. NOVEDADES EN MATERIA DE TUTELA DISCIPLINARIA: LA CALIFICACIÓN DEL ACOSO LABORAL COMO FALTA MUY GRAVE.—4. TUTELA PREVENTIVA DEL ACOSO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN: EL PAPEL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LA PROPUESTA DEL EBEP.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS EN TORNO AL ACOSO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

1.1. Estado de la cuestión: panorama social y jurídico

La reforma de la función pública acometida por la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) manifiesta, en relación con el acoso laboral, novedades significativas que merecen un análisis pormenorizado de esta flamante normativa administrativa que refleja un fuerte influjo laborizador.

Con carácter previo, se ha de enfatizar el hecho de que el tratamiento jurídico del acoso moral en el trabajo ha manifestado en nuestro país, después de más de una década de recorrido desde su detección por parte de sociólogos y psicólogos, una paulatina evolución con significativos avances como consecuencia de las aportaciones legales, doctrinales y jurisprudenciales que se han sucedido; todas ellas han contribuido a un mejor conocimiento y delimitación de esta figura del ámbito profesional, calificada como riesgo laboral emergente y que ha sido profusamente estudiada en el contexto europeo. Resultado de ello es, como se desprende por ejemplo de la lectura de la Ley 7/2007, un progreso en la depuración de la respuesta jurídica que cabe arbitrar frente a este fenómeno laboral para conseguir una protección integral de los trabajadores afectados, tanto desde la óptica de la tutela preventiva como desde la perspectiva de la tutela sancionadora o indemnizatoria.

Por lo que se refiere al ámbito de las AAPP, el examen de los datos estadísticos existentes sobre condiciones de trabajo, en España y Europa, sin caer en alarmismos, arroja un elevado impacto del acoso laboral en la Administración pública respecto de otras ramas de actividad y

sectores económicos¹. En efecto, los informes más recientes consultados insisten, lamentablemente, no solo en la emergencia y expansión de este nuevo riesgo profesional por todo el tejido empresarial, sino en una notable incidencia del acoso en el ámbito público, por lo que es necesario admitir que el fenómeno del acoso moral laboral tiene trascendencia social y una plena vigencia y actualidad, y que afecta con especial virulencia a las instituciones públicas (más en concreto a las relaciones funcionariales). La preocupante magnitud del fenómeno en la Administración ha movido, últimamente, sobre todo a los especialistas del ámbito laboral a indagar sobre las causas de esa significativa presencia de esta patología profesional en el sector público y sus implicaciones jurídicas respecto de la tutela de los derechos de los trabajadores². Ciertamente, la envergadura del problema no viene determinada tan sólo por cuestiones cuantitativas, sino que tiene un componente cualitativo relevante: el rango constitucional de los derechos afectados por estas conductas (dignidad, y concretamente derecho a la integridad moral y a la salud). En este sentido, algunos juristas postulan la conveniencia de un tratamiento específico del acoso moral en las AAPP debido a la singularidad del marco jurídico aplicable y a la peculiar problemática que plantea el supuesto de los empleados públicos. Por otro lado, frente al aluvión de demandas por acoso laboral que ha experimentado la jurisdicción social, el orden contencioso-administrativo, de modo llamativo dada la incidencia de la patología en el sector público, no presentaba en sus inicios un especial nivel de judicialización de estos conflictos interpersonales (si bien, paulatinamente se ha ido detectando un incremento de pronunciamientos judiciales en esta jurisdicción), siendo además, relativamente frecuente, que las sentencias fuesen desestimatorias.

En paralelo a este panorama social y jurídico, la particular situación vivida por los funcionarios víctimas de estas graves conductas que comprometen su dignidad ha hecho que entre este colectivo profesional cundiera una sensación de malestar provocado, entre otras cosas, por la constatación por parte de los servidores públicos de un mayor grado de indefensión del empleado de la Administración a la hora de afrontar la tutela jurídica frente a este grave fenómeno, lo que, finalmente, se ha traducido en una constante petición reivindicativa de los agentes sociales implicados para que los poderes públicos tomaran conciencia del problema y arbitrasen medidas jurídicas efectivas.

¹ Así lo refleja la IV Encuesta Europea sobre condiciones de trabajo de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, publicada en 2007; o la VI Encuesta de Condiciones de Trabajo realizada en 2007 por el INSHT, que han testado niveles de acoso elevados en este sector.

² Entre otros, destacan MOLINA NAVARRETE, LORENZO DE MEMBIELA o NAVARRO NIETO.

1.2. Sensibilización del legislador respecto de la incidencia de esta patología profesional en la Administración pública: las previsiones del EBEP

El legislador, a la hora de abordar la tan esperada reforma del empleo público, se ha hecho eco de esta problemática del acoso que convertía a la Administración en un sector de riesgo en lo que a hostigamiento se refiere. Es decir, las novedades que la Ley 7/2007 plantea en materia de acoso responden a un deseo de actuar, por vía normativa, en la erradicación de estas conductas que empañan la imagen impecable que debe ofrecer el servicio público y la Administración. Sin embargo, la mayor sensibilización manifestada por el legislador no se plantea *ex novo*, sino que, como venimos insistiendo trae causa de los antecedentes psicosociales³, legales⁴, doctrinales⁵ y jurisprudenciales⁶ que el tratamiento de esta patología presente en el ámbito funcionarial, ha venido desarrollando en nuestro país.

En la actualidad, partiendo del nivel de conocimiento alcanzado sobre la cuestión, es factible afirmar que existen particularidades estructurales y organizativas propias de las instituciones públicas que pueden explicar la expansión de este tipo de riesgo profesional dentro de la Administración, tales como la rigidez, jerarquización y burocratización características de los modelos de gestión y dirección públicos; incluso la estabilidad del empleo funcionarial y las dimensiones de la heterogénea Administración española, con elevados niveles de descentralización y autonomía, pueden propiciar la aparición del acoso laboral. Muy po-

³ Estudios e informes realizados desde el campo de la sociología y la psicología del trabajo, que centran su atención en el desarrollo del acoso en el trabajo dentro del ámbito público.

⁴ Iniciativas legislativas como la Proposición No de Ley para la creación de un Protocolo de Buenas Prácticas Administrativas para prevenir el acoso psicológico en el seno de las AAPP, de 2005, que han marcado un precedente en el diseño de herramientas normativas para combatir el acoso en las instituciones públicas y un primer paso en la concienciación política sobre esta problemática socioprofesional.

⁵ Una incipiente literatura jurídica focaliza su estudio en el tratamiento del acoso laboral en la Administración (MOLINA NAVARRETE, MARCOS GONZÁLEZ, LORENZO DE MEMBIELA, CONDE COLMENERO, son representativos de esta tendencia). Aunque siguen siendo escasas las obras especializadas, es cada vez más común encontrar artículos, tesis doctorales o monografías dedicadas al acoso moral funcionarial. Se trata de un fenómeno que ha captado fuertemente la atención de los especialistas del Derecho del Trabajo y del Derecho Administrativo, por diversas razones ya argüidas: el fuerte impacto del fenómeno en el sector público, las particularidades del marco legal aplicable y la relevancia constitucional de los bienes jurídicos comprometidos.

⁶ Desde que la señalada STS, de 23 de julio de 2001, de la Sala 3.ª, declarase, de modo un tanto insólito, la aplicación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños provocados a un funcionario de la Administración Local sometido a acoso laboral, progresivamente se han venido ventilando mayor número de demandas por esta causa en la jurisdicción contencioso-administrativa.

siblemente, el diagnóstico de todas estas características y disfuncionalidades públicas y el afán de superación de las mismas se encuentra en el espíritu del legislador al encarar la elaboración del nuevo EBEP que pretende establecer un moderno modelo de Administración más cercano a los imperantes parámetros europeos de gobernanza de lo público, y donde no pueden tener cabida las intolerable conductas hostigadoras. Precisamente, a ese mayor grado de concienciación existente frente a la fuerte presencia del acoso en el empleo público obedece que el EBEP recoja la figura del acoso laboral y califique estas conductas como infracción muy grave, dando muestras de que el sector público desea tener una conducta ejemplarizante frente a estas prácticas denigrantes que sea congruente con su estatus de garante del Estado de Derecho.

2. EL DERECHO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS A LA PROTECCIÓN EFICAZ FRENTE AL ACOSO LABORAL

Como se ha anunciado, la principal novedad que plantea el EBEP en el plano sustantivo es el reconocimiento expreso del derecho de los empleados públicos a la protección eficaz de su dignidad frente al acoso laboral —*ex art. 14.h) EBEP*—, dentro del elenco de *derechos individuales de los empleados públicos*. Por tanto, la novedad más palpable y directa que se puede detectar con la primera lectura de esta norma reguladora del empleo público es precisamente la positivización de la figura del acoso laboral y su contemplación como ataque específico al derecho a la dignidad personal. Se trata de una primicia legislativa puesto que estamos ante la primera y única plasmación normativa de la figura, que, curiosamente, se ha efectuado en una norma administrativa antes que en un precepto sociolaboral, y que dibuja, para los funcionarios, un nuevo marco legal de tutela frente al hostigamiento.

2.1. La actualización del catálogo de derechos de los empleados públicos realizada por el EBEP y sus principales efectos

Primeramente hay que recalcar que el EBEP realiza, de modo elogiabile, una actualización del catálogo de los derechos básicos del funcionario, en términos semejantes al de los trabajadores asalariados y, en un paso más allá, innova el panorama legal con la mención al reconocimiento específico de la protección frente al acoso laboral. Si bien no es la única medida incluida en la Ley 7/2007 que afecta a la tutela frente a estas patologías lo cierto es que su regulación expresa representa una novedad normativa puesto que no existe, por ahora, ningún otro texto legal estatal que incluya esta referencia al acoso moral en el trabajo, ni siquiera la normativa laboral tradicionalmente preocupada por esta

cuestión⁷. Sin embargo, hasta cierto punto, la positivización del acoso laboral era previsible, al igual que parecía factible, dado el contexto funcional antes dibujado, que se materializasen iniciativas legales tendientes a diseñar una respuesta jurídica efectiva frente a la preocupante incidencia del acoso en la Administración. Efectivamente, la normativa sociolaboral española, al igual que la legislación administrativa de la Función Pública, se ha venido modificando en el sentido de incorporar las principales novedades en la materia provenientes fundamentalmente de instancias comunitarias. Así, tanto el Estatuto de los Trabajadores (art. 4) como la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (art. 63), y el moderno LETA⁸, incluso (art. 4), se han ido actualizando en la temática del acoso discriminatorio (en sus diversas modalidades, incluyendo el acoso sexual y sexista) merced a las novedades introducidas por la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y más recientemente por la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Aún así, lo curioso es que se ha tenido que esperar a la reforma del empleo público para encontrar un referente legal directo del acoso laboral y para que las iniciativas comunitarias y nacionales sobre la materia culminasen en el reconocimiento legal expreso de este derecho.

En este sentido, la primera valoración de la medida incluida en el EBEP, sin entrar aún a determinar su alcance, no puede ser peyorativa, aún teniendo en cuenta que un sector importante de la doctrina advierte de las cautelas lógicas que se han de guardar al abordar un proceso de elaboración de normativa específica frente a un fenómeno complejo como el acoso, de hondas raíces sociales y de arduo tratamiento jurídico⁹. Todas estas cuestiones sobre la inclusión del acoso laboral en el

⁷ Aunque en los convenios colectivos es frecuente encontrar estipulaciones referidas a la prevención y sanción del acoso, además de la inclusión de definiciones de estas prácticas, hasta el momento no se contaba con ningún referente legislativo que realizase una mención expresa de esta figura y que, por tanto, arbitrarse una protección jurídica específica frente a tales conductas.

⁸ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

⁹ Al respecto no se deben dejar de tener en cuenta ciertas cuestiones puestas de manifiesto por los autores especializados en acoso laboral, entre ellos MOLINA NAVARRETE. Por un lado, se afirma que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con resortes para dar respuesta a estas conductas vulneradoras de derechos fundamentales (sin dejar de contemplar los beneficios directos más obvios del reconocimiento del derecho) y que legislar sobre una problemática de hondo trasfondo social como es el acoso no acaba sencillamente con estas graves conductas. Por otro lado, los especialistas insisten en calibrar la importancia de los riesgos que comporta la exuberancia legislativa que, por prolífica, puede ser ignorada o desoída (de modo que su efectividad quede neutralizada), incluso provocar el efecto contrario al deseado, esto es contribuir a dar apariencia de que simplemente legislando se consigue erradicar este complejo fenómeno que contamina los ambientes de trabajo. Finalmente, ante la complejidad del fenómeno del acoso no se puede concluir que la vía legal sea el único modo de abordar esta problemática, que como todo fenómeno social, que además incluye factores psicológicos, no ha de abordarse solamente desde un enfoque estrictamente normativo.

catálogo de derechos del empleado público enlazan directamente con el espíritu de la reforma emprendida por la Ley 7/2007 y obedece, al mismo tiempo, al modelo de Administración pública que postula esta importante normativa¹⁰. Efectivamente, en el sector público se viene asistiendo, desde los años sesenta, a una *corriente laboralizadora*, entendiendo por tal el acercamiento del empleo público a los parámetros del empleo privado¹¹. Se trata de una tendencia que aboga por la conveniencia del trasvase de categorías tradicionalmente laboristas al ámbito administrativo, fundamentalmente para dotar a esta rama jurídica de instituciones y técnicas que sirvan de solución, por ejemplo, a fenómenos como el acoso laboral que se han convertido en patologías características de las instituciones públicas. Este es el enfoque que se ha venido a dar finalmente a la inevitable y necesaria reforma de la Función Pública: en el EBEP asistimos a un tratamiento jurídico conjunto, en un único texto legal básico, de todos los empleados al servicio de la Administración independientemente de la naturaleza de su relación de trabajo, es decir incluyendo al personal funcionario, personal estatutario y personal laboral. Esa ordenación conjunta y unificada de los rasgos básicos de los dos regímenes jurídicos que conviven en el empleo público supone una aproximación entre ambos y la definitiva confluencia de dos corrientes que ya existían; por un lado, la *laboralización* de las condiciones de trabajo de los funcionarios, y por otro la *administrativización* de las condiciones de empleo del personal laboral al servicio de la Administración. Con la promulgación de esta normativa culmina un largo y laborioso proceso de reforma que se emprendió con el objetivo de modificar el régimen jurídico de la Función Pública en nuestro país y adaptar «*la articulación y gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo*»¹². En este sentido la Ley 7/2007 quiere simplificar el complejo panorama normativo del empleo público, tan fragmentando y disperso¹³, para contribuir así a modernizar el modelo de organización y gestión de la Administración pública española.

¹⁰ Un modelo con modernos planteamientos organizativos y jurídicos que no está exento de crítica. Algunos sectores de la doctrina administrativa más ortodoxa no ven con buenos ojos que la reforma se decante por soluciones heterogéneas o híbridas, de acercamiento y fundición de regímenes jurídicos hasta ahora separados o disociados.

¹¹ Vid. CANTERO MARTÍNEZ, J.: *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, 2001.

¹² Según refiere la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2007.

¹³ Nos referimos a los inmediatos antecedentes legales del EBEP, es decir las sucesivas reformas parciales realizadas desde 1978 sobre la normativa básica preconstitucional, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado —Decreto 315/1964—. Así la Ley 30/1984, la Ley 53/1984 y la Ley 9/1987 han constituido durante tiempo el núcleo esencial de la legislación básica del Estado en la materia y han sumergido este régimen en una situación salpicada de continuas modificaciones puntuales y desarrollos múltiples, lo cual no han contribuido a clarificar el complejo panorama legal existente.

Partiendo de esos planteamientos era inevitable, por lo menos en lo referente al catálogo de derechos fundamentales y a la dignidad de los trabajadores al servicio de la Administración, un diseño único de lo que es núcleo central de toda la nueva regulación del empleo público: el derecho a un trabajo ejercido con dignidad y plenamente asistido de los derechos constitucionales más básicos. El proceso de acercamiento y convergencia de los estatutos profesionales de los funcionarios y los trabajadores asalariados se convierte en un acto obligado y adquiere un carácter irrefrenable, puesto que tras la promulgación de la Constitución, como no podía ser de otra manera, se aceleraba la necesidad de actualizar el elenco de derechos y deberes sociales y laborales de los funcionarios, el cual no podía ser, después del Texto de 1978, radicalmente distinto al del empleado que se rige por el Estatuto de los Trabajadores y tiene que coincidir en lo básico como es el respeto a la dignidad de todo trabajador en su puesto. Es por eso que no asombra que finalmente el EBEP se decante por reconocer a todos los empleados públicos, funcionarios y asalariados, el derecho al respeto a su dignidad en el trabajo frente al acoso laboral. Existiendo unanimidad doctrinal en calificar el acoso laboral como ataque cualificado contra la dignidad (que se materializa en agresiones a la integridad moral), se ha previsto adecuadamente la inclusión de la protección especial frente al acoso laboral en el precepto legal en que se proclama el derecho a la dignidad en el ámbito profesional público (art. 14.h EBEP).

Los principales efectos que comporta esta medida sustantiva del reconocimiento expreso del derecho a la protección frente al acoso se desglosan del siguiente modo:

a) *Refuerza la tutela jurídica de los funcionarios frente al acoso* ya que dota a estos profesionales de la función pública de un referente legal expreso, lo que, a la postre, constituye una herramienta principal para conseguir arbitrar una defensa efectiva y certera frente a posibles situaciones de hostigamiento. Esta mención específica al acoso laboral parece ser especialmente necesaria en el ámbito administrativo puesto que, como se ha descrito líneas atrás, el empleado público, concretamente el personal funcional, está particularmente expuesto al acoso laboral en su relación de trabajo y además desenvuelve su relación de servicios en un contexto organizativo y jurídico que contiene menos resortes legales de protección respecto de estas prácticas denigrantes. También es importante destacar que el EBEP, al configurar las prácticas acosadoras como ataques a la dignidad del empleado en el marco de las relaciones de trabajo, otorga a estas conductas ilícitas una relevancia constitucional por el rango de los bienes jurídicos que vulnera (la dignidad personal del art. 10 CE); cuestión ésta que si bien no admitía controversia en el plano doctrinal, estaba pendiente de plasmación normativa concreta. A su vez, esta localización del acoso laboral en el

listado de «derechos básicos» permite fundamentar la defensa del acoso por la vía de la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (de los cuales es sustrato la dignidad personal) y encauzar su amparo alegando el menoscabo de la integridad moral sufrido (art. 15 CE), como viene conviniendo un gran sector de la literatura jurídica especializada en el tema ¹⁴.

b) *Garantiza una aplicación e interpretación normativa más eficaz frente al acoso laboral*: es previsible que esta medida, paulatinamente, aumente en el ámbito administrativo la sensibilidad frente a estas conductas y, en consecuencia, consiga vencer las reticencias manifestadas por parte de los jueces y Tribunales del orden contencioso-administrativo a interpretar la normativa vigente y contemplar el encaje legal de las conductas hostigadoras. Como se ha hecho notar esta jurisdicción viene siendo renuente a estimar cuestiones de acoso laboral, seguramente porque eso evidenciaría un reprochable actuar de la Administración que, finalmente, puede concluir en la imputación de responsabilidades indemnizatorias a las AAPP. En cualquier caso, el derecho de protección del empleado público frente a estas graves conductas, compromete a las AAPP, no sólo a efectos disciplinarios, sino en materia preventiva y reparadora puesto que constituye un deber de actuar respecto de estos ilícitos. Es decir, la proclamación del derecho en el plano sustantivo favorece una actuación integral de la Administración frente a estas patologías y deja expedita la posibilidad de exigirle responsabilidades en distintas vertientes.

c) *Facilita la sanción de las conductas de acoso por vía disciplinaria*: este es el motivo, por el que esta medida se complementa con la otra aportación determinante y explícita del EBEP en materia de acoso y que es la calificación del acoso laboral como falta disciplinaria de carácter muy grave (ex art. 95.2 EBRP). Es congruente que el reconocimiento de un derecho lleve aparejado el diseño de unas garantías que permitan hacer efectivo su ejercicio. Por eso el artículo 14 y el artículo 95, ambos del EBEP, son dos caras del mismo planteamiento: reconocer la protección frente al acoso laboral supone permitir la sanción de las actuaciones que infrinjan ese derecho proclamado.

En definitiva, al menos en un plano jurídico teórico, todo indica que con estas medidas se mejora la tutela del funcionario frente al acoso

¹⁴ Por todos, la propuesta definitoria de acoso laboral elaborada por CORREA CARRASCO: «Toda conducta (activa u omisiva), llevada a cabo en el contexto de una relación laboral o de servicio, consistente en ataques reiterados y sistemáticos de carácter degradante, que tienen como finalidad atentar contra la integridad moral de una persona, siendo susceptible, además, de provocar daños de naturaleza psíquica, física, patrimonial o de perjudicar gravemente la empleabilidad de la misma» («El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo», en VV.AA.: *Acoso moral en el trabajo*, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 89).

laboral, aunque verdaderamente habrá que dejar que la Ley 7/2007 continúe su breve andadura como norma positiva en vigor para comprobar si cubre las expectativas creadas y consigue vencer las reticencias que el ámbito administrativo ha manifestado en la erradicación de estas graves patologías que, indiscutiblemente, empañan la imagen impecable que debe ofrecer el servicio público y la Administración.

2.2. Aspectos conceptuales pendientes: ausencia de definición legal y confusión terminológica

A pesar del avance indiscutible que comporta el reconocimiento específico de la figura del acoso laboral por parte del EBEP, conviene recalcar que sigue sin existir en la actualidad una definición legal de estos ilícitos profesionales. Ciertamente, el legislador ha manifestado una relativa indiferencia con respecto a un aspecto que es crucial. Como se comprueba de modo inmediato tras la lectura sosegada de la Ley 7/2007, esta importante norma no incluye una definición legal de acoso laboral¹⁵. Por tanto, aunque haya que valorar positivamente que se haga referencia a la figura en un contexto adecuado (los derechos individuales de los empleados públicos y los ataques a su dignidad) se ha desaprovechado la ocasión de aportar una definición legal de este complejo tipo de conductas y de acuñar, de modo definitivo, un concepto jurídico-normativo que, según se venía observando, era conveniente.

La preocupación por la necesidad de fijar el concepto jurídico del acoso laboral es recurrente, ya que el debate sobre el análisis conceptual continúa siendo una constante que mantiene viva la atención de la doctrina científica, observándose que los trabajos monográficos especializados en acoso laboral incluyen generalmente capítulos dedicados expresamente a esta cuestión¹⁶. Algo que por otro lado responde a la lógica metodológica puesto que se trata de una figura aún «inmadura» y de reciente abordamiento por parte de los juristas. De partida, resolver el problema del concepto del acoso laboral y contar con una definición rigurosa, funcional, con descripción de sus elementos integrantes, mejoraría el panorama judicial. Los órganos jurisdiccionales continúan entretenidos en «desbrozar» la realidad para distinguir el acoso de otras figuras afines y delimitar cuándo se está ante situaciones de hostigamiento, ante un «falso acoso» o un «acoso simulado», o cuándo el

¹⁵ En contraste con esta deficiencia, la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, promulgada en el mismo periodo legislativo e igual año que el EBEP, sí incluye la definición de «acoso sexual» y «acoso por razón de género».

¹⁶ Por todos, VV.AA. (CORREA CARRASCO, M. —Coord.—): *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson-Aranzadi, 2006.

juzgador se encuentra ante conductas que no son ilícitas ni constituyen hostigamiento.

A pesar de la multiplicidad de tomas de postura doctrinales, es cierto que los especialistas han acuñado un concepto jurídico que parte de la delimitación del fenómeno realizada por los psicólogos y sociólogos para, sobre ella, plasmar categorías iuslaboralistas que permitan ofrecer una definición jurídica única y común de esta patología profesional, válida para el sector privado y las AAPP, a la vez que hábil para propiciar la tutela en el empleo público desde las diferentes vertientes (preventiva, sancionadora, indemnizatoria o jurisdiccional). En ese concepto jurídico se han conseguido decantar los elementos esenciales del tipo jurídico, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, lo que permite no sólo la identificación plena de las complejas conductas acosadoras a efectos de una tutela integral, sino también su distinción de otras figuras jurídicas con las que tiene vinculaciones y conexiones estrechas. Hay que señalar, sin embargo, que aunque existe un elevado, pero no total, consenso doctrinal sobre los elementos básicos del tipo jurídico del acoso laboral (ataque a la dignidad, carácter reiterativo, prolongación en el tiempo, intencionalidad lesiva,...) lo cierto es que algunos caracteres básicos quedan pendientes de concreción y que se viene produciendo una desviación jurisprudencial respecto del concepto teórico esbozado¹⁷. Por todo ello era razonable esperar que esta importante norma administrativa que ahora se analiza pusiese orden en la cuestión y abordase abiertamente el problema del concepto de acoso laboral ofreciendo una definición sincrética y unificada¹⁸.

A la ausencia de definición legal, y en conexión directa con el problema conceptual, se suma la confusión terminológica de la Ley 7/2007 en lo que se refiere al *nomen iuris* empleado para designar las conductas hostigadoras. La propuesta del legislador para regular el acoso en el empleo público plantea ciertos inconvenientes técnicos por la terminología utilizada y el grado de confusión conceptual que provoca¹⁹. Por un lado, el uso de la expresión «acoso moral y laboral» en el

¹⁷ Esas derivas judiciales observadas se concretan en un aspecto objetivo (la exigencia del daño a la salud psíquica) y otro subjetivo (la exigencia de un fin último).

¹⁸ Esta cuestión se analiza en un artículo propio de reciente publicación: CONDE COLMENERO, P.: «A propósito del concepto jurídico de acoso laboral y de la ausencia de definición legal pese al reconocimiento de la figura en el EBEP», en AS, núm. 1/2008.

¹⁹ Esta deficiencia es evidenciada por MOLINA NAVARRETE: «Más difícil de afrontar es la cuestión de si el legislador introduce una infracción o dos. Y es que..., alude de forma separada al concepto de “acoso moral” y al concepto de “acoso laboral”, hasta el punto de considerarlos como conductas distintas, constitutivos de tipos también diferentes... consideramos útil poner de relieve lo criticable de esta opción, por implicar una mayor confusión que aclaración». VV.AA. (MARCOS GONZÁLEZ, J. I. y MOLINA NAVARRETE, C. —Coord.—): *El «mobbing» en las Administraciones Públicas: cómo prevenirlo y sancionarlo*, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 29.

artículo 14.h) no es en absoluto afortunado puesto que genera un desconcierto innecesario y se pierde rigor jurídico. Efectivamente, al emplear la conjunción «y» se consigue hacer pensar que estamos ante dos modalidades de acoso diferentes cuando sin embargo el acoso laboral, tal como se ha depurado doctrinalmente tiene siempre un carácter moral puesto que consiste en una conducta que atenta contra la integridad personal del trabajador, en su vertiente moral. Por lo tanto la expresión correcta que correspondería utilizar hubiese sido «acoso laboral» (más sincrética) o «acoso moral laboral» (más completa y descriptiva). A efectos sancionadores, la redacción del artículo 95.2 (letras b y o), de nuevo plantea el mismo «enredo» conceptual, al aludir por separado al «acoso moral» y al «acoso laboral». Por tanto, difícilmente se entiende la imprecisión terminológica y conceptual cometida por la normativa, tan sólo se podría estar a expensas de que verdaderamente hubiese razones jurídicas fundadas, que ahora se escapan, para realizar tal distinción entre el acoso moral y el acoso laboral. Más bien se quiere pensar que todo ha sido resultado de un lapsus lingüístico o consecuencia de un simple error terminológico. En cualquier caso la normativa es tan reciente que habrá que esperar a conocer el criterio de la doctrina especializada y de la jurisprudencia para comprobar si estos desajustes tendrán finalmente trascendencia teórica y práctica en la tutela del acoso laboral.

3. NOVEDADES EN MATERIA DE TUTELA DISCIPLINARIA: LA CALIFICACIÓN DEL ACOSO LABORAL COMO FALTA MUY GRAVE

Lo que verdaderamente resulta más encomiable de la Ley 7/2007 es la regulación de modo autónomo e independiente de la figura del «acoso laboral» (entendiendo por tal la conducta hostigadora contra la dignidad del trabajador y vinculada al contexto profesional) y, seguidamente, la previsión específica, a nivel disciplinario, de la sanción de tales prácticas por considerarlas como infracciones muy graves — *ex* art. 95.2, letras b) y o)²⁰—. Era recomendable para alcanzar una verdadera efectividad de la tutela sustantiva, no sólo reconocer la protección frente al acoso laboral en el catálogo de derechos del empleado público, sino también, en el plano de las garantías, realizar una labor de tipificación precisa o

²⁰ En otro orden de cosas, una primera consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 93 EBEP, es que lo expresamente previsto para la sanción del acoso laboral podrá ser aplicado al personal laboral al servicio de las AAPP, es decir, a todas las clases de empleados públicos en el sentido amplio que determina el artículo 8 del EBEP. La legislación laboral en materia disciplinaria solo se aplica para lo no previsto en la nueva normativa del empleo público.

encaje nítido de las conductas hostigadoras en el listado de infracciones disciplinarias (como requiere el principio de legalidad y tipicidad). En principio el EBEP, con la tipificación del acoso laboral como falta muy grave (y el establecimiento del Código de Conducta, en el Capítulo VI), ha modificado visiblemente el contexto legal del régimen disciplinario en cuanto a la represión efectiva y certera de las conductas de hostigamiento profesional. Pero es más, la Ley 7/2007, a nivel general (no sólo respecto al acoso) dibuja un nuevo escenario de esta potestad administrativa disciplinaria. En efecto, los antecedentes normativos directos más inmediatos en materia disciplinaria administrativa²¹ planteaban una disgregación legal de que había generado cierta inseguridad jurídica a la hora de determinar el régimen y los procedimientos a aplicar en el vasto y heterogéneo marco del personal al servicio de las AAPP²². Es de alabar el esfuerzo del legislador por consolidar una normativa homogénea, común y de referencia en materia disciplinaria.

La relevancia de la calificación específica del acoso laboral como infracción disciplinaria es innegable, al menos en el plano teórico de la tutela profesional, puesto que el expediente disciplinario administrativo está concebido como herramienta pública de control del incumplimiento de los deberes del funcionario y ha de poder ser un instrumento eficaz para erradicar estas prácticas y servir para la depuración de las responsabilidades de quien ejerce una conducta acosadora en el seno de la Administración. En cuanto a la tutela del empleado acosado, representa la instancia procedimental oficial, legítima y primera donde plantear la denuncia de las prácticas de hostigamiento (solicitando el inicio y tramitación del expediente disciplinario correspondiente), su eliminación y la depuración de responsabilidades frente a quien ejerce actuaciones de acoso laboral. Con todo, conocer el auténtico alcance práctico de la reforma y su repercusión en el tratamiento del acoso en vía disciplinaria sancionadora no es tarea sencilla, puesto que la normativa ahora vigente tiene el reto de vencer los obstáculos reales que se presentan en la esfera administrativa a este respecto. Por un lado, el primer escollo es la reticencia general a aplicar la potestad disciplinaria: fruto de malentendidos derechos y privilegios que asisten al funcionario, el

²¹ Es decir, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (arts. 97 a 93), la Ley 30/1984 (concretamente el art. 31, limitado a tasar las faltas muy graves) y, en vía de desarrollo el Real Decreto 33/1986 que aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado (y que contenía, hasta ahora, la regulación general de esta potestad). Estos textos quedan derogados tras la promulgación del EBEP que abre un nuevo panorama legal con una única norma básica de referencia en materia disciplinaria que se ejerce con carácter principal sobre el personal referido en el ámbito de aplicación del artículo 2 (sean funcionarios o personal laboral, art. 93) y de modo supletorio para el resto de empleados de las AAPP.

²² Consultar STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 153/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 31 de octubre de 2003 (JUR 2004/42492).

ámbito de las AAPP «se resiste» con demasiada frecuencia a la apertura de expedientes disciplinarios que depuren responsabilidades de los servidores públicos y sancionen conductas profesionales poco ortodoxas o directamente incumplidoras. Y, por otro lado, concretamente en relación al acoso, existe el peligro del ejercicio abusivo y desviado del poder disciplinario por parte de superiores jerárquicos, que se puede convertir en un mecanismo eficaz para practicar el acoso y conseguir la «salida» de la función pública de la víctima, antes que para perseguir a los verdaderos hostigadores²³.

Otra cuestión decisiva que subrayar es la vinculación estrecha que plantea el EBEP entre el régimen disciplinario y los principios que regulan los deberes del empleado público (los cuales constituyen el Código de Conducta que, de modo innovador, se incluye en el Capítulo VI de la Ley 7/2007). Así el artículo 52 EBEP, *in fine*, determina que las reglas del Código de Conducta «informaran la interpretación y aplicación del régimen disciplinario». El establecimiento de este Código y la ampliación, por tanto de los principios informadores de la actividad disciplinaria, refleja primeramente la menor tolerancia jurídica respecto a conductas funcionariales irregulares, ilegítimas o ilegales, o que no sean éticamente impecables; es decir, se ha de interpretar que la voluntad del legislador, en congruencia con el espíritu que inspira la reforma global de la función pública, quiere ser más estricta y exigente con la conducta de los empleados públicos que ha de esta a la altura del nuevo modelo de Administración Pública al que se aspira y de la gobernanza responsable de los intereses de la Comunidad que pretende el EBEP (en línea con los postulados de la Unión Europea en la materia)²⁴.

4. TUTELA PREVENTIVA DEL ACOSO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN: EL PAPEL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LA PROPUESTA DEL EBEP

Sin duda, en la erradicación del acoso laboral es esencial la actuación en vía preventiva, tal como la mejor doctrina viene advirtiéndose²⁵,

²³ Con frecuencia, en los pronunciamientos judiciales que dilucidan cuestiones de acoso a funcionarios públicos, se comprueba que es una tónica general que se persiga disciplinariamente a la víctima incoando expedientes donde se le imputan errores no cometidos, incumplimientos vagos o inconcretos, etc. Ver, entre otras, la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 9.ª), de 28 de marzo de 2006 (VLEX-HGV G062).

²⁴ Por tanto, se ha de considerar repudiable que la potestad disciplinaria no se ejerza o que se ejerza sin atención a este Código de Conducta; y en el mismo sentido, el expediente disciplinario que se tramite separándose de esos principios rectores podrá ser tachado de ejercicio desviado de la potestad administrativa disciplinaria.

²⁵ Representantes de estos postulados son: CAVAS MARTÍNEZ, SERRANO OLIVARES, ROJAS RIVERO o NAVARRO NIETO.

por lo que es necesario, para contribuir a un tratamiento integral del fenómeno, afrontar la temática desde la perspectiva de esta deseable tutela. Respecto de estos riesgos la Administración, sometida expresamente a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, comparte las mismas previsiones legales que el sector privado aunque aporta un cúmulo de especificidades organizativas y jurídicas propias del ámbito público en esta materia que no mejoran las posibilidades de defensa del funcionario víctima de acoso²⁶. A pesar de los evidentes daños que para la salud de los trabajadores comporta el acoso laboral, el silencio de las normas preventivas sobre el tema de los riesgos psicosociales y los planteamientos del polémico Criterio Técnico 34/2003 sobre *Mobbing*, de la Dirección General de la ITSS (descartando que el acoso moral tenga encaje en la LPRL) han supuesto consecuencias muy negativas a la hora de acotar y combatir el fenómeno en el sector público. La prevención de esta «nueva generación» de riesgos profesionales, de difícil detección y evaluación, plantea un giro importante en la concepción misma de la actuación preventiva, que está pensada para afrontar los tradicionales daños físicos o corporales y no tanto los modernos riesgos de naturaleza interpersonal u organizativa. En este sentido, parece más recomendable y efectivo, tal como se plantea en instancias comunitarias (y según refleja la Ley 3/2007 —LOI²⁷—), pretender, como complemento a los clásicos mecanismos normativos, *nuevos enfoques* en la regulación de la prevención del acoso laboral, más flexibles, consensuados y participativos, y que van desde la aplicación de los de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y la elaboración de códigos de buenas prácticas, al tratamiento del acoso en vía de negociación colectiva o el fomento de soluciones extrajudiciales para la composición de los conflictos hostigadores. Todas estas fórmulas son válidas y jurídicamente factibles en el ámbito de las AAPP al hilo de las novedades planteadas por el actual EBEP en lo que se refiere a cuestiones como el impulso dado a la negociación colectiva y a las soluciones extrajudiciales en el sector público o la inclusión de un Código de Conducta del empleado público, por ejemplo.

Es obvio el papel relevante que pueden desarrollar los códigos de buenas prácticas en el tratamiento preventivo de cualquier modalidad de acoso, de partida como «declaración de principios» realizada desde la propia empresa (o institución pública) para determinar con firmeza que se propone combatir prácticas contrarias a la dignidad y derechos

²⁶ Entre ellas el procedimiento especial para el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración —Real Decreto 707/2002— que limita el papel de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

²⁷ Esta norma, que traspone un conjunto importante de Directivas comunitarias de contenido antidiscriminatorio, postula la actuación preventiva frente al acoso sexual y acoso por razón de género.

fundamentales de los propios trabajadores. En el contexto comunitario y concretamente respecto a las prácticas hostigadoras, el reciente *Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo*²⁸, mantiene esa línea de autorregulación mediante fijación de reglas empresariales internas de conducta que marque una postura decidida y transparente de intransigencia frente a conductas irrespetuosas como las hostigadoras puesto que determina que «las empresas deben tener una declaración clara e inequívoca de que el acoso y la violencia no serán tolerados». Aún así, hablar de códigos de conducta en el contexto de la Administración pública es bastante novedoso. Como refiere el mismo legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, la elaboración de un Código de Conducta se convierte en una auténtica primicia legislativa que sin embargo no constituye una propuesta absolutamente inédita ya que enlaza directamente con la Proposición No de Ley para la creación de un Protocolo de Buenas Prácticas Administrativas para prevenir el acoso psicológico en el seno de las AAPP, presentado por el Grupo Parlamentario Socialista y aprobado por unanimidad por el Congreso el 18 de octubre de 2005.

Las particularidades a tener en cuenta respecto del Código de Conducta que el EBEP incluye y en relación con la prevención del acoso son las siguientes²⁹: 1. Este Código de Conducta no está pensado para el acoso moral expresamente, pero sí para regular cualquier actuación o comportamiento de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y restringir aquellos que sean ilícitos, «no éticos» o irrespetuosos con los derechos fundamentales y libertades públicas. Constituye por tanto un «Código de Conducta general» no un «Código de Conducta

²⁸ Firmado en Bruselas, el 26 de abril de 2007, por las principales organizaciones empresariales y sindicales de la Unión Europea y la misma Comisión, con el objetivo de luchar contra estas prácticas ilícitas que ensombrecen el panorama empresarial comunitario.

²⁹ Del examen sistemático de los tres preceptos que la Ley 7/2007 dedica a la regulación del Código de Conducta que rige el cumplimiento de los deberes de los empleados públicos, se pueden extraer primeramente las siguientes consideraciones previas: 1. En ellos se contiene un basamento ético-regulador del cumplimiento de los deberes y obligaciones del empleado público. El empleado público debe desempeñar sus funciones guiado por una meta última, amplia y general acorde a la naturaleza pública de la Administración y al sometimiento a la legalidad que rige especialmente para los poderes públicos: «*velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico*» (art. 52 EBEP en su comienzo). 2. La finalidad del Código de Conducta es pedagógica y orientadora, si bien se vincula directamente al régimen disciplinario. De este modo el Código no tiene sólo carácter programático sino que, irremediablemente, adquiere también eficacia directa sancionadora. 3. Su regulación supone una fijación del catálogo de deberes y obligaciones del empleado público y sus límites, en una triple vertiente (con dimensión interna y externa): a) Hacia el ciudadano. b) Hacia la Administración misma y demás empleados públicos. c) Hacia las necesidades del servicio. 4. De su establecimiento se derivan consecuencias disciplinarias y sancionadoras con el fin de poner límites a las conductas lícitas. Los principios y reglas del Código de Conducta informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

frente al acoso». 2. No está enfocado directamente a la prevención de la salud del trabajador y por tanto a la prevención de los riesgos psicosociales (tipo acoso). Sin embargo: a) Conecta directamente con la no permisividad de actuaciones irrespetuosas hacia los derechos constitucionales más básicos: *«su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas»* (art. 53.4 EBEP), y en relación al comportamiento con la propia Administración y los ciudadanos, por un lado, y el resto de empleados públicos por otro: los empleados públicos *«ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos»* (art. 53.3 EBEP). Con todo, contiene una alusión expresa y general a la obligación de la observancia de los empleados públicos a *«las normas laborales sobre seguridad y salud laboral»* (art. 54.9 EBEP) que constituye un auténtico deber autónomo de cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. b) La filosofía básica a la que responden los Códigos de Conducta es la intolerancia respecto a las conductas y prácticas no éticas en orden a su prevención y erradicación: su objetivo es dejar clara la no permisividad frente a comportamientos de todo punto rechazables dentro de la empresa (pública y privada) y en la relación de la empresa con el exterior, de cara a cumplir con esa responsabilidad social que toda actividad empresarial genera. c) Enlaza abiertamente y a su iniciativa con el régimen disciplinario que a su vez incluye las prácticas de acoso como faltas muy graves.

Resumidamente, en el EBEP, en un sentido estricto, no se generan obligaciones respecto a la prevención del acoso moral pero la filosofía que sirve de basamento a la elaboración del Código de Conducta que contiene, puesta en relación directa con la regulación específica del acoso moral laboral que realiza y con su fijación como conducta muy grave y sancionable; todo ello ensamblado, apunta a una más que elevada dificultad para sostener que no caben obligaciones ni responsabilidades de la Administración en la evitación de estas perniciosas conductas.

Comunicación a la Ponencia Temática II

REFLEXIONES SOBRE EL PERMISO POR RAZÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO A LA LUZ DE LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

PAULLA CHRISTIANNE DA COSTA NEWTON

Profesora Titular del Departamento de Derecho del Trabajo
del Centro Universitario de Joao Pessoa —UNIPÊ— Brasil
Profesora Titular del Departamento de Derecho del Trabajo
de la Universidade Estadual da Paraíba —UEPB— Brasil
Profesora Titular de la Associação Caruaruense
de Ensino Superior —ASCES— Brasil
Master en Derecho Económico de la Universidad Federal
da Paraíba —UFPB— Brasil
Doctoranda en Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. REFLEXIONES PREVIAS.—2. JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.—3. DERECHOS LABORALES DE LAS FUNCIONARIAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LEY 7/2007. ESPECIAL REFERENCIA AL PERMISO POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 3.1. Permiso por razón de violencia de género. 3.1.1. Delimitación de conceptos: falta de asistencia y falta de puntualidad. 3.1.2. Justificación de ausencia total o parcial al trabajo por las víctimas de violencia de género. 3.1.3. Beneficios de la justificación de las ausencias o faltas de puntualidad por las víctimas de violencia de género.—4. CONSIDERACIONES FINALES.—5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. REFLEXIONES PREVIAS

La Organización de las Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial sobre la mujer, de 1995 ¹, reconoce que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, a la que menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Igualmente reconoce que la violencia contra las mujeres puede darse en el ámbito doméstico, con los malos tratos, abusos sexuales, entre otros o en el ámbito de la comunidad, con las violaciones, prostitución forzada, etc., además de la violencia perpetrada o tolerada por el Estado ².

Además de las consecuencias económicas, sociales y sanitarias, otras secuelas de la violencia de género pueden ser igualmente devastadoras, como aquéllas que puedan reflejarse en el ámbito de la función pública.

Desde este punto de vista, la vinculación entre la función pública y la violencia de género, se manifiesta en un doble sentido, en primer lugar, como violencia de género que vicia la relación funcionarial. Y en segundo lugar, la violencia de género ejercida en el ámbito doméstico, trasciende éste, para alcanzar con efectos negativos a esta relación.

En la primera situación, el ambiente laboral favorece el surgimiento del acoso en sentido amplio, una de las facetas de la violencia de género, conforme a lo previsto en la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer ³.

¹ IV Conferencia Mundial sobre la mujer de Naciones Unidas, celebrada en septiembre de 1995, en Pekín.

² Respecto la tipología de violencia de género, *vid.* HEISE, L.: «Violence against women: the hidden health burden», en *World bank discussion paper*, n. 255. Washington, D.C.: Banco Mundial.

³ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

El segundo aspecto, que se tomará en consideración en el presente estudio, consiste en los efectos perniciosos ocasionados por la violencia de género doméstica en la relación funcionarial.

Sin embargo, de entre las múltiples manifestaciones de violencia de género, se puede considerar como expresión más frecuente de dominio del varón, la violencia practicada contra las mujeres en el ámbito de la pareja⁴. Ámbito en el que se afirman un conjunto de roles y derechos que por tradición cultural y jurídica ha beneficiado a los varones y perjudicado a las mujeres, asignando a estas un papel secundario y de sometimiento a los hombres en las relaciones de pareja⁵.

Las consecuencias de este tipo de violencia de género son devastadoras para la mujer: padecimiento para el resto de su vida de trastornos emocionales, problemas de salud mental y reproductiva, entre otros⁶.

Desde esta perspectiva, nos encontramos ante dos relaciones jurídicas que discurren en paralelo, protagonizadas por un mismo sujeto que es la mujer. Una relación de pareja, que sigue dañada por actos violentos practicados contra la mujer —víctima y una relación laboral sana de la cual participa la mujer— funcionaria. Lo que no se puede negar es que los actos violentos practicados contra la mujer, en su ambiente familiar, interfieren profundamente en el desempeño de sus actividades laborales.

Así, los lazos afectivos que unen a la víctima con el agresor, así como la posición vulnerable que la mujer mantiene en la relación de pareja, hacen que los actos de violencia se produzcan de manera sistemática y, por tanto, causen daño físico y emocional hecho que, sin duda, se refleja en las relaciones sociolaborales⁷.

En el año de 2002, la Organización Mundial de Salud publicó el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud, destinando de un total

⁴ El Derecho español ha experimentado avances legislativos en materia de violencia de género con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica la LO 10/1993, de 23 de noviembre; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de la víctima de violencia doméstica, y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, además de las leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas.

⁵ Al respecto, véase MEDINA, J. J.: *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

⁶ UNFPA. State of World population 2005. Capítulo 7: *Violencia por motivos de género: un precio demasiado alto*. Disponible en: www.Unfpa.org. Acceso en: 10 de agosto de 2006.

⁷ MEDINA, J. J.: «Violencia contra la mujer en la pareja. Investigación comparada...», *op. cit.*, pp. 77-78.

de nueve capítulos, tres a la violencia de género ⁸. Este estudio muestra las consecuencias de la violencia de pareja sobre la salud mental y física de las mujeres a corto y a largo plazo.

Según dicho informe, las principales consecuencias de la violencia física sobre la mujer maltratada son las señales físicas de las agresiones (cicatrices, heridas, quemaduras), las alteraciones del sueño (insomnio y pesadilla), los fallos en la memoria y el agotamiento ⁹.

Por su parte, dentro de las consecuencias psicológicas, se destacan las consecuencias emocionales (apatía, baja autoestima, angustia, ansiedad, desconfianza, depresión y miedo), las consecuencias conductuales (intento de suicidio y abuso de alcohol) y consecuencias psicosomáticas (cardiopatía, trastornos gastrointestinales y cefaleas) ¹⁰.

Según GARCÍA ZAFRA las principales consecuencias del maltrato doméstico contra la mujer sobre sus relaciones sociales son el aislamiento o retraimiento social, con limitación en sus relaciones sociales, poca relación con sus compañeros de trabajo, desconfianza y agresividad ¹¹.

De acuerdo con lo razonado, las consecuencias negativas de la violencia de género doméstica en la vida de la mujer trabajadora se constatan en las bajas por lesiones físicas o psicológicas, necesidad de desplazamientos o traslados, cesación de la relación laboral, disminución del rendimiento laboral, ausencias e impuntualidades.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Con la finalidad de rechazar la violencia de género en el seno de la familia, la Resolución número 2 del Consejo de Ministros del Consejo

⁸ *Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen*. Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002.

⁹ GARCÍA ZAFRA, I.: «Situación actual y secuelas», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Estudios empíricos sobre el maltrato a la mujer: una serie de 338 casos*. Madrid, Dykinson, 2006, pp. 242-251.

¹⁰ En este último sentido, *vid.* SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, M. A.: «Psicopatología de las víctimas de malos tratos», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*. Tomo II. Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer. Madrid, 2000, p. 394.

¹¹ GARCÍA ZAFRA, I.: «Situación actual y...», *op. cit.*, p. 252.

de Europa recomienda la intervención del Estado ¹², a través de la adopción de medidas sociales.

Esta tutela intervencionista encuentra respaldo en los artículos 14 y 9.2 CE. La Constitución Española consagra el principio de igualdad y el principio de no discriminación, en su artículo 14 ¹³. Cuando el artículo 14 CE dispone que: «Los españoles son iguales ante la ley», consagra el principio de igualdad formal, que se concreta en la generalidad y abstracción de las normas.

Sin embargo, la tutela aislada de la igualdad formal es insuficiente para alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Por esto, el artículo 9.2 CE obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para alcanzar la igualdad sustancial entre mujeres y hombres, precepto que se refiere a la adopción de medidas intervencionistas que denotan una política activa por parte de los poderes públicos ¹⁴. Condición *sine qua non* para la consecución de la igualdad real y efectiva plasmada en el artículo 9.2. de la Carta Magna española es la adopción de medidas de acción afirmativa ¹⁵ para sanar o compensar una discriminación presente o pasada o impedir una discriminación futura ¹⁶.

Ahora bien, la doble naturaleza de la mujer víctima de violencia de género, la de trabajadora y la de víctima de violencia, exterioriza una triple discriminación:

1. La discriminación histórica, cultural y socialmente sufrida por el hecho de ser mujer.

¹² Resolución núm. 2 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en 1990, sobre las medidas sociales contra la violencia de género en el seno de la familia.

¹³ Entre las normas sobre la materia, desde el punto de vista laboral, se subraya el Convenio núm. 111 (RCL 1968, 2101) y, en el Derecho Comunitario, la Directiva 76/207 (LCEur 1976, 44), modificada por Directiva 2002/73 (LCEur 2002, 2562), en relación con el sexo; Directiva 2000/43 (LCEur 2000, 1850), en relación con el origen racial o étnico de las personas, y Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁴ A estos efectos, se hace referencia al artículo 2 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo que asigna a los Estados la obligación de establecer una política nacional que promueva la igualdad sustancial en el empleo con objeto de combatir las discriminaciones existentes. Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Entrada en vigor: 15 de junio de 1960.

¹⁵ *Affirmative action* que nace en los Estados Unidos vinculada a la discriminación racial en este país.

¹⁶ La Comisión Norteamericana de Derechos Civiles, 1977, define acción afirmativa como «cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro».

2. La discriminación que sufre tanto en el desarrollo de las relaciones laborales, que se concreta en salarios más bajos que los varones, gran número de contrataciones temporales o de contratos a tiempo parcial, como en la propia dificultad para la inserción laboral.

3. La discriminación sufrida en el seno familiar que resulta de la situación de violencia que vive.

Esta complejidad discriminatoria hace que sea imprescindible la intervención de los poderes públicos, en aras de tutelar este colectivo de mujeres víctimas de violencia en la pareja.

Por otra parte, ha quedado demostrado que la violencia de género en el seno de las relaciones de pareja repercute negativamente en las relaciones laborales, tanto en el desarrollo de la prestación de servicios como en el proceso de inserción laboral, hechos que determinan que sea imprescindible un entramado de medidas de carácter social que eviten, palien o impidan la reiteración de estos comportamientos que menoscaban la igualdad sustancial ¹⁷.

Además de las secuelas físicas y psíquicas, debe tenerse en cuenta los costes económicos para la sociedad, en cuanto a la disminución de las capacidades de los recursos humanos de las mujeres debilitadas por el maltrato y los costes directos, con servicios e instituciones, en la prevención, represión y amparo de las víctimas de violencia de género ¹⁸.

Igualmente, debe tenerse en cuenta, los costes en el ámbito laboral originados por las situaciones de incapacidad temporal y permanente, pérdidas de producción por absentismo y retrasos, accidentes laborales

¹⁷ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, en vigor el 3 de septiembre de 1981, obliga a los Estados a adoptar medidas de carácter temporal destinadas a acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer, en su artículo 4.1.

¹⁸ MARTÍNEZ MARTÍN, M.: «Experiencias de apoyo a las víctimas de violencia doméstica en los centros de trabajo. En el derecho a trabajar en igualdad», en *Actas de las IV jornadas. La violencia doméstica y sus efectos en el ámbito laboral*, Granada, 2004, p. 11: «la violencia doméstica ejercida por su pareja o ex pareja tiene un coste anual para la sociedad andaluza de 2.356,8 millones de euros. Este importe recoge tanto los costes directos (recursos, específicos o no, utilizados por las víctimas) como algunos costes indirectos (el valor de los bienes y servicios perdidos por la violencia, la pérdida de bienestar de la víctima y de la sociedad en su conjunto). El coste anual vinculado al itinerario laboral de las víctimas representa el 30 por 100 del total (707 millones de euros); le siguen en importancia el itinerario social, que asciende a 628 millones de euros (27 por 100 sobre el total) y el itinerario de hijos e hijas (590 millones de euros, el 25 por 100 del coste total). Los costes del deterioro de la salud física y mental de las mujeres se cifran en 371 millones de euros anuales (16 por 100 del coste total) y los costes jurídicos son menores, 60,7 millones (3 por 100 del coste total)».

con consecuencias graves o leves, mayor inactividad femenina y las pérdidas de productividad ¹⁹.

Ante esas evidencias, se hace necesario que los Estados adopten medidas que permitan al colectivo de mujeres víctimas de violencia de género el disfrute de los derechos y libertades constitucionales, tomando en consideración que las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si no se emprenden acciones para compensar los efectos nocivos para las mujeres, de actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad ²⁰.

En este sentido, el artículo 1, apartado 8 de la Directiva 2002/73 CEE ²¹ combinado con el artículo 141, apartado 4 del Tratado de la Unión Europea ²² establece que los Estados podrán mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral.

Por tanto, para que el colectivo discriminado pueda disfrutar plenamente de los derechos constitucionales, se hace necesaria la intervención positiva del Estado para tutelar la continuidad de la relación laboral, con medidas que permitan conciliar las circunstancias personales adversas con el ejercicio regular de sus actividades laborales.

Respecto al nuevo Estatuto del Empleo público, según ORTEGA ÁLVAREZ: «De la Exposición de Motivos del nuevo Estatuto se derivan tres razones fundamentales que justifican la nueva regulación contenida en su articulado. La principal, sin duda, es su propósito de servir de pistoletazo de salida de un «largo y complejo» proceso de reforma del empleo público en España para adaptarlo a lo que de forma convencional e indeterminada se denominan «necesidades de nuestro tiempo»» ²³.

¹⁹ LORENTE ACOSTA, M.: «La violencia contra las mujeres: un problema social. En el derecho a trabajar en igualdad». Actas de las IV jornadas de violencia doméstica y sus efectos en el ámbito laboral, 3, Granada, 2004, p. 88: «la cuantificación del coste de la intervención ante un caso moderado-grave de agresión a la mujer se ha establecido en unas 500.000 ptas. (3005,65 euros), lo cual, multiplicado por todos los casos que se producen y añadiéndole el gasto indirecto de las mujeres maltratadas que no denuncian, supone un coste económico muy elevado que la sociedad está asumiendo sin reflexionar y sin ni siquiera reconocer, cuando sí les preocupa otros gastos con menor incidencia en lo cuantitativo y, esto es lo más grave, sin el significado y la trascendencia que esta situación tiene en nuestra sociedad».

²⁰ Recomendación del Consejo 84/635 CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer.

²¹ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

²² Tratado de Ámsterdam, en vigor el 1 de mayo de 1999.

²³ ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «Nuevo Estatuto del Empleo Público: la dificultad de unas bases constitucionales coherentes y su relación con los Estatutos de Autonomía». Barcelo-

Ciertamente, entre estas necesidades están el fomento de la igualdad de género, la adopción de modelos que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral y la protección de las mujeres frente a las consecuencias de la violencia de género.

En este sentido, puede afirmarse que la justificación de las faltas de asistencia y faltas de puntualidad de las víctimas de violencia de género constituye derecho imprescindible para la continuidad de la prestación de servicios de este colectivo.

A este análisis van a dedicarse las páginas que siguen.

3. DERECHOS LABORALES DE LAS FUNCIONARIAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LEY 7/2007. ESPECIAL REFERENCIA AL PERMISO POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1. Permiso por razón de violencia de género

3.1.1. *Delimitación de conceptos: falta de asistencia y falta de puntualidad*

El Estatuto Básico del Empleado Público ²⁴, adelante EBEP, define la totalidad de los derechos y deberes de los funcionarios públicos. Los deberes de los funcionarios son los encargos que la Administración puede asignar a los mismos en virtud de las propias necesidades de la organización.

El EBEP contiene la regulación de los deberes de los empleados en los artículos 52 y siguientes. Estos artículos determinan explícitamente los deberes de los funcionarios, al mismo tiempo que sirven para la interpretación y aplicación del régimen disciplinario.

De acuerdo con el artículo 53 (principios éticos) el funcionario estará obligado a actuar con lealtad, eficacia, eficiencia, diligencia y dedicación. Por su parte, establece el artículo 54 EBEP (principios de conducta) que el funcionario desempeñará las tareas correspondientes a su puesto de trabajo de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.

Así, este Código de Conductas crea una relación jurídica con vocación de continuidad; de ahí que resulte preciso especificar, a lo largo del

na, *InDret-Revista para el análisis del Derecho*, 2007. Disponible en: www.Indret.com. Acceso en: 15 de abril de 2008.

²⁴ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. *BOE* núm. 89, de 13 de abril de 2007.

tiempo, el contenido de la obligación de actividad que debe el funcionario a la Administración a cambio de una retribución ²⁵.

Por todo ello, la organización estatutaria de la función pública obliga al funcionario a realizar una actividad durante tiempo y en lugar determinados. La jornada de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el funcionario se encuentre en su puesto de trabajo, debiendo realizar la actividad, esfuerzo físico o intelectual convenido bajo las instrucciones y órdenes profesionales legítimas ²⁶.

Sin embargo, esta relación sinalagmática y continua puede sufrir interrupciones por incumplimientos que se relacionan con la jornada y el horario de trabajo ²⁷. En este sentido, la interrupción de la prestación laboral por el funcionario envuelve la ausencia total y la ausencia parcial al trabajo; es decir, se debe distinguir los dos supuestos esenciales: falta de asistencia y falta de puntualidad, respectivamente ²⁸.

La falta de asistencia o ausencia total se produce cuando el funcionario no realiza su prestación laboral en toda la jornada. Igualmente, existen otras situaciones que se equiparan a la ausencia del puesto de trabajo. Así ocurre si el funcionario permanece en su puesto de trabajo sin realizar sus tareas ²⁹ o incumple sus actividades dedicando la jornada laboral a actividades distintas ³⁰.

En cambio, las faltas de puntualidad son las ausencias parciales, que se producen con los retrasos en el momento de iniciar la prestación laboral, adelantar el momento de salir del trabajo o interrumpir las ac-

²⁵ Audiencia Nacional, Sala de lo Social, sentencia 14-5-2003, núm. 45/2003, rec. 217/2002.

²⁶ Vid. Tribunal Supremo, Sala 4.^a, sentencia 22-11-2006, rec. 2706/2005. STS Sala 4.^a de 20 de diciembre de 2005 (EDJ 2005/250645). TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, sec. 1.^a, sentencia 22-11-2005, núm. 3699/2005. TSJ Andalucía (sede Granada), Sala de lo Social, sentencia 17-9-2002, núm. 2588/2002, rec. 1508/2002. TSJ Asturias, Sala de lo Social, sentencia 10-5-2002, núm. 1377/2002, rec. 3922/2001.

²⁷ Vid. TSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, sec. 1.^a, sentencia 28-12-2005, núm. 1813/2005.

²⁸ Vid. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.; ARROYO VARELA, S. V., y DÍAZ MUÑOZ, R.: «Tiempo de trabajo no realizado: Ausencia y absentismo laboral», en *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés, Logroño (La Rioja)*, 16, 17 y 18 de junio de 1999. Coord. por Juan Carlos Ayala Calvo, Vol. 2, 1999, pp. 123-126.

²⁹ Acudir al sitio de trabajo sin realizar tarea alguna dando ejemplo al respecto, equivalente a falta de asistencia, cuando no se está en periodo de huelga (STS 29-9-1983 [RJ 1983, 4299]).

³⁰ En las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de otro, que no tengan un determinado centro de trabajo en donde ofrecer su función, ni una concreta jornada laboral, es indudable que el incumplimiento de sus obligaciones, dedicándose en horas y días laborables a actividades distintas, supone una falta que debe incardinarse en el artículo 54.2.a) ET, *vid.* STS de 21-4-1986 [RJ 1986, 2212].

tividades laborales antes del término de la jornada. También se incluye la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado³¹ o marcharse en un momento dado de las funciones sin regresar después³².

3.1.2. Justificación de ausencia total o parcial al trabajo por las víctimas de violencia de género

Por justificación de ausencias y faltas debe entenderse la existencia de hechos independientes de la voluntad del funcionario, y de los cuales no sea en forma alguna culpable, que le impidan asistir al trabajo³³.

Son injustificadas, por el contrario, aquéllas faltas o impuntualidades al trabajo para las que no existe precepto legal reglamentario o circunstancia de indudable valor, moral o social, que excuse la asistencia³⁴.

De esta manera, el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género³⁵, adelante LOMPIVG, establece que las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas en los términos que se determine en su legislación específica.

Por su parte, el EBEP establece en la letra d) del artículo 49, el permiso por razón de la violencia de género sobre la mujer funcionaria. En este artículo, el EBEP determina que las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, totales o parciales, 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 proceda³⁶.

³¹ TSJ de La Rioja, Sala de lo Social, sentencia 28-3-2000, núm. 98/2000, rec. 70/2000.

³² TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, sentencia de 24-1-2002, núm. 465/2002, rec. 3058/2001.

³³ STS de 8-2-1990 [RJ 1990, 844]. TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, sec. 1.ª, sentencia 2-12-2005, núm. 9365/2005, rec. 6446/2005.

³⁴ TSJ de Andalucía (sede Sevilla), Sala de lo Social, sentencia 13-9-2002, núm. 6154/2002, rec. 1823/2002.

³⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

³⁶ Las normas autonómicas han venido repitiendo el texto del Estatuto. *Vid.* Dirección General Función Pública. BO Cantabria, de 26 de noviembre de 2007, núm. 54. Extremadura. Funcionarios y Personal Laboral de la Comunidad Autónoma. Aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Instrucción de 23 de noviembre de 2007. LCTB 2007/298. Vigente desde 17-12-2007. Instrucción Quinta. Permisos; artículo único, párrafo 31.4, letra d) de la Ley

Como antecedente de esta regulación, debe citarse el apartado 5 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, adelante LMRFP, cuya redacción del apartado 5 fue añadida por la Disposición Adicional 9.5 de la LOMPIVG³⁷.

El derecho previsto en el artículo 49 del EBEP trata de «una legislación de mínimos, ampliable por tanto en el ámbito de cada Administración Pública, y dónde el legislador estatal actúa como auténtico legislador básico»³⁸. Es decir, las Administraciones Públicas establecerán los requisitos para la concesión de los permisos a los funcionarios públicos. Sin embargo, en todo caso han de reconocer los permisos por razón de la violencia de género con las estipulaciones mínimas establecidas en el Estatuto.

El motivo que justifica la ausencia o impuntualidad al servicio de la víctima de violencia de género es la debilitación física o psicológica producida por el maltrato, por constituir hechos independientes de la voluntad de la funcionaria, de los cuales no es en forma alguna culpable y que le impiden acudir al trabajo³⁹.

Por otro lado, la ley no limita temporalmente el alcance de esto derecho. Así, serán justificadas las ausencias por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda.

En este contexto, para que se consideren justificadas las ausencias e impuntualidades de la funcionaria víctima de violencia de género, se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: acreditación por parte de los servicios sociales de atención o servicios de salud y comunicación a la respectiva Administración para evitar posibles perjuicios.

El primer requisito impone que las ausencias al trabajo sean acreditadas por los servicios de asistencia, a través de justificantes de ausen-

13/2007, de 27 de julio. LG 2007/303. Parlamento de Galicia. DO Galicia de 27 de agosto de 2007, núm. 165. Función Pública. Modificación de la Ley 4/1988, de 26-5-1988 (LG 1988/105), de la función pública de Galicia. Vigente desde 16-09-2007.

³⁷ Asimismo, debe citarse la Orden APU/526/2005, de 7 de marzo, que dispone sobre la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueba el Plan para la Igualdad de Género en la Administración General del Estado, que preveía un apartado en desarrollo de la LO 1/2004, de 28 de diciembre. En este sentido *vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M. (Director); CASTILLO BLANCO, F. A.; SALA FRANCO, T.; PALOMAR OLMEIDA, A.: «Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público». Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007, pp. 351-352.

³⁸ GALLEGOS CHÉRCOLAS, I.: «Capítulo VII. Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Director): *Estatuto Básico del Empleado Público*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Grupo Wolters Kluwer. Madrid, La Ley, 2007, p. 355.

³⁹ TSJ del País Vasco, Sala de lo Social, sentencia 14-1-2003, rec. 2114/2002.

cia. Estos justificantes serán expedidos por los servicios de salud (consulta médica o incapacidad temporal) o por los servicios sociales, con los justificantes de asistencia social expedidos conforme el referido en el artículo 19 de la LOMPIVG ⁴⁰.

Estos derechos a asistencia social integral previstos en el artículo 19 de la LOMPIVG comprenden los servicios de atención, emergencia, apoyo y acogida y de recuperación integral de las víctimas, organizados por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, que comprenden: Información a las víctimas, atención psicológica, apoyo social, seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer, apoyo educativo a la unidad familiar, formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos y apoyo a la formación e inserción laboral.

Además, como la LOMPIVG no establece una forma especial para estos justificantes ⁴¹, se entiende que las ausencias podrán acreditarse por diversos tipos de informes acreditativos expedidos por los servicios sociales o de salud que reconozcan la imposibilidad de la víctima de violencia de comparecer a su puesto de trabajo ⁴².

A su vez, la normativa Autonómica ha establecido que será documento justificativo de este permiso cualquier documento administrativo o judicial que condene al agresor, o médico-legal, que ponga de manifiesto la existencia de lesiones físicas o psíquicas, en la mujer funcionaria víctima de violencia de género ⁴³.

⁴⁰ Regulación de la IT —art. 128 y ss. LGSS, OM de 13 de octubre de 1967, OM de 6 de abril de 1983, OM de 19 de junio de 1997 y Real Decreto 575/1997.

⁴¹ Con relación a las trabajadoras víctimas de violencia de género, vale señalar que los Convenios Colectivos siguen las directrices de la LOMPIVG, véase II Convenio Colectivo para las Empresas de Gestión y Mediación Inmobiliaria, BOE 12, 13 de enero de 2007, rect. BOE 15, 17 de enero de 2007, Capítulo XV: Derechos laborales de las víctimas de violencia de género, artículo 65, será suficiente para considerar justificadas las ausencias o faltas de puntualidad de la trabajadora víctima de violencia de género un dictamen de los servicios sociales o de salud; I Convenio Colectivo para Entidades de Carácter Social de la Comunidad Valenciana, DO Comunidad Valenciana 5529, de 7 de junio de 2007, artículo 39, «tratamiento de situaciones para personas afectadas por violencia de género (como se justifican las ausencias y el plazo para presentación de los justificantes)». Algún Convenio Colectivo ha establecido que «Bastará el conocimiento por parte de la empresa de que una mujer víctima de malos tratos no ha acudido al trabajo sin necesidad de parte alguno, para que no se le considere falta de puntualidad al trabajo», *vid.* Convenio Colectivo de Trabajo del Sector «Comercio de Droguerías, Herboristerías, Ortopedías y Perfumerías» de Navarra, BO Navarra 88, 18 de julio de 2007, artículo 33.

⁴² TSJ de Galicia, Sala de lo Social, sec. 1.ª, sentencia de 31-5-2004, rec. 1789/2004.

⁴³ *Id.* Diari Oficial de la Comunitat Valenciana de 14 de febrero de 2008, núm. 5703. Funcionarios de la Administración de Justicia. Establece el régimen de vacaciones, permisos y licencias para los cuerpos de gestión procesal y administrativa, tramitación procesal

El segundo requisito para la justificación de las ausencias e impuntualidades de la mujer víctima de violencia de género se refiere a la obligación de la funcionaria de comunicar a la Administración la causa justificativa de la inasistencia ⁴⁴, evitando, con esto, mayores perjuicios para el servicio público ⁴⁵.

En este aspecto, el deber de comunicar la causa de su falta de asistencia o ausencia se enmarca en los principios éticos de lealtad y buena fe con la Administración en la que preste sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos [art. 54, letra c)] ⁴⁶.

Considero que esta comunicación deberá ser hecha en la «mayor brevedad posible», sea previa o a posteriori, ya que si bien su condición de víctima de violencia excusa de la obligación de asistencia laboral, siempre es necesaria la comunicación a la Administración no sólo al inicio de la ausencia o impuntualidad sino en cualquier momento en que aquélla sea posible, pues así lo imponen las reglas de la buena fe. La Administración tiene la prerrogativa de ser informada de las circunstancias que impiden la funcionaria la realización de las actividades pactadas ⁴⁷.

y administrativa, auxilio judicial y médicos forenses al servicio de la Administración de Justicia de la Comunidad Valenciana. Instrucción de 15 de noviembre de 2007. LCV 2008/76. Vigente desde 05-03-2008. Artículo único.

⁴⁴ STS de 21-1-1988 [RJ 1988, 29]; STSJ de Extremadura de 28-5-1998 [AS 1998, 2389].

⁴⁵ Vid. sentencias STS de 16 de diciembre de 1987 (8956); STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de julio de 2004 (2924); STSJ de Castilla-La Mancha, de 26 de febrero de 2003 (2073); STSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de enero de 2004 y STSJ de Extremadura, de 7 de octubre de 2004 (56180).

⁴⁶ Alguna normativa autonómica ha establecido que dichas ausencias sean comunicadas por la funcionaria a los órganos de control competentes en materia de cumplimiento y horario de trabajo. En este sentido, *vid.* artículo 12.3 de la Orden de 31 de octubre de 2007. LAN 2007/489. Consejería de Justicia y Administración Pública. BO Junta de Andalucía de 9 de noviembre de 2007, n. 221; rect. BO. Junta de Andalucía de 7 de diciembre de 2007, núm. 240. Funcionarios de la Administración de Justicia. Determina la jornada y el horario en el ámbito de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el calendario laboral. Vigente desde 10-11-2007.

⁴⁷ La normativa autonómica dispone que: «Las ausencias y faltas de puntualidad y permanencia que no queden debidamente justificadas o comunicadas, en su caso, tras el requerimiento para compensación en el mes siguiente, dará lugar a la deducción proporcional de haberes». *Vid.* artículo 12.2 de la Orden de 31 de octubre de 2007. LAN 2007/489. Consejería de Justicia y Administración Pública. BO Junta de Andalucía de 9 de noviembre de 2007, núm. 221; rect. BO. Junta de Andalucía de 7 de diciembre de 2007, núm. 240. Funcionarios de la Administración de Justicia. Determina la jornada y el horario en el ámbito de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el calendario laboral. Vigente desde 10-11-2007.

3.1.3. Beneficios de la justificación de las ausencias o faltas de puntualidad por las víctimas de violencia de género

a) Inaplicación del régimen disciplinario

El incumplimiento de los deberes que corresponden a los funcionarios públicos conforma el régimen disciplinario aplicable a los mismos.

Así, el incumplimiento de los deberes y de las obligaciones de los funcionarios públicos se acomoda en el régimen jurídico disciplinario y a su caso, se clasifica en infracción muy grave, grave o leve.

Las faltas muy graves se determinan en el EBEP, mientras las faltas graves serán determinadas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral. Las faltas leves serán determinadas por las Leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP ⁴⁸.

El artículo 95.2 EBEP establece como faltas muy graves el abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas [letra c)] y el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas [letra g)].

Así, la no justificación de la falta de puntualidad o ausencia puede determinar la apreciación del incumplimiento como infracción mediante procedimiento disciplinario y, por tanto, la concurrencia de uno de los requisitos legales necesarios para la sanción disciplinaria (art. 96 EBEP).

En la situación específica de las funcionarias víctimas de violencia de género, la justificación de la ausencia o falta de puntualidad legitima la posibilidad de la funcionaria de ausentarse del puesto de trabajo sin verse por ello sometida a un expediente disciplinario ⁴⁹. Es decir, la ausencia o falta de puntualidad justificada de las funcionarias víctimas de violencia de género no generan ningún tipo de sanción disciplinaria.

⁴⁸ V. PALOMAR OLMEDA, A.: *El nuevo Estatuto del Empleado Público*. Colección Punto de Actualidad Legal. Navarra, Editorial Aranzadi, 2007, p. 53.

⁴⁹ BELANDO GARÍN, B.: «Función pública y realidad social. La nueva adaptación del régimen jurídico de los funcionarios públicos realizada por la Ley Integral contra la Violencia de Género», en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coord.): *La nueva ley contra la violencia de género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)*. Madrid, Iustel, 2005, p. 464.

b) Consideración como permiso

El nuevo Estatuto del Empleado Público incluye las faltas justificadas de asistencia, totales o parciales, como permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria (art. 49 EBEP).

Desde esta perspectiva, el verdadero intuio del legislador ha sido determinar que las faltas de asistencia o puntualidad de las funcionarias víctimas de violencia de género no extingue la relación de servicios entre éstas y la Administración, ni tampoco extingue el derecho a percibir las retribuciones durante este periodo.

En la primera situación, la permanencia del vínculo con la Administración se justifica en el propio concepto de permiso, establecido por autores y Tribunales españoles. Así, los permisos son las «interrupciones del trabajo de los funcionarios, que no alteran su situación de actividad»⁵⁰.

La segunda situación se caracteriza por el derecho a percibir las retribuciones correspondientes a los periodos de ausencia o impuntualidad.

A priori, la ausencia o impuntualidad origina la pérdida proporcional de las retribuciones correspondientes, de acuerdo al principio de sinalagmaticidad. No obstante, existen excepciones a este principio basadas en determinadas causas justificativas de las ausencias al trabajo. Estas circunstancias son protegidas en el ordenamiento español y equiparadas a la situación de «trabajo efectivo» generador de salario.

Ahora bien, con carácter general los permisos no afectan a las retribuciones, que se percibirán íntegramente⁵¹. Siendo por ello, la obligación salarial debe mantenerse en los supuestos de ausencias y faltas debidamente justificadas de las víctimas de violencia de género. Primero, porque la trabajadora está dispuesta a prestar sus servicios pero su prestación no es posible por causa que no le es imputable; segundo, la ausencia o impuntualidad ocurre en el ejercicio de su legítimo derecho a asistencia social o de salud; y, por último, la justificación de la falta

⁵⁰ V. TORREBLANCA VERGARA, J.: *Las situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 1978. p. 117. Para el concepto de permiso, entre otros: LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Permisos y licencias de los funcionarios públicos: adaptada a la Ley 7/2007, Estatuto básico del empleado público*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007; DEL REY GUANTER, S. (Director): *Comentarios al estatuto básico del empleado público*. Madrid, La Ley, 2008; SÁNCHEZ MORÓN, M. (Director): *Comentarios a la ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid, Lex Nova, 2008.

⁵¹ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 214.

sin la retribución salarial se asemejaría a la suspensión de funciones resultado de sanción disciplinaria (art. 90 EBEP) ⁵².

A su vez, las ausencias y faltas de puntualidad no justificadas darán lugar a una deducción proporcional de haberes, conforme lo establecido en la normativa específica ⁵³.

De la panorámica trazada en las líneas anteriores, se puede extraer que el derecho establecido en la letra d) del artículo 49 genera una macro tutela para el colectivo de funcionarias víctimas de la violencia de género: no imposición de sanción disciplinaria, retribución de dichos periodos de ausencias e impuntualidades y permanencia del vínculo funcional.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Durante los últimos años han proliferado múltiples medidas, políticas, planes y normativas que se ocupan de la violencia contra la mujer, y en particular de la violencia en la pareja. En este contexto, se destaca la labor que ha sido realizada por la normativa internacional, comunitaria, autonómica y estatal.

En efecto, por su complejidad, el combate a la violencia de género urge por una respuesta multidisciplinar, con un elenco de medidas penales, civiles, administrativas y como fundamental, medidas laborales.

Desde esta perspectiva, la normativa social además de rechazar la violencia de género en las relaciones laborales, debe ayudar en el combate de la violencia de género en las relaciones no laborales, como esfuerzo significativo al proceso de medidas coordinadas para alcanzar la igualdad de género ⁵⁴.

Sin duda, el tratamiento concreto de la violencia contra las mujeres en el seno de la pareja requiere el establecimiento de medidas de protección y asistencia social en beneficio de las víctimas. Esto impone la necesidad de articular medidas que permitan a las mujeres maltratadas continuar la relación laboral existente o acceder al mercado laboral en condiciones de competitividad con los varones.

⁵² BURGOS GINER, M. A.: «La suspensión del contrato de trabajo por sanción disciplinaria y la obligación de cotizar (Comentario a la STSJ de Andalucía/Málaga, de 30 de septiembre de 1999)», en *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, ISSN 1130-7331, núm. 118, 2000, pp. 35-39.

⁵³ *Vid.* artículo 36 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, modificada por el artículo 102.2 de la Ley 13/1996.

⁵⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en las relaciones de pareja», en *Actualidad Laboral*, núm. 7, abril, 2005.

Ante las razones expuestas, se concluye que es imprescindible la tutela social a las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de la pareja como instrumento para corregir o paliar las discriminaciones existentes y lógicamente asegurar la concretización de la igualdad real y efectiva⁵⁵.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELANDO GARÍN, B.: «Función pública y realidad social. La nueva adaptación del régimen jurídico de los funcionarios públicos realizada por la Ley Integral contra la Violencia de Género», en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coord.): *La nueva ley contra la violencia de género (Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)*. Madrid, Iustel, 2005.
- BURGOS GINER, M. A.: «La suspensión del contrato de trabajo por sanción disciplinaria y la obligación de cotizar (Comentario a la S.T.S.J. de Andalucía/Málaga, de 30 de septiembre de 1999)», en *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, ISSN 1130-7331, núm. 118, 2000.
- DEL REY GUANTER, S. (Director): *Comentarios al estatuto básico del empleado público*. Madrid, La Ley, 2008.
- GALLEGO CHÉRCOLES, I.: «Capítulo VII. Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Director): *Estatuto Básico del Empleado Público*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Grupo Wolters Kluwer. Madrid, La Ley, 2007.
- GARCÍA ZAFRA, I.: «Situación actual y secuelas», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Estudio empírico sobre el maltrato a la mujer: una serie de 338 casos*. Madrid, Dykinson, 2006.
- HEISE, L.: «Violence against women: the hidden health burden», en *World bank discusión paper*, n. 255. Washington, D.C.: Banco Mundial.
- LORENTE ACOSTA, M.: *La violencia contra las mujeres: un problema social. En el derecho a trabajar en igualdad*. Actas de las IV jornadas de violencia doméstica y sus efectos en el ámbito laboral, 3, Granada, 2004.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Permisos y licencias de los funcionarios públicos: adaptada a la Ley 7/2007. Estatuto básico del empleado público*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», en *Actualidad Laboral*, núm. 7, abril de 2005.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «Nuevo Estatuto del Empleo Público: la dificultad de unas bases constitucionales coherentes y su relación con los Estatutos de Autonomía». Barcelona, *InDret-Revista para el análisis del Derecho*, 2007. Disponible en: www.Indret.com.

⁵⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Aspectos laborales y...», *op. cit.*

- MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- MARTÍNEZ MARTÍN, M.: «Experiencias de apoyo a las víctimas de violencia doméstica en los centros de trabajo», en *El derecho a trabajar en igualdad*. Actas de las IV jornadas. La violencia doméstica y sus efectos en el ámbito laboral. Granada, 2004.
- MEDINA, J.: *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- MORILLAS CUEVA, L.; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y otros: *Estudio empírico sobre el maltrato a la mujer. Una serie de 338 casos*. Madrid, Dykinson, 2006.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *El nuevo Estatuto del Empleado Público*. Colección Punto de Actualidad Legal. Navarra, Editorial Aranzadi, 2007.
- *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.; ARROYO VARELA, S. V. y DÍAZ MUÑOZ, R.: «Tiempo de trabajo no realizado: Ausencia y absentismo laboral», en *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés*, Logroño (La Rioja), 16, 17 y 18 de junio, 1999. Coord. por Juan Carlos Ayala Calvo, Vol. 2, 1999.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (Director); CASTILLO BLANCO, F. A.; SALA FRANCO, T.: *Comentarios a la ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid, Lex Nova, 2008.
- SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, M. A.: «Psicopatología de las víctimas de malos tratos», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*. Tomo II. Ministerio de Justicia, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la mujer. Madrid, 2000.
- TORREBLANCA VERGARA, J.: *Las situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 1978.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL CÓDIGO DE CONDUCTA COMO FUENTE ORDENADORA DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO DEL EMPLEADO PÚBLICO

FERNANDO ELORZA GUERRERO

Profesor Titular de Universidad de Derecho
del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA FIGURA DEL CÓDIGO DE CONDUCTA.—II. EL CÓDIGO DE CONDUCTA ESTABLECIDO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: CONTENIDO Y ALCANCE.—III. FUNCIONALIDAD DEL CÓDIGO DE CONDUCTA EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE TRABAJO DEL EMPLEADO PÚBLICO: PUNTOS CRÍTICOS.—IV. CONCLUSIÓN.

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA FIGURA DEL CÓDIGO DE CONDUCTA

Cuando uno se enfrenta al análisis de la institución de los Códigos de conducta, tal vez uno de las primeras cuestiones que vienen a la memoria es su materialización social allá por finales del siglo pasado, cuando sobre todo determinadas marcas de calzado y ropa deportiva, con el ánimo de contrarrestar cierta mala prensa en relación con la explotación laboral de menores, adoptaron unilateralmente ciertos Códigos de comportamiento, buscando sobre todo contentar a aquella parte de la sociedad más exigente desde un punto de vista ético. Mucho ha llovido desde entonces, de tal manera que el paso del tiempo y la evolución de la propia sociedad, y de la globalización económica, nos ha llevado ha percibir hoy día de distinta manera, a como podríamos hacerlo a finales de los 90, esta institución de los Códigos de conducta, que los especialistas hace tiempo enmarcaron en el contexto de un fenómeno más amplio al que han denominado *soft law*, o «Derecho blando» al decir de algunos ¹.

El Libro Verde de la Comisión Europea «*Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*»² establece la conveniencia de que las empresas elaboren códigos de conducta que regulen los derechos humanos, cuestiones medioambientales y condiciones laborales, al tiempo que promuevan y difundan la aplicación de los mismos entre sus proveedores y subcontratistas. Esta percepción de los Códigos de conducta como instrumento útil para ordenar cuestiones tan dispares como las relaciones laborales, el medioambiente, o incluso el propio res-

¹ MARINO SEGOVIA, A., y RENTERO JOVER, J.: «Fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales en la empresa transnacional: códigos de conducta y buenas prácticas», en BAYLOS GRAU, A. (coord.): *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 274.

² COM (2001) 336 final, Bruselas, de 18 de julio de 2001.

peto a los derechos humanos —asunto este último que supera la estricta esfera de la relación de trabajo—, evidencia cómo la institución que nos ocupa puede cumplir múltiples fines, y que desde luego no es una figura vinculada estrictamente al desarrollo de las relaciones laborales, como ocurre con los convenios colectivos por ejemplo.

Si nos aproximamos a la figura del Código de conducta desde una perspectiva civil o mercantil, observaremos que el código de conducta se concibe como un conjunto de « *propuestas o principios que se llevan a cabo por la propia ley, por agrupaciones de empresas o empresas de un sector, con la finalidad de establecer unos principios y unas reglas de garantía y de cumplimiento, para todas las empresas que operan en el sector o para las empresas que forman parte y se encuentran agrupadas o incorporadas a la asociación* »³. De manera que en estos casos dos son las finalidades que se persiguen: dar mayor seguridad, y mayor confianza, a las relaciones entre empresas y a las relaciones entre empresas y consumidores⁴.

Ciertamente, esta concepción no casa con las expectativas que generan las relaciones de trabajo. Y ello indudablemente es así porque el mundo laboral es un ámbito con connotaciones distintas al de las relaciones civiles o mercantiles, y donde es esperable que el código de conducta cumpla otros fines, aunque ciertamente y con independencia del terreno en el que nos movemos puede afirmarse que el Código de conducta constituyen un conjunto de principios o reglas, depende de los casos, con una vinculabilidad más o menos difusa y que normalmente intenta ordenar la conducta de unos operadores jurídicos en un marco pretendidamente ético o al menos «socialmente correcto».

Como ya se ha señalado en otros foros⁵, y centrados ya en el ámbito de las relaciones de trabajo, desde una perspectiva conceptual no cabe afirmar la existencia de un código de conducta «patrón», pues se trata de una institución que puede registrar una notable diversidad tanto desde el punto de vista de su complejidad, de la regulación que establezcan de las relaciones laborales, de los sujetos u organizaciones que lo promuevan, como de su control y exigibilidad. Pero desde luego, consideramos que a los efectos que nos ocupan resulta de interés distinguir⁶ en el ámbito de las relaciones de trabajo por un lado los Códigos que regulan el comportamiento ético y profesional de los trabajadores —y

³ MALUQUER DE MOTES Y BERNAT, C. J.: «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 362-363.

⁴ MALUQUER DE MOTES Y BERNAT, C. J.: «Los códigos...», *op. cit.*, p. 363.

⁵ MARINO SEGOVIA, A., y RENTERO JOVER, J.: «Fórmulas atípicas de regulación...», *op. cit.*, p. 275.

⁶ MARINO SEGOVIA, A., y RENTERO JOVER, J.: «Fórmulas atípicas de regulación...», *op. cit.*, p. 277.

que por tanto aspiran a incidir en muchos casos de una forma directa en la forma en que el trabajador realiza de su prestación de trabajo—, de aquellos otros instalados en terrenos de la responsabilidad social corporativa pretenden ordenar una conducta socialmente responsable mediante la adopción por la empresa de determinados estándares a la hora de desarrollar las relaciones de trabajo que se consideran justos.

Ahora bien, como en alguna ocasión también se ha indicado ⁷, no se ha de confundir la implantación de buenas prácticas con la aplicación o puesta en vigor de un Código de conducta, y ello porque las buenas prácticas a fin de cuentas constituyen medidas que pretenden generalmente mejorar la calidad del ejercicio de ciertos derechos reconocidos legal o convencionalmente a los trabajadores, cuando no la profundización en principios y valores constitucionales, que pueden exteriorizarse mediante la adopción de un Código de conducta, pero que también pueden explicitarse en un convenio colectivo o en el comportamiento de ciertos operadores jurídicos, incluido también por supuesto, y dando el objeto del presente análisis, la Administración Pública.

II. EL CÓDIGO DE CONDUCTA ESTABLECIDO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: CONTENIDO Y ALCANCE

Nos indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/2002, del Estatuto Básico del Empleado Público (LBE), en su párrafo decimoquinto, que *«por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituyen un auténtico código de conducta»*. Unas reglas, que por otra parte y continuando con el tenor de la mencionada E.M., *«se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias»*.

La declaración de intenciones en relación con el Capítulo VI del Título I de la LBE, titulado *«Deberes de los empleados públicos. Código de conducta»* (arts. 52 a 55), no tiene desperdicio porque permite calibrar el tipo de código de conducta que bulle en la mente del legislador. Sin embargo, si se quiere ser preciso, hay que advertir que pese a la rotunda afirmación contenida en la E.M. de la LBE, no es desde luego la primera vez que en España se consigna en la ley una regulación

⁷ LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Buenas prácticas y la negociación colectiva», en *REDT*, núm. 102, 2000, p. 325.

general de los deberes básicos de los empleados públicos, pues ya la Ley de Funcionarios Civiles 1964 contenía una enumeración de deberes de los funcionarios públicos, bien es verdad que ésta no se aventuraba a realizar consideraciones éticas y morales como el caso de la norma que nos ocupa ⁸.

Pues bien, ¿qué tenemos ante nosotros cuando se analiza el Capítulo VI? ¿Es un verdadero Código de conducta? Y si lo es, ¿de qué tipo?

Ciertamente, el Capítulo VI del EBEP reproduce a grandes rasgos la estructura típica de un Código de conducta ⁹, integrada por: una misión o «filosofía» de la empresa o Administración que lo adopta; un credo, o conjunto de principios que regulan las relaciones laborales en la empresa; y el Código de conducta en sentido estricto, en cuanto conjunto de reglas o principios que ordenan la conducta de las partes de la relación laboral. Otra cosa es la opinión que nos merezca el contenido del Código.

Un Código del que además, en el caso que nos ocupa, cabe predicar las siguientes características:

a) Configuración unilateral por parte del Estado. Ajeno por tanto a la negociación colectiva y a la posible interacción de las organizaciones sindicales.

b) Materializado por ley. Factor a tener en cuenta a la hora de enjuiciar su vinculabilidad y eficacia, visto los problemas y críticas que ha suscitado su vinculabilidad jurídica.

c) Carácter interno, pues se adopta por quien es titular de la estructura organizativa, no siendo propuesto, ni impuesto, desde fuera.

⁸ Sobre el particular PARADA, R.: *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 75-76, recuerda cómo en la Función Pública tradicional de los cuerpos militares históricamente no fueron extrañas las referencias a «*principios morales, de urbanidad y éticos, como el honor o el espíritu de servicio*», tal fue el caso de las Ordenanzas Militares y de la Armada de Carlos III o la Cartilla de la Guardia Civil, de 20 de diciembre de 1845, elaborada por su fundador el Duque de Ahumada. Y cómo «*en las regulaciones tradicionales de la función pública, como asimismo en los reglamentos de los cuerpos de funcionarios, van implícitos principios éticos que presuponen la exigencia de un espíritu de servicio, cuyas necesidades obligaban de forma exigente con una ética superior a los puros comportamientos privados, en función del honor y la probidad, a los que el funcionario debía acomodar su conducta tanto oficial como social*». La propia Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 1964, contenía una sección 1.^a en su Capítulo VII bajo el título «*Deberes e incompatibilidades*», donde se consignaba un conjunto de deberes de los servidores públicos, bien es verdad que incompleto y no puesto al día (*vid.*, en ese sentido, MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 457).

⁹ PERULLI, A.: *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999, pp. 302-304.

d) A ubicar en la categoría de los Códigos que regulan el comportamiento ético y profesional de los trabajadores. Por tanto no se trata de un Código vinculado al desarrollo de la responsabilidad social corporativa.

En cuanto al contenido, y como hemos señalado anteriormente, el código se estructura en tres apartados:

a) Un primer artículo, el 52 EBEP, de carácter general, titulado «*Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta*», donde se consignan un conjunto de valores éticos y morales, principalmente, a modo de virtudes que deben adornar el comportamiento de los empleados públicos. Se expresa la misión o filosofía del Código.

Se desea un empleado público diligente en su desempeño profesional y que vele por los «intereses generales», con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

Un empleado que, además, deberá actuar conforme a los siguientes principios: 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. Principios todos que, en mayor o menor medida, tienen su reflejo posteriormente tanto en los principios éticos (art. 53), como en los principios de conducta (art. 54).

b) Un segundo artículo el 53 EBEP, titulado «*Principios éticos*», donde reiterando alguna de las consideraciones realizadas en el precepto anterior, se compendia un conjunto de postulados que deberían orientar la actuación y comportamiento de los empleados públicos.

c) Y finalmente, el artículo 54 EBEP, nominado «*Principios de conducta*». concreción de los mencionados principios éticos, y que en sentido estricto constituyen el conjunto de deberes que deben observar los empleados públicos, sin perjuicio de que su interpretación venga inspirada por los principios éticos (art. 53). No obstante, hay que señalar que algunos de los principios éticos no han tenido una concreción posterior en principio de conducta alguna, lo que no quita para que orienten la actuación de los empleados públicos.

Previamente a la consideración del conjunto de deberes que integran el Código de conducta de los empleados públicos, no estará demás que se advierta de que pese al tenor del EBEP el artículo 54 antes que «principios de conducta» lo que establece realmente son «reglas de conducta» —de la misma manera que si se analiza el art. 53 EBEP se podría decir que algunos «principios éticos» (art. 53 EBEP) son más bien «reglas de conducta»—. Recuérdese a esos efectos, y como han señalado reputados especialistas, que «*las reglas nos proporcionan el*

criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas»¹⁰.

Pues bien, ¿cuál es la conducta que resulta esperable de un empleado público? Tres son las categorías de deberes que podemos establecer a partir de la lectura del artículo 54 EBEP:

a) Deberes relacionados con el desempeño de su actividad profesional:

1. Desarrollo diligente de las tareas correspondientes al puesto de trabajo, cumpliendo con la jornada y horario establecidos.

2. Administración de los recursos y bienes públicos (en el ámbito de su competencia, habría que añadir) con «austeridad», velando por su conservación, así como no utilización de los mismos en provecho propio o de «personas allegadas».

3. Rechazo de cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía.

4. Garantía de la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a su posteriores responsables.

5. Mantenimiento al día de su formación y cualificación.

6. Observancia de las normas de seguridad y salud laboral.

b) Deberes respecto de la Administración, sus superiores, compañeros y subordinados:

1. Obediencia a las instrucciones y ordenes profesionales de los superiores, si bien si se tratara de una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, el propio código establece la obligación de poner en conocimiento de los órganos de inspección procedentes esta circunstancia.

2. Comunicar a sus superiores u órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en que estén destinados.

c) Deberes relativos a sus actuaciones y relación con los ciudadanos:

1. Información a los ciudadanos de todas aquellas materias y asuntos que tengan derecho a conocer.

¹⁰ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 110.

2. Facilitación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, así como el cumplimiento de sus obligaciones.

3. Garantía de la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite, siempre que se oficial en el territorio.

Como hemos indicado anteriormente, la idea del EBEP es que el comportamiento del empleado público se ajuste, no sólo a la observancia de las obligaciones antes mencionadas, sino que también su comportamiento concuerde tanto con los principios, digamos «generales», del artículo 52 EBEP, como con los «*principios éticos*» del artículo 53 EBEP.

En cuanto al ámbito subjetivo ¹¹, el Código de conducta se aplicará a todo el personal funcionario, así como al personal laboral de las Administraciones Públicas mencionadas por el artículo 2 EBEP ¹². Una disposición esta última que en definitiva contempla la aplicación del EBEP, y por extensión del Código de conducta, tanto a la Administración General del Estado, como a las CC.AA. y la propia Administración Local ¹³. No obstante lo dicho, hay que recordar, como es conocido, que pese al interés de la *Comisión para el estudio y la preparación del EBEP*, por que este Estatuto se aplicara a todos los empleados públicos, finalmente esto no ha sido así —véase por ejemplo las exclusiones

¹¹ Sobre la problemática del ámbito subjetivo del EBEP puede ser de utilidad la consulta de SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de aplicación», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 54 y ss.

¹² Sobre las implicaciones del tratamiento en un mismo Estatuto del personal laboral y funcional de la Administración Pública, y la configuración del empleo público como una relación laboral de carácter especial, véase, MARÍN ALONSO, I.: «La relación laboral especial del empleo público», en *RL*, 2008 (en prensa).

Vid. asimismo las Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, de la Secretaría General para la Administración Pública, de 5 de junio de 2007, incorporadas como anexo a la Resolución de 21 de junio de 2007 de dicho organismo (BOE de 23 de junio de 2007), que en su apartado 12, además de declarar la «*directa aplicación al personal funcionario y al personal laboral*» del Código de conducta, establece también esa misma consideración respecto del personal de las entidades del sector público estatal señaladas en el apartado 4 de las Instrucciones, a saber: entidades del sector público comprendidas en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 24 de noviembre y los organismos reguladores previstos en la D.A. 1.ª de la Ley 6/1997, si bien en este caso depende de la forma en que su leyes de creación contemplen la eficacia del EBEP.

¹³ Y que extiende el ámbito de aplicación del EBEP a instituciones como las Universidades Públicas, los Organismos Públicos, Agencia y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (apartado 1 del art. 2 EBEP), o el personal docente y estatutario de los Servicios de Salud —si bien en este caso hay que tener en cuenta la existencia de competencia de las CC.AA. en relación con este personal, así como que la exclusión aplicativa de algunas partes del EBEP no afecta, sin embargo, al código de conducta— (apartado 3 del art. 2 EBEP).

contempladas *a priori* por el art. 4 EBEP ¹⁴—, por lo que como consecuencia de ello, se puede afirmar lógicamente que este Código de conducta no se aplica necesariamente al 100 por 100 de los empleados públicos, pese a que el artículo 2.5 EBEP establezca la condición de norma supletoria del EBEP en relación « *con todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación* » ¹⁵.

El que en el caso del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas el EBEP (art. 7) indique que el mismo « *se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan* », podría suscitar dudas sobre la concurrencia aplicativa del Código de conducta del EBEP en relación con el tenor del artículo 5 ET, que es la norma que establece las obligaciones básicas de los trabajadores por cuenta ajena ¹⁶ sujetos al ET. Tal problema no debe considerarse existente, desde el momento en que el EBEP nace con la vocación de ser ley especial de los empleados públicos en régimen laboral ¹⁷—y en el caso de que se trate de empleados públicos laborales no sujetos al

¹⁴ El artículo 4 EBEP prevé la aplicación del EBEP sólo en la medida en que así lo disponga la legislación específica del siguiente personal, y respecto del mismo:

— Personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las CC.AA., de los Órganos constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las CC.AA.

— Jueces, Magistrados y Fiscales, y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

— Personal militar de las FF.AA.

— Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

— Personal retribuido por arancel.

— Personal del Centro Nacional de Inteligencia.

— Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito.

¹⁵ Recuérdese que, por ejemplo, el Banco de España posee un Código de conducta propio, lo que en principio imposibilita la aplicación del código de conducta del EBEP como norma supletoria, salvo que al mismo se remitiera el código de la institución. Un código éste del Banco de España que ha sido el objeto central de una conocida STS (Sala 4.ª) de 7 de marzo de 2007, donde se analiza precisamente la naturaleza del mismo.

¹⁶ Y que establece como obligaciones de los trabajadores por cuenta ajena « *cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo; observar las medidas de seguridad e higiene; cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, no concurrir con la actividad de la empresa; contribuir a la mejora de la productividad y, por último, cuantas se deriven de los respectivos contratos de trabajo* ».

¹⁷ Recuérdese a estos efectos que la D.F. 1.ª EBEP establece que « *las disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.7.ª de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral* ». Por tanto, la normativa laboral del EBEP se sitúa bajo el paraguas de la competencia exclusiva del Estado en materia laboral, razón por la que las CC.AA. no podrán afectar el régimen laboral del EBEP cuando desarrollen éste mediante la correspondiente Ley de Función Pública Autonómica [vid. SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 119].

EBEP hay que recordar que éste a lo más actuará como ley supletoria (*vid.* art. 2.5 EBEP)—.

Finalmente, y por lo que respecta al ámbito temporal del Código de conducta, y pese a que el propio EBEP prevé el que determinados aspectos del mismo entren en vigor con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Estatuto —13 de mayo de 2007— (*vid.* D.D. EBEP), en el caso del Código de conducta las dudas no se suscitan, y por tanto desde un primer momento el conjunto de deberes de los empleados públicos que integran dicho Código será exigible a los mismos ¹⁸.

III. FUNCIONALIDAD DEL CÓDIGO DE CONDUCTA EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE TRABAJO DEL EMPLEADO PÚBLICO: PUNTOS CRÍTICOS

La inclusión en el EBEP de un denominado «Código de conducta», en cuanto conjunto de deberes (y principios éticos y de conducta) de los empleados públicos no ha dejado indiferente ciertamente a los estudiosos de la Función Pública, que desde un primer momento se han entregado a su análisis, aunque lo cierto es que las valoraciones realizadas hasta el momento no han sido muy positivas ¹⁹.

La adecuada valoración del Código descrito en páginas anteriores exige desde luego partir de la pretensión que con su promulgación se quiere culminar. Si nos atenemos a lo explicitado en la E.M. del EBEP, y esto es algo que en cierta manera ya hemos reseñado al principio de nuestro análisis, el Código del Capítulo VI del Título III EBEP aspiraría a cumplir tres finalidades:

¹⁸ En este sentido, el apartado 1 de las Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, de la Secretaría General para la Administración Pública, de 5 de junio de 2007, atribuye expresamente la condición de « *preceptos del EBEP directamente aplicables*», entre otros, al « *capítulo VI (Deberes de los empleados públicos. Código de conducta)*».

¹⁹ PARADA, R.: «Derecho del empleo...», *op. cit.*, pp. 198-199, por ejemplo, ha señalado en relación con los deberes de los empleados públicos consignados en el artículo 52 EBEP que se trata de «*una retahíla de obviedades morales cuyos contrarios se descalifican por sí mismos, pues desde la noche de los tiempos en que apareció el primer funcionario se da por descontado que éste no podía actuar con subjetividad, irresponsabilidad, parcialidad, despilfarro, inaccesibilidad, ineficacia y deshonestidad*», al tiempo que ha denunciado la «*reiteración de los anteriores deberes o prohibiciones que están en otras normas*» que suponen los principios éticos (art. 53 EBEP), y que vuelve a plantearse en « *otra nueva y tediosa reiteración*» en el caso de los principios de conducta (art. 54 EBEP), si bien en este caso «*referidos a cuestiones de tono menor como si de urbanidad o de buena educación se tratase*».

1. Finalidad pedagógica y orientadora.
2. Límite de las actividades lícitas.
3. Mantenimiento y tutela de la «cultura» de lo público

En cuanto a la primera finalidad, la pedagógica y orientadora, ciertamente cabría considerar que el Código de conducta del EBEP cumple con esa finalidad desde el momento en que se establecen una serie de principios y reglas de conducta, más o menos difusos, más o menos concretos, que nos dibujan un perfil de comportamiento que básicamente podríamos resumir señalado como notas caracterizadoras alguno de los principios señalados en el artículo 52 EBEP, y que posteriormente tiene su desarrollo en los sucesivos artículos 53 y 54 de dicha norma. De tal manera que se quiere un funcionario que sea neutral, responsable, imparcial, que garantice la confidencialidad, respetuoso de la Constitución y demás normas jurídicas así como de sus principios, austero, eficaz, íntegro y con capacidad de proponer mejoras.

¿Obviedades?, como ha indicado algún insigne profesor²⁰. Pues puede que sí, pero es que desde luego en esta materia no es esperable grandes «descubrimientos». En ese sentido, y en principio, el Código del EBEP no plantearía nada muy distinto de lo que exigen los Códigos de Ética y Conducta de los Empleados Públicos elaborados en los últimos años en la Unión Europea, EE.UU., OCDE, Portugal o Reino Unido, por citar algunos ejemplos²¹.

Más cuestionable es si acaso, la pretensión de que el Código que nos ocupa pueda constituir un límite efectivo de las actividades lícitas, segunda finalidad predicada por la E.M. del EBEP. En primer término porque en ocasiones la reglas de conducta fijadas son excesivamente genéricas, sirva como ejemplo el apartado 5 del artículo 54 EBEP: ¿qué significa exactamente que el empleado público administrará los recursos y bienes públicos con «austeridad»?; o que no utilizarán los mismos en provecho propio o «de personas allegadas» —¿qué nivel de parentesco limita esta conducta reprobable?—.

Pero es que además, si analizamos las faltas disciplinarias tipificadas por el EBEP, observaremos que para empezar las conductas descri-

²⁰ PARADA, R.: «Derecho del empleo...», *op. cit.*, p. 198.

²¹ *Vid.* en ese sentido, CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los funcionarios públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 397-398, quien señala una serie de conductas o valores que suelen ser comunes hoy día a estos Códigos y que «se espera contribuyan a un mejoramiento de los servicios públicos», tales como: la protección del interés público; la lealtad institucional; la imparcialidad y neutralidad; la objetividad; la integridad; la honestidad; la ejemplaridad; la austeridad; la profesionalidad; la iniciativa; la diligencia; la responsabilidad; la transparencia.

tas son conductas muchos más concretas —la seguridad jurídica obliga—, de manera que no siempre existe una correlación entre el deber establecido en el Código de conducta y el reflejo correspondiente en el régimen disciplinario establecido en el EBEP. Nuevamente el apartado 5 del artículo 54 EBEP puede ser ilustrativo: recordemos que el Código de conducta obligaba a los empleados públicos a no utilizar los recursos y bienes públicos en provecho propio o «de personas allegadas»; pues bien la letra j) del artículo 95.2 EBEP lo que tipifica como falta muy grave es «*la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro*» —ya no son «personas allegadas» si se observa—.

Asunto éste por cierto que nos lleva a reflexionar, aunque sea brevemente, sobre uno de los aspectos que más han preocupado en relación con los Códigos de conducta, como es la cuestión de su exigibilidad y vinculabilidad jurídicas, y que resultará muy ilustrativo para comprender el verdadero valor del Código que nos ocupa, y lo que cabe esperar del mismo en la práctica. Es por tanto el momento de analizar la técnica a la que recurre el EBEP para asegurar el cumplimiento de su Código de conducta.

Y en ese sentido, lo primero que hay que advertir es que, pese a tratarse de un instrumento contenido en una ley, la vinculabilidad del Código de conducta sólo se garantiza por una vía que hay que calificar de indirecta, y sólo indirectamente va a influir en la forma de prestar trabajo del empleado público. Prueba de ello es:

1. La consagración de los principios y reglas establecidos en el Capítulo VI del Título III EBEP, el Código de conducta, como informadores de «*la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*».

2. La no exacta correlación, como ya hemos comentado, entre las conductas fijadas por el Código del EBEP y las faltas establecidas en su régimen disciplinario.

Ahora bien, si se analiza el régimen disciplinario del EBEP, se observará que las faltas que se concretan en el Estatuto son sólo las muy graves (art. 95.2 EBEP). De tal manera que en caso de las faltas graves la propia ley indica que «*serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso del personal laboral*» (art. 95.3 EBEP). Y por lo que respecta a las faltas leves la norma legal establece asimismo que las «*Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves*» (art. 95.4 EBEP). Desde la perspectiva analizada por tanto, y la vista de las previsiones del EBEP en cuanto a

la regulación de las faltas graves y leves, hay que entender que la ley estatal habilita una vía para reforzar la exigibilidad del Código de conducta del EBEP.

¿Cómo? Pues configurando como faltas graves o leves, según las circunstancias que concurran en cada caso ²², comportamientos exigidos en el Código de conducta del EBEP. Otra cosa será que las Administraciones afectadas, o éstas de conformidad con los sindicatos en el caso de la negociación colectiva respecto del personal laboral, estén por reforzar el cumplimiento de este Código de conducta, algo que no necesariamente se garantiza vistos los términos amplios en que se formula la encomienda para determinar las citadas faltas ²³. Por tanto, y en principio, cabría concluir que el cumplimiento del Código de conducta, salvo en el caso de algunos comportamientos tipificados como faltas muy graves que acarrearán las sanciones previstas en el artículo 96 EBEP, queda un tanto en el aire —a expensas de futuros desarrollos legales y convencionales—, y que en ese sentido resulta discutible el que el Código de conducta que analizamos vaya a constituir un eficaz límite a las actividades lícitas de los empleados públicos.

Por último, la E.M. del EBEP nos decía que el Código de conducta debía contribuir, como señalamos anteriormente, al mantenimiento y tutela de la cultura de lo público. La cuestión en este caso sería reflexionar aunque sea brevemente sobre lo que se esperaba de este nuevo EBEP en este terreno, y lo que finalmente ha resultado.

Es sobradamente conocido, y puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, que la relación de deberes de los empleados públicos, o más concretamente de los funcionarios públicos, no sólo era incompleta y dispersa, sino también desfasada, como hemos señalado al principio de nuestra intervención, sobre todo si se analiza la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 ²⁴. Y que, como en su momento indicó la Comisión para el estudio y la preparación del EBEP, « desde hace algunas décadas, el cambio de cultura administrativa, ahora centrada en la

²² Téngase en cuenta, en ese sentido, que el EBEP (art. 95.3) establece que la determinación de las faltas graves y leves se deberá realizar atendiendo a las siguientes circunstancias:

- a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad.
- b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos.
- c) El descrédito para la imagen pública de la Administración.

²³ Como ha señalado, entre otros, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Régimen disciplinario», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 550, «las normas de desarrollo, legales o convencionales, gozan de un amplio margen para concretar la tipificación de las faltas».

²⁴ MANZANA LAGUARDA, R.: «Derechos y...», *op. cit.*, p. 457, por ejemplo, refiere que la LFCE en este terreno «responde en gran medida a principios y valores superados».

gestión de los servicios en beneficio del ciudadano, ha situado en lugar de mayor relieve la regulación de los deberes de los empleados públicos», de manera que «la aplicación de tales códigos éticos y de conducta pueden garantizar un mejor servicio a los ciudadanos y representar un factor adicional de competitividad, clave en toda sociedad moderna»; no en vano, dichos «códigos subyacen también a la idea de «buena administración», entendida como un derecho más de los ciudadanos, en garantía de sus intereses legítimos en su relaciones con las Administraciones Públicas».

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, donde la gestión de la público se ha afrontado últimamente codificando los principios éticos mediante la formulación de un catálogo de deberes deontológicos, que posteriormente se someten a sistemas de autocontrol o de control corporativo o asociativo²⁵, la Comisión técnica española apostó por una formulación más clásica que propugnaba el establecimiento de un listado único de deberes básicos de todos los empleados públicos, cuya inobservancia tuviera, por lo general, efectos disciplinarios. El resultado ya lo hemos visto: un elenco más o menos difuso de deberes y principios de conducta que ha tenido un reflejo discutible en el régimen disciplinario de los empleados públicos, a expensas de posibles desarrollos futuros.

Por lo tanto, el Código insertado en el EBEP no era exactamente lo que proponían o esperaban los expertos. Pero es que también resulta discutible que con este Código se promueva y tutele la «cultura» de lo público, en cuanto valores que históricamente han caracterizado al Servicio Público en nuestro país. En algún caso se ha llegado a señalar que es *«inverosímil que toda esta prolija, grandilocuente, confusa y repetitiva enumeración de enunciados morales pueda llegar a producir efecto motivador significativo»* entre los empleados públicos. Nosotros entendemos que se trata de un Código que es más que un mero planteamiento programático²⁶, pero que al mismo tiempo registra problemas de exigibilidad como ya hemos señalado²⁷, lo que puede afectar a ese carácter de instrumento que pretende fomentar y salvaguardar una cierta imagen de lo público, del Servicio Público. Y es que el empleo de cláusulas manos o menos abiertas y de conceptos jurídicos indeterminados —algunos de ellos ya señalados en páginas anteriores— a lo que lleva normalmente en nuestro caso es a generar incertidumbre sobre la exigibilidad jurídica de las pautas a seguir para proyectar una cierta imagen a la sociedad.

²⁵ CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los...», *op. cit.*, p. 366.

²⁶ De esta opinión es CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los...», *op. cit.*, p. 368.

²⁷ Para CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los...», *op. cit.*, p. 368, sin embargo, el Código de conducta del EBEP *«constituye un conjunto de disposiciones específicas que, por ello, no sólo orientan la conducta de los empleados públicos, sino que pueden ser exigidos jurídicamente a éstos»*.

IV. CONCLUSIÓN

Desde tiempo atrás se tiene la impresión de que « *la difusión de las «culturas de empresa» —formalizadas a veces en «declaraciones de cultura» que se dan a conocer al trabajador con carácter previo a su contratación— vienen potenciando con especial énfasis los aspectos éticos de la producción y del trabajo, promoviendo desde hace ya décadas una suerte de «neoinstitucionalismo»*²⁸, de manera que en este nuevo escenario tocaría a la ciencia del Derecho del Trabajo « *determinar hasta qué punto el deber de buena fe del trabajador obliga a éste a asumir en bloque el que pudiéramos llamar ideario de la empresa»*²⁹, pese a no tratarse de una empresa de las que conocemos como «de tendencia ideológica».

Este redimensionamiento de la buena fe contractual, que cumpliría una suerte de «*papel generador y multiplicador de los deberes y obligaciones del trabajador»*³⁰, ha sido vista con enorme desconfianza por un amplio sector de iuslaboralistas, hasta el punto de que se ha llegado a dibujar un escenario en el que « *el código ético de hoy vigila al trabajador, pasando el empresario a ser una especie de comisario que, merced a su posición dominante y hegemónica, somete, con una visión autoritaria, a los empleados bajo su poder»*³¹. No dudamos de que una imagen como la representada pudiera identificarse con algunos Códigos de conducta de ciertas empresas o multinacionales, pero desde luego no creemos que sea el caso del EBEP.

Sí es verdad con todo, que este renacer de los Códigos éticos y de conducta implica nuevos desarrollos del principio de buena fe. Y que en ese sentido, no estará demás recordar la doctrina del TC que establece que «*la buena fe contractual exigible no puede ser entendida en términos unilaterales: tan vinculada a ella debe ser la conducta del trabajador (...) en el cumplimiento de sus funciones, como la de la empresa en el de las suyas»*³². De forma que aunque el recurso a técnicas de *soft law* —que es donde suelen encuadrarse estos Códigos— pueda considerarse una opción positiva hoy día, y no sólo una opción a considerar sólo cuando el *hard law* no sea viable por la razón que fuera, en ningún caso entendemos que ello pueda constituir una excusa para incrementar

²⁸ MONTOTO MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, p. 30.

²⁹ MONTOTO MELGAR, A.: «La buena fe...», *op. cit.*, p. 32.

³⁰ RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «Buena fe y ejercicio de poderes empresariales», en *RL*, Tomo II, 2003, p. 38, citando a MARTÍN VALVERDE.

³¹ MARINO SEGOVIA, A.: «La definición de las cualidades morales y éticas de los trabajadores de la empresa de dimensión transnacional: los códigos de comportamiento ético y profesional», en *RDS*, núm. 31, 2005, p. 95.

³² *Vid.*, entre otras, STC 90/1999 y 213/2002.

las obligaciones de los trabajadores, en nuestro caso de los empleados públicos, y menos en detrimento de la negociación colectiva.

Es cierto que desde hace años existía la impresión de que, salvo en casos muy concretos, las conductas de los empleados públicos resultaban en muchas ocasiones ajenas a lo jurídico, y sólo obtenían una cierta sanción ética, consecuencia de la falta de elevación de los deberes éticos a obligaciones legales³³. En esta clave, y como respuesta a este fenómeno, se ha de interpretar iniciativas relativamente recientes del Gobierno español como el Código del Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de 18 de febrero de 2005, o la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y que también han merecido una valoración crítica por parte de los expertos³⁴.

El problema en nuestro caso es que el Código de conducta del EBEP no termina satisfacer de una forma rigurosa las expectativas que el mismo había concitado, y que la Comisión de expertos nombrada en su día materializó en que los principios éticos —en línea con lo que es nuestra cultura jurídica—, se hicieran presentes «*a través de la regulación legal de los deberes y obligaciones de los empleados públicos, cuya inobservancia tiene, por lo general, efectos disciplinarios*». No hay que olvidar que la regulación de los deberes de los empleados públicos cumple básicamente dos funciones³⁵: 1.^a La satisfacción de los intereses generales mediante la efectividad de ciertos principios constitucionales; 2.^a Presupuesto ineludible, por lo que respecta a la figura del empleado público, en términos de garantía para el ejercicio de sus funciones, del régimen disciplinario. Cuando la formulación jurídica del Código de conducta del EBEP tiene lugar en los términos que hemos comentado lógicamente la apuesta de la Administración se percibe como un tanto titubeante, y el cumplimiento de las dos funciones indicadas se puede resentir.

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «De la Ética al Derecho en la Reglamentación de la actividad empresarial», en AA.VV.: *Liber amicorum Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 70.

³⁴ Véase, en ese sentido, por ejemplo, el análisis de RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J.: *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, que en el caso del Código de Buen Gobierno advierte del problema que supone el cumplimiento por los altos cargos de la Administración de los principios contenidos en dicho Código, cuando la medida más importante para promover su cumplimiento consiste en la elaboración anual de un informe sobre el grado de cumplimiento del Código, por parte del Ministerio de Administraciones Públicas (p. 101). Y que en relación con la Ley 5/2006, donde pese a la existencia de un régimen sancionador contenido en su Capítulo V, expresa serias dudas sobre su aplicación al corresponder la misma a órganos integrados y dependientes del poder ejecutivo (p. 121).

³⁵ En este sentido, CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los...», *op. cit.*, p. 369.

No obstante, también es verdad que no todo habría que fiarlo a la acción de la Administración en esta materia. La participación activa de los empleados públicos a través de sus organizaciones en este terreno de la ética y los valores de lo público, generando buenas prácticas por ejemplo, o acordando reglas de conducta con la Administración, puede ser un elemento importante a la hora de construir una imagen más favorable del Servicio Público. A fin de cuentas, y como en su momento recordaba algún reputado administrativista ³⁶ *«no se cambia la sociedad por decreto»*, y la Administración tampoco es ajena a este fenómeno, aunque sólo sea porque *«de la sociedad proceden los hombres y mujeres que asumen la gestión de los intereses públicos»*.

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La ética en la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 123 y 125.

Comunicación a la Ponencia Temática II

PERMISOS QUE PROPICIAN LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL Y LOS ESTABLECIDOS POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Doctor en Derecho
Profesor Asociado Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Administración Pública. 1.2. Empleados públicos.—
2. CLASES DE PERMISOS. 2.1. El permiso por parto. 2.1.1. Diferencias con la
regulación laboral. 2.1.2. Coincidencia con las vacaciones. 2.2. Permiso por adopción
y acogimiento. 2.2.1. Supuesto especial de adopción internacional. 2.2.2. Reiteración
de diversas cuestiones con el permiso por parto. 2.2.3. Coincidencia con las vacacio-
nes. 2.3. Permiso por paternidad, acogimiento y adopción. 2.3.1. Duración e inicio.
2.4. Permiso por razón de violencia de género. 2.4.1. Faltas de asistencia justificadas.
2.4.2. Reducción de la jornada y reordenación del tiempo de trabajo.—3. ALGUNAS
REFLEXIONES Y UNA CUESTIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Las modificaciones en materia laboral de los últimos años, ha tenido su fiel reflejo en la normativa que regula el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública. Leyes de naturaleza transversal de tanto calado como la *Ley Orgánica 1/2004, sobre protección integral contra la violencia de género* (LO 1/2004), o la *Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres* (LO 3/2007), han modificado sustancialmente el régimen de permisos, pero sobre todo ha sido la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (EBEP), la que ha reordenado la materia de los permisos a la luz de principios tan importantes como aquellos que fomentan la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la protección de la mujer en supuestos de violencia de género y más recientemente de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Pues bien, a partir de tales cambios legislativos, parece oportuno realizar un análisis acerca de la repercusión que han tenido todos esos principios respecto a los permisos de los empleados públicos. Permisos que son reconocidos como derechos individuales en la letra m), del artículo 14, del Capítulo I del Título III EBEP. Concretamente los funcionarios tienen derecho, según la citada letra m) a las vacaciones, descansos, permisos y licencias, en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio. Se trata de Derechos que se desarrollan en el Capítulo V del citado Título III (arts. 47 a 51), y ciñéndome al objeto de la presente comunicación, en el artículo 49 EBEP, que aparece titulado como «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género», que se refieren a la relación de servicio de los funcionarios públicos.

En efecto, el artículo 49 EBEP, distingue entre: a) Permiso por parto; b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple; c) Permiso de paternidad por el nacimiento, aco-

gimiento o adopción de un hijo; d) Permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria.

Como paso previo al análisis del régimen de permisos, interesa destacar dos aspectos: por un lado, el que se refiere al ámbito de aplicación del EBEP en las diversas Administraciones Públicas, y por otro, el que afecta a los destinatarios del EBEP, en sus diversas modalidades de funcionarios y personal laboral.

1.1. Administración Pública

Conviene subrayar que las normas básicas que establece el EBEP constituyen la plataforma de partida común a las peculiaridades que configuran las distintas administraciones, en el sentido de que son los pilares de la normativa que se aplica a los trabajadores de la Administración Pública, es decir, como explica su exposición de motivos: «el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes». Ello significa que la regulación básica en materia de permisos figura en el EBEP, sin perjuicio de que puedan engarzarse otras disposiciones sobre permisos que respondan a las peculiaridades de la administración pública correspondiente (estatal, autonómica, local), siempre que no contradigan lo establecido con carácter general en el EBEP y sobre todo que no mermen en ningún caso los derechos de los funcionarios contenidos en el citado Estatuto.

1.2. Empleados públicos

Por otro lado, en la Administración Pública junto al personal funcionario conviven trabajadores regidos por la normativa laboral. En consecuencia, respecto a este personal laboral, el criterio lo fija el artículo 7 EBEP, cuando señala que «el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». Y es que por vez primera, mediante el EBEP se determina el contenido de las normas aplicables al personal laboral de la Administración Pública, reuniéndose así dos tipos de regulaciones en un solo texto legal¹. Sin embargo con respecto a los permisos

¹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de aplicación», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (VV.AA.) Director el mismo autor. Thomson Aranzadi, 2.ª ed., Cizur Menor, 2008, pp. 44-45.

objeto del presente análisis, al dirigirse en exclusiva a los funcionarios, a tenor de la terminología empleada en el artículo 49 EBEP, no podría aplicarse al personal laboral por no disponerse así. En su lugar habrá que acudir a la legislación laboral que se contiene en el Estatuto de los Trabajadores (ET).

Realizadas las anteriores precisiones comenzaré por dar a conocer cuáles son los derechos de los funcionarios públicos sobre permisos a la luz de los principios enumerados, resaltando sobre todo, las diferencias con la relación laboral ordinaria, que dicho sea de paso en esta materia son mínimas. A partir de ahí quisiera realizar un estudio comparativo acerca de si tales derechos se encuentran dotados de una paralela regulación con la relación laboral de los trabajadores. El estudio de cada permiso, será completado con su desarrollo reglamentario, que a falta del mismo deberá considerarse el vigente que no contradiga lo establecido por Ley, y que sin duda será útil para su aplicación actual.

Para finalizar, creo que es oportuno realizar una valoración de conjunto y de algunos aspectos concretos acerca de las reformas más recientes.

2. CLASES DE PERMISOS

Los permisos de los funcionarios públicos objeto de este análisis tienen gran similitud con los establecidos por el ET. Por ello, y partiendo de la base de que quienes procedemos de una especialización jurídico laboral debemos conocer las modificaciones que se han producido en nuestra rama de conocimiento, es por lo que, en el desarrollo de cada permiso, primero, reproduciré la normativa específica dirigida a los funcionarios públicos, básicamente el artículo 49 EBEP, segundo, destacaré las divergencias de ambas regulaciones (laboral y funcionarial), y tercero, profundizaré en aquellos aspectos más propios del ámbito funcionarial, a través de la aplicación de los reglamentos de desarrollo.

Antes de iniciar el análisis de cada permiso, conviene resaltar un importante matiz respecto a los tres primeros permisos (por parto, adopción y acogimiento y por paternidad). Estos permisos, inciden más directamente en aspectos relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en el sentido de que se trata de permisos, cuyo disfrute no alteran en modo alguno los derechos de los empleados públicos, tanto en retribución como en condiciones de trabajo ². Esto se

² A este respecto, establecen los dos últimos párrafos de la letra c) del artículo 49 EBEP:

En los casos previstos en los apartados a), b) y c) [se refiere al permiso por parto, adopción o acogimiento y paternidad] y el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos

manifiesta en que se considera como *servicio activo* el disfrute de los permisos por parto, adopción y acogimiento, y el permiso por paternidad. Además se concreta la garantía de los siguientes derechos ³:

- Derechos económicos.
- Derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que no les sean desfavorables.
- Derecho a beneficiarse de cualquier mejora producida durante el disfrute de los permisos.

De forma paralela en la legislación laboral, también se hace mención implícita a mejoras en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores en el párrafo 12.º del artículo 48.4 ET, si bien se restringe ese derecho a las condiciones de trabajo, sin que se haga ninguna referencia directa a la garantía de los derechos económicos de los progenitores durante los periodos de disfrute de los permisos y los posteriores a ellos.

2.1. El permiso por parto

El permiso por parto ⁴ se encuentra actualmente regulado por el artículo 49.a) EBEP ⁵, que establece el permiso por parto de las funcionarias prácticamente en los mismos términos que el artículo 48.4 ET (en la redacción de la disposición adicional 11.º 10.ª de la LO 3/2007), salvo alguna diferencia, seguramente propiciada por la condición de funcionaria. Cabe subrayar que a diferencia de la normativa del ET, el EBEP

permisos se computará como de *servicio efectivo* a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.

Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad y adopción o acogimiento tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

³ Cfr. LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Permisos y Licencias de los Funcionarios Públicos. Adaptada a la Ley 7/2007*, Thomson-Aranzadi, 2.ª ed. Cizur Menor, 2007, p. 380.

⁴ El permiso por parto, antes denominado permiso por maternidad, se reguló en el derogado artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificado por la Disposición Adicional 19.ª 13.ª de la LO 3/2007.

⁵ La reforma (LO 3/2007) tuvo su origen en la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre de 2005, que dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, apartado 4.º, Medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en adelante, Orden APU/3902/2005.

distingue marcadamente entre los permisos por parto y los permisos por adopción y acogimiento, al asignarles apartados diferentes aun a riesgo de reiteraciones, como puede apreciarse en su redacción.

Dice el artículo 49.a) EBEP:

En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:

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. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple.

Este permiso 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.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

(Figuran en cursiva —aquí y en adelante—, aquellas previsiones diferentes a las establecidas en el art. 48.4 ET).

2.1.1. Diferencias con la regulación laboral

Tres son las diferencias que aparecen en el permiso por parto previsto para los funcionarios públicos, respecto de la normativa laboral.

a) Cómputo del periodo de descanso en caso de parto prematuro

En primer lugar, respecto a las situaciones de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, la legislación laboral prevé según sabemos que el periodo de suspensión podrá computarse a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluidas las seis semanas de descanso obligatorio de la madre (art. 48.4 párrafo 4.º ET). Posibilidad que no contempla el artículo 49.a) EBEP ni tampoco lo hacía el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, en la redacción LO 3/2007.

Tan sólo se prevé para esta situación, al igual que en el artículo 48.4 párrafo 5.º ET, que este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. Si bien, en la legislación laboral se restringe esta posibilidad a los supuestos de parto prematuro *con falta de peso*.

b) Diferente fundamento en la posibilidad de aplicación de jornada en régimen de jornada parcial, con alguna diferencia

Otra diferencia, aunque en menor grado parece basarse en la distinta naturaleza entre la relación laboral y la de la Administración Pública. Me refiero a la posibilidad de disfrutar los periodos de disfrute del permiso o suspensión del contrato en régimen de jornada completa o a tiempo parcial. Si esa posibilidad de disfrute en régimen de jornada parcial del descanso por maternidad (por parto o por adopción en idénticos términos) es posible en la relación laboral « *previo acuerdo* entre los empresarios y trabajadores afectados», en cambio, el permiso por parto, adopción y acogimiento en régimen de jornada parcial sólo se prevé *cuando las necesidades del servicio lo permitan*.

Las condiciones son diferentes, en el sentido de que en la relación laboral se supedita la posibilidad de disfrute parcial basado en un acuerdo, en el que al menos, aparentemente se debate en un plano de igualdad entre las partes, mientras que supeditar aquella posibilidad a que *las necesidades del servicio lo permitan* podría suponer una forma de eludir el derecho del personal al disfrute en régimen de jornada parcial del permiso por quedar supeditado a que pueda negarse basándose en que

las necesidades del servicio no permiten ese derecho. No obstante, entiendo que tales necesidades deberán acreditarse, pues de no justificarse carecerán de fuerza denegatoria.

Esta previsión, deberá realizarse como establece el EBEP, en los términos que reglamentariamente se determinen. Mientras estamos a la espera de que se dicte el correspondiente reglamento, sería de aplicación, por aplicación de la disposición final Cuarta.3 del EBEP, el *Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, por el que se adoptan medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública*, que recoge las reglas generales para el disfrute del permiso por parto, acogimiento o adopción en el artículo 3, y son los siguientes:

a) Este derecho podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre, y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del periodo de descanso. En el supuesto de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad del permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al parto, que serán de descanso obligatorio.

b) El periodo durante el que se disfrute del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, sin que, en ningún caso, se pueda superar la duración establecida para los citados permisos.

c) El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el órgano competente para la concesión de permisos y el funcionario afectado, a iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.

d) Durante el periodo del disfrute del permiso a tiempo parcial, el funcionario *no podrá realizar servicios extraordinarios fuera de la jornada que deba cumplir en esta modalidad*.

Como puede apreciarse se trata de reglas prácticamente idénticas con las previstas para trabajadores acogidos por la legislación laboral ajenos al empleo público. Sin embargo, existe una pequeña diferencia, respecto a esta última previsión de la letra d). Y es que, los trabajadores sometidos a una relación laboral ordinaria, podrían realizar horas extraordinarias, «cuando sean necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes» [Disposición Adicional primera.3.d) del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre]. Previsión que no encuentra su paralelismo en la regulación del Real Decreto 180/2004, en forma de «servicios extraordinarios».

c) La participación en cursos de formación

Es otra peculiaridad de los permisos por parto y también por adopción o acogimiento (en idénticos términos) de los funcionarios públicos. Y no sólo, se «otorgará preferencia, durante un año —según dispone el art. 60 LO 3/2007—, en la adjudicación de plazas para participar en cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad»⁶, sino que incluso se permite la compatibilidad del permiso por parto (y también por adopción o acogimiento), cuando se prevé que «durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración» [art. 49 apartados, a) párrafo 6.º y b) párrafo 8º EBEP].

Se trata de una medida en consonancia con lo establecido en el IV Acuerdo de Formación continua en las Administraciones Públicas de 21 de septiembre de 2005, según el cual «se fomentarán las medidas, en materia de formación, que tiendan a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral»⁷.

La compatibilidad tiene su origen en la Orden APU/3902/2005, en donde se dice expresamente, que «los empleados públicos podrán recibir y participar en cursos de formación durante los permisos de maternidad, paternidad, así como durante las excedencias por motivos familiares».

2.1.2. *Coincidencia con las vacaciones*

Pese a que no se encuentra reflejada en el artículo 49 EBEP, resulta de especial interés la cuestión de la coincidencia de las vacaciones con los permisos objeto del presente comentario. Se trata de una cuestión resuelta por el artículo 59 LO 3/2007, cuando prevé, que «cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso por maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan.

⁶ A este respecto, y «con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40 por 100 de las plazas para su adjudicación a aquellas que reúnan los requisitos establecidos» (art. 60.2 de la LO 3/2007).

⁷ Según el apartado 10.3 de la Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicios de la Administración General del Estado, en adelante, Resolución de 20 de diciembre de 2005.

Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad».

A este respecto, y mientras no exista otro desarrollo reglamentario, «los empleados públicos podrán acumular el periodo de disfrute de vacaciones a los permisos derivados del nacimiento, adopción o acogimiento, aún habiendo expirado ya el año natural a que tal periodo corresponda.

Asimismo, en el caso de baja por maternidad, cuando esta situación coincida con el periodo vacacional, quedará interrumpido el mismo y podrán disfrutarse las vacaciones finalizado el periodo del permiso por maternidad, en los términos indicados en el párrafo anterior» (apartado 9.1 de la Resolución de 20 de diciembre de 2005).

En el caso de la regulación laboral del ET, se resuelve como es sabido, del mismo modo la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural (art. 38.3 2.º párrafo incluido por la Disposición Adicional 11.º 6.ª LO 3/2007).

2.2. Permiso por adopción y acogimiento

Como se puede apreciar a continuación, la redacción que prevé el artículo 49.b)⁸ EBEP es casi idéntica a la establecida en el artículo 48.4 ET, salvo una diferencia que figura en cursiva:

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.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las

⁸ Al igual que la letra a) también la letra b) del artículo 49 EBEP, procede del artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de Función Pública, modificado por la Disposición Adicional 19.ª 13.ª de la LO 3/2007.

que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

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.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año.

2.2.1. *Supuesto especial de adopción internacional*

No se contempla en la legislación laboral (art. 48.4 ET), este permiso de hasta dos meses de duración⁹, en los casos de adopción internacional en que se haga necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado.

Su aplicación exclusiva a los empleados públicos se basa, en la inclusión del término *además*, y en que se trata de un permiso independiente, tanto del permiso de 16 semanas, como de la posibilidad de iniciar éste hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento¹⁰.

⁹ Durante esos dos meses sólo se perciben las retribuciones básicas (sueldo y trienios), excluyéndose por tanto, complementos y productividad.

¹⁰ Dieciséis semanas de duración del permiso y posibilidad de anticipo que constituyen aspectos comunes a las relaciones laborales ordinarias.

2.2.2. Reiteración de diversas cuestiones con el permiso por parto

Por lo demás, se reiteran cuestiones a las que ya se ha aludido en los supuestos de parto (disfrute simultáneo o sucesivo del descanso por los progenitores, posibilidad de disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial, previsiones de duración caso de discapacidad del hijo o menor, posibilidad de participar en cursos de formación durante el permiso). A este respecto, conviene resaltar que ésta es otra diferencia con la regulación laboral ordinaria que se refleja en el artículo 48.4 ET, en la medida que ésta integra sin solución de continuidad a los supuestos de adopción y acogimiento algunas de las normas previstas en los supuestos de parto, sin necesidad de volver a reiterarse.

2.2.3. Coincidencia con las vacaciones

En el supuesto de coincidencia de vacaciones con el permiso por adopción o acogimiento, el artículo 59 LO 3/2007, no alude expresamente a esa posibilidad de que los empleados públicos, «tendrán derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan», como por el contrario se reconoce a las empleadas públicas en los supuestos de parto, e incluso en situaciones de embarazo, lactancia natural o maternidad, o con su ampliación por lactancia.

Ni siquiera el artículo 49.b) EBEP reconoce la compatibilidad (aunque disfrutada en otras fechas) con las vacaciones, lo que evidencia el distinto trato del legislador dado al permiso por parto respecto al permiso por adopción y acogimiento ¹¹.

Sin embargo, si hemos de considerar el desarrollo anterior al EBEP, ya apunté al referirme al permiso por parto, que de acuerdo con el apartado 9.1 de la Resolución de 20 de diciembre, de 2005, «los empleados públicos podrán acumular el periodo de disfrute de vacaciones a los permisos derivados del nacimiento, adopción o acogimiento, aún habiendo expirado ya el año natural a que tal periodo corresponda». Con lo que basándonos en esta disposición podría acumularse el permiso por adopción y acogimiento al periodo de vacaciones.

A pesar de ello, es verdad que técnicamente, pese a que la tantas veces citada Resolución de 20 de diciembre, de 2005, se encuentra en vigor, los artículos 50 y 51 EBEP (vacaciones de los funcionarios y del personal laboral, respectivamente) todavía no han sido desarrollados y,

¹¹ Cfr. LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Permisos y Licencias de los Funcionarios Públicos. Adaptada a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 367.

siendo así que la Disposición Adicional 4.^a 3.^a EBEP mantendría la vigencia de la legislación anterior, el rango normativo del EBEP priva de eficacia a la Resolución en este aspecto concreto al oponerse a su contenido directamente¹², en lo que podría considerarse una legislación *contra legem* o, sin llegar a tanto, *ultra vires*.

Por el contrario, la regulación laboral del artículo 38.3, 2.º párrafo ET incluido por LO 3/2007, resuelve esta cuestión satisfactoriamente, al establecer que cuando el periodo de vacaciones coincida con el tiempo, no sólo de incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, sino también con una suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 ET (adopción o acogimiento), «se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la (...) del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que le correspondiera». De esta forma en el ámbito laboral se incluyen de modo expreso por la Ley no sólo los supuestos de parto, situaciones de embarazo o lactancia natural, sino que engloba también, las situaciones de adopción y de acogimiento.

2.3. Permiso por paternidad, acogimiento y adopción

La suspensión del contrato de trabajo por paternidad del artículo 48.bis ET tiene su regulación paralela para los funcionarios públicos, en el artículo 49.c) EBEP¹³, redactado en los siguientes términos:

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.

Este permiso es independiente del disfrute compartido de los permisos contemplados en los apartados a) y b).

Como se observa, el contenido de la normativa en materia de permiso por paternidad dirigida a los funcionarios públicos se desmarca en mayor medida que los anteriores permisos, de la regulación contenida en el artículo 48.bis ET, si bien, es un permiso independiente de los permisos por parto, y por adopción y acogimiento, al igual que en la relación laboral ordinaria (art. 48.bis párrafo 1.º ET).

¹² *Ibidem*, pp. 367-368.

¹³ Como precedente inmediato, véase el artículo 56 de la LO 3/2007, que incluye por primera vez el permiso por paternidad, *con la finalidad de facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*.

Además, a diferencia de los anteriores permisos no se hace referencia expresa a la posibilidad de participar en los *cursos de formación* convocados por la Administración, si bien esto sería posible, por aplicación de la Orden APU/3902/2005, que ordena la publicación del Acuerdo de la Mesa General por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, cuyo apartado 4.º prevé que «los empleados públicos podrán recibir y participar en cursos de formación durante los permisos de maternidad, paternidad, así como durante las excedencias por motivos familiares».

Por lo que se refiere a la posibilidad de disfrutar de las *vacaciones* en fecha distinta cuando coincidan con el permiso por paternidad, esta eventualidad se prevé expresamente en la última línea del artículo 59 LO 3/2007, anteriormente examinado.

2.3.1. *Duración e inicio*

A diferencia de la normativa laboral que prevé una duración de trece días de permiso ininterrumpidos (aspecto éste de la no interrupción que no se incluye en el EBEP), para los funcionarios públicos se establece una duración de quince días a partir del nacimiento, decisión administrativa o judicial de acogimiento o adopción. Si bien podría entenderse para el caso de las relaciones laborales ordinarias que los dos días restantes son los dos de permiso para el supuesto de nacimiento de hijo, sin embargo, no incluye el artículo 37.3.b) ET, los supuestos de adopción y acogimiento.

Con respecto al nacimiento del descanso por paternidad, si en el caso de los trabajadores acogidos a una relación laboral ordinaria, el inicio del descanso por paternidad puede producirse según el artículo 48.bis párrafo 3.º ET, tanto desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo o de las fechas de las resoluciones que reconozcan la adopción o el acogimiento, como inmediatamente después de la suspensión por tales circunstancias, en el caso de los empleados acogidos a una relación funcional el disfrute del descanso por paternidad se produce únicamente, «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».

Asimismo, se prevé para los funcionarios públicos, que «las Administraciones Públicas ampliarán de forma progresiva y gradual la duración del permiso de paternidad regulado en el apartado c) del artículo 49 hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas de este permiso a los seis años de entrada en vigor de este Estatuto» (Disposición Transitoria

sexta EBEP). En términos similares se refiere la Disposición Transitoria novena LO 3/2007, respecto a los trabajadores por cuenta ajena regidos por el ET.

Si bien, mientras que para los funcionarios este plazo de seis años, se cumple el 13 de mayo de 2013, en el que se reconocerán cuatro semanas al padre o al otro progenitor en caso de adopción y acogimiento, para los trabajadores a quienes se aplica el ET, ese plazo se produce el 24 de marzo de 2013, como consecuencia de la diferente entrada en vigor de cada una de las normas, EBEP y LO 3/2007, respectivamente.

De cualquier forma, parece que lo más razonable sería que el inicio de la aplicación definitiva debería hacerse simultáneamente a partir de 1-1-2013.

2.4. Permiso por razón de violencia de género

El permiso previsto por el artículo 49 EBEP en su letra d), cambia el fundamento hasta ahora basado en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los funcionarios, por el que tiene su origen en la violencia de género sobre la funcionaria. A este respecto señala la citada disposición¹⁴:

d) Permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria: las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, totales o parciales, 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 integral¹⁵, 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 apli-

¹⁴ La letra d) del artículo 49 EBEP, procede del artículo 30.5 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de Función Pública, añadido por la Disposición Adicional 9.ª 5.º de la LO 1/2004.

¹⁵ No parece que sea exigible la acreditación ante la Administración del cumplimiento de la protección o el derecho de asistencia social integral, por lo que debe presumirse que las finalidades asignadas a los derechos de la funcionaria siempre se cumplen (cfr., respecto al ámbito laboral, SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L.: «Protección en el ámbito social. Relaciones laboral y funcional», en *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense* (VV.AA.). M.ª PILAR RIVAS VALLEJO y GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR (Directores). Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 456.

cables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso.

Como puede observarse, se crean nuevos derechos a favor de la funcionaria víctima de violencia de género, que se incorporan como variantes del citado permiso.

En efecto, se trata de un permiso, el que tiene su origen en la violencia de género, con tres manifestaciones o modalidades: las faltas de asistencia al empleo, la reducción de jornada y la reordenación de la jornada y, cabría añadir, quizá para otra ocasión, por su interés otras figuras específicas como ¹⁶, la movilidad geográfica y las excedencias, que si bien no son propiamente permisos, constituyen nuevos derechos para la funcionaria que sufre la violencia de género ¹⁷, desarrollados, respectivamente, en los artículos 82 y 89.5 EBEP.

2.4.1. *Faltas de asistencia justificadas*

Las faltas de asistencia al trabajo por las empleadas públicas por razón de violencia de género, no sólo se consideran justificadas, sino que constituyen un auténtico permiso, como se ha visto en el artículo 49.d) párrafo 1.º EBEP. Eso sí, en las condiciones que determinen los servicios sociales de atención o de salud. El artículo 25 LO 1/2004, completa este derecho cuando señala que:

Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas en los términos que se determine en su legislación específica.

Deberá concretarse, por tanto, este derecho en la legislación específica de la normativa funcionarial.

En la legislación laboral, se contemplan las faltas de asistencia o de puntualidad, de forma muy semejante, ya que se consideran justificadas siempre que (art. 21.4 LO 1/2004) así se determinen por los servicios sociales o de salud y lo comunique la trabajadora a la mayor brevedad (obligación inconcreta). Circunstancia ésta última de la rapidez en la comunicación a la Administración, que no figura respecto a las empleadas públicas, lo que podría interpretarse como innecesario este último requisito.

¹⁶ Así como porque se contemplan junto a los permisos por tales causas, en el Capítulo III del Título II de la LO 1/2004.

¹⁷ En términos generales, si por razón de violencia de género hubiera que destacar alguna diferencia esencial entre el régimen laboral y el funcionarial en su conjunto, en éste se omite la posibilidad de extinguir la prestación de servicios de la funcionaria.

2.4.2. Reducción de la jornada y reordenación del tiempo de trabajo

A la reducción de la jornada y a la reordenación del tiempo de trabajo se refiere el artículo 49.d) párrafo 2.º EBEP y también, el artículo 24 LO 1/2004, cuando prevé que:

La funcionaria víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

En cualquier caso, habrá que estar a la normativa específica. La legislación laboral viene a decir prácticamente lo mismo, si bien, en lugar de utilizar el término retribución se utiliza el de salario, y en lugar de referirse a la ordenación del tiempo de trabajo que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso, se refiere a otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa (art. 37.7 ET).

3. ALGUNAS REFLEXIONES Y UNA CUESTIÓN

- En el intento de buscar diferencias entre la normativa administrativa y la laboral, en materia de los permisos por parto, adopción y acogimiento, y por razón de violencia de género debe reconocerse que no existen diferencias sustanciales. Da la sensación de que existe un intento de uniformar el ejercicio de derechos de los empleados públicos, poniendo en entredicho la existencia de dos regímenes diferentes. En este caso, el artículo 49 EBEP es un buen ejemplo, al redactarse prácticamente en los mismos términos que en la legislación laboral¹⁸.

- Si acaso el matiz distintivo podría estar justificado, no tanto en aspectos sustanciales como podrían ser la causa, duración, reconocimiento y garantía de los derechos de los permisos, sino sobre todo en la peculiaridad de la relación, distinta, según se trate de Empresa o Administración Pública.

- No obstante, se observan algunas cuestiones antes analizadas que parece exceden esa diferencia de matiz, entre ellas, el cómputo del periodo de descanso en caso de parto prematuro, que favorece a las empleadas que se ajustan a la legislación laboral o, por el contrario, en el caso de la adopción internacional para los empleados públicos, el permiso de hasta dos meses de duración (inexistente en la relación laboral), si bien percibiendo exclusivamente las retribuciones básicas.

¹⁸ Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, Y.: «El personal laboral del sector público», en *Aranzadi Social*, núm. 14, 2007, p. 12.

- Finalmente, si partimos de que el artículo 49 EBEP se dirige en exclusiva a los funcionarios, mientras que a los empleados públicos sometidos a la relación laboral les resulta de aplicación la normativa correspondiente al ET (arts. 37.7 y 48.4 ET), me planteo a la vista de las distinciones del anterior apartado, el eterno problema: ¿Hasta qué punto resulta equitativo aplicar diferentes legislaciones para empleados públicos que desempeñan la misma tarea y en la misma Administración Pública?

Comunicación a la Ponencia Temática II

UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN SU ESTATUTO BÁSICO

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

A lo largo de este estudio se emplean las siguientes **Abreviaturas:** CE (Constitución Española de 1978), EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público), ET (Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), LFCE (Ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero), LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado), LRJPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), RRDF (reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero).

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 52, 53 Y 54.—III. SOBRE EL «CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS».—IV. APLICACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN: 1. Entrada en vigor. 2. Ámbito subjetivo. 3. La necesaria adaptación a las circunstancias.

I. INTRODUCCIÓN

Del contenido típico de una norma «estatutaria», esto es, de aquel que cabe esperar que aparezca en cualquiera que así se presente, forma parte el tratamiento de los derechos y deberes de las personas incluidas en su ámbito de aplicación. No extraña, pues, que el *Estatuto básico del empleado público* incorpore preceptos que se ocupan de los correspondientes a quien tenga tal condición. A esta materia dedica, de forma específica, su título III («Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos»), donde ambos aspectos no aparecen abordados de forma simétrica. En efecto, siempre dentro del expresado título III, mientras que los *derechos* son objeto de una regulación amplia y bastante ordenada, comprensiva de su enumeración y de la concreción, mayor o menor, de algunos de ellos, los deberes se someten a reglas más abiertas, de contenido a menudo desordenado y más ambiguo o con mayor presencia de conceptos jurídicos indeterminados que habrá que esperar a que se vayan precisando por los Tribunales de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, pudiendo suceder que no haya una coincidencia plena entre los criterios o interpretaciones que mantenga cada uno de esos órdenes, que no está vinculado por los criterios que siga el otro. Se trata de reglas donde aparecen de forma mezclada, confusa y con una redacción penosa, deberes, conductas en que se manifiestan o concretan y principios o, mejor, valores que inspiren o a los que responden tales deberes y conductas. El resultado es que el conocimiento cabal de aquello a lo que quedan obligados los empleados públicos en la prestación de sus servicios exige una delicada tarea que comporta, además de la reconstrucción de las aludidas reglas, contenidas en los artículos 52, 53 y 54, el relacionar éstas con la descripción y tipificación de las faltas disciplinarias sancionables, entre ellas las «muy graves» que relaciona, en lista abierta, el artículo 95.2 de igual texto legal. Se refiere a esa complementariedad su artículo 52, cuando dispone que los principios y reglas que se establecen en el ca-

pítulo del que forma parte «informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos». Asimismo, han de tenerse en cuenta preceptos comprendidos en otros textos legales, como son los relativos al comportamiento del empleado público en materia de incompatibilidades (Ley 53/1984, de 26 de diciembre).

II. LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 52, 53 Y 54

Ya he indicado que para comprender las reglas aquí contempladas es precisa su reconstrucción. Una vez realizada la tarea, comprensiva de la recomposición de la penosa redacción que exhibe el legislador aparece:

1. Que la relación administrativa, estatutaria o laboral a través de la que los empleados públicos se incorporan a la Administración o entidad pública empleadora les sujeta a la obligación de trabajar o prestar sus servicios; a la obligación de «desempeñar ... las tareas que tengan asignadas», en expresión del artículo 52 del EBEP.

2. Que en torno a la anterior obligación se sitúa una serie de deberes, amplios, que tienden o se dirigen a precisar el *modo* en que ha de cumplirse. Tales deberes son los de buena fe, diligencia y obediencia.

3. Que cada uno de los deberes a los que acabo de hacer referencia cuenta con manifestaciones específicas que contribuyen notablemente a la concreción de su alcance o contenido. Dichas manifestaciones consisten en actuaciones, conductas o comportamientos de hacer o no hacer cuya observancia por los empleados públicos permite determinar el grado en que cumplen los referidos deberes.

4. Que el modo en que los deberes y, por extensión, las conductas o comportamientos en que se concretan condicionan el cumplimiento de la obligación de prestar los servicios se caracteriza por encontrarse informado por unos «principios» o valores que responden a las exigencias del denominado «derecho de los ciudadanos a una buena administración»¹. En otras palabras, aquel cumplimiento sólo es inteligible si se repara en la integración de esos principios o valores en el contenido de la propia prestación de los servicios, que ha de aprovechar a su realización. Se trata de principios y valores que, por cierto, se corresponden con una parte importante de los que rigen la organización y actuación de las Administraciones públicas². No extraña, pues, aquella integra-

¹ Se emplea tal expresión en la Exposición de Motivos del EBEP, párrafo cuarto.

² Véase, por ejemplo, artículo 103.1 de la CE, artículo 3 de la LOFAGE y artículo 3 de la LRJPAC.

ción, que es condición necesaria para que éstas puedan desarrollar su actividad de acuerdo con la aludida forma de organización y actuación. Tampoco la coincidencia entre tales principios o valores y los que deben presidir la actuación de los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y resto de los altos cargos de la Administración General del Estado³, de acuerdo con su «código de buen Gobierno»⁴.

5. Que los deberes, conductas, comportamientos o actuaciones en que se manifiestan y los principios que inspiran unos y otros componen el que se denomina «código de conducta de los empleados públicos».

Las aludidas conductas o actuaciones tienen la naturaleza de deberes. En este sentido, no hay inconveniente en denominarlas también deberes, siempre que no se pierda de vista su asociación con aquellos en los que quedan comprendidas o que contribuyen a concretar.

Lo expuesto se presenta en el EBEP de la siguiente forma:

1. La obligación de los empleados públicos de prestar los servicios [«desempeñar (...) las tareas que tengan asignadas»] figura en el artículo 52, párrafo primero.

2. Los deberes que determinan el modo del cumplimiento de dicha obligación se encuentran identificados en los artículos 52, 53 y 54. Así, el *deber de diligencia* es objeto de hasta tres referencias directas y expresas donde se manifiesta lo mismo bajo una calificación o denominación que resulta distinta en cada caso (deber, principio ético, principio de conducta). La primera de esas referencias se encuentra en el artículo 52, párrafo primero («Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas»), que trata de los «deberes de los empleados públicos»; la segunda en el artículo 53.10 (los empleados públicos «cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan»), dentro de los «principios éticos»; y la tercera en el artículo 54.2 («el desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente»), que forma parte los «principios de conducta». En cuanto al *deber de buena fe*, que es, con mucho, el más amplio, se menciona expresamente en el artículo 53.3 (los empleados públicos «ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos»). Por último, el *deber de obediencia* figura en el artículo 54.3 (los empleados públicos «obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de sus superiores»).

³ Y de las entidades del sector público estatal, de Derecho Público o Privado, vinculadas o dependientes de la citada Administración.

⁴ Aprobado por el Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 y publicado en el BOE de 7 de marzo de igual año.

3. Las manifestaciones de los anteriores deberes, que, como se ha apuntado, también tienen naturaleza de deberes, se formulan, principalmente, a lo largo de los artículos 53 y 54, que dedican casi todo su contenido a ellas sin ofrecer explicación que ponga de relieve porqué unas se califican de «principios éticos» y otras de «principios de conducta»⁵. Esto permite concluir que la inclusión en uno u otro grupo es fruto, casi siempre, de un convencionalismo; conductas que figuran entre los «principios éticos» podrían figurar entre los «principios de conducta», y viceversa. Lo dicho se puede apreciar, por ejemplo, en dos de las que cabe considerar manifestaciones del deber de diligencia; en concreto, las que se mencionan junto a éste en los artículos 53.11 (los empleados públicos «resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia») y 54.2 (desempeñarán sus tareas «cumpliendo la jornada y el horario establecidos»). Si bien se mira, parece que el legislador decidió dividir en dos el que podría haber sido un único precepto. Prueba de ello es la omisión, en el artículo 54, de cualquier identificación de los sujetos obligados a cumplir los deberes/principios de conducta que en él se incluyen. Esa identificación figura, solamente, al comienzo del artículo 53, donde se aclara que se trata de los «empleados públicos».

Volviendo a la cuestión central, aunque las manifestaciones descritas en los citados artículos 53 y 54 son muchas y dan suficiente cuenta de lo que pide el cumplimiento de los deberes a cuya concreción contribuyen, su lista no es cerrada. Ya en el propio EBEP figuran otras que también podrían haberse incluido en uno de esos artículos; o a las que cualquiera de ellos podría haber hecho, al menos, una mención. En concreto, es el caso de las que aparecen en el artículo 93, apartados 2 y 3, de los que se desprende que los empleados públicos no inducirán «a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria» ni encubrirán «las faltas consumadas muy graves o graves». Quizás también podría haberse incluido de forma expresa alguna referencia a la obligación de aquéllos de abstenerse de realizar otras actividades incompatibles con la desarrollada o para las que no cuenten con la preceptiva autorización de compatibilidad, cuya inobservancia puede dar lugar a la falta muy grave que tipifica el artículo 95.2.n). En suma, aunque no aparezcan en la relación de los artículos 52 y 53 del EBEP, son también manifestaciones de deberes las que se deducen de la tipificación de faltas sancionables, sean éstas las muy graves que describe el artículo 95.2 del EBEP o las de igual o distinta naturaleza (faltas graves o leves) que pueda tipificar la ley estatal, en el caso del personal sujeto a régimen administrativo de la Administración General

⁵ Tales expresiones, el empleo de una u otra para calificar cada una de las comentadas manifestaciones y la mayor parte de éstas acusan la clara influencia del «código de buen Gobierno» de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado de 2005. Véase nota anterior y texto concordante.

del Estado, la ley autonómica, en el caso del personal de las Comunidades Autónomas sujeto a igual régimen, o el convenio colectivo, en el caso del personal laboral [art. 95.2.p), 3 y 4].

4. Los principios o valores que inspiran los deberes y sus manifestaciones figuran en el artículo 52, párrafo primero. Aquéllos son los de actuar velando «por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico»⁶, así como con «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 hombres y mujeres». Al respecto cabe distinguir tres situaciones:

a) Quizás para resaltar su especial significado o relevancia, o acaso para contribuir a hacer más plausible o reforzar la idea de que se ofrece un verdadero código de conducta, algunos de los principios se repiten, sin más, a veces con el cambio de algunas palabras, en el artículo 53. Se descubre esto en sus apartados 1, 2, 8 y 11: «los empleados públicos *respetarán la Constitución y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico*»; «su actuación perseguirá la *satisfacción de los intereses generales* de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones *objetivas* orientadas hacia la *imparcialidad (...)*»; «actuarán de acuerdo con los principios de *eficacia (...)* y vigilarán la *consecución del interés general (...)*»; asimismo, «ejercerán sus atribuciones según el principio de *dedicación al servicio público*».

b) En otras ocasiones, las palabras con que se identifican en el artículo 52 se emplean nuevamente a lo largo de los artículos 53 y 54, en la descripción de determinadas conductas o comportamientos que constituyen manifestaciones de los deberes ya conocidos. La técnica seguida es singular: se describe una conducta o comportamiento del empleado público utilizando en la descripción la misma palabra o expresión que se emplea en el artículo 52 para referirse al concreto principio del que deriva, o una similar o sinónima. Se observa semejante forma de proceder en los apartados 11 y 12 del artículo 53 (los empleados públicos «ejercerán sus atribuciones» absteniéndose de conductas «que comprometan la *neutralidad* en el ejercicio de los servicios públicos»; «guardarán *secreto* de las materias clasificadas y otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida *discreción* sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo») y en el aparta-

⁶ Esa sujeción y observancia supone una actuación profesional que incorpore los valores y principios sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico y, dentro de él, por descontado, la CE.

do 5 del artículo 54 (los empleados públicos «administrarán los recursos y bienes públicos con *austeridad*»).

c) Por último, en la descripción de un considerable número de conductas o comportamientos, aunque no se mencione el principio a que responden, éste se puede deducir sin dificultad. Es el caso, por ejemplo, de los principios de *respeto a la igualdad entre mujeres y hombres*, *accesibilidad*, *objetividad* o *integridad*, que están presentes, el primero, cuando se manifiesta que los empleados públicos evitarán «toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de (...) sexo» (art. 53.4); el segundo, cuando se señala que aquéllos «tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos» (art. 54.1); y los dos últimos cuando se establece que «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» (art. 53.5), «no contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando puedan suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público» (art. 53.6), «no aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas» (art. 53.7) o rechazarán «cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía» (art. 54.6). Igual sucede con la *dedicación al servicio*, con la que guarda relación la indicación de que los empleados públicos «mantendrán actualizada su formación y cualificación» (art. 54.8); o la *transparencia*, que puede descubrirse en la conducta que les impone el informar «a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer» (art. 54.4).

El único de los principios que no cuenta con reflejo en las conductas o comportamientos que describen los artículos 53 y 54 es el de la «promoción del entorno cultural y medioambiental». Ello no significa que la Administración o entidad pública empleadora carezca de la posibilidad de efectuar recomendaciones o hasta estimular o impulsar comportamientos que obedezcan a aquél, los cuales, por cierto, encajarían dentro de los típicos de un código de conducta.

Considerando que el capítulo VI de su título III se denomina «*deberes de los empleados públicos. Código de conducta*», no es correcto que el primero de sus artículos —el 52— lleve igual rúbrica, que no se ajusta al verdadero contenido del precepto, a la vista del cual éste se podría haber titulado, por ejemplo, «*criterios generales*». Aunque menciona uno de los deberes que contribuyen a determinar el modo en que ha de cumplirse la obligación de trabajar —el de *diligencia*—, no

cabe postular que su objetivo sea el de ofrecer la relación de los deberes de los empleados públicos; si así fuese, tales deberes serían los de «desempeñar con *diligencia* las tareas que tengan asignadas», «velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico» y «actuar con arreglo a los (...) principios» que al efecto se indican («objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad», etc.). No cabe postular lo anterior salvo, claro está, que se confundan los deberes con los principios que los inspiran. En rigor, el expresado objetivo es el de establecer los criterios generales que regirán la formulación de los deberes del empleado público y la construcción del «código de conducta» en el que se integran según el diseño legal.

De acuerdo con los criterios antes aludidos, los deberes, sus manifestaciones y los principios a que responden aquéllos y éstas forman el «código de conducta de los empleados públicos».

III. SOBRE EL «CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS»

Sometido a análisis el indicado código de conducta, al que la exposición de motivos del EBEP atribuye la calificación de «auténtico», se descubre, sin dificultad, que se está ante un código de conducta muy particular, caracterizado por:

a) *Figurar establecido en una ley, formar parte de ella y no depender su adopción, contenido y exigibilidad de la voluntad del empleador.* A diferencia de lo que sucede con los códigos de conducta del mismo tipo que aparecen en las empresas del sector privado, cuya elaboración es fruto de una decisión voluntaria y unilateral de éstas, que cuentan con amplia —no absoluta— libertad para determinar su contenido y abrirlo a la participación de los trabajadores (no existe ninguna obligación de negociarlos con sus representantes), el código de conducta examinado tiene su origen en un acto «externo» al empleador, el cual no tiene ninguna capacidad de decisión sobre el grado de sujeción de sus empleados a aquél ni tampoco sobre su contenido, que no es dispositivo. Tal sujeción no está condicionada a una previa asunción del código por la Administración o entidad pública que aparezca como empleadora. Se impone a sus destinatarios (los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP, tanto en el general, del que se ocupa su artículo 2, como en el «específico», objeto de su Disposición Adicional primera) por imperativo legal y de modo directo ⁷ y completo (el empleador no puede

⁷ Hacen hincapié en la expresada aplicación directa las «instrucciones para la aplicación del Estatuto básico del empleado público en el ámbito de la Administración General

decidir su aplicación parcial o disponer de los valores éticos y principios de actuación que el legislador desea promover).

b) *Constituir sus reglas*, por su procedencia —ley— *auténticas normas jurídicas*. No es este el caso de los códigos de conducta típicos, cuya elaboración unilateral por la empresa, que carece de poder normativo reconocido, se opone a su posible consideración de normas jurídicas.

c) *Su contenido, que no se construye con reglas definitorias de comportamientos de voluntario seguimiento por parte del empleado público, pertenecientes al campo del conocido como «soft law»*. Dicho contenido no aparece compuesto por simples recomendaciones tendentes a propiciar o impulsar comportamientos de los empleados públicos acordes con los intereses sociales vinculados al ideario ético y a los valores que orientan la actuación de las Administraciones públicas; está formado por reglas de comportamiento, la mayoría de tipo moral o ético, constitutivas de manifestaciones más o menos concretas de deberes que, de un lado, se integran, *ex lege*, dentro de la prestación de la actividad laboral y, de otro, son directamente vinculantes y jurídicamente exigibles (no poseen un alcance puramente ético ni su finalidad es puramente pedagógica y orientadora), sin que ello precise, como se ha indicado, del complemento de una posterior adhesión del empleador o del trabajador/empleado público, ni tampoco de órdenes o instrucciones del primero recabando su seguimiento. Muestra clara de la expresada exigibilidad es la sujeción a responsabilidad disciplinaria del empleado público que se aparte de las aludidas reglas. Es la conclusión que se obtiene cuando se pone en relación el contenido de los artículos 53 y 54 del EBEP con la tipificación —no cerrada— de faltas muy graves que ofrece su artículo 95.2, en las que no es difícil reconocer incumplimientos de lo que disponen aquellos dos artículos ⁸. La Exposición de Mo-

del Estado y sus organismos públicos» (instrucciones 1 y 12), cuya publicación dispone la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública (BOE de 23 de junio de 2007).

⁸ Por ejemplo, se corresponden con las reglas de los apartados 1 y 4 del artículo 53 («los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico»; «su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») las faltas tipificadas en el artículo 95.2.a) [constituye falta muy grave «el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía (...) en el ejercicio de la función pública»], y b) (constituye falta muy grave «toda actuación que suponga discriminación por razón de origen, 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»), respectivamente. Igual correspondencia se aprecia entre el deber del artículo 54.3 (los empleados públicos «obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de

tivos del EBEP despeja cualquier duda que pudiera existir sobre el propósito del legislador de configurar conductas directamente exigibles: las reglas de comportamiento constitutivas del código de conducta «se incluyen en el Estatuto con una finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias».

Sin entrar ahora a valorar el acierto de su calificación como código de conducta, éste se establece con vocación de constituir el principal instrumento de determinación de las conductas o comportamientos exigibles al empleado público teniendo en cuenta la integración en la prestación de sus servicios de los intereses sociales que están llamadas a satisfacer las Administraciones públicas empleadoras. Por cierto, esa integración no es nueva y tampoco son nuevos bastantes de los comportamientos y deberes configurados, que cuentan con una anterior formulación en otros textos legales aplicables al personal sujeto a régimen administrativo⁹, al personal laboral¹⁰ o a ambos¹¹. Se modifican y, si se quiere, se mejoran o precisan los términos de la formulación o se presenta ésta de modo distinto, más actual y homogéneo o común para todos los empleados públicos, cualquiera que sea la naturaleza admi-

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») y la falta muy grave del artículo 95.2.i) («la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico»). También entre el artículo 53.4 y el 95.2.k) o, en fin, entre los artículos 53.10 y 11 y 54.2 y el artículo 95.2.g).

⁹ Es el caso, por ejemplo, de los deberes descritos en el artículo 53.3 («ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos») y 12 [«(...) mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo (...)], que se corresponden, respectivamente, con los que aparecían en los artículos 76 [«Los funcionarios vienen obligados (...) al fiel desempeño de la función o cargo, a colaborar lealmente con sus jefes y compañeros, cooperar al mejoramiento de los servicios y a la consecución de los fines de la unidad administrativa, en la que se hallen destinados»] y 80 [«Los funcionarios han de (...) guardar sigilo riguroso respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo»] de la LFCE. También el de los deberes de tratar «con atención y respeto a los ciudadanos» y facilitar a éstos «el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones». Tales deberes, que aparecen en el artículo 54.1 y 4 del EBEP, se deducían, con anterioridad, de lo dispuesto en el artículo 35.j) de la LRJPAC, según el cual es derecho de los ciudadanos el de «ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones».

¹⁰ Artículos 5, 19.2 y 21.1 del ET.

¹¹ Artículo 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, relativo a las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, que implica «el cumplimiento de las medidas de protección que en cada caso sean adoptadas». Su aplicación al personal laboral y al personal vinculado por relación de carácter administrativo o estatutario, que ya se deduce del apartado 3 del propio artículo, resulta confirmada cuando se relacionan el artículo 3.1, párrafo segundo, y la Disposición Adicional tercera, 2 de igual Ley.

nistrativa o laboral de su relación de servicios. Sólo a la vista de ese carácter homogéneo o común del catálogo de deberes y conductas es correcta la afirmación, hecha en la exposición de motivos del EBEP, de que «por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación *general* de los deberes básicos de los empleados públicos».

d) *Su asimetría.* Versa sólo sobre formas de actuación, conductas o comportamientos a observar por el personal comprendido en su ámbito de aplicación. No se complementa con una formulación de reglas de actuación, buenas prácticas o compromisos de la entidad empleadora tendentes a mejorar la protección de los empleados públicos o el ejercicio y la efectividad de los derechos laborales que tienen reconocidos. En ninguna parte del EBEP se llega a presentar un «código de conducta» de las entidades públicas empleadoras en las que éstas asuman la exhibición de un cumplimiento ejemplar de sus obligaciones laborales, similar al que se pide al personal a su servicio, a imitar por las empresas del sector privado, contrastado por medio de controles, comprobaciones o auditorías (internas o externas) y comprensivo del compromiso, por ejemplo: de observar un comportamiento leal con sus empleados; de facilitarles información fiel, exacta y temporalmente oportuna sobre aquellas materias que sean de su interés; de garantizarles que el cumplimiento de sus labores con objetividad, integridad, eficacia, neutralidad, imparcialidad, etc., no se verá interferido por ningún tipo de presión procedente de los elegidos o designados como titulares de los órganos de gobierno; de evitar el uso excesivo y abusivo, cuando no en fraude de ley, de la contratación laboral de duración determinada; de estar especialmente atentas para no incurrir en cesiones ilícitas de trabajadores en los procesos de descentralización productiva que lleven a cabo; de organizar, incentivar y favorecer, destinando recursos suficientes, la formación continua y actualización de los conocimientos y capacidades profesionales de su personal; de relacionarse con él en la lengua oficial de su elección, cuando el puesto cubierto se encuentre en una Comunidad Autónoma que cuente con dos lenguas oficiales; de garantizarle un lugar de trabajo seguro y saludable a través de un cumplimiento real y no puramente formal de la normativa de prevención de riesgos laborales, etc. Cabe concluir, pues, que el EBEP se queda en una formulación de los derechos de los empleados públicos que, aunque actualice el catálogo de aquellos con la incorporación de algunos que carecían de reconocimiento legal expreso en relación con determinados grupos de empleados públicos (no por ello eran inexistentes e inexigibles; piénsese en los derechos a la no discriminación, a la libertad de expresión y al respeto a la propia imagen y orientación sexual), se realiza en la forma tradicional (arts. 14 y ss.), sin incorporar el plus que representaría un código de conducta como el indicado, que entraría en la categoría de códigos de conducta relacionados con la actuación socialmente respon-

sable de la empresa (en el caso aquí examinado, la Administración pública empleadora) en el ámbito en el que desenvuelve su actividad.

Si se acepta que lo contemplado por los artículos 52, 53 y 54 del EBEP reúne los ingredientes precisos que permiten concluir que se está ante un código de conducta, se trataría de un código de conducta «profesional» o laboral, con el que su autor —el legislador— quiere concretar e impulsar lo que entiende que define una actuación responsable de los empleados públicos a la hora de cumplir la prestación de sus servicios del modo que satisfaga los intereses sociales que figuran unidos a los valores y al ideario ético y objetivos que aquél considera que han de seguir las Administraciones públicas en todos los ámbitos en que intervienen o actúan, por constituir pieza esencial de la imagen que desea que tengan de ellas los ciudadanos administrados y que se pretende preservar¹². Pues bien, aparece aquí otra importante asimetría, derivada de lo que el código de conducta comentado pide a los empleados públicos para que sea posible la aludida satisfacción de los intereses sociales y la inexistencia de una formulación de medidas concretas y específicas que comprometan de forma eficaz a las Administraciones públicas —a todas, sin excepción— a actuar siempre conforme a ellos o, si se prefiere, a que no puedan apartarse de lo que al respecto les marca la ley de un modo general o recurriendo a conceptos jurídicos indeterminados.

El objetivo a alcanzar —la satisfacción de los intereses sociales— no depende sólo de lo que hagan o dejen de hacer los empleados públicos; requiere que las propias Administraciones públicas observen también una actuación real, no meramente formal o aparente, acorde con los valores e ideario ético a que se viene haciendo mención, los cuales, por lo demás, cuentan con referencias explícitas e implícitas en diversos textos legales que perfilan cómo debe ser aquella¹³. Sucede, sin embargo, que la exigencia a los empleados públicos de conductas ajustadas a lo indicado no se corresponde, en la práctica, con la permanente, estricta, efectiva e incondicionada observancia de tales valores e ideario por parte de todas y cada una de las Administraciones y entidades públicas empleadoras o, mejor, por parte de los titulares de sus órganos de go-

¹² Responden a lo indicado las precisiones que realiza el artículo 95.3.c) del EBEP, al remitir a la ley estatal o autonómica y al convenio colectivo, en el caso del personal laboral, la tipificación de las faltas graves. Semejante tipificación ha de atender a «la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos» y también al «descrédito para la imagen pública de la Administración».

¹³ Así, por ejemplo, CE (art. 103.1), EBEP (art.1.3 y Exposición de Motivos: «El Estatuto básico del empleado público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración»; «el servicio público se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica “cultura” de lo público»), LOFAGE (título I, capítulo I) o LRJPAC (art. 3).

bierno (los «políticos» que los ocupan o cargos públicos que por elección o designación reciben el mandato de representarlas y actuar en su nombre), cuya conducta está alejada, en bastantes ocasiones, de aquellos, repercutiendo de forma muy negativa en la imagen que el ciudadano tiene de ellas.

Puede parecer un sarcasmo exigir a los empleados públicos, relacionándolo con la posibilidad de incurrir éstos en responsabilidad disciplinaria, todo lo descrito en los artículos 52, 53 y 54 del EBEP cuando son notorios y hasta quedan impunes casos en que las Administraciones públicas, a través de las mencionadas personas titulares de sus órganos, se resisten a respetar la Constitución y otras normas que integran el ordenamiento jurídico; siguen actuaciones que sacrifican (no atienden por completo a ellos) los intereses generales de los ciudadanos en aras de los intereses de los partidos políticos a los que pertenecen o deben su designación aquellas personas; no deciden con objetividad e imparcialidad; no se comportan lealmente con los ciudadanos; no actúan con eficacia, economía y eficiencia; no administran los recursos y bienes públicos con austeridad; no garantizan la atención al ciudadano en la lengua que solicite y sea oficial en su territorio, etc. Es cierto que el «código de buen Gobierno» toma conciencia de la posibilidad de este tipo de comportamientos y representa un loable intento de atajar su presencia en la actuación de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado por la vía de la identificación y promoción de lo que es ético y correcto y de cómo debe ser la conducta de sus destinatarios para ajustarse a los valores de referencia que aparecen en aquél; sin embargo, no parece haber ido mucho más allá de una formulación de buenas intenciones. Aun así, se está ante un instrumento cuya aplicación rigurosa, ejemplar y efectiva serviría para romper, al menos en la Administración General del Estado, el comentado elemento de asimetría, algo a lo que también contribuye, dicho sea de paso, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

A la vista de la situación expuesta, se comprende que quepa reducir el grado de efectividad que puede tener el código de conducta desde el punto de vista de la satisfacción y protección suficientes de los intereses sociales a que responden los valores e ideario ético de las diversas Administraciones públicas. Tal objetivo resulta inviable mientras se repare principalmente o se ponga el énfasis en lo que al respecto compete hacer a los empleados públicos y se omita o descuide el eficaz recurso a medidas concretas y efectivas que sean representativas de lo mucho y la mayor y principal responsabilidad que corresponde al propio «empleador» público. No se discute que el «derecho de los ciudadanos a una buena administración», al que hace referencia la exposición de

motivos del EBEP, pueda y deba integrarse en el contenido de la prestación de servicios del empleado público, cualquiera que sea su naturaleza (administrativa o laboral); lo que se afirma es que esa integración, por mucho que suponga para aquél la sujeción a conductas concretas cuya inobservancia resulta sancionable, constituye una condición insuficiente para la efectividad del aludido derecho.

Teniendo en cuenta las notas reseñadas, calificar de constitutivo de un código de conducta el contenido de los artículos 52, 53 y 54 del EBEP, esto es, manifestar, como hace su exposición de motivos, que «se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta», resulta, cuando menos, pretencioso. Quizás, movido o animado por la intención de presentar al EBEP como un texto que responde a las modernas tendencias en gestión de recursos humanos y que no da la espalda a la «moda» de adopción de códigos de conducta, además de por corporaciones empresariales (empresas multinacionales), por las Administraciones públicas de otros Estados y hasta por instituciones públicas internacionales e instituciones y órganos de la Unión Europea¹⁴, el legislador se esfuerza por utilizar expresiones habituales en los códigos de conducta («principios éticos», «principios de conducta», «objetividad», «imparcialidad», «integridad», etc.); sin embargo, su esfuerzo no sirve para convencer de que lo ofrecido es un verdadero código de conducta. Por encima de las apariencias, constituye un catálogo de conductas que especifican o constituyen manifestaciones de los deberes exigibles al empleado público en el cumplimiento de su obligación de trabajar. Para considerar que un instrumento de gestión de recursos humanos constituye un código de conducta no basta con denominarlo así o emplear en él expresiones típicas de éste; es preciso que reúna los elementos sustantivos característicos de la figura.

Si, como se acaba de indicar, es más que cuestionable que nos encontremos ante un auténtico código de conducta, cabe concluir que, aunque el contenido de lo que el EBEP presenta como tal sea directamente vinculante para los empleadores públicos y el personal a su servicio, los primeros podrían proceder a la elaboración de verdaderos códigos de conducta orientadores del comportamiento profesional de sus empleados. Por descontado, en el caso del personal laboral no podrían ir más allá de lo que permite el ejercicio regular del poder de dirección.

¹⁴ Es el caso de la Comisión Europea [véase *Declaración de gobernanza de la Comisión*, de 30 de mayo de 2007, apartado 6 («Ética: normas claras y garantías eficaces»)]. También del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyo «Código de conducta», dirigido a precisar algunas de las obligaciones impuestas a sus miembros y a los del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de la Función Pública, ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2007 (DOUE de 22 de septiembre de 2007; 2007/C 223/01).

IV. APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN

1. Entrada en vigor

Todo el contenido del artículo 52, igual que el de los artículos 53 y 54, forma parte de las reglas del EBEP sometidas al plazo general de entrada en vigor que señala su Disposición Final cuarta; es decir, ha entrado en vigor al mes siguiente de la publicación de aquél, producida el 13 de abril de 2007. A partir del 13 de mayo de 2007 es de *inmediata y directa* aplicación. La efectividad de ésta no precisa de ningún desarrollo legislativo y reglamentario o, si se prefiere, a diferencia de lo que sucede con otras de sus partes [las que menciona la propia disposición final cuarta, en su apartado 2; señaladamente, las correspondientes a los capítulos II («derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño») y III y («derechos retributivos») del título III, excepto el artículo 25.2, y al capítulo III («provisión de puestos de trabajo y movilidad») del título V], la regulación de los deberes que realiza el EBEP no está constituida por mandatos dirigidos a las leyes y reglamentos que han de promulgarse en desarrollo de dicho texto legal. Tal es el sentido con que se utiliza aquí la expresión aplicación «directa».

A partir del 13 de mayo de 2007 también se hizo efectiva la previsión de la disposición derogatoria única del EBEP relativa a la derogación de los preceptos sobre deberes de los empleados públicos contenidos en la LFCE (arts. 76 a 80, ambos incluidos). De acuerdo con la letra g) de aquélla, la mencionada derogación hay que entenderla completada con la de la regulación que sobre la misma materia contenga cualquier otra norma de igual o inferior rango que el EBEP y que contradiga o se oponga a lo que en él se establece, tanto si se trata de una norma perteneciente a la legislación estatal como autonómica de función pública. A propósito de ello ha de recordarse la relación de deberes del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares contenida en los artículos 3.1 y 5 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo de los que forman parte del mencionado grupo de empleados públicos, que tienen la condición de personal laboral. Si se comparan los aludidos deberes con los que el EBEP formula para todos los empleados públicos puede apreciarse, sin gran dificultad, aunque no coincidan exactamente los términos empleados en uno y otro texto legal, que los primeros guardan equivalencia y se corresponden con los segundos ¹⁵. En cualquier caso, no parece que

¹⁵ Las expresadas equivalencia y correspondencia son claras en el caso de los deberes de diligencia, buena fe y obediencia, de los que trata el artículo 5, a) y d) del Real Decreto 2205/1980, a relacionar con los artículos 52, párrafo primero, 53.3 y 10 y 54.2 y 3 del EBEP. Lo mismo sucede con la conducta consistente en la observancia de «las medidas

se trate de una regulación que se oponga o contradiga al EBEP, por lo que no quedaría afectada por la derogación comentada. Unas veces, el deber o la conducta aparecen formulados con mayor amplitud y precisión en el EBEP, por lo que la aplicación del citado Real Decreto se convierte en prescindible y carece de utilidad. Otras, en cambio, la regulación de éste viene a precisar el alcance de algunos de los extremos que contemplan los artículos 52, 53 y 54 del EBEP, adquiriendo entonces interés. Así sucede con la mención del «interés superior de la defensa nacional» como principio inspirador de la actuación de quien trabaja en los establecimientos militares, que figura en el artículo 3.1 del Real Decreto, y las referencias a la necesidad de obtener el «rendimiento adecuado» y «observar en todo momento el debido respeto y consideración (...) a las insignias, emblemas y, en general, a cuanto sea públicamente representativo de las fuerzas armadas», contenidas, respectivamente, en las letras a) y g) del artículo 5 de igual texto legal.

2. Ámbito subjetivo

Los deberes, las manifestaciones que contribuyen a su concreción, que son igualmente deberes, y los principios que los inspiran, esto es, todos los contenidos de los artículos 52, 53 y 54 del EBEP, tienen un *especial* ámbito de aplicación directa, mayor que el *general* u *ordinario* de dicho texto legal, del que se ocupan los cuatro primeros apartados de su artículo 2¹⁶. En suma, figuran sujetos de forma directa —no suple-

de seguridad e higiene que se adopten» [art. 5.e) del Real Decreto], que coincide con la de observancia de «las normas sobre seguridad y salud laboral» que ahora contempla el artículo 54.9 del EBEP. Aunque los términos empleados ya difieran más, sigue sin resultar difícil el encaje en éste de cada una de las demás conductas o comportamientos que impone el artículo 5 del Real Decreto. En concreto, «observar la debida disciplina y la reserva más absoluta en todo lo que con ese carácter se le encomiende» y «observar en todo momento el debido respeto y consideración en su trato con el personal militar, aunque [el trabajador] no le esté directamente subordinado» [art. 5.b) y g) del Real Decreto] forman parte de las conductas que describen los artículos 53.12 y 54.1 del EBEP. En fin, «prestar [los trabajadores] la debida colaboración en los supuestos en que por necesidades urgentes de la defensa se solicite de ellos alguna prestación de carácter excepcional» y «contribuir a la mejora de la productividad» [art. 5.c) y f) del Real Decreto], aparte de su conexión con los deberes de buena fe y diligencia que, como se sabe, también establece el EBEP, guardarían relación con las conductas que contempla dicho texto legal en los apartados 8, 10 y 11 de su artículo 53 y en los apartados 2 y 10 de su artículo 54.

¹⁶ De acuerdo con el apartado 1 del artículo, uno de los grupos de empleados públicos comprendidos en el contemplado ámbito general es el de los que presten servicios en «organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas». Pues bien, del personal al servicio de las «demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia» forma parte el de las «entidades públicas empresariales» de las que tratan los artículos 53 y sigs. de la LOFAGE.

toria¹⁷— a aquellos contenidos, además de los empleados públicos que están incluidos en el expresado ámbito general de aplicación, el personal de las cada vez más numerosas *sociedades mercantiles* y *fundaciones* del sector público. Lo establece la Disposición Adicional primera del EBEP («ámbito específico de aplicación»), según la cual «los principios (*sic*) contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica»¹⁸. Se exceptúa de tal aplicación el personal al servicio de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S. A.¹⁹ De acuerdo con el propio EBEP (art. 5), la ordenación del empleo público que proporciona (toda y, por lo tanto, lo dispuesto en sus arts. 52, 53 y 54), resulta inaplicable al personal laboral de dicha Sociedad, que «se regirá por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables» (mejor, corrigiendo la defectuosa redacción, por la legislación laboral y por los convenios colectivos aplicables), y sólo rige supletoriamente para el personal funcionario.

La anterior determinación de los supuestos de aplicación directa de la regulación del EBEP sobre los deberes hay que completarla con la posibilidad de que dicha aplicación también se extienda, igual que la de otras materias, a ciertos grupos de «personal con legislación específica propia», «cuando así lo disponga» ésta (art. 5 del EBEP)²⁰, así como al personal que presta sus servicios en las entidades que menciona la Disposición Adicional décima.1 de la LOFAGE y tengan la consideración de «organismos reguladores» (Disposición Adicional quinta del EBEP), esto es, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Tele-

¹⁷ Véanse artículos 2.5 y 5, párrafo primero del EBEP.

¹⁸ Sobre las entidades del sector público estatal en las que ha de observarse la indicada aplicación, véase artículo 2 de la Ley 47/2003, de 24 de noviembre, general presupuestaria.

¹⁹ Pertenecía esta sociedad anónima a las «sociedades mercantiles empresariales» a que se refiere la disposición adicional duodécima de la LOFAGE. La conversión de la precedente «entidad pública empresarial» Correos y Telégrafos (véase disposición adicional undécima de la LOFAGE) en la sociedad anónima contemplada fue decidida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 58). Con la inscripción de su escritura de constitución en el Registro Mercantil, producida en julio de 2001, quedó extinguida la citada entidad pública empresarial.

²⁰ Se trata, en concreto, del «personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas», del «personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las Comunidades Autónomas», de los «Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia», del «personal militar de las Fuerzas Armadas», del «personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», del «personal retribuido por aranceles», del «personal del Centro Nacional de Inteligencia» y del «personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de crédito».

comunicaciones ²¹. La aplicación del EBEP al personal de tales organismos reguladores se producirá «en la forma prevista en sus leyes de creación».

Allí donde no quepa la aplicación directa, debe contarse con la posible aplicación *supletoria*, prevista en el artículo 2.5 del EBEP.

3. La necesaria adaptación a las circunstancias

Contando con tan amplio ámbito subjetivo, la regulación de la materia podría haber reparado en las características de la actividad prestada por algunos grupos de empleados públicos y formulado, a la vista de ello, reglas tendentes a acomodar aquella regulación a las aludidas características. No ha sido así. El EBEP no prevé ninguna regla particular que atienda a las peculiaridades del trabajo y de la posición laboral de algunos empleados públicos; no prevé que se aplicará sin perjuicio de su conveniente adaptación a tales peculiaridades, cuando concurran. En cualquier caso, la falta de previsión legal expresa en este punto no permite interpretar que la regulación deba aplicarse siempre de igual forma, con la misma extensión e intensidad, cualquiera que sean las peculiaridades a que se viene haciendo referencia. La operación de adaptación de la regulación a éstas es tarea de la que no puede prescindir el intérprete.

Ciertamente, todos los empleados públicos, sin excepción, han de prestar sus servicios con diligencia (que implica, entre otras cosas, la obtención de un rendimiento apropiado), obediencia y buena fe (arts. 52, párrafo primero, 53.3 y 10 y 54.2 y 3 del EBEP). Asimismo, algunas de las manifestaciones de esos deberes formuladas en los artículos 53 y 54 del EBEP, igual que los principios del artículo 52 a que responden, son predicables respecto a cualquier empleado público comprendido en el ámbito de aplicación tales preceptos ²². Ahora bien, existen otras mani-

²¹ En términos estrictos, no pueden considerarse «reguladores» los demás organismos públicos que menciona la citada Disposición Adicional undécima.1 de la LOFAGE (Consejo de Seguridad Nuclear, Ente Público RTVE, Universidades no transferidas, Agencia de Protección de Datos, Instituto Español de Comercio Exterior y Consorcio de la Zona Especial Canaria).

²² Es el caso, por ejemplo, de los comportamientos descritos en los artículos 53.4 y 54.1, 2, 8 y 9 [la conducta de los empleados públicos «se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»; aquéllos «tratarán con atención y respeto (...) a sus superiores y a los restantes empleados públicos», cumplirán «la jornada y el horario establecidos», «mantendrán actualizada su formación y cualificación» y «observarán las normas sobre seguridad y salud laboral»].

festaciones que sólo tienen sentido en relación con determinados grupos de empleados públicos. Así sucede, por ejemplo, con las de no contraer «obligaciones económicas» ni intervenir «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» (art. 53.6); no aceptar «ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas» (art. 53.7); no influir «en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa (...)» (art. 53.9); «guardar secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente (...)» (art. 53.12); garantizar «la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables» (art. 54.7) e «informar «a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer» y facilitarles «el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones» (art. 54.4). La exigibilidad de esas y otras conductas sólo tiene sentido en relación con los empleados públicos que participen en el ejercicio de potestades públicas o cuya actividad les lleva a intervenir en la tramitación de procedimientos y a tener trato o entrar en contacto con el administrado. Son conductas que el legislador ha descrito, sin duda, pensando en su imposición a ese tipo de empleados públicos. Salvo que se esté dispuesto a admitir interpretaciones absurdas, no son predicables respecto a una buena parte del personal (laboral o funcional) de oficios. No son aplicables a los conductores del parque móvil de una Administración pública, a su personal de mantenimiento y conservación de edificios o al personal de cocina de un hospital del servicio de salud de una Comunidad Autónoma.

Por otra parte, el grado de exigencia de los deberes y sus manifestaciones no puede ser siempre el mismo y ha de tener en cuenta las circunstancias del puesto ocupado (tipo de trabajo prestado, responsabilidad de las tareas realizadas, intereses a los que afectan éstas, etc.). No puede ser igual aquella exigencia en el caso del «personal directivo profesional» o del personal eventual que «sólo realiza funciones expresamente calificadas de confianza y asesoramiento especial» (arts. 13 y 12.1 del EBEP, respectivamente) que en el caso de los funcionarios del actual grupo C o del personal laboral de equivalente nivel que se limita a la realización de tareas de oficina. No puede ser igual en el caso del funcionario del futuro grupo A1 que en el del también futuro grupo C2. No puede ser igual en el caso del empleado público y funcionario que participa directamente en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado que en el caso del empleado público cuyo trabajo no reúne tal característica.

Téngase en cuenta, en fin, que la exigencia del deber podría verse afectada por la apariencia de permisividad de las conductas contrarias a

él, de modo que la corrección disciplinaria de éstas podría requerir que el empleador público realizase previamente alguna actuación rompiendo tal apariencia (por ejemplo, una advertencia de que no tolerará en lo sucesivo las aludidas conductas). La cuestión, importante, guarda relación con el ejercicio de la potestad disciplinaria de aquél y los plazos de prescripción de las faltas y sanciones, sometidos a cambios cuyo estudio dejo para otra ocasión.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EMPLEO PÚBLICO Y CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR: PATERNIDAD, PROTECCIÓN ECONÓMICA Y LOS CLAROSCUROS DE UNA PLURALIDAD DE ESTATUTOS JURÍDICOS

AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ

Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
y E. del Estado
Universidad Jaume I

SUMARIO:

- I. UNA BREVE —AUNQUE NECESARIA— REFERENCIA PREVIA AL SUS-
TRATO POLÍTICO-SOCIAL Y AL ESCENARIO NORMATIVO DE BASE.—
- II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA AUSENCIA POR PATERNIDAD:
SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS *VERSUS* PERMISO RE-
TRIBUIDO.—
- III. PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LA AUSENCIA POR PA-
TERNIDAD: MANTENIMIENTO DE LA RETRIBUCIÓN *VERSUS* PRESTACIÓN
ECONÓMICA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—
- IV. CLAROS,
OSCUROS, ZONAS GRISES Y CONSIDERACIONES FINALES.

I. UNA BREVE —AUNQUE NECESARIA— REFERENCIA PREVIA AL SUSTRATO POLÍTICO-SOCIAL Y AL ESCENARIO NORMATIVO DE BASE

La participación del padre en el cuidado de los hijos constituye condición *sine qua non* para el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y, por ende, para un más expedito acceso y para una mayor estabilidad de las mujeres en el mercado de trabajo. La Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de la Unión Europea, de 29 de junio de 2000¹, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, alentaba a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los trabajadores varones un derecho individual, originario e intransferible al disfrute de un permiso de paternidad, durante el que se mantengan sus derechos laborales. Quedaría caracterizado, así, el permiso por paternidad como figura diferenciada del de maternidad y, también, del parental, configurándose aquél como un derecho exclusivo del padre a ausentarse con mantenimiento de sus derechos, incluida la retribución, con motivo del nacimiento del hijo. Más tarde, con la Directiva 2002/73/CE² —codificada por la Directiva 2006/54/CE—, se concretarían los perfiles básicos de esta figura³: carácter potestativo de su reconocimiento por los Estados miembros; configuración como derecho específico, exclusivo del padre, distinto del permiso por maternidad y del parental; establecimiento de garantías específicas para la eficacia del permiso por paternidad, similares a las del de maternidad... No se prevé expresamente el mecanismo concreto de salvaguarda de la capacidad económica del trabajador beneficiario (mantenimiento del

¹ DOCE 31-7-2000.

² Codificada, después, por la Directiva 2006/54/CE.

³ Acerca de este proceso, *vid.* más ampliamente, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTES, P.: «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 300, 2008, pp. 69-110.

derecho a la retribución o renta de sustitución por parte de los sistemas públicos de protección social). Tampoco queda totalmente definido el hecho causante del permiso pues, aunque parece referirse a la paternidad biológica o derivada de la situación de parto, nada obsta a que los Estados miembros recojan, asimismo, la paternidad adoptiva, pues el Derecho europeo aúna, bajo una misma rúbrica, precepto (art. 16 de la Directiva 2006/54/CEE, «*permiso de paternidad y adopción*») y directrices básicas ambas instituciones, que pueden quedar reconducidas a una sola en lo que al cuidado del hijo/a (biológico o adoptivo) por parte del padre trabajador se refiere.

La recepción de tales previsiones por el Derecho español comenzaría, precisamente, en el ámbito de la Administración General del Estado (en lo sucesivo, AGE), a través del *Plan Concilia*. Como la propia *Memoria* del mismo señalara, «*En su condición de mayor empresa del país, la Administración Pública no puede quedar al margen de los asuntos que más preocupan y afectan a los trabajadores. Entre éstas tienen un lugar destacado las crecientes dificultades existentes para conciliar el trabajo con el desarrollo de una vida personal plena y satisfactoria. En este sentido, (...) la vocación de la Administración Pública de ser una auténtica fábrica de derechos y oportunidades, y (...) convertirse en un motor que impulse un cambio global en el resto de la sociedad.*» Así, el Plan reconocería al personal —funcionario y laboral— al servicio de la AGE, de un permiso de paternidad de diez días de duración, por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo. Se superaba, así, la restrictiva consideración previa del permiso de dos días por nacimiento de hijo, previsto hasta entonces, respectivamente, por los artículos 30.1.a) de la Ley 30/1984 y 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores —en lo sucesivo, ET—.

Posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres —desde ahora, LOI— vendría a incidir de manera decidida en la implantación, con pretensión de generalidad, de las previsiones comunitarias. Así, y por lo que se refiere a la institución objeto del presente análisis, como señala la propia EM de la LOI: «*La medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el permiso de paternidad*»; y ello, tanto en el ámbito de las relaciones laborales privadas (art. 44.3, DA undécima. Once) como en el del empleo público en el seno de la AGE, para el que se prevé una regulación «*en sentido análogo a lo previsto para las relaciones de trabajo en el sector privado*» (arts. 51.b y 56).

Y es que, como gráficamente describe D E SANDE PÉREZ-BEDMAR⁴, los nuevos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral han

⁴ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: «El Estatuto Básico del Empleado Público: Comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2007.

irrumplido en el ámbito de la normativa reguladora del empleo público «en tres oleadas seguidas y separadas entre sí por breves intervalos de tiempo»: el Plan Concilia; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (en lo sucesivo, LOI); la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP).

En esta sucesión normativa, no excluyente, sino integradora, se aprecia una clara progresión cuantitativa y cualitativa, en el contenido y alcance de los derechos de conciliación. Progresión que, además y como *iter*, debe ser apreciada tanto en lo que se refiere al ámbito estricto del empleo público, cuanto en comparación con las previsiones en tal sentido establecidas para el ámbito de las relaciones laborales privadas (esto último, sobre todo, por lo que hace a la génesis misma de la institución jurídica —tal y como ha quedado configurada en la actualidad— que va a analizarse en este trabajo, y que emerge como tal, configurada como mecanismo de conciliación de la vida laboral y familiar, precisamente, a partir del Plan Concilia). El EBEP adecua a la LOI, actualizándolo, el régimen jurídico del permiso por paternidad establecido en el Plan Concilia, y unifica —por lo que hace al empleo público— el tratamiento que a dicho permiso y a otras medidas de conciliación dispensa la norma orgánica⁵, tanto en el ámbito laboral como en el funcionarial (arts. 49 y 51, respectivamente). Por último, el EBEP se erige, por su alcance y extensión, en norma codificadora —siquiera en un sentido *marco*—, de todo aquello que, en su régimen jurídico, resulta común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio.

II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA AUSENCIA POR PATERNIDAD: SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS *VERSUS* PERMISO RETRIBUIDO

Por lo que se refiere al personal funcionario incluido en su ámbito de aplicación⁶, el artículo 49.c) del EBEP prevé el derecho a un «*Permiso* de paternidad» por el nacimiento, acogimiento o adopción de un

⁵ Como indica la misma EM del EBEP, «El Estatuto actualiza ese catálogo de derechos (...) incorporando a los más tradicionales otros de reciente reconocimiento, como los relativos a (...) la conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

⁶ Sin perjuicio de las precisiones contenidas en los artículos 3 a 5, ambos inclusive, se refiere el artículo 2 del EBEP a: la AGE; las Administraciones de las CC.AA. y de las Ciudades de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las Entidades Locales; los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas; las Universidades Públicas.

hijo, con una duración de quince días ⁷, a contar 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 ⁸.

De otra parte, y por lo que hace al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, ha de tenerse en cuenta con carácter previo que, conforme al artículo 7 del EBEP, se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del propio EBEP, cuando así lo dispongan. Tal sucede con el artículo 51 EBEP, de acuerdo con el cual, «*Para el régimen de jornada de trabajo, permisos (y, por consiguiente, el denominado «permiso por paternidad») y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente*». De esta manera, y en lo relativo a la paternidad y la dispensa del trabajo derivada de la misma, el régimen jurídico aplicable vendrá dado por lo dispuesto en el artículo 49.c) EBEP a propósito del denominado «*permiso por paternidad*» del personal funcionario, por los artículos 37.3.b y 48 *bis* del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores —desde ahora, ET— (que regulan, respectivamente, el denominado «*permiso por nacimiento de hijo*» y la «*suspensión del contrato de trabajo por paternidad*») y, en su caso, las mejoras que al respecto puedan establecerse por convenio colectivo (en este sentido, y por lo que hace a la AGE, ha de tenerse en cuenta lo establecido por los artículos 45.3, 47.b) y 50 del II Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado ⁹ —en adelante, CCU—, en aquello que pueda suponer una mejora respecto a las condiciones mínimas legales).

La intención unificadora del artículo 51 EBEP, en principio inocua (por encerrar, en mi opinión, un propósito teleológico, que no técnico-jurídico) provoca un confusionismo que, como se verá posteriormente, ya ha requerido de alguna intervención «neutralizadora» no exenta, a su vez, de equívocos razonamientos.

Veamos. Como es dable recordar, el artículo 37 ET regula los denominados «permisos» del trabajador, caracterizados por implicar la

⁷ En la medida que el propio EBEP reconoce en el primer párrafo de su artículo 49 el carácter *mínimo* del régimen jurídico establecido para los permisos en él regulados (y, por consiguiente, para el de paternidad), tales condiciones mínimas pueden ser perfectamente superadas por lo dispuesto, entre otras, por las normas reguladoras de la función pública de las Comunidades Autónomas. En este sentido ha de contemplarse la más amplia duración (cuatro semanas) reconocida al permiso por la Llei 8/2006, de 5 de juliol, de mesures de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del personal al servei de les Administracions públiques de Catalunya (DOGC 4675, de 13-07-06) (art. 13).

⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, el artículo 30.1.a) de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, modificado por la LOI.

⁹ Resolución de 10 de octubre de 2006, de la Dirección General de Trabajo (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2006).

ausencia temporal de éste del puesto de trabajo, motivada por ciertas causas legalmente tasadas, y que obedece a la exigencia de atender transitoriamente ciertas necesidades personales y perentorias del trabajador —derivadas, ya de meras circunstancias personales de éste, ya de obligaciones de carácter administrativo—; tal ausencia recibe una especial consideración por parte del legislador, quien no sólo admite su conformidad a Derecho, impidiendo su consideración como incumplimiento contractual sancionable por el empleador, sino que, además, rompe la sinalagmaticidad inherente a la relación laboral al mantener en tal caso la obligación empresarial de retribuir al trabajador, a pesar de no existir prestación laboral realizada. El permiso queda, pues, caracterizado como un derecho del trabajador y como un gravamen indisponible para el empresario, quien no queda facultado para impedir su ejercicio, si bien tiene derecho a conocer con la suficiente antelación su uso por parte del trabajador.

Con independencia del específico bien jurídico protegido en cada uno de los supuestos contemplados por el artículo 37 ET, resulta evidente que, común a todos ellos, subyacen los más generales de protección de la estabilidad del trabajador en el empleo y de su misma capacidad económica (al tratarse de interrupciones breves y transitorias de la actividad laboral debidas a circunstancias personales ante cuya entidad debe ceder, no ya el poder disciplinario empresarial, sino, incluso, la propia dinámica sinalagmática del contrato, impidiendo al empleador liberarse de su obligación básica de retribución a pesar de la falta de contraprestación —prestación de servicios— por parte del trabajador). Y tal cabe predicar, precisamente, del *permiso por nacimiento de hijo* contemplado en el apartado 3.b) del artículo 37 ET.

Se trata de un permiso destinado a salvaguardar, como bien jurídico protegido, las relaciones familiares del trabajador, más allá de la protección del cuidado de los hijos (a la que se dedican otros preceptos estatutarios, en los que se reconocen otros derechos ordenados a posibilitar la compatibilidad entre el trabajo y las responsabilidades familiares); aquí, al hablar del «permiso por nacimiento de hijo», la finalidad es reconocer al trabajador *el derecho a ausentarse ocasionalmente* —el cuidado de hijos exige una continuidad difícilmente inscribible en la circunstancialidad inherente a los permisos regulados por el art. 37.3 ET— *con motivo de un acontecimiento familiar, grato y especial*. El permiso así previsto tiene una duración de dos días, que pueden verse ampliados hasta cuatro si el trabajador precisa desplazarse con tal motivo (tales duraciones han de interpretarse como mínimos mejorables por vía de acuerdo individual o colectivo). Nos hallamos aquí ante un derecho que, de acuerdo con la literalidad —aún presente— del artículo 37.3.b) ET, se concibió como respuesta al nacimiento biológico de hijo/a y para el trabajador varón («padre» del recién nacido). Sin embargo, las nuevas exigencias deriva-

das de la filiación adoptiva y del acogimiento, así como las nuevas realidades familiares generadas por la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo y, como consecuencia de ello, la previsión neutra (desde el punto de vista de género) que por lo que se refiere a la suspensión del contrato por paternidad instituye el ET a raíz de la LOI (padre u otro progenitor), obligan a una interpretación asimismo amplia y exenta de condicionantes de género por lo que respecta al permiso regulado en el artículo 37.3.b) ET.

Junto al disfrute de este permiso, el ET reconoce al personal laboral (art. 48. *bis* ET, introducido por la LOI) el derecho a la *suspensión de su contrato de trabajo por paternidad*, con una duración de trece días —inicialmente fijada, sin perjuicio de su posterior y prevista ampliación normativa hasta un total de cuatro semanas—. A diferencia de los permisos *ex* artículo 37 ET, y como ha señalado la doctrina científica ¹⁰, la *suspensión del contrato laboral* queda caracterizada como una *situación anormal* por la que el mismo atraviesa, cuya particularidad básica radica en la *interrupción temporal* de la *ejecución de sus prestaciones fundamentales* (en el caso del contrato de trabajo, interrupción provisional de la obligación de trabajar y, sinalagmáticamente, de la obligación de pagar la retribución correspondiente, motivada por una causa igualmente temporal), junto a la *continuidad o permanencia del vínculo jurídico*.

La paternidad, configurada por el ET como causa suspensiva del contrato de trabajo, provoca, como efecto esencial, la exoneración al/a trabajador/a de la obligación de trabajar; por ende, y de manera consecuente con la estructura sinalagmática del contrato de trabajo, se produce un efecto que pudiéramos denominar «secundario» o reflejo: la exoneración al empresario de la obligación de retribuir al trabajador (en buena lógica, por la falta de realización del trabajo); todo ello sin perjuicio del mantenimiento con vida —durante todo el periodo suspensivo— del vínculo contractual, efecto que (a pesar de la inexistencia de las obligaciones que integran el contenido básico de la relación jurídico-laboral) se logra con un claro propósito tuitivo del trabajador/a y su estabilidad en el empleo, mediante la traslación al empresario de ciertos riesgos ¹¹. Dicha subsistencia provoca el mantenimiento de ciertas obligaciones y derechos (algunos de ellos —a tenor del art. 4.1 ET—, aunque también básicos, no afectados por la suspensión), así como la emergencia de otros nuevos, derivados, precisamente, de la propia suspensión; efectos que, como tiene señalado la doctrina ¹²,

¹⁰ VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1965, pp. 25 a 27.

¹¹ *Ibidem*.

¹² De esta manera, RIVAS VALLEJO, M.^a P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, p. 149.

pueden ser comunes a todas las causas suspensivas, o bien privativos de alguna de ellas (y, en lo que afecta al presente trabajo, propios de la suspensión por paternidad derivada de parto, adopción o acogimiento).

La *suspensión por paternidad* queda configurada como un nuevo derecho subjetivo del padre o del otro progenitor (o progenitora) ejercitable con ocasión del nacimiento de un hijo biológico, el acogimiento o la adopción de un menor. Se trata de un derecho adicional e independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso concedidos *ex* artículo 48.4 ET en caso de maternidad biológica, adopción o acogimiento —así lo confirma, a su vez, el art. 49.c) del EBEP—. La duración de la suspensión es de trece días ininterrumpidos, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo en caso de parto, acogimiento o adopción múltiples. La suspensión podrá disfrutarse en coincidencia temporal con los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, o bien una vez finalizados éstos. El reconocimiento de esta nueva causa suspensiva supone la posibilidad de ampliación *de facto* del periodo de tiempo del que dispone la familia para atender las necesidades generadas por la llegada de un nuevo hijo. Y ello, con la intención, una vez más, de promover que las responsabilidades generadas por tal motivo sean asumidas, al menos en alguna parte, por ambos progenitores, sin —necesariamente— mermar el tiempo de descanso que corresponda a la madre y dando al padre mayor protagonismo en el cuidado de los hijos que el que, hasta ahora, ha venido atribuyéndosele.

Podrá ser titular de este derecho no solamente el padre (biológico, adoptivo o acogedor) sino también el «otro progenitor». Se abre, así, la posibilidad de disfrute de este mecanismo conciliador a las *nuevas realidades familiares que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos*¹³.

En relación con la suspensión por paternidad, el legislador considera situaciones protegidas el nacimiento de hijo/a, adopción y acogimiento simple, permanente o preadoptivo [*vid.* arts. 48.*bis* ET y 49.c) EBEP].

Ambas normas estatutarias se refieren, en primer término, al **nacimiento de hijo**. Esta expresión parece referirse, concretamente, al nacimiento de hijo *vivo* —al menos, en principio— que origina el desarrollo de los vínculos relacionales —en este caso— paterno-filiales. Sin embargo, desde una interpretación sistemática (en atención a las situaciones protegidas por la suspensión/permiso por maternidad) y teleológica (la finalidad de la suspensión por paternidad descansa sobre la

¹³ Enmienda 483 presentada por el Grupo Socialista en el Congreso, aprobada y que daría nueva redacción al artículo 48.4 ET.

corresponsabilidad familiar y la conciliación de la vida personal y laboral de trabajadores y trabajadoras) ha de entenderse que la suspensión procede, asimismo, para posibilitar la necesaria participación del padre u otro progenitor en el cuidado del hijo, pero también para propiciar el cuidado de la mujer puerpera —o que ha visto interrumpida su gestación ya madura— que, con mejor o peor fortuna para el producto de la gestación, ha de —igualmente— reponerse de las consecuencias físicas y psicológicas del proceso biológico generativo. En lo que atañe a *la adopción y el acogimiento familiar*, recordar que ambas situaciones deberán ir referidas a menores de edad.

La suspensión por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empleador y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

La consecución de la igualdad de trato entre hombres y mujeres precisa del mantenimiento de las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores y trabajadoras que ejercitan sus responsabilidades familiares; o, dicho de otro modo, la igualdad de oportunidades se sustenta en la prohibición de discriminación por el ejercicio de dichas responsabilidades. El reconocimiento de un derecho de conciliación, como el de paternidad aquí estudiado, de carácter voluntario, de nada serviría si no lleva aparejados mecanismos de garantía que eviten los perjuicios derivados de su disfrute¹⁴. En este sentido, la previsión contenida en el último párrafo del artículo 48.4 ET [y en el mismo sentido, el último párrafo del art. 49.c) EBEP] supone un expreso reconocimiento de que el disfrute del permiso por paternidad no puede suponer un trato desfavorable para los trabajadores en lo relativo a sus condiciones de trabajo, incluida la retribución, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos (antigüedad, promoción...), pérdida de retribución (aumento salarial, acceso a un grado retributivo superior, obtención de una gratificación, etc.); de manera que los trabajadores/as obtendrán durante el disfrute del permiso por paternidad, y no sólo en relación con la acumula-

¹⁴ En un estudio de opinión que está finalizándose en el momento presente, realizado de forma simultánea a la aprobación de la Ley de Igualdad en la Comunidad de Madrid por la empresa SIGMA DOS; encargado por Dirección General de la Mujer de la Consejería de Empleo y Mujer de la CAM y dirigido por los profesores R. AMÍREZ SOBRINO, J. N.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., en el que sobre una muestra de ochocientas entrevistas personales, a padres y madres residentes en la Comunidad de Madrid con hijos (biológicos) menores de ocho años o menores de doce (si fueran adoptivos), se revelaron datos interesantes. Los resultados obtenidos pusieron de manifiesto que el 91,7 por 100 de los encuestados se mostraban de acuerdo o muy de acuerdo con la idea de que la principal razón para que los trabajadores no hagan uso de la suspensión por paternidad es el temor al reproche de la empresa. Asimismo, el 82,8 por 100 se mostraba de acuerdo con la afirmación de que el carácter voluntario de la suspensión por paternidad servirá como argumento disuasorio a su disfrute por los trabajadores.

ción del tiempo de trabajo, similares beneficios a los que tendrían de encontrarse en activo. En efecto, y por lo que se refiere al efecto acumulativo del tiempo de suspensión, recuérdese la expresa previsión contenida en el artículo 57 de la LOI, que, bajo la rúbrica *Conciliación y provisión de puestos de trabajo*, preceptúa que en las bases de los concursos que se desarrollen a tales efectos, se computará, por lo que se refiere a la valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido disfrutando de los permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y, entre ellos, la paternidad. Por lo que hace al disfrute de las ventajas a que habría lugar de hallarse en activo la persona beneficiaria de la suspensión por paternidad, ha de traerse aquí a colación la exigencia establecida por el artículo 50 del CCU, acerca de que los trabajadores podrán recibir y participar en cursos de formación durante los permisos de maternidad, paternidad, así como durante las excedencias por motivos familiares (tal previsión, no obstante, desaparece en el texto del EBEP).

Respecto al mantenimiento del derecho al disfrute de las vacaciones (en caso de coincidencia temporal con la suspensión por paternidad), aunque para el ámbito de las relaciones laborales privadas no se contempla previsión alguna al respecto, la LOI sí tendría en cuenta de modo expreso esta posibilidad para los empleados públicos, reconociendo su derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta cuando coincidan con el disfrute del periodo suspensivo por paternidad, aunque haya terminado el año natural al que correspondan¹⁵. De otra parte, y por lo que hace a la posibilidad expresa de *acumulación* de las vacaciones al disfrute de la suspensión por paternidad, dicha posibilidad venía ya contemplada para el personal laboral de la AGE tanto en el Plan Concilia, como en el artículo 45.3 del CCU.

Además, y respecto a la igualdad de las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de quienes disfrutan de la suspensión por paternidad, la Disposición Adicional decimoctava. Dos del ET protege la integridad en la cuantía de la indemnización por despido de quienes antes de ser despedidos hubieran disfrutado de la suspensión por paternidad a tiempo parcial, con la consiguiente reducción de su salario: se establece que, a estos efectos, sea tomado en consideración el salario anterior a la reducción de la jornada.

Finalmente, téngase en cuenta que, conforme al artículo 55.5 (letras a y c) del ET, será nulo el despido de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro

¹⁵ Artículo 59 de la LOI.

de dicho periodo y el que, acaecido después de haberse reintegrado los trabajadores al trabajo al finalizar la suspensión por paternidad, tuviera lugar sin que hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. (Todo ello, obviamente, a salvo de que se declare la procedencia del despido por motivos ajenos al disfrute de la suspensión por paternidad.)

III. PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LA AUSENCIA POR PATERNIDAD: MANTENIMIENTO DE LA RETRIBUCIÓN *VERSUS* PRESTACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consecuentemente con su configuración como permiso retribuido, el permiso por paternidad regulado por el artículo 49.c) EBEP —considerado expresamente por la norma como situación de *«servicio efectivo a todos los efectos»*— da derecho al funcionario beneficiario, a la *percepción de las retribuciones correspondientes*, cuantificadas —además—, de modo *pleno* [lo que hace pensar en la percepción íntegra tanto de las retribuciones básicas, como de las complementarias, a salvo, entiendo, las correspondientes a servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo, que por su propia naturaleza no pueden ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo [art. 23.3.d) Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública e, incluso, de las diferidas] y en todo caso (pues el disfrute del permiso no queda condicionado, en momento alguno, al cumplimiento de ningún requisito —antigüedad mínima u otros—. Sin embargo, el esquema descrito sólo es válido para los funcionarios incluidos en el ámbito del mutualismo administrativo (actualmente, funcionarios civiles de la AGE), pues ni la paternidad —ni la maternidad— tienen repercusión en las prestaciones económicas de la Mutualidad General; es más, el artículo 18.2 del Real Decreto-Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado señala de modo expreso que *«los permisos o licencias (...) establecidos en el apartado 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, no tendrán la consideración de incapacidad temporal»* (contingencia sí protegida por MUFACE).

Y es que, otros funcionarios civiles (de las Administraciones Autonómicas, Locales, Justicia, etc.) quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General del Sistema de Seguridad Social y, por ende, protegidos por su alcance prestacional en los términos y condiciones establecidos para cada contingencia. En este sentido, tales funcionarios comparten con el personal laboral al servicio de las Administraciones

Públicas la cobertura económica de la ausencia por paternidad a través de las rentas de sustitución previstas por el sistema público de Seguridad Social, mediante su acceso a la denominada «*prestación económica por paternidad*», regulada en los artículos 133 *octies*, 133 *nonies* y 133 *decies* del TRLGSS. Concretamente, como prevé el propio artículo 133 *octies*, al referirse a la «*situaciones protegidas*» hace referencia:

- al «*periodo de suspensión*» por paternidad (*ex* art. 48. *bis* ET);
- al «*periodo de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública*».

A efectos de la prestación por paternidad, el TRLGSS considera *situación protegida* el periodo de suspensión del contrato de trabajo del trabajador, o el permiso retribuido del funcionario, derivado de las siguientes circunstancias: nacimiento de hijo, adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, incluso provisional. El hecho causante de la prestación aparece, así, configurado de manera simétrica al de la prestación por maternidad.

La condición de beneficiario: de acuerdo con el nuevo artículo 133 *nonies* TRLGSS, serán beneficiarios del subsidio por paternidad los funcionarios (no MUFACE) y los trabajadores por cuenta ajena (con inclusión de los contratados para la formación ¹⁶) que disfruten de la suspensión homónima, y que, en una interpretación integradora de los nuevos artículos 133 *octies* TRLGSS y 48 *bis* ET, serán quienes tengan la condición de *padre* u *otro progenitor*, con el alcance visto para dichos términos en los comentarios realizados *supra*. Además de hallarse disfrutando del periodo suspensivo regulado en el artículo 48 *bis* ET, o del permiso establecido en el artículo 30.1.a) de la Ley 30/1984, de Medidas de reforma de la Función Pública, quienes aspiren a recibir la protección económica del sistema de Seguridad Social por paternidad deben cumplir otros requisitos: estar afiliado/a y en alta, o situación asimilada y acreditar un periodo mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha (amén de otras condiciones que reglamentariamente se determinen).

Como establece el artículo 133 *decies*, la *prestación económica* por paternidad consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida por el artículo 133 *quater* para la prestación por maternidad:

¹⁶ A quienes, conforme a la nueva redacción de la Disposición Adicional sexta TRLGSS —*ex* DA decimoctava. Dieciocho LOI— se extiende, ahora, la protección por paternidad.

un subsidio equivalente al 100 por 100 ¹⁷ de la base reguladora de Incapacidad Temporal por contingencias comunes correspondiente a la trabajadora/trabajador beneficiarios (con carácter general, la base de cotización correspondiente a la mensualidad inmediatamente anterior a la baja, y que no se verá alterada por ninguna eventual modificación salarial —excepto las pactadas en convenio colectivo, cuyos efectos se retrotraigan a una fecha anterior a la producción del hecho causante de la situación de paternidad—). No obstante, y para el supuesto particular de trabajadoras/es con relaciones de trabajo a tiempo parcial, prevé la Disposición Adicional séptima TRLGSS [en la nueva redacción dada a la letra a) de la regla tercera de su apartado 1 por la Disposición Adicional decimoctava. Diecinueve.2 LOI] establece —de idéntico modo que para el acceso a la prestación por maternidad— que la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. Para las prestaciones por maternidad y por paternidad, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365.

En tanto el artículo 48 *bis* ET prevé la posibilidad de disfrute de la suspensión por paternidad (y, por ende, de la prestación económica correspondiente) bajo la modalidad de *a tiempo parcial*, si bien no indeterminada, sino *con un mínimo del 50 por 100*, es obvio que el recurso a esta modalidad de disfrute va a tener repercusiones inmediatas en orden a la cuantía de la prestación económica a percibir: en efecto, en estos casos, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción experimentada en la jornada laboral desarrollada.

Como se ha señalado, existe una absoluta vinculación entre la «sustantividad» de los periodos de inactividad profesional habilitados para las personas beneficiarias y la «adjetividad» de la protección económica dispensada, en tales casos, por el sistema de Seguridad Social, con la finalidad de proveer a los/as trabajadores/as de unas rentas de sustitución que eviten el quebranto económico derivado del cese temporal en su trabajo. En el caso de la protección económica por paternidad, tal vinculación o correspondencia también existe, extendiéndose el derecho a la prestación durante todo el periodo suspensivo (trece días ininterrumpidos, más dos días adicionales por cada hijo a partir del segundo en los

¹⁷ La cuantía del 100 por 100 resultaba forzosa, tanto desde una perspectiva de igualdad real y efectiva, como atendiendo al propósito corresponsabilizador de ambos progenitores perseguido por la LOI. Como la doctrina científica ha considerado respecto de la prestación por maternidad [GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1997): *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 148], tal cuantía favorece la estabilidad en el empleo de los trabajadores/as beneficiarios/as, así como el mantenimiento de su capacidad económica, al constituirse un verdadero *salario maternal/paternal*, cuantitativamente muy similar al salario habitual que la trabajadora (o trabajador) vinieran percibiendo.

supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples)¹⁸ o durante todo el periodo de permiso (quince días) en el caso de funcionarios.

IV. CLAROS, OSCUROS, ZONAS GRISES Y CONSIDERACIONES FINALES

Del contraste entre las previsiones establecidas por el artículo 49.c) del EBEP y el artículo 48. *bis* del ET pueden desprenderse, ya *a priori*, no pocos rasgos de identidad entre el régimen jurídico-laboral de la ausencia por paternidad y su consideración por el EBEP; y ello, al menos, en lo que se refiere a cinco concretas cuestiones:

a) la *titularidad* del *permiso* por paternidad: corresponde al padre funcionario o al «otro progenitor» funcionario/a, con lo que ello conlleva, y a lo que ya se ha aludido *supra*;

b) las *situaciones protegidas* (nacimiento de hijo, acogimiento o adopción);

c) la *duración de la ausencia* como medida de conciliación (quince días, para el *permiso* funcional y 2 + 13 (15) para el «acumulado» permiso + suspensión del personal laboral);

d) la *independencia del disfrute de esta medida por paternidad respecto del disfrute compartido de los permisos por parto y por adopción o acogimiento* (de modo análogo a lo que sucede con el disfrute de la suspensión por paternidad y la correspondiente, en su caso, por compartir ambos progenitores la de maternidad). También aquí se prevé expresamente (Disposición Transitoria sexta EBEP) la *ampliación progresiva del permiso de paternidad* por parte de las Administraciones Públicas, hasta alcanzar las cuatro semanas de duración a los seis años de entrada en vigor del EBEP (de manera consecuente con lo previsto por la Disposición Transitoria novena de la LOI tanto para el ámbito de las relaciones laborales *strictu sensu*, como para el ámbito de la función pública);

e) la *garantía de no perjuicio* a la persona beneficiaria a causa del disfrute de su derecho: en este sentido, se prevé que:

- el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de *servicio efectivo a todos los efectos*;

¹⁸ Recuérdese, en cualquier caso, que de acuerdo con la Disposición Transitoria novena LOI, el Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad hasta alcanzar, a los ocho años de la entrada en vigor de la ley, una duración final de cuatro semanas.

- *se computará el periodo de permiso por paternidad para calcular el tiempo que dé lugar a percibir algún concepto retributivo;*
- al concluir el disfrute del permiso, los funcionarios tendrán derecho a *beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.*

Si notables son las coincidencias entre ambos escenarios (funcionario y laboral) por lo que afecta al tratamiento de la ausencia por paternidad, palmarias son, asimismo, las diferencias que los separan y que separan, incluso, a los mismos funcionarios públicos, en función de la Administración para la que prestan servicios. Tales diferencias, lejos de traducirse en meros efectos de orden técnico o formal, dan en provocar verdaderos equívocos, cuando no injustificadas desigualdades, en el trato que el personal al servicio de las Administraciones Públicas puede recibir en esta delicada situación.

Notoria resulta una de ellas, suscitada de modo precoz, y resuelta con presteza (si bien con una cuestionable —por atropellada y confusa— fundamentación jurídica), por la Dirección General de la Función Pública que, mediante el Acuerdo de la Comisión Superior de Personal, de fecha 20/04/2007, sale al paso, rechazándolo, del hipotético —y fundamentado en la discutible remisión del art. 51 EBEP— disfrute acumulado de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad y del permiso por paternidad del artículo 49.c) EBEP, en el caso del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Por lo que hace a las **desigualdades injustificadas**, se apuntarán, aquí, las principales:

■ Mientras en el ámbito del personal laboral el derecho se configura como *una sucesión o concatenación de mecanismos (permiso retribuido —dos días— + suspensión del contrato de trabajo —trece días—)* en el caso del personal funcionario nos hallamos ante *un único permiso retribuido de quince días de duración* (no cabría hablar de «suspensión» por paternidad pues en el ámbito de la función pública, la suspensión de funciones posee un significado disciplinario o cautelar.) Y el carácter retribuido de este *permiso* deriva, precisamente, del reconocimiento que hace el propio artículo 49 EBEP: *«el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos»*, garantizándose, como ya se ha indicado, *la plenitud de derechos económicos* de la persona funcionaria que ejerce el derecho al permiso. Y es que tal consideración de «servicio efectivo» debe interpretarse, a los efectos pretendidos por la norma, como «servicio activo» de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 del propio EBEP y, como señala el apartado 2 de dicho precepto, gozando *«de todos los derechos inherentes a su condición de funcionarios»* y,

entre ellos, el señalado en el artículo 14.d) estatutario («derecho a percibir las retribuciones»).

■ Por lo que se refiere a la duración misma de la ausencia por paternidad, en el supuesto en que la persona beneficiaria haya de desplazarse, mientras el artículo 37.3.b) ET prevé la ampliación del permiso hasta cuatro días (con lo que, sumado al periodo suspensivo, totalizaría diecisiete días), el artículo 30.a) de la Ley 30/1984 —modificado por el EBEP— no contempla posibilidad alguna de ampliación [cuando sí lo hace expresamente para otros permisos —art. 30.a) *bi*—].

Idéntica diferencia de trato se encuentra en el caso de ampliación del periodo suspensivo por paternidad múltiple, previsto por el artículo 48.*bis* ET, e ignorado por el artículo 49.c) EBEP.

■ Según el artículo 49.c) EBEP, se garantiza la *plenitud de derechos económicos del funcionario/a beneficiario/a*, durante todo el periodo de duración del permiso. Esto no sucede con el personal laboral: aunque el subsidio por paternidad se calcula sobre el 100 por 100 de la base reguladora de IT por contingencias comunes, siempre existe diferencia con las retribuciones íntegras habituales. [Tal acontece en el caso de la prestación por maternidad y, precisamente por ello, la negociación colectiva prevé, tradicionalmente, la *mejora de la prestación de la Seguridad Social* (y, así, el art. 42 del CCU)].

■ Por las mismas razones apuntadas en el punto anterior, la garantía de plenitud de derechos económicos *ex* artículo 49.c) EBEP se convierte, asimismo, en una quimera por lo que se refiere al personal funcionario incluido en el sistema de la Seguridad Social.

■ Finalmente, la protección económica del funcionario que ejercita este derecho de conciliación sólo queda garantizada, de modo absoluto, en el caso de los funcionarios incluidos en el ámbito del mutualismo administrativo porque, paradójicamente, al configurarse para ellos la ausencia como permiso retribuido, sin someter su disfrute a requisito alguno de antigüedad o servicios previos, se garantiza el disfrute universal del mecanismo de conciliación sin menoscabo de la capacidad económica. Sin embargo, en el caso del personal laboral y de los funcionarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el acceso al subsidio por paternidad queda condicionado al cumplimiento de los requisitos de cotización previa, que, de no satisfacerse, impedirán el acceso a la renta de sustitución durante el disfrute del permiso/suspensión —no retribuidos— por paternidad.

Otros efectos «perversos», aunque de proyección estrictamente técnico-jurídica y formal, se producen a causa de la expresa pretensión del legislador de disponer «una ley que aspira a ordenar el sistema de

empleo público en su conjunto»¹⁹, sin advertir las distorsiones y absurdos que, en la interpretación y aplicación de tal norma unificadora, van a derivar de ciertos condicionamientos preexistentes. Me explico. El artículo 49.c) EBEP, aplicable, según se ha dicho, a la práctica generalidad del personal funcionario de las distintas Administraciones Públicas, configura la ausencia por paternidad como un *permiso retribuido* (considerándolo como tiempo de «servicios efectivos» a todos los efectos y, entre ellos, la percepción de la retribución —que, además, queda protegida por la expresa *garantía de plenitud de los derechos económicos*—). Sin embargo, salvo en el caso de los funcionarios incluidos en MUFACE, la cobertura económica durante el permiso por paternidad no opera mediante el mantenimiento de la retribución, sino a través del subsidio por paternidad del sistema de la Seguridad Social. Así, el diseño *formal* de la norma parece más bien inspirado en la pervivencia —y limitaciones— del mutualismo administrativo, ignorando —insisto, en dicho diseño *formal*— la realidad de la inclusión del resto de funcionarios en el Régimen General de la Seguridad Social (para éstos —de seguirse la literalidad combinada de los arts. 49.c) EBEP y 133 *octies* TRLGSS, y sin la oportuna introducción de criterios interpretativos racionalizadores de orden lógico, teleológico y sistemático—, podría deducirse, incluso, el absurdo de entender posible la percepción simultánea de la retribución y del subsidio por paternidad).

Concluyo, siquiera por lo que afecta al escueto ámbito de reflexión al que se circunscribe el presente trabajo, conviniendo con D E SANDE PÉREZ BEDMAR²⁰ en que, con el EBEP, «*de nuevo se presenta ante nosotros un complejo entramado normativo del que parece no librarse nunca el empleo público*».

¹⁹ Cfr. E. M. del EBEP.

²⁰ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: «El Estatuto Básico del Empleado Público: Comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2007, p. 21.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Comentarios entorno a su efectividad

ANNA GINÈS I FABRELLAS

Becaria FPU del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Programa de Formación de Personal Universitario (FPU) - MEC
Universitat Pompeu Fabra de Barcelona

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO. 2.1. Conceptos de elaboración comunitaria. 2.2. Trasposición defectuosa de los conceptos de acoso sexual y por razón de sexo.—3. PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3.1. El Código de Conducta europeo como referencia. 3.2. Medidas preventivas frente al acoso sexual y por razón de sexo: declaración de principios, atribución de responsabilidades y medidas efectivas. 3.3. Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo. Comentarios al artículo 62 LOI. 3.4. Régimen disciplinario. 3.5. La prevención del acoso sexual y por razón de sexo en la legislación autonómica.—4. LA PREVENCIÓN EN EL EMPLEO PRIVADO. 4.1. Medidas específicas de prevención del acoso sexual y por razón de sexo. 4.2. ¿Grandes diferencias o redactados desiguales? Comparativa de los artículos 48 y 62 de la Ley de Igualdad.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 13 de mayo de 2007 entró en vigor el Estatuto Básico del Empleado Público¹ (en adelante EBEP o Estatuto). El objetivo con el que nace este Estatuto, tal y como se establece en su exposición de motivos, es el de «establecer los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público». La aprobación de este Estatuto supone un paso hacia delante para el proceso de reforma y modernización del empleo público español. También en materia de derechos y deberes, el EBEP supone un gran logro. El título III conforma un verdadero catálogo de derechos y deberes de los empleados públicos. A lo largo de los capítulos I a V, se reconocen numerosos derechos: derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, derechos retributivos, derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional, derecho de reunión y el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones. En materia de deberes, la propia Exposición de Motivos de la ley afirma que *«Por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta»*. Así es. El EBEP dedica íntegramente el capítulo VI del Título III al desarrollo de los deberes de los empleados públicos. Especialmente novedoso resulta la creación de un código de conducta de los empleados públicos. Este código de conducta está configurado por principios éticos y de conducta que deben inspirar y determinar la conducta de los empleados públicos. Lo que resulta especialmente moderno es que no se configura como un simple código de buenas prácticas, sino que el legislador lo dota de una clara y directa eficacia jurídica ya que, tal y como establece el artículo 52 EBEP, los principios en él contenidos «informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos».

¹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 13-4-2007).

Dentro de este catálogo de derechos se reconocen dos derechos relacionados con el objeto de la presente comunicación. En primer lugar, el EBEP reconoce a los empleados públicos el 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. En segundo lugar, se reconoce el derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Cabe decir que el derecho a la no discriminación por razón de sexo es importante en el contexto de este estudio; esto es como consecuencia de la estrecha relación existente entre discriminación por razón de sexo y acoso sexual y por razón de sexo ². Consciente de la importancia y trascendencia de la materia, el legislador atribuye efectividad a estos dos derechos estableciendo como faltas muy graves cualquier conducta que vulnere estos derechos [art. 95.2.b) EBEP].

Sin embargo, en materia de igualdad entre mujeres y hombres hay que tener siempre presente la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres ³ (en adelante LOI o Ley de Igualdad). El Título I de la LOI, bajo la rúbrica «El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación», es de aplicación directa a todo el ordenamiento jurídico español. Es decir, las disposiciones en él contenidas son aplicables tanto al empleo público como al empleo privado. En relación con la Administración pública, el Título V regula el principio de igualdad en el empleo público. Consciente de la reciente aprobación de la Ley de Igualdad, el EBEP no desarrolla los principios y medidas en materia de igualdad entre mujeres y hombres de una forma muy detallada. Como ha afirmado la doctrina ⁴, el EBEP quiere que en el ámbito del empleo público sean de aplicación los principios, derechos y obligaciones recogidos en la LOI. En consecuencia, al plantearse el objetivo de estudiar empleo público e igualdad o, más concretamente, el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de la Administración Pública,

² La STC de 13 de diciembre de 1999 afirma que «...el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 CE), presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre». En el mismo sentido define la LOI el acoso sexual y por razón de sexo; en su artículo 7.3 expresamente establece que: «Se considerará en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo».

³ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23-3-2007).

⁴ DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, y MARÍN ALONSO, I.: «La Ley Orgánica de Igualdad y el Estatuto Básico del Empleado Público ante el trabajo femenino en la Función Pública», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 163, 2007, pp. 861-896.

resulta fundamental establecer una estrecha relación entre el EBEP y la Ley de Igualdad.

Es en el marco del EBEP y la LOI en el que se elabora esta comunicación y se presenta al XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Bajo el título «La prevención del acoso sexual y por razón de sexo en la Administración Pública», se vincula la comunicación a la ponencia *Derechos y deberes de los empleados públicos. La carrera profesional, las condiciones de empleo y el régimen disciplinario. Códigos de conducta*. La comunicación se enmarca en el artículo 14 del EBEP en su relación con el artículo 51 y 62 de la LOI. El objetivo de este estudio es el análisis de las previsiones existentes en el EBEP, y desarrolladas en la LOI, en materia de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de las Administraciones Públicas. Esto es, se aborda el comentario de los artículos 51 y 62 de la LOI en relación con el derecho de los empleados públicos a no ser acosados sexualmente o por razón de sexo. La finalidad es determinar si dicho derecho de los empleados públicos queda garantizado con el sistema de prevención del acoso sexual y por razón de sexo que prevé la LOI. Así mismo, y para redondear el análisis, se analizarán las diferencias existentes entre el contenido del artículo 62 y el artículo 48 del mismo cuerpo legal, en materia de prevención de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas privadas.

2. CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

Se inicia esta comunicación haciendo referencia a las definiciones de los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo. A tal efecto, es especialmente conveniente utilizar las distintas Directivas comunitarias sobre la materia, ya que éstas han influenciado el ordenamiento jurídico español.

2.1. Conceptos de elaboración comunitaria

Es sabido que en materia de igualdad entre mujeres y hombres existen dos Directivas comunitarias de referencia: la Directiva 2002/73/CE⁵ y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, que aplica el principio de

⁵ Directiva de 23 de septiembre de 2002 (LECur/2002/2562), que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En ambas se definen los conceptos de acoso por razón de sexo y acoso sexual ⁶. El acoso por razón de sexo es «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.» Mientras que el acoso sexual es definido como «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

2.1. Trasposición defectuosa de los conceptos de acoso sexual y por razón de sexo

La Directiva 2002/73/CE atribuye, en su preámbulo, a los estados miembros el papel de adoptar medidas contra todas las formas de discriminación por razón de sexo, y concretamente en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito de las relaciones de trabajo. Es en este contexto en el que se elabora, aunque años en retraso, la LOI. Aunque la LOI traspone al ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE, las definiciones de los conceptos de acoso sexual y por razón de sexo no coinciden. El artículo 7 de la Ley de Igualdad omite el carácter «no deseado» del comportamiento acosador, así como los adjetivos «hostil» y «humillante» en la caracterización del entorno laboral resultado de una situación de acoso sexista. Afortunadamente, la primera de las omisiones queda subsanada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Recuérdese la doctrina constitucional en esta materia, que se caracteriza por la objetivación del concepto de acoso sexual y por el carácter «no deseado» de la agresión ⁷.

3. PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 14.h) EBEP garantiza a los empleados públicos el «respeto de su derecho a la intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de

⁶ Artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE y artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE (artículo modificado por la Directiva 2002/73/CE).

⁷ Las posteriores sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 2001 (RTC 2001/136) y de 16 de abril de 2007 (RTC 2007/74) reiteran con este criterio.

sexo, moral y laboral». Asimismo, el apartado i) garantiza el derecho a «la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social». Desde mi punto de vista, estos derechos no han sido garantizados de forma gratuita. Como se analizará a lo largo de este tercer apartado, tanto el EBEP como la LOI, a través de su articulado y de las modificaciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, crean mecanismos para que dichos derechos sean efectivamente respetados.

A continuación se analizarán los distintos mecanismos que ponen en marcha ambas leyes para prevenir, en el ámbito de las Administraciones públicas, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. La finalidad de este análisis es el de determinar si estos mecanismos son eficaces y suficientes para garantizar el derecho de los empleados públicos a no sufrir acoso sexual y por razón de sexo. Para poder dar respuesta a esta pregunta, se utilizará como referencia el Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual ⁸ (en adelante, Código de conducta europeo o Código).

3.1. El Código de Conducta europeo como referencia

El código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual contiene definiciones y recomendaciones a los empresarios, sindicatos y trabajadores sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Su objetivo es el de proporcionar una orientación práctica a estos agentes sociales y fomentar la elaboración y la puesta en práctica de políticas que establezcan un entorno laboral libre de acoso sexual.

El Código califica el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como un «riesgo para la salud y la seguridad»; en este sentido, entiende que es obligación de los empresarios la de «tomar medidas para rehuir al mínimo este riesgo». Así, el objetivo de cualquier medida debe ser el de «garantizar que no se produzca el acoso sexual y, si ocurre, garantizar que se dispone de los procedimientos para tratar el problema y evitar que se repita». Lo interesante de este código es que se formulan recomendaciones concretas. En este sentido, dentro de las recomendaciones que efectúa a los empresarios, se puede distinguir entre recomendaciones preventivas y de procedimiento. Dentro de las recomendacio-

⁸ Recomendación 1992/131/CEE, de 27 de noviembre, de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre la protección y dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo. Anexo sobre protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo.

nes preventivas, el primer paso es la formulación de una declaración de principios donde se concreten todos los derechos de los trabajadores y se definan conceptos. En segundo lugar, el código recomienda la comunicación a todos los trabajadores de dicha declaración de principios. En tercer lugar se invita llevar a cabo políticas para que, tanto trabajadores como directores, tomen conciencia sobre sus responsabilidades en garantizar un entorno laboral digno y libre de acoso. En cuarto y último lugar, se recomienda la formación de los directores y supervisiones para identificar los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de acoso. En relación a las recomendaciones en materia de procedimiento, el Código de conducta europeo insta a la elaboración de procedimientos claros y precisos para tratar el acoso sexual. Según el Código un procedimiento eficaz y efectivo debería contener: medidas para la resolución del problema de modo informal, medidas para el asesoramiento y asistencia de la víctima, procedimiento de denuncia caracterizado por la seriedad, prontitud y confidencialidad, procedimientos de investigación y faltas contra la disciplina. Finalmente, el Código de conducta europeo establece que todas las políticas y procedimientos deberían apoyarse tras consultar o negociar con los sindicatos o con los representantes de los trabajadores.

Las distintas recomendaciones efectuadas por dicho Código de conducta pueden resumirse en las siguientes: declaración de principios, medidas preventivas (comunicación de la declaración de principios, formación y responsabilidad), procedimiento eficaz y régimen disciplinario ⁹. A continuación se analizarán los preceptos en materia de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de la Administración pública contenidos en la LOI y en EBEP para comprobar si dicha normativa ha seguido o no las recomendaciones de la Comisión Europea.

3.2. Medidas preventivas frente al acoso sexual y por razón de sexo

Como se ha comentado, el primer paso que establece el código de conducta europeo es la elaboración de una declaración de principios. En relación con este primer paso, considero que ambas legislaciones han logrado mostrar su preocupación y compromiso para resolver el problema existente de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito del empleo público. Tal y como se ha comentado anteriormente, el artículo 14 EBEP garantiza el derecho de los empleados públicos a no sufrir discriminación por razón de sexo y a no ser objeto de acoso sexual o por razón de sexo.

⁹ El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007, establece recomendaciones en esta misma dirección.

Una vez formulada la declaración de principios como primer paso para la prevención, es preciso establecer políticas concretas, que pueden concretarse en formación, información, etc. En relación con esta segunda fase, el EBEP contienen una referencia genérica para prevención contra posibles discriminaciones. El artículo 8 del EBEP¹⁰ obliga a las administraciones a elaborar medidas para prevenir cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres —dentro de éstas deberían integrarse medidas para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo¹¹—. Este mismo obliga a las Administraciones Públicas a «elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable».

Centrando el estudio más en materia de acoso sexual y por razón de sexo, la Ley de Igualdad contiene referencias generales en materia de prevención del acoso sexual y por razón de sexo en el empleo público. El artículo 51.e) LOI establece de forma taxativa que las Administraciones Públicas deberán establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Asimismo, hay que hacer referencia al código de conducta de las Administraciones públicas, mencionados anteriormente. Este código de conducta puede actuar como un mecanismo efectivo para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Como se apuntaba anteriormente, el código no es una mera referencia o guía moral, sino que fue elaborado con la finalidad de ser un marco compulsorio cuyo incumplimiento puede dar lugar a sanciones disciplinarias.

En materia de medidas preventivas es forzoso mencionar la LRPL que, de acuerdo con su artículo séptimo las Administraciones públicas tienen la «función de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y sancionarán las infracciones a dicha normativa». La Ley de Igualdad crea un nuevo apartado cuarto en el artículo 5 de la LPRL, que establece que «las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres (...) con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores». Asimismo en materia de medidas de prevención, es de aplicación aquello establecido en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 LPRL.

¹⁰ El artículo 63 de la Ley Orgánica de Igualdad contiene esta misma disposición con respecto a la Administración General del Estado y sus organismos dependientes.

¹¹ Hay que recordar que todo acoso sexual por razón de sexo constituye discriminación.

Analizados los anteriores preceptos, considero oportuno afirmar que ambas leyes han seguido las recomendaciones contenidas en el Código europeo: se efectúa una declaración de principios, se atribuye la responsabilidad de garantizar un entorno laboral libre de acoso y se obliga a la adopción de medidas. La Ley de Igualdad no se limita a atribuir a las Administraciones públicas la obligación de garantizar un entorno laboral exento de discriminaciones y de situaciones de acoso, sino que también les obliga a establecer «medidas efectivas de protección» frente a comportamientos de esta índole. Se requiere a las Administraciones que adopten medidas, políticas, estrategias, etc. para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo. Esto es, se exige una actitud activa por parte de la Administración pública en relación con esta cuestión.

3.3. Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo. Comentario al artículo 62 LOI

En el apartado anterior se han analizado las distintas previsiones legislativas que obligan a la Administración pública a adoptar de medidas contra el acoso sexual y por razón de sexo. Se ha afirmado que, aunque estas previsiones estén redactadas de forma un tanto genérica, no son gratuitas ya que llevan aparejadas un régimen sancionador. Pero consciente de la trascendencia de esta materia en el ámbito de la Administración pública, el legislador ha ido un paso por delante y ha concretado un contenido mínimo para estas «medidas efectivas de protección» contra el acoso sexual y por razón de sexo. Este contenido mínimo se encuentra concretado en el artículo 62 LOI. Este artículo obliga a las Administraciones públicas a elaborar un protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo. Se puede hablar de «contenido mínimo» porque expresamente este artículo establece: «un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios».

Efectivamente, dicho artículo establece que el protocolo deberá contener como mínimo cuatro principios: «el compromiso de la AGE y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo»; «la instrucción de todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres»; «el tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo»; y «la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia». Estos cuatro principios pueden resumirse en: compromiso de no tolerancia, instrucción de los empleados, tratamiento reservado de las denuncias y identificación de los responsables de atender a dichas denuncias.

Desde mi punto de vista, las similitudes entre este protocolo y las recomendaciones confeccionadas en el Código de conducta europeo son evidentes. El protocolo del artículo 62 LOI contiene dos medidas preventivas y dos de procedimiento. Si combinamos el compromiso de no tolerancia con las definiciones contenidas en la LOI y el catálogo de derecho del EBEP, el ordenamiento jurídico ha sabido cumplir con el primer paso que establece el código europeo; esto es, la declaración de principios y el compromiso de no tolerancia. La segunda medida preventiva es la formación e información de los empleados públicos. Las dos medidas de procedimiento que contiene este protocolo de actuación tienen como finalidad que, cuando se produce un caso de acoso, este pueda ser tratado. Desde mi punto de vista, las dos medidas de procedimiento establecidas son especialmente importantes en tanto en cuanto dotan de efectividad al procedimiento de denuncia de la situación de acoso. Se ha podido constatar en reiteradas ocasiones, que muchas situaciones de acoso no son denunciadas por temor a represalias o por falta de conocimiento en relación con los pasos a seguir. En este sentido, el carácter secreto de las denuncias y la identificación de los responsables del procedimiento resulta clave para que las víctimas de acoso sexual y por razón de sexo denuncien dicha situación. Aunque parezcan medidas de reacción frente a situaciones de acoso, lo cierto es que también son medidas de prevención. Únicamente si se denuncian las situaciones de acoso se podrán identificar los factores o personas que causan dicho entorno laboral.

Finalmente, hay que hacer referencia al papel que juega en esta materia la negociación colectiva. El artículo 62 LOI establece que «las Administraciones públicas deberán negociar con la representación legal de los trabajadores» el protocolo de actuación. Así, este artículo, además de contener la obligación de elaborar in protocolo y de concretar su contenido mínimo, contiene también la obligación de negociar dicho protocolo y los sujetos legitimados para la negociación. Los sujetos legitimados son la Administración pública y los representantes de los trabajadores. La duda que se plantea en relación con esta cuestión es si se está aludiendo a las Juntas y delegados de personal. Según ALBIOL y otros¹² la negociación del protocolo debe remitirse a las reglas en materia de negociación colectiva desarrolladas en el EBEP. Coincidiendo con la opinión de dichos autores, sería equivocado e incoherente considerar que este artículo está creando un cauce de negociación paralelo. En consecuencia, y en atención a los artículos 31 y siguientes del EBEP, habrá de elaborarse el protocolo en las correspondientes mesas de negociación, formadas por la representación de la Administración correspondiente y por los sindicatos legitimados al respecto.

¹² ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.): *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

En relación con esta materia, se plantean dos dudas más. En primer lugar, surge la duda en relación al objeto de la negociación; es decir, ¿cual es el contenido del protocolo que debe ser negociado con los representantes de los trabajadores? Una interpretación literal del artículo 62 LOI sirve para responder a la pregunta: la Administración deberá negociar todo el contenido del protocolo de actuación y no únicamente los cuatro principios mínimos que establece el precepto. En segundo lugar, debería aclararse a que se refiere el legislador cuando usa el verbo «negociar». ¿Se refiere a la obligación de negociar de buena fe y, en su caso, llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, o por el contrario, se obliga a la Administración pública a acordar con los representantes de los trabajadores el contenido del protocolo? La terminología utilizada por el legislador es engañosa en tanto en cuanto utiliza en ocasiones «negociará» y en otras usa la expresión «negociará, y en su caso acordará». El uso de dos expresiones distintas hace pensar que existen diferencias en relación a su contenido o en relación a sus implicaciones. Comparando ambas expresiones, parece que esta última va acompañada de la no obligatoriedad de acordar y únicamente exige la negociación de buena fe por parte de la Administración pública; por otro lado, la primera exige negociación de buena fe, que incluye la obligación de llegar a un acuerdo. En consecuencia, desde mi punto de vista, la Administración tiene la obligación de negociar y acordar un protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo con los representantes de los trabajadores.

3.4. Régimen disciplinario

El último lugar, el Código de conducta europeo establece como esencial para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, el diseño de un régimen disciplinario sancionador. En este sentido, y tal y como se ha comentado con anterioridad, el EBEP atribuye el carácter de falta muy grave toda actuación que suponga discriminación por razón de sexo, así como el acoso sexual y por razón de sexo. El artículo 96 EBEP concreta las sanciones que pueden ser impuestas por razón de la comisión de una falta disciplinaria.

Dentro de este apartado también es necesario traer a colación las medidas sancionadoras previstas para el supuesto que el empleador (en este caso la Administración pública) no cumpla con las obligaciones impuestas. En materia de igualdad, la Ley de Igualdad modifica la LISOS¹³ e incorpora sanciones para el incumplimiento de sus obligaciones en materia de igualdad. Por ejemplo, la LOI modifica el aparta-

¹³ Disposición Adicional decimocuarta de la Ley de Igualdad.

do 13.bis del artículo 8 de la LISOS, según el cual constituye una falta muy grave el acoso sexual y por razón de sexo «cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo». Asimismo, incorpora un nuevo apartado a este mismo artículo según el cual constituye una falta muy grave la no elaboración o no aplicación de planes de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos provistos. Desde mi punto de vista, resulta poco acertada la modificación del apartado 13.bis. De su nuevo redactado parece entenderse que se sanciona la no adopción de medidas en supuestos concretos de acoso y con el conocimiento del empleador. Según mi entender, se tendría que sancionar la no adopción de medidas de prevención contra el acoso con carácter general, y no únicamente en aquellos casos en los que se produce una situación de acoso. Se ha perdido una oportunidad para dotar de más efectividad la obligación de adoptar medidas generales para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo.

Como se ha comentado anteriormente, el acoso sexual y por razón de sexo es un riesgo laboral, denominado riesgo psicosocial. En este sentido, también es necesario atender a los artículos 11 y siguientes de la LISOS, que regulan infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

3.5. La prevención del acoso sexual y por razón de sexo en la legislación autonómica

Tal y como se ha comentado a lo largo de esta comunicación, la Ley de Igualdad atribuye obligaciones en materia de igualdad y, mas concretamente, en materia de prevención contra el acoso sexual y por razón de sexo, a las distintas Administraciones públicas. A raíz de las obligaciones contenidas en la Ley de Igualdad, distintas comunidades autónomas han aprobado leyes en esta materia. Este ha sido el caso de las comunidades de Andalucía ¹⁴, Castilla y León ¹⁵ y Murcia ¹⁶. En el País Vasco se han aprobado dos órdenes exclusivamente en materia de medidas de prevención y de procedimiento de actuación en casos de acoso moral y sexual ¹⁷. Asimismo, existen otras comunidades autónomas que,

¹⁴ Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de Promoción de la Igualdad de género en Andalucía (LAN/2007/561).

¹⁵ Ley 7/2007, de 22 de octubre, que modifica la Ley 1/2003, de igualdad de oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla y León (LCyL/2007/489).

¹⁶ Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de prevención contra la violencia de género en la Región de Murcia (LRM/2007/135).

¹⁷ Orden de 10-9-2007, que regula las medidas de prevención y del procedimiento de actuación en los casos de acoso moral en el trabajo del personal de la Ertzaintza [LPV

aunque previo a la aprobación de la LOI, en los últimos años han aprobado leyes autonómicas en materia de igualdad. Este es el caso del País Vasco¹⁸, Valencia¹⁹, Castilla y León²⁰ y Galicia²¹.

Todas las leyes autonómicas mencionadas contienen disposiciones en materia de acoso sexual y por razón de sexo. Y todas ellas establecen que las Administraciones públicas deberán poner en marcha políticas dirigidas a prevenir y erradicar el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo. Algunas de ellas incluso detallan de forma más concreta como deben ser estas medidas o cual debe ser su contenido. Este es el caso de la ley de Castilla y León que hace referencia a la elaboración de códigos de conducta contra el acoso sexual, o la ley del País Vasco que menciona la elaboración de protocolos de actuación. La ley de la Generalitat Valenciana y la gallega contienen previsiones muy acertadas. La primera establece que «la Administración autonómica incorporará y aplicará en las relaciones laborales el Código de conducta contra el acoso sexual recogido en la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas». La ley de Galicia concreta la prevención en: elaboración de una declaración de principios, compromiso de tolerancia cero, definición de acoso, establecimiento de un procedimiento informal de solución, identificación del asesor en materia de acoso, garantía de tratamiento serio y confidencial de las denuncias, etc.

4. LA PREVENCIÓN EN EL EMPLEO PRIVADO

En materia de prevención del acoso sexual y por razón de sexo, la Ley de Igualdad dedica también preceptos para el ámbito del empleo privado. Así, y como se ha comentado anteriormente, resulta procedente finalizar esta comunicación con una comparativa de aquellos preceptos, en materia de prevención, para el empleo público y el empleo privado.

2007/288]) y la Orden de 11-7-2007, que regula las medidas de prevención y el procedimiento de actuación en los casos de acoso moral o sexual en el trabajo del personal laboral de los Servicios Auxiliares de la Administración de Seguridad y de la Academia de Policía del País Vasco (LPV 2007/264)).

¹⁸ Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco (LPV/2005/93).

¹⁹ Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat Valenciana, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (LCV 2003/120).

²⁰ Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla y León (LCyL/2003/144).

²¹ Ley 7/2004, de 16 de julio, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Galicia (LG/2004/249) y la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia (LG/2007/129).

4.1. Medidas específicas de prevención del acoso sexual y por razón de sexo

El artículo 48 de la Ley de Igualdad hace referencia a la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo. Se puede decir que es el equivalente para el empleo privado al artículo 62 LOI. El apartado primero de este artículo 48 LOI atribuye tres obligaciones a las empresas. Empieza recordando la obligación genérica que tienen las empresas de «promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y por razón de sexo». Es decir, en primer lugar atribuye a las empresas privadas la obligación de promover condiciones de prevención. En segundo y tercer lugar, les obliga a «arbitrar procedimientos específicos» para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo y «para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formularse».

Relacionado con estas tres obligaciones, el párrafo segundo de este mismo apartado establece «con esta finalidad, se podrán establecer medidas...». Hay que empezar por calificar como claramente desafortunada la expresión utilizada por el legislador de «se podrán establecer medidas». Esto es porque parece avalar el carácter facultativo de la adopción de medidas. Desde mi punto de vista, la adopción de medidas no tiene carácter facultativo sino prescriptivo. Según mi interpretación, la expresión «con esta finalidad» se refiere a aquello contenido en el párrafo anterior; es decir, a la obligación de la empresa de «promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones». Es decir, aunque aparentemente se configure con carácter facultativo, la adopción de medidas tiene carácter prescriptivo. Esto es así, porque no se entiende sino como puede el empresario cumplir con todas y cada una de las exigencias del párrafo primero sin materializarse en la adopción de medidas concretas. Las obligaciones del párrafo primero pueden materializarse en alguna de las medidas que el artículo 48 LOI ofrece como ejemplo: códigos de buenas prácticas, formación y/o información. Como consecuencia de su configuración como ejemplos, la adopción de alguna de estas tres medidas concretas sí que tiene carácter facultativo.

En materia de negociación colectiva, el apartado primero del artículo 48 LOI establece que las medidas, referidas en el párrafo anterior, «deberán negociarse con los representantes de los trabajadores». En relación con esta cuestión, se plantea la misma duda que en el ámbito de la Administración pública. Esto es, si la obligación de negociar lleva aparejada la obligación de llegar a un acuerdo. GARCÍA-PERROTE considera que debe aplicarse el mismo régimen que para los planes de igualdad. Con los planes de igualdad, existe la obligación de negociar de buena fe, pero no la obligación de llegar necesariamente a un acuer-

do. Como consecuencia, considera que en este caso «si no se alcanza un acuerdo en las medidas que deben negociarse con los trabajadores en materia de acoso, ello no exime a la empresa de cumplir con las obligaciones que recaen sobre ella de conformidad con lo establecido en el apartado 48.1 LOI». Personalmente, discrepo con esta interpretación. En el artículo 45 LOI en materia de planes de igualdad, el legislador utiliza la expresión «deberán negociar, y en su caso acordar», mientras que esta no es la expresión utilizada en el precepto analizado. En el artículo 48 LOI se utiliza la expresión «deberán negociarse». Así, entiendo que deben negociarse y acordarse las medidas a las que se refiere el precepto. En relación con esta cuestión se plantea una segunda duda: si la obligación de negociar es únicamente en relación a las medidas o se extiende también a los procedimientos de prevención y de cauce de denuncias. La lectura literal del precepto hace que me incline por la segunda de las opciones. Nada justificaría que únicamente tuviesen que negociarse las medidas preventivas.

Como consecuencia de este artículo, el empresario se convierte en el garante de la seguridad frente al acoso y tiene la obligación de promover las condiciones de trabajo que lo eviten. «Este deber, al igual que ocurre con la deuda general de seguridad, debe entenderse en los términos más absolutos posibles, esto es, el empresario debe observar la máxima diligencia exigible para vigilar y controlar que estas situaciones no se produzcan en los centros de trabajo»²². En este sentido, efectuar una conexión entre la prevención del acoso sexual y por razón de sexo y la LPRL es requisito necesario. Al igual que en el ámbito de la Administración pública, resulta de aplicación en materia de prevención del acoso sexual y por razón de sexo aquellos establecido en 14 y siguientes LPRL.

4.2. ¿Grandes diferencias o redactados desiguales?

Comparativa de los artículos 48 y 62 de la Ley de Igualdad

Al comparar el artículo 48 LOI con su homólogo en materia de empleo público, la primera impresión es que existen grandes diferencias en su contenido. Pero una vez analizado con más detalle el contenido de ambos preceptos, se observa que las únicas diferencias son de redacción. Como se ha analizado, en ambos preceptos se atribuye la responsabilidad de garantizar un entorno laboral libre de acoso al empleador, se exige la adopción de medidas frente al acoso sexual y por razón de sexo, se impone la obligación de arbitrar procedimientos para dar cauce a las denuncias formuladas y se detalla un régimen sancionador.

²² GARCÍA-PERROTE, I.: «Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres», en *Relaciones Laborales*, núm. 4/2007, pp. 7-43.

En materia de negociación colectiva, las diferencias también son pocas. En ambos casos, empleo público y privado, han de negociarse con los representantes de los trabajadores las medidas de prevención y los procedimientos de cauce de denuncias.

Aún así, existen algunas pequeñas diferencias. Una primera diferencia la encontramos en la terminología utilizada en uno y otro precepto. Mientras que en el caso de las empresas privadas el artículo hace referencia a «medidas» y «procedimiento específico de prevención», en el ámbito de la Administración Pública se habla de «protocolo de actuación». Aunque es cierto que en ambos casos se exige una actitud activa de prevención, considero que hubiese sido más clarificador utilizar una única terminología. Pero no es una cuestión puramente formal, sino que de la terminología utilizada parecen derivarse diferencias de contenido. La expresión utilizada en el artículo 62 LOI hace referencia a un protocolo de actuación a aplicar una vez se ha producido un caso de acoso y no un protocolo de prevención. Aunque de este razonamiento no se puede deducir que a la Administración no se le exija la elaboración de medidas directamente dirigidas a la prevención; hay que recordar la previsión del artículo 51 LOI. Esta es la segunda diferencia; mientras que para la empresa privada todas las medidas de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo se encuentran unificadas en un solo artículo, para el caso de la Administración pública hay que atender a los artículos 51 y 62 LOI. Finalmente, una tercera diferencia la encontramos en relación con el procedimiento para dar cauce a las denuncias en materia de acoso sexual y por razón de sexo. Mientras que para la Administración pública la ley hace concreciones en relación con este procedimiento (tratamiento reservado de las denuncias, identificación del personal, etc.), en el caso del empleo privado no se concreta absolutamente nada y se deja a la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de esta comunicación se ha analizado el sistema de prevención del acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de la Administración pública previsto en la LOI. La finalidad de este análisis ha sido el de determinar si con este sistema queda garantizado el derecho a los empleados públicos a no sufrir acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito del trabajo. Para hacer tal valoración, el Código de conducta europeo se ha utilizado como referencia de lo que es una buena prevención del acoso sexual o por razón de sexo. Las distintas recomendaciones del Código de conducta europeo se resumen en: declaración de principios, medidas preventivas (comunicación de la declaración de principios, for-

mación y responsabilidad), procedimiento eficaz y régimen disciplinario. Como se ha demostrado en la presente comunicación, desde mi punto de vista el régimen de prevención en el ámbito de la Administración pública sigue las recomendaciones efectuadas por el Código de conducta europeo. En este sentido, entre los artículos 51 y 62 LOI se establece un sistema de prevención integrado por: compromiso de no tolerancia, adopción de medidas de prevención efectivas, instrucción de los empleados, tratamiento reservado de las denuncias e identificación de los responsables de atender a dichas denuncias. Tal y como recomienda el código, para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, se combinan medidas puramente preventivas y medidas de procedimiento. El estudio se ha redondeado con una comparativa entre el régimen de prevención en la empresa privada y en la Administración pública. Del análisis efectuado, se puede concluir que las diferencias son pocas, tanto en relación con el contenido del sistema de prevención como en relación al papel de la negociación colectiva. Sin embargo, existen algunas diferencias terminológicas y de forma que pueden dar lugar a confusiones y que, desde mi punto de vista, constituyen una mala técnica legislativa. Concretamente, el uso de terminología distinta o la diferente estructuración de los preceptos puede verse como significativo y relevante para considerar la existencia de diferencias de contenido.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.): *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, C., y QUINTERO LIMA, M.^a G.: «La Ley de Igualdad y la prevención de riesgos laborales: nueva protección social de los (nuevos y no tanto) riesgos laborales», en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Editorial Lex Nova, 2007.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: «El largo recorrido hacia la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral: un avance significativo con las medidas previstas en la Ley Orgánica de Igualdad», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2007, pp. 75-104.
- DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, pp. 991-1010.
- «Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, pp. 1011-1043.

- GARCÍA-PERROTE, I.: «Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres», en *Relaciones Laborales*, núm. 4/2007, pp. 7-43.
- GARCÍA NINET, J. I. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Editorial CISS, 2007.
- LORENZO MEMBIELA, JUAN B.: «Notas sobre el nuevo régimen disciplinario de los empleados públicos en la Ley 7/2007, EBEP», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 745/2008, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona (BIB 2008/29).
- MARÍN ALONSO, I.: «La Ley Orgánica de Igualdad y el Estatuto Básico del Empleado Público ante el trabajo femenino en la Función Pública», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 163, 2007, pp. 861-896.
- MENDOZA NAVAS, N.: «Nuevos instrumentos y espacios para la participación de los trabajadores en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *Relaciones Laborales*, núm. 4/2008, pp. 79-101.
- VALLEJO DACOSTA, R.: «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, pp. 287-311.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL LIMITADO EJERCICIO DE LOS PERMISOS POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES Y MILITARES

M.^a JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

**Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Zaragoza**

SUMARIO:

I. EL FOMENTO DE LA CONCILIACIÓN LABORAL Y FAMILIAR A TRAVÉS DE LOS PERMISOS: SUS CONDICIONAMIENTOS POR LAS NECESIDADES DEL SERVICIO. 1. La corrección de la desigualdad mediante la conciliación. 2. La prevalencia de las necesidades del servicio.—II. EL PERMISO DE MATERNIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN CIVIL Y MILITAR. 1. Las situaciones de parto: titularidad del derecho, duración y ejercicio. 2. Supuestos de adopción y acogimiento.—III. EL PERMISO DE PATERNIDAD POR NACIMIENTO, ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES Y MILITARES: TITULARIDAD, DURACIÓN Y EJERCICIO.—IV. PREVISIONES COMUNES AL EJERCICIO DE AMBOS PERMISOS.—V. SÍNTESIS CONCLUSIVA.

I. EL FOMENTO DE LA CONCILIACIÓN LABORAL Y FAMILIAR A TRAVÉS DE LOS PERMISOS: SUS CONDICIONAMIENTOS POR LAS NECESIDADES DEL SERVICIO

1. La corrección de la desigualdad mediante la conciliación

Noticias de las que se han hecho eco los medios de comunicación ¹, como la referida a la expulsión por el Centro Nacional de Inteligencia de una de sus agentes femeninas, por acogerse al Plan Concilia de la Administración, la cual recurriría después alegando la existencia de «discriminación por razón de sexo», nos da ya una idea inicial de la especial problemática que plantea el ejercicio de los derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral, en algún ámbito concreto de la Administración Pública. Poniendo así de relieve, una vez más, la asimetría que existe entre el reconocimiento de un derecho y la imposibilidad en la práctica de las mujeres para ejercerlo.

Por más que el mantenimiento de la efectividad del principio de igualdad se encuentre en consonancia con lo previsto en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, al señalar (art. 14) que no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, comprendidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación. De tal manera que los Estados miembros han de alentar a los interlocutores sociales a promover la igualdad entre hombres y mujeres, lo mismo que a fomentar normativas laborales flexibles con el objetivo de facilitar la conciliación

¹ *El mundo*, 17 de febrero de 2008.

de la vida laboral y familiar (art. 21.2). Lo cual, según consideraciones del mismo Parlamento Europeo y del Consejo de la UE, debería incluir también reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres, como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de los niños y niñas, así como para la asistencia a personas dependientes.

Se trata de neutralizar, con todo ello, lo que se viene considerando la «inauguración de un tipo de desigualdad nuevo e inédito»², que exige el establecimiento de marcos legales que permitan la puesta en marcha también de nuevas políticas económicas y sociales, una vez detectado que se ha de ir más allá de un mero cambio en los tiempos de trabajo, exigiendo múltiples estrategias de intervención, dirigidas hacia la necesaria coordinación entre la distribución del trabajo remunerado, las necesidades de atención a las personas dependientes y el reparto igualitario de los recursos.

De manera que, proyectado, en particular, a la normativa militar, requiere tener presente que la prohibición de cualquier discriminación a la mujer aparece ya en el artículo 185 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre³, que contiene las Reales Ordenanzas Militares. Como también esta clara preocupación por aplicar adecuadamente el principio de igualdad queda reflejada en la propia Exposición de Motivos (VII) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (en adelante, LRPFA). Donde se articula un marco jurídico específicamente orientado a garantizar la plena igualdad profesional de la mujer militar⁴. Pretendiendo, a la vez, huir de una falsa protección normativa, que no le impide, sin embargo, dedicar previsiones específicas a la condición femenina, particularmente referidas a la maternidad⁵.

El objetivo trazado es conseguir que el marco legal militar incorpore medidas tendentes al logro de la igualdad real y efectiva, como necesario complemento material de las normas específicas ya existentes en el ámbito de la igualdad formal. Exigiéndolo así una realidad social en la que, tras la incorporación de la mujer en 1988 a las Fuerzas Ar-

² Punto 5, *in fine*, del Preámbulo de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia (BOE 18 de mayo).

³ Declarado en vigor en la Disposición Derogatoria única de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (BOE 20 de noviembre).

⁴ Debiendo tenerse en cuenta que, según el artículo 3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, son militares profesionales los españoles vinculados a las Fuerzas Armadas que adquieran, con carácter permanente, la condición de militar de carrera; o bien, con carácter temporal, la de militar de complemento o de tropa y marinería; así como los extranjeros vinculados con una relación de servicios profesionales mediante compromisos temporales como militares profesionales de tropa y marinería, y de complemento.

⁵ LOPERA CASTILLEJO, M. J.: *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Civitas, Madrid, 2002, p. 26.

madras, al principio con limitaciones a cuanto a Cuerpos y destinos, se ha logrado ya la total consolidación de su papel en ellas ⁶. Mediante actuaciones como la creación de un Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas, con funciones de análisis de estos procesos, y de un Comité coordinador de estas medidas ⁷.

Con el establecimiento así, por los Poderes Públicos, de acciones que aseguren la conciliación, fomentando la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, y sin discriminación en su ejercicio, se pretende corregir la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Para lo cual, la Administración General del Estado ha arbitrado importantes medidas en orden a facilitar la dicha conciliación, fundamentalmente a partir del «Plan Concilia», de 2005. Complementadas con posteriores Acuerdos del Consejo de Ministros, hasta lograr el de 2 de marzo de 2007, por el que se toma conocimiento del «Balance 2006», sobre el desarrollo de las medidas favorecedoras de la igualdad, y se aprueba la implementación de otras nuevas.

Además, las Administraciones públicas, en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, asumen como criterio de actuación el deber de facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional [art. 51.b) LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres]. De manera que, en la normativa aplicable a sus organismos, adquiere también el compromiso de establecer un régimen de permisos, u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad, y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y, con idéntica finalidad, el reconocimiento de un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa (art. 56 LO 3/2007).

Se establece, asimismo, en artículo 66 LO 3/2007 ⁸, que las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán aplicables en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica.

⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.: «El proceso de la incorporación de la mujer a los ejércitos», en *Revista Española de Defensa*, núm. 228, marzo, 2007, p. 21.

⁷ Según quedó ya aprobado en Acuerdo de Consejo de Ministros, de 4 de marzo, publicado por Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas.

⁸ *Vid.* el comentario, a este precepto, de LOPERA CASTILLEJO, M. J.: «Comentario al Capítulo IV, Título V (El principio de igualdad en el empleo público), LO 3/2007», en *Comentario (multidisciplinar y sistemático) a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Aranzadi, col. Grandes Tratados, Pamplona, 2008.

De otra parte, la Administración, incluso en el ámbito autonómico, se ha comprometido a impulsar medidas como la creación de centros infantiles en los lugares de trabajo, para facilitar la conciliación laboral y familiar de las empleadas y empleados públicos, y hacer posible un reparto equilibrado de las tareas y responsabilidades familiares domésticas (art. 39 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía). Se trata, con ello, de impulsar un cambio de perspectiva que permita avanzar del concepto de conciliación al de «reorganización de la vida personal, familiar y laboral»⁹, estableciendo un sistema por el que los miembros de un mismo núcleo familiar se puedan repartir el cuidado de los menores u otros familiares, mediante el disfrute de los permisos, las licencias, y otras medidas conciliadoras.

El objetivo, en suma, es satisfacer una finalidad de corresponsabilidad en las tareas domésticas y de cuidado, que obliga a quien legisla a elaborar con especial esmero las normas sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a fin de lograr la asunción igualitaria por hombres y mujeres, de las responsabilidades familiares¹⁰. A la par que se proyectan también campañas de concienciación tendentes a la valoración positiva del personal a su servicio que ejerce esos derechos¹¹.

Más precisamente en el concreto entorno de las Fuerzas Armadas, constituye una clara muestra de la particular relevancia adquirida por la conciliación el Programa de creación de centros infantiles en establecimientos militares que vienen a facilitar el cuidado de los hijos que no están en edad escolar durante la jornada laboral, tanto del personal militar como del civil a su servicio. Y con el que se pretende favorecer, en suma, la incorporación y la integración de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Fines, todos éstos, con los que se han suscrito diversos convenios de colaboración entre el Ministerio de Defensa y distintas Comunidades Autónomas, mediante convenios marco para su creación y funcionamiento. Así, entre los más recientes, con la CA de la Región de Murcia (Res. 81/2006, de 30 de mayo), o con la Comunitat Valenciana (Res. 420/38035/2008, de 3 de marzo). Igualmente, los Convenios específicos de colaboración, individualmente suscritos, para atención socioeducativa en el Centro de Educación Infantil, primer ciclo «Grumete-Rota», con la

⁹ Preámbulo de la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña (BOE 8 de agosto).

¹⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Tiempo y Género», en *Aequalitas*, núm. 20, 2007, p. 38.

¹¹ Artículo 41 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres (BOE 21 de septiembre), o el artículo 59 de la Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, de las Illes Balears (BOE 17 de octubre).

Junta de Andalucía (Res. 23/2008, de 13 de febrero), o con el Gobierno de Aragón (Res. 420/38039/2008, de 14 de marzo), para la financiación de la escuela infantil de primer ciclo «Nuestra Señora de Loreto», de la Base Aérea de Zaragoza. Independientemente, de la existencia de otras medidas que pueden incidir favorablemente en la conciliación, como son, aparte de los permisos, las licencias, la reducción de jornada o las excepciones, particularmente adaptadas mediante normativa propia.

De manera que, por lo que refiere a los permisos, la específica regulación militar contenida en la OM 121/2006, de 4 de octubre (BOD, núm. 197, de 9 de octubre), vino a incluir en una única norma las correspondientes previsiones sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas. Con una redacción revisada de las disposiciones hasta entonces existentes, que ha tomado en consideración, según ella misma indica, los cambios introducidos en la Administración del Estado. Proporcionando expresamente también ahora la definición de permiso, al aclarar (Norma Segunda.1. Anexo II) que constituye éste el periodo de tiempo que se autoriza al militar para ausentarse temporalmente del destino por razones de índole personal o familiar.

La posterior entrada en vigor, sin embargo, de la LO 3/2007, y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), hizo preciso modificar la OM 121/2006, por OM 107/2007, de 26 de julio (BOD núm. 151, de 2 de agosto). Si bien es cierto que el hecho de no haberse llevado a cabo, hasta varios meses después (agosto), trajo consigo la convivencia durante ese tiempo de normativas dispares, donde el reconocimiento de un tiempo de disfrute del permiso de paternidad resultaba considerablemente menor en la militar, dejando así perfectamente abonado el terreno para el posible planteamiento, por los perjudicados en dicho ámbito, de conflictos en reclamación del mayor tiempo de permiso reconocido para la generalidad de la Administración.

Sobre todo, habiéndose ya inicialmente previsto además, en el artículo 154.2 LRPFA, que los militares profesionales tienen derecho a disfrutar los permisos y licencias establecidas para el personal al servicio de las Administraciones públicas, que se han venido reconociendo en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Sin perjuicio de las adaptaciones a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por el Ministerio de Defensa, y por tanto a su estructura jerarquizada, a las peculiaridades de la carrera militar y a la singularidad de los cometidos asignados, que requieren siempre una disponibilidad permanente para el servicio.

Quedaba, con ello, efectuada una clara remisión al bloque general de la normativa funcionarial. Donde ha de tenerse en cuenta ahora que la Ley 7/2007 del EBEP ha derogado algunos de los preceptos sobre per-

misos hasta el momento aplicables, como el artículo 30.3 y 5 de la Ley 30/1984, sustituidos actualmente por los artículos 48 y 49 de aquella, directamente aplicables según aclaran (Anexo 1.1.º.) las Instrucciones de 5 de junio para la aplicación del EBEP, publicadas por Res. de 21 de junio de 2007. Aunque haya sistematizado dichos permisos sin demasiado rigor, como demuestran los títulos de sus epígrafes ¹². Habiendo dejado no obstante, a estos efectos, establecido que las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente al personal militar de las Fuerzas Armadas cuando así lo disponga su legislación específica [art. 4.d) Ley 7/2007 EBEP].

De manera que es actualmente la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar la que, tras derogar gran parte de la Ley 17/1999 LRPFA, ha dejado en vigor (Disposición Derogatoria única) algunos de sus preceptos, como el artículo 154.2 LRPFA. Y el artículo 5 de dicha Ley 39/2007 el que señala que los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007 EBEP, se incorporarán al régimen del personal militar, siempre que no contradigan su legislación específica, por medio de normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar.

Más concretamente referido a la igualdad y a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar establecidas para el personal al servicio de la Administración General del Estado, prevé la misma Ley 39/2007 (art. 6.2) que serán aplicables a los militares profesionales con las adaptaciones y desarrollos que sean necesarios. De forma que, en las normas correspondientes, se incluyan las medidas que sean de aplicación específica en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Siendo, por tanto, esta normativa de adaptación a sus particulares características la que contiene la mencionada OM 121/2006, sobre jornada y horario, vacaciones, permisos y licencias, y su modificación por la OM 107/2007, tras la LO 3/2007 y la Ley 7/2007 del EBEP. Con lo que los cambios operados por la OM 107/2007 van a incidir básicamente en los permisos de maternidad y de paternidad, sin perjuicio de alguna otra modificación referida al permiso por asuntos propios, y al permiso o a la reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros u otros que deban permanecer hospitalizados tras el parto.

¹² PARADA, R.: *Derecho del empleo público (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 179.

2. La prevalencia de las necesidades del servicio

Conviene particularmente reparar también en el importante condicionamiento que, para el disfrute de dichos periodos de descanso, supone salvaguardar las necesidades del servicio. O incluso satisfacer de la mejor forma las «exigencias del servicio», atendiendo siempre a que éstos no sufran perturbación, a fin de garantizar la plena operatividad en el desempeño de unos cometidos que exigen permanente disponibilidad. Y ello aunque, en el ámbito general de la Administración civil, no se haya introducido una referencia genérica al condicionamiento por éstas de la concesión y disfrute de los permisos, sino tan solo a propósito de alguna cuestión particular, como es la relativa al disfrute de los permisos por parto, adopción o acogimiento a jornada completa o a tiempo parcial, «cuando las necesidades del servicio lo permitan» [art. 49.a) y b) de la Ley 7/2007 EBEP].

Muy diversamente, por el contrario, de lo que resulta del párrafo segundo del artículo 154.2 LRPFA, donde se establece rotundamente que aquéllas prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos y licencias, e incluso que el jefe de la unidad, centro u organismo correspondiente podrá ordenar la incorporación al destino, si las circunstancias lo exigen, particularmente por las necesidades del servicio sobrevenidas. Contenido similar en este mismo ámbito castrense incorpora también, respecto a la necesidad de adaptación al mencionado concepto jurídico indeterminado, la OM 121/2006 (no afectada aquí por las modificaciones de la OM 107/2007), al fijar una serie de criterios y procedimientos para la concesión de permisos y vacaciones, donde abiertamente introduce el condicionamiento de las necesidades del servicio, aunque con algunas precisiones, tendentes a favorecer su aplicación práctica. Como se detecta al matizar (Norma Tercera. 2. Anexo II, OM 121/2006) que las necesidades del servicio procurarán atenderse con otros medios, y que sólo en último término condicionarán la concesión de permisos y vacaciones.

Ha sido, por tanto, el afán del legislador por preservar este límite infranqueable de las necesidades del servicio lo que le ha llevado a introducir de forma expresa tal referencia común a permisos y vacaciones. A la par que también, para afianzarlo más tajantemente si cabe, en cuanto a los procedimientos para flexibilización de horarios y reducción de jornada, le ha parecido necesario añadir (Norma Octava. 2. Anexo I, OM 121/2006) que, en todos los casos, habrá de indicarse que las condiciones establecidas podrán ser revocadas o modificadas cuando varíen las necesidades del servicio o cualquier otro condicionante.

Se establece, en definitiva, un fuerte condicionamiento, particularmente en orden al ejercicio de los permisos, con el concepto jurídico

«necesidades del servicio» que, por ser indeterminado, goza de un amplio margen de apreciación y de discrecionalidad. Tratándose de una noción que afecta además al resto de los funcionarios públicos, cuyos derechos han de ser asimismo compatibles con el correcto desarrollo del servicio, sin duda por comportar su condición de empleado público no sólo derechos, sino también «obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio», según recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007 EBEP.

Pero lo cierto es que, aun partiendo así de un concepto común condicionante del disfrute de los permisos para la generalidad de los empleados públicos, resulta ser mayormente en el ámbito militar donde adquiere una absoluta prioridad, por referir aquí el concepto de necesidades del servicio a otros tan relevantes como «defensa y seguridad nacional», hasta configurar el mandato contenido en el artículo 8 de la Constitución para las Fuerzas Armadas¹³. Y que, en todo caso, constituye una buena muestra de la ampliación de las facultades inherentes al poder directivo que, proyectadas en este ámbito concreto, aparecen enormemente reforzadas desde el punto de vista de la organización del trabajo¹⁴.

Sin duda, por tratarse de atribuciones verdaderamente insólitas desde la óptica del Ordenamiento laboral común, que parecen encontrar su adecuada significación en las singulares características de la condición de militar configurada, en su más amplia acepción, por la sujeción a los principios de disciplina, jerarquía, eficacia y unidad, conforme a los que se organiza la estructura operativa de las Fuerzas Armadas. No sólo justificadas, por tanto, en la continua disponibilidad para el servicio, sino además en la necesaria inmediatez de la intervención y la permanente capacidad de actuación que resulta esencial en algunas unidades militares específicas, como la Unidad Militar de Emergencias, que precisamente ha llevado a delegar¹⁵, en el General Jefe de ésta, cuestiones como el disfrute de las vacaciones, o la concesión de los permisos por asuntos propios.

Aun asumido lo anterior, considero que debería correctamente entenderse que las previsiones comunes sobre la generalidad de los permisos, a que hace referencia el artículo 154 LRPFA, no participan de la misma fundamentación que las condiciona totalmente a las necesidades del servicio, hasta el punto de posibilitar la negación de su disfrute, cuando en concreto refieren a la situación de maternidad. Al ser aquí donde corres-

¹³ ALLI UTRILLAS, J. C.: *El soldado profesional: Estudio de su Estatuto Jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 197.

¹⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, p. 481.

¹⁵ Res. 400/38062/2007, de 20 de abril.

ponde cuidadosamente interpretar, con el mayor rigor lógico y proporcionalidad, que el jefe de la unidad, centro u organismo, por más que lo exijan las circunstancias sobrevenidas, no podrá razonablemente ordenar la incorporación al destino de la mujer que se encuentre en el periodo de descanso obligado de las seis semanas posparto. Como tampoco creo que resulte lógico, ni factible, que se invoque la prevalencia de las necesidades del servicio para impedir a la madre el disfrute del permiso por parto durante ese mismo tiempo de necesaria recuperación, o para invalidar a fin de cuentas las medidas conciliadoras. Situaciones que, si realmente se desea evitar que afecten gravemente al funcionamiento de la unidad, precisarán resolverse contemplando otras distintas opciones, como cubrir las vacantes imprescindibles mediante comisiones de servicios, y en cualquier caso arbitrando los más adecuados procesos de gestión de personal.

Se requiere así, en aras de la seguridad jurídica, afrontar definitivamente el tema para impedir que se haga depender la ponderación del concepto de excesivos márgenes de apreciación y discrecionalidad. De manera, al menos, que se fijen algunas pautas básicas de actuación, como puede ser exigir siempre la debida justificación de dichas necesidades del servicio, entre otros distintos criterios que convendría también fueran determinados reglamentariamente.

II. EL PERMISO POR MATERNIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN CIVIL Y MILITAR

1. Las situaciones de parto: titularidad del derecho, duración y ejercicio

En los casos de parto, establece la normativa funcionarial civil [art. 49.a) Ley 7/2007 EBEP] y también la militar (Norma Segunda. 9. Anexo II, OM 107/2007) que la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables 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. De modo que la distribución de este permiso queda a opción de la funcionaria, sea del ámbito civil o militar, siempre que se garantice el disfrute, por su parte, de las seis semanas posteriores al parto, invariablemente consideradas descanso obligatorio.

Si bien, por fallecimiento de la madre, el otro progenitor («el padre», señala más restrictiva la militar) podrá hacer uso de la totalidad del permiso, o de la parte restante. De manera que, salvo lo anterior, si ambos progenitores («padres», de nuevo limitativamente la normativa castrense) trabajan, será la madre la que, al iniciarse el descanso por maternidad, pueda optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada, pero ininterrumpida, del periodo de descanso posterior

al parto que no sean las seis primeras semanas, de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal, o de baja médica temporal, si tiene la condición de militar.

Conviene efectivamente reparar en que todas estas referencias al «progenitor» de la normativa funcionarial civil van referidas al «padre» en la militar. Con lo que el más amplio contenido de la palabra «progenitor» permite atribuir este derecho a quien se le reconozca dicha condición, sin que se excluya el matrimonio de dos mujeres ¹⁶. Situación, por lo demás, ya contemplada en alguna normativa funcionarial autonómica, donde se prevé ¹⁷ que, si ambas son mujeres y la maternidad es biológica, la cónyuge que no posea la condición de madre biológica podrá disfrutar, por opción de aquella, de la parte del permiso que no se corresponda con el descanso obligatorio.

Pero lo que, sobre todo, debe destacarse es que este derecho al permiso no queda tampoco ahora configurado en el ámbito actual del empleo público como un derecho individual del padre, sino —igual que hasta el momento— siempre derivado y accesorio del de la madre, que es quien propiamente resulta ser, en los casos de parto, la verdadera titular del derecho. Sin que nada se aclare respecto a los casos en que la madre no tuviera derecho al permiso, lo que podría interpretarse como clara imposibilidad del padre de disfrutar del permiso por maternidad, en tales casos.

Adviértase, por lo demás, que la coincidencia del permiso por parto, adopción o acogimiento, con el periodo de vacaciones no impide disfrutar de ellas en fecha distinta, aun habiendo expirado ya el año natural al que correspondan. Situación ésta en la que no repara la normativa común del EBEP para los funcionarios, pese a haberlo claramente reconocido el artículo 59 LO 3/2007 ¹⁸, aunque sí la despeja, en cambio, la específica militar (Norma Tercera. 3. Anexo II, OM 107/2007).

Debiendo siempre tenerse en cuenta también que, si se disfrutan simultáneamente los periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en

¹⁶ En este sentido, VV.AA.: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo* (dir. y coord.: MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.), vol. II, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 2096.

¹⁷ Artículo 70.6 de la Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia, modificada por la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia (BOE 18 de mayo).

¹⁸ En tal sentido, CASTRO ARGÜELLES, M. A. y ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 187.

caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple [art. 49.a) de la Ley 7/2007 EBEP y Norma Segunda. 9. Anexo II, OM 107/2007].

Para la ampliación de dos semanas del periodo de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo, la acreditación de la misma podrá realizarse según indica la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 504/20007, modificada por el Real Decreto 1197/2007, de 14 de septiembre¹⁹, por la aplicación de la escala de valoración específica para menores de tres años. Considerando que procede la ampliación cuando la valoración sea, al menos, del grado 1 moderado, y ello sin perjuicio de lo establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Por su parte, en los casos de parto prematuro y en aquellos 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 [art. 49.a) de la Ley 7/2007 EBEP y Norma Segunda. 9. Anexo II, OM 107/2007]. Omiten, en cambio, ambas normativas, civil y militar, la posibilidad de que en tales situaciones el permiso pueda computarse, a instancia de la madre o, si ella falta, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyendo del cómputo las seis semanas de descanso obligatorio. A diferencia de la anterior redacción de la norma militar que sí la recogía expresamente (Norma Segunda. 9. Anexo II, OM 121/2006).

Nada se menciona tampoco respecto a la posible revocación de la opción ejercida por la madre, a fin de que el otro progenitor goce de una parte del permiso de maternidad. Sin perjuicio de lo cual, alguna normativa funcional de ámbito autonómico, ha dejado claramente establecido²⁰ que dicha opción puede ser revocada, en cualquier momento, si acontecen hechos que hacen inviable la aplicación de esta opción, como la ausencia, la enfermedad o el accidente, o el abandono de la familia, la violencia u otras causas equivalentes.

Por otro lado, este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial. Coincidiendo en ello la normativa general de la Administración, que contempla [art. 49.a) de la Ley 7/2007 EBEP] el disfrute a tiempo parcial del permiso de maternidad, y la normativa militar, al prever la posibilidad (Norma Segunda. 11. Anexo II, OM 121/2006 de solicitar el disfrute del permiso por maternidad a tiempo parcial.

¹⁹ BOE de 3 de octubre y corrección de errores del día 4.

²⁰ Así, en el artículo 11.6 de la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña (BOE 8 de agosto).

Habiéndose optado, ya en esta primera norma, anterior al EBEP, unificadora del particular régimen del personal militar, por regular específicamente las condiciones de su disfrute ²¹.

Deja así aclarado inicialmente la OM 121/2006 que cabe el mencionado disfrute en esta modalidad por toda la duración del permiso o sólo una parte, y siempre que se cumplan una serie de requisitos, como son el relativo a la necesidad de autorización por el Jefe de la Unidad, Centro u Organismo, previo informe del jefe inmediato del interesado, en el que se acredite que las necesidades del servicio quedan debidamente cubiertas. Añadiendo también esta normativa militar que el disfrute a tiempo parcial podrá llevarse a cabo en cualquiera de los supuestos de uso simultáneo o sucesivo. Y que, en caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad durante las seis semanas inmediatas posteriores al parto. De manera además que, durante este periodo de disfrute parcial del permiso, el militar no podrá realizar guardias, servicios, maniobras o actividades análogas fuera de la jornada de trabajo que deba cumplir en esta modalidad.

2. Supuestos de adopción y acogimiento

En los supuestos de adopción o acogimiento de menores, tanto preadoptivo como permanente o simple, el permiso también tendrá, como en los de parto, una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que podrán ampliarse en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido, y por cada hijo («menor», dice la normativa militar) a partir del segundo en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple [art. 49.b) de la Ley 7/2007 EBEP y Norma Segunda.10. Anexo II, OM 107/2007].

Destaca aquí el haber quedado eliminado el límite de edad del menor para poder disfrutar el permiso por maternidad en tales supuestos. Si bien ambas normas ²² aclaran expresamente que los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en esta norma serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año.

²¹ La utilización de la parcialidad, por tanto, como instrumento de conciliación de la vida familiar laboral, si bien por tratarse de un derecho de ejercicio condicionado, tanto en la normativa laboral como en la referida a la función pública, presenta el riesgo de invalidar tales medidas conciliadoras. Así, TORTUERO PLAZA, J. L.: *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral. Del permiso de paternidad obligatorio... al apoyo a las PYMES*, Civitas, Pamplona, 2006, pp. 153-158.

²² El artículo 49.b), *in fine*, de la Ley 7/2007 EBEP, y el nuevo apartado 15 de la Norma Segunda, Anexo II, añadido por OM 107/2007.

De manera que, también como en los casos de parto, para la ampliación del periodo de descanso aquí en los supuestos de discapacidad del menor adoptado o acogido, la acreditación de la misma podrá realizarse, según lo previsto en la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 504/2007 (modificada por el Real Decreto 1197/2007), por la aplicación de la escala de valoración específica para menores de tres años. Coincidiendo igualmente con las situaciones de parto en que se tiene derecho a las vacaciones en fecha distinta cuando el disfrute de éstas haya de producirse durante el permiso por adopción o acogimiento, según aclara expresamente la normativa militar (Norma Tercera. 3. Anexo II OM 107/2007), ante el silencio, por contra, al respecto de la funcionarial civil.

Adviértase además que no se contempla, en ninguna de estas dos normativas reguladoras del empleo público, el supuesto de que la persona adoptante o acogedora fuera única, a diferencia de algunas normas funcionariales de ámbito autonómico²³, que sí atienden a éstas, aunque atribuyéndole una duración menor del permiso, a menos que se trate de adopción o acogida múltiple.

También aquí en los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas, o de las que correspondan en supuesto de adopción o acogimiento múltiple, y de discapacidad del menor adoptado o acogido. Con lo cual, las semanas serán contadas a elección del funcionario, civil o militar, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien desde la resolución judicial por la que se constituya la adopción, sin que de ningún modo un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

Ocurre entonces que, si ambos progenitores («la madre y el padre», para el legislador castrense) trabajan, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, pero siempre ininterrumpida [art. 49.b) de la Ley 7/2007 EBEP y Norma Segunda. 10. Anexo II, OM 107/2007]. Resultando así una individualización del permiso que, sin duda, contrasta con lo previsto para los casos de parto, donde abiertamente impera la sola opción de la madre. Con lo que, tratándose incluso de matrimonio de personas del mismo sexo, el permiso por adopción se concederá indistintamente a una u otra, como alguna normativa de la Administración autonómica señala²⁴.

²³ Artículo 70.5 de la Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia, en su redacción por la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia (BOE 18 de mayo).

²⁴ Artículo 70.6 de la Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia, en su redacción por la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia (BOE 18 de mayo).

En el ámbito todavía más amplio de la adopción o acogimiento internacional, la regulación funcional, tanto civil como militar, contempla (Norma Segunda. 10. Anexo II, OM 107/2007) que se tendrá derecho además a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo exclusivamente las retribuciones básicas, cuando requiera el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado.

Si bien, con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en el mismo, el permiso por adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá adelantarse durante el tiempo necesario para el viaje, de forma que cabe iniciarlo hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento [art. 49.b) de la Ley 7/2007 EBEP y Norma Segunda. 10, Anexo II, OM 107/2007]. Anticipación ésta que puede ser mejorable, hasta empezar, por ejemplo, seis semanas antes, como se viene estableciendo para el personal al servicio de la Administración autonómica²⁵.

Y dado que, a diferencia de nuestro país, existe en muchos otros la adopción simple, es de tener presente también que la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, incorpora en nuestro Derecho positivo una regulación novedosa, relativa a los efectos en España de la adopción simple o menos plena legalmente constituida por autoridad extranjera, así como la posibilidad de conversión en una adopción con plenitud de efectos²⁶.

III. EL PERMISO DE PATERNIDAD POR NACIMIENTO, ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES Y MILITARES: TITULARIDAD, DURACIÓN Y EJERCICIO

En la normativa funcional común [art 49.c) de la Ley 7/2007 EBEP], se reconoce que el permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo este permiso será 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.

²⁵ Así, el artículo 11.3 de la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña (BOE 8 de agosto).

²⁶ ALZATE MONROY, P.: «Sobre la nueva ley de adopción internacional en España», en *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núm. 182, enero, 2008, p. 13.

Así, por lo que respecta al beneficiario del permiso, parece que con tales referencias se pretende dar cabida a los nuevos modelos de familia existentes en la actualidad. De forma tal que normalmente se admite la posibilidad de su disfrute para la persona a la que no le correspondiera el permiso por maternidad. Por tanto, atendiendo a algunos supuestos particularmente contemplados en la normativa de la Administración pública de ámbito autonómico, cabe sostener que, si se tratara de parejas que tengan el mismo sexo, podría corresponder a la que no fuera madre biológica, en el caso de las parejas femeninas donde se produzca dicha maternidad²⁷. O, referido a progenitores adoptantes o acogedores, igualmente del mismo sexo, a la persona a la que no le corresponda el permiso por parto, adopción o acogimiento establecido con carácter general²⁸. Incluso también habría de aceptarse que, en una familia monoparental, el progenitor, al igual que la progenitora que tenga la guarda legal exclusiva del hijo, pueda gozar de este permiso a continuación del de maternidad²⁹.

Por lo demás, y dado que cabe también el permiso de paternidad por acogimiento o adopción, hubiera sido conveniente contemplar la situación de que la persona adoptante o acogedora fuera única. No mencionándose tampoco el caso del fallecimiento del hijo, ni siquiera el del padre, que pudiera darse incluso antes del disfrute íntegro del permiso por paternidad. Circunstancia donde debería admitirse, asimismo, la posibilidad de que la madre haga uso del mismo desde la finalización de su permiso por maternidad.

Ocurre, sin embargo, que la normativa específica militar, contenida en la OM 107/2007, al reconocer (Norma Segunda. 12. Anexo II) restrictivamente como beneficiario sólo al «padre», limita con ello su aplicación a las parejas heterosexuales, alejándose así abiertamente de la opción por un concepto amplio de familia. De manera, por tanto, que el permiso reconocido estrictamente al padre en dichas situaciones consiste en disponer de un tiempo de descanso de quince días que, aquí se aclara, a diferencia de la norma civil, son «naturales». Tiempo de disfrute, por tanto, coincidente con los quince referidos en las normas generales de la Administración, aunque todavía alejado del compromiso del Gobierno (Disposición Transitoria sexta de la Ley 7/2007 EBEP) de ampliar, progresiva y gradualmente, la duración de este permiso hasta

²⁷ Artículo 70.6 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, modificado por la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia (BOE 18 de mayo).

²⁸ Como se admite en el artículo 40.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (BOE 13 de febrero de 2008).

²⁹ Supuesto expresamente contemplado en el artículo 13.2 de la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña (BOE 8 de agosto).

alcanzar las cuatro semanas, a los seis años de la entrada en vigor del Estatuto. Plazo éste ya alcanzado, no obstante, en alguna normativa para la Función Pública autonómica ³⁰.

Se terminaba así (desde la entrada en vigor en agosto de la OM 107/2007) con la evidente contradicción surgida, por la diversa duración del permiso, entre la normativa general de la Administración y la específica militar contenida originariamente en la OM 121/2006 que, varios meses después de la publicación de la LO 3/2007, siguió mencionando el permiso inicialmente establecido en aquélla de diez días, sin haber procedido a su adaptación a las previsiones legales de la citada LO 3/2007, modificadoras del artículo 30.1.a) de la Ley 30/1984, que situaron en quince los días de permiso paternal. Por tanto, no cabe duda que se evitaron con ello también los posibles conflictos que pudieran haber surgido entonces, ante la falta de coordinación, cuando los afectados desfavorablemente por la norma militar hubieran decidido reclamar la razonable aplicación de los quince días, notoriamente más beneficiosos, de la normativa general.

En cualquier caso, lo que resulta claro es que se trata de un permiso de paternidad distinto del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad en casos de parto, adopción o acogimiento, como expresamente indica la norma general de la Administración [art. 49.c) de la Ley 7/2007 EBEP] y se infiere de la específica militar («Con independencia de», comienza el punto 12. Norma Segunda. Anexo II, OM 107/2007). En consecuencia, compatible con el de maternidad y acumulable al mismo.

También, por su parte, la normativa militar prevé, en cuanto a la coincidencia del permiso de paternidad con las vacaciones, que dándose ésta, el militar tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan (Norma Segunda. 12. Anexo II, OM 107/2007). Existiendo, por el contrario, un silencio total al respecto en la normativa funcional común del EBEP, que igualmente se apuntó en relación con el permiso por maternidad. Pero que no es óbice para que se admita dicho disfrute en distinta fecha, aplicando el artículo 59 de la LO 3/2007, que sí lo menciona expresamente en su último párrafo.

Precisamente en cuanto a las omisiones, cabe advertir también que no se contempla en ninguno de los dos ámbitos normativos (funcional civil o militar) la posibilidad de ampliar el permiso por paternidad en situaciones de parto, adopción o acogimiento múlti-

³⁰ Como lo recoge el artículo 40.1 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (BOE 13 de febrero de 2008).

ples, a diferencia de algunas previsiones al respecto en la normativa autonómica³¹. Como tampoco caben otras ampliaciones de los días de descanso por este permiso en el supuesto de hijos prematuros u hospitalizados; ni en los casos de parto, adopción o acogimiento de discapacitados. Tratándose de omisiones que pueden tener importantes repercusiones prácticas, dado el carácter restrictivo que en la Administración presenta, según se dirá después, el ejercicio del derecho al permiso de paternidad.

De igual forma, la normativa funcionarial aquí analizada silencia, para el permiso de paternidad, la posibilidad en los supuestos de adopción o acogimiento internacional de iniciar su disfrute antes de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Pero, sobre todo, sorprende, respecto al concreto ejercicio del derecho, que la regulación funcionarial civil y militar³² sitúen el momento de disfrute «a partir» de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Sin precisar, en cambio, hasta cuando puede ejercitarse el derecho, muy diversamente de su expresa concreción en el Ordenamiento laboral común (art. 48.bis ET), donde cabe el disfrute del permiso de paternidad hasta que finalice la duración de permiso por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de este permiso. Apareciendo así una limitación importante en las condiciones de disfrute de los funcionarios respecto a los trabajadores sometidos al ET³³, que trae como consecuencia una incomprensible diversificación de regímenes. Ante lo cual, y dado que la inconcreta expresión «a partir» de las normas de empleo público no requiere necesariamente que se interprete como «inmediatamente después», entiendo que bien podría defenderse la interpretación extensiva de esta amplia duración de su ejercicio también en el ámbito de la Administración. Sobre todo, cuando de la aplicación por la doctrina judicial del permiso por nacimiento de hijo resulta admisible³⁴, ya desde hace tiempo, la posibilidad para el padre de solicitar dicho permiso una vez transcurridas las semanas de baja maternal. Incluso, más recientemente también, por contemplarlo de forma expresa alguna normativa funcionarial de ámbito autonómico, donde cabe el ejercicio

³¹ Así, en el artículo 70.5 de la Ley 4/1988, de la función pública gallega, modificado por la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia (BOE 18 de mayo).

³² Artículo 49.c) de la Ley 7/2007 EBEP, y Norma Segunda 12. Anexo II, OM 107/2007.

³³ Según ya advirtieron las observaciones del CES al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad, *Colección Dictámenes*, núm. 8/2006, CES, Madrid, p. 15.

³⁴ Así, en STSJ Sevilla, Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 311/2001).

del permiso de paternidad «desde la finalización del permiso de maternidad o de la decimosexta semana posterior al parto» ³⁵.

Por lo cual considero, en definitiva, que, mientras en la legislación laboral cabe reconocer ahora al padre dos permisos distintos, la nueva regulación por la LO 3/2007 sobre el permiso de paternidad del funcionario civil, recogida en la OM 107/2007 para el militar, en realidad ha supuesto técnicamente tan solo la mera ampliación de la duración del único y genuino permiso ya antes existente por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo (primero de tres días y de diez después), tradicionalmente atribuido al varón, y distinto también del de maternidad compartido. De donde se sigue asimismo que no estamos, por tanto, propiamente aquí ante la creación de un verdadero permiso de paternidad que pueda con rigor considerarse nuevo e independiente, en el sentido de contar con sus propios rasgos identificadores claramente desvinculados del hecho del nacimiento, o de tener una cierta duración.

De otra parte, no parece que resulte aplicable al permiso de paternidad la posibilidad de su disfrute a tiempo parcial, dada la omisión de la normativa funcional común al respecto en este lugar. Contemplada, según ya antes dije, por la normativa militar originaria de la OM 121/2006 (Norma Segunda. 11. Anexo II) para los casos de ejercicio del permiso por maternidad por la mujer, y únicamente para el padre cuando disfruta del de paternidad compartido.

IV. PREVISIONES COMUNES A AMBOS PERMISOS

Señala la normativa funcional civil [art. 49.c) de la Ley 7/2007 EBEP] que el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos por maternidad, paternidad, adopción y acogimiento, se computará como de servicio activo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos durante todo el periodo de duración del permiso. Lo que ya resultaba claro para la situación de maternidad, configurada como una contingencia específica que venía dando lugar al correspondiente permiso retribuido, sin repercusión en las prestaciones económicas de la Mutualidad General. Y también quedaba despejado en el ámbito militar, a la vista del Reglamento de Retribuciones ³⁶, donde se reconoce el disfrute de tales permisos sin merma de derechos económicos.

³⁵ Artículo 13.1 de la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña (BOE 8 de agosto).

³⁶ Artículo 17 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre.

Ante la inexistencia, por lo demás, de otras previsiones específicas sobre el permiso de paternidad, en la normativa específica militar, nada parece impedir que se considere aplicable en este ámbito castrense lo establecido en el artículo 49.c) de la Ley 7/2007 EBEP. Así, la previsión de computar, como de servicio efectivo a todos los efectos, el tiempo transcurrido durante el disfrute de dicho permiso, o la de reconocer el derecho del beneficiario a reintegrarse a su puesto de trabajo, una vez finalizado el permiso, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables, e incluso considerar que le corresponde beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia³⁷.

En común tienen también los dos ámbitos funcionariales la posibilidad de disfrutar las vacaciones en época distinta si coinciden con el descanso por maternidad o paternidad, por haberlo contemplado para la Administración General del Estado el artículo 59 de la LO 3/2007, aunque lo silencie la Ley 7/2007 EBEP.

VI. SÍNTESIS CONCLUSIVA

Las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ámbito funcional no pueden quedar invalidadas por la absoluta prevalencia de las necesidades del servicio, en especial sobre las particularmente referidas a los permisos de maternidad y paternidad. Como tampoco han de quedar neutralizadas por una interpretación restrictiva del modo en que debe ejercitarse el permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento de hijo. Se hace preciso, por tanto, que el legislador fije cuidadosamente una serie de pautas de actuación, que bien pueden consistir en exigir siempre la debida justificación de dichas necesidades, o en establecer cualquier otro criterio razonable, con tal de que quede convenientemente determinado reglamentariamente.

Por lo que se refiere al concreto ejercicio del permiso por paternidad, el importante condicionamiento que para su disfrute introduce la legislación funcional con la expresión «a partir» de la fecha del nacimiento (o de la resolución judicial o decisión administrativa en los casos de adopción o acogimiento), haciéndola equivaler a «inmediatamente después», requiere arbitrar una interpretación extensiva, favorecedora siempre de la conciliación, que admita la posibilidad de solicitar dicho permiso durante todo el tiempo que transcurra la duración del permiso de maternidad, o seguidamente de éste, según lo ha contempla-

³⁷ Articulándose así una peculiar garantía de indemnidad. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Decimoquinta edición, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 710.

do adecuadamente ya la legislación laboral del ET. Tal corrección interpretativa, de la normativa del EBEP y de la específica militar, resulta todavía mayormente necesaria por no haberse creado verdaderamente, en dichas normas, un nuevo permiso de paternidad que pueda considerarse independiente, y que cuente con sus propios rasgos identificadores, desvinculados del hecho del nacimiento. Habiendo supuesto técnicamente tan sólo una mera ampliación de la duración del, genuino y único, permiso que ha venido existiendo para el padre por nacimiento, acogimiento o adopción de hijo.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL NUEVO CÓDIGO DE CONDUCTA DEL EMPLEADO PÚBLICO

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Profesora Ayudante Doctora en Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

En este trabajo se emplean las siguientes **Abreviaturas:** CE (Constitución Española de 1978), CP (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), ET (Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), y LFCE (Ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), STS (Sentencia del Tribunal Supremo; salvo que se indique otra cosa, ha de entenderse referida a la Sala Tercera), STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; salvo que se indique otra cosa, ha de entenderse referida a la Sala de lo Contencioso-Administrativo).

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO CÓDIGO DE CONDUCTA DEL EMPLEADO PÚBLICO.—II. PRINCIPIOS ÉTICOS Y PRINCIPIOS DE CONDUCTA. 1. El deber de diligencia. 2. La consecución del interés general. 3. La sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. 4. Principios rectores de la actuación del empleado público.—III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO CÓDIGO DE CONDUCTA DEL EMPLEADO PÚBLICO

El Capítulo VI del Título III del EBEP recoge el código de conducta de los empleados públicos a través de una estructura peculiar, que, en realidad, parece obedecer más a la división de una única lista general de deberes que a un reparto sistemático y ordenado de éstos. A lo largo de tres artículos que indican, sucesivamente, los «Deberes de los empleados públicos: código de conducta» (art. 52), «principios éticos» (art. 53) y «principios de conducta» (art. 54). Es cierto que esta relación adopta.

En contra de lo que se afirma en la Exposición de Motivos del EBEP, la creación de un catálogo de principios y deberes no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya la LFCE contenía en sus artículos 76 y siguientes un catálogo, aunque mucho más reducido, de los deberes del funcionario. Ha de reconocerse que la ausencia de una tabla completa y exhaustiva hacía necesario completar estos deberes por vía doctrinal o jurisprudencial, acudiéndose para ello, con carácter principal, a la sección de infracciones y sanciones. Los nuevos deberes del empleado público que recoge el EBEP no se apartan demasiado, como habrá ocasión de comprobar, de los ya recogidos en la parcialmente derogada LFCE¹. Destacan, sin embargo, dos importantes novedades que pueden apreciarse en los conceptos empleados ya en el propio título del Capítulo VI: los conceptos «código de conducta» y «empleado público». No se trata aquí de relacionar, como antes se hizo, una tabla de deberes de los funcionarios públicos. El EBEP los configura como un auténtico

¹ Destaca la desaparición, por obsoleto, de uno de los deberes contenidos en la LFCE, relativo al deber de residencia en el municipio en el que radicase la oficina, dependencia o lugar de prestación de servicios. Si bien en su momento se justificaba esta obligación por la necesidad de garantizar que el empleado público cumpliera adecuadamente sus obligaciones, en la actualidad resulta obsoleto, dada la evolución de la población urbana desde 1964 y los avances producidos en los medios de transporte.

«código de conducta»², a imagen y semejanza de los creados por otras instituciones pioneras, como la OCDE o el Consejo de Europa, que han impulsado la creación de códigos de ética, o, ya en España, el propio Código del Buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado³.

Si, como se ha indicado, la LFCE ya contenía muchos de los deberes recogidos ahora en el EBEP, su lenguaje y estilo reflejaba la ideología dominante en el régimen durante el cual fue aprobado. Lejos de este ámbito, el EBEP trata de acuñar una tabla de deberes adaptada al Estado constitucional de nuestros días y a la nueva perspectiva bajo la que se asumen las relaciones entre la Administración, con sus nuevos valores, y el ciudadano, que ya no es considerado como sujeto subordinado a una Administración pública despótica e ineficiente. Este cambio en la cultura administrativa deja atrás la preocupación del legislador tradicional por ofrecer una tutela individual frente a los actos administrativos, para ofrecer ahora a una gestión de los servicios en beneficio del ciudadano. En ella merecen especial atención y protagonismo los deberes que corresponden al empleado público. Se trata, por una parte, de fortalecer las relaciones e incrementar la confianza entre las instituciones públicas y los ciudadanos. Por otra, de fomentar la competitividad entre las diferentes Administraciones públicas, con el ánimo de que redunde en la consecución de una mayor calidad del servicio ofrecido al ciudadano.

Otro cambio relevante afecta a la denominación del destinatario de este código de conducta, que ya no es el funcionario público, sino el empleado público, esto es, aquel que desempeñe «funciones retribuidas en las Administraciones públicas al servicio de los intereses generales» (art. 8.1 EBEP)⁴. La convivencia entre estos tipos de personal es cada vez más frecuente, por lo que no extraña la intensidad con la que la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público ha indicado que «los mismos deberes han de ser aplicables a los funcionarios públicos y contratados laborales de la Administración

² Muy crítico con esta calificación se muestra GÁRATE CASTRO: «Deberes, faltas y sanciones del empleado público en su Estatuto básico (algunos elementos para comprender y valorar su regulación)», en *RL*, 2008, en prensa], para quien el propósito del legislador es configurar conductas directamente exigibles y el citado código se presenta «con vocación de constituir el principal instrumento de determinación de conductas o comportamientos exigibles al empleado público teniendo en cuenta la integración en la prestación de sus servicios de los intereses sociales que están llamadas a satisfacer las Administraciones públicas empleadoras».

³ BOE de 7 de marzo de 2005.

⁴ Tal y como precisa el artículo 8.2 EBEP, son empleados públicos tanto los funcionarios de carrera y los interinos como el personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal y el personal eventual.

y Entidades Públicas», con el fin de unificar el catálogo de deberes y obligaciones básicas exigibles a todos ellos, con independencia de cual sea su régimen jurídico. En todo caso, este catálogo de deberes y principios que integran el código de conducta, además de complementar el listado recogido en el artículo 5 ET, podrá ser completado por cada Administración o entidad pública con normas de conducta más específicas y detalladas, aunque nunca contradictorias con las que en él se recogen [art. 95.2.p) EBEP].

II. PRINCIPIOS ÉTICOS Y PRINCIPIOS DE CONDUCTA

El primero de los tres preceptos que componen el Capítulo VI detalla los concretos contenidos «que inspiran el código de conducta de los empleados públicos» y que, al tiempo, han de informar la interpretación y aplicación de su régimen disciplinario. En concreto, se enumeran tres deberes y quince principios inspiradores del código de conducta cuyo contenido se desarrolla en los dos preceptos siguientes.

Los tres referidos deberes pueden sintetizarse en: 1) desempeñar con diligencia las tareas asignadas; 2) velar por los intereses generales, y 3) actuar con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. A tal fin, los empleados públicos han de regirse por determinados principios «que inspiran el código de conducta de los empleados públicos» y que, en realidad, podrían encajar en los deberes enunciados. Son éstos los de «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». Entre ellos destaca, por su singularidad, el principio de «promoción del entorno cultural y medioambiental»⁵, pues todos los demás pueden ubicarse, sin muchas dificultades, en la actuación conforme a la Constitución y a la ley o bien en el deber de diligencia en el cumplimiento de las tareas de acuerdo con los intereses generales. Por otra parte, el citado deber de promoción cultural y medioambiental resulta ser de difícil cumplimiento para aquellos empleados cuyas funciones no aparezcan específicamente vinculadas a la adopción de decisiones o acuerdos en estas concretas materias.

⁵ Para GÁRATE CASTRO [*op. cit.*], este principio no encuentra reflejo en las conductas o comportamientos descritos en los artículos 53 y 54 EBEP, lo cual no impide que «la Administración o entidad pública empleadora carezca de la posibilidad de efectuar recomendaciones o hasta estimular o impulsar comportamientos que obedezcan a aquél», los cuales, considera el autor, sí encajarían entre los típicos de un código de conducta.

Entre los principios relacionados en los dos artículos siguientes destaca la ausencia de cualquier hilo conductor que justifique su ubicación en uno u otro precepto. En otras palabras, nada permite distinguir los «principios éticos» de los «principios de conducta» ni, por consiguiente, se alcanza a comprender el porqué de su inclusión en uno u otro bloque. Por ello, el análisis que aquí se realizará de cada uno de estos principios no atenderá a su calificación como principio ético o de conducta, sino a su posible ubicación dentro de los tres citados deberes generales de los empleados públicos.

1. El deber de diligencia

El simple desempeño de las funciones encomendadas al empleado público no es suficiente para cumplir la misión de la Administración si no va acompañado de una actuación diligente. Este principio, que ya constaba en el artículo 76 LFCE, se expresa ahora, de manera reiterada, a lo largo de todo el catálogo de principios y deberes que componen el código de conducta del empleado público. Es el primero de los que se enumeran en la lista general que recoge el artículo 52 EBEP («los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas»), y se reitera posteriormente, tanto como principio ético (art. 53.10: «cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden»), como entre los principios de conducta (art. 54.2: «el desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente»).

Es condición esencial para el cumplimiento del deber de diligencia que las funciones o tareas a desempeñar sean las propias del grupo, categoría o especialidad del empleado público, o que, aun sin serlo, que se le hubieran encomendado por razones de urgencia o de interés público superior. Se trata de un principio aplicable a todo empleado público, pero su alcance resulta especialmente relevante cuando afecta al desempeño de determinadas funciones de especial importancia, como pueden ser las propias de los empleados públicos pertenecientes a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado. En ellos, la diligencia en el cumplimiento de los trámites, plazos y requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico en materia de detención de personas deviene un requisito insoslayable⁶.

La dificultad de ofrecer una noción legislativa de diligencia lo suficientemente precisa provoca el manejo de concepciones difusas que revelan la posición o actitud determinada de una persona frente a unos

⁶ STSJ Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de diciembre de 2000 (JUR 2001/64088).

intereses concretos⁷. Así pues, la diligencia no es un valor absoluto y, en muchas ocasiones, resulta difícilmente medible. Engarzada directamente con la idea de diligencia se encuentra la de rendimiento, también abstracta y relativa, importada desde el ámbito laboral al administrativo⁸. En línea con esta opción legislativa, el EBEP concreta el deber general de diligencia a través de dos menciones adicionales que afectan a la obligación de resolver en plazo los procedimientos o expedientes de su competencia (art. 53.10) y a la de cumplir la jornada y horario establecidos (art. 54.2). No es difícil apreciar que, con esta insistencia, el EBEP trata de reforzar la imagen pública de las Administraciones, con el ánimo de combatir el descrédito que habitualmente se les atribuye, al menos en estas dos concretas cuestiones. Conforme a esta idea, la diligencia entronca claramente con el principio de eficacia (arts. 103 CE y 53.8 EBEP)⁹, que se señala como el motor de la actuación administrativa en cuanto al cumplimiento de los intereses generales¹⁰.

El amplio alcance del deber de diligencia provoca que su incumplimiento pueda proceder de buena parte de las conductas recogidas en el artículo 95.2 EBEP. Tal sucede con el abandono del servicio, el no hacerse cargo de las tareas y funciones encomendadas, la adopción de acuerdos ilegales o el incumplimiento de las funciones esenciales del puesto de trabajo. Junto a la responsabilidad disciplinaria derivada del incumplimiento del deber, ha de recordarse que «la parte de la jornada no realizada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador» (art. 30.1 EBEP).

2. La consecución del interés general

La referencia del artículo 53.8 EBEP a la «consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización» traspone un principio ético que no es sino el reflejo del deber específico que la Constitución impone a la Administraciones públicas de servir «con objetividad los intereses generales». Para ello actuarán actuando de acuer-

⁷ En este sentido, *vid.* BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1981), pp. 60-61.

⁸ *Vid.* MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3.ª ed., Lex Nova (Valladolid, 2006), p. 336.

⁹ Para la STC 178/1989, de 2 de noviembre, «la exigencia de profesionalidad de los servicios públicos [aparece] conectada directamente al principio constitucional de eficacia de la Administración».

¹⁰ *Vid.* DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración pública*, Lex Nova (Valladolid, 2006), p. 145. En cambio, para otros autores [GARRIDO FALLA, F.: *Artículo 103*, en AA.VV. (GARRIDO FALLA, dir.): «Comentarios a la Constitución», 2.ª ed. ampliada, Civitas (Madrid, 1985), p. 1423], el principio de diligencia carece de eficacia jurídica alguna.

do con los principios de «eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1), siendo imprescindible garantizar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los empleados públicos (art. 103.5) y la interdicción de toda arbitrariedad (art. 9.3). El principio de eficacia se convierte así en un elemento consustancial a una Administración caracterizada por la nota de servicio público, pues de su actuación eficaz deriva la mayor o menor efectividad de los derechos que la Constitución garantiza a los ciudadanos. De este modo, la eficacia debe concretarse en todas las prestaciones que proporciona la Administración, tales como la pronta tramitación y resolución de los procedimientos (art. 54.10 EBEP) adecuando, a tal fin, todos sus elementos personales y materiales. La política de gestión de los recursos humanos constituye un punto estratégico, desde el propio régimen de selección de personal, que ha de garantizar la profesionalidad y preparación necesarias ¹¹, pasando por un régimen de formación y de carrera administrativa y un sistema de incompatibilidades que han de orientarse al cumplimiento de los objetivos de la Administración pública.

Entre estos objetivos resalta de un modo especial el de satisfacer los intereses de los ciudadanos. Así lo ordena el artículo 53.2 EBEP, indicando a continuación las características que dicha actuación ha de presentar, pues ésta «*se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese opiniones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otra que puedan colisionar con este principio*». La exigencia de objetividad o imparcialidad obliga a los funcionarios a actuar de acuerdo con las normas, lo cual no implica una aplicación formal y rigurosa de éstas, sino una interpretación acorde con los intereses generales. En consecuencia, la imparcialidad impone al empleado público una conducta neutral, dedicada al servicio público. Con este objetivo, el EBEP impone a los empleados públicos la obligación de abstenerse de las conductas contrarias al principio de dedicación al servicio público ¹², pero también de aquellas «que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos» (art. 53.11). Con ánimo, quizá, de concretar las conductas referidas, los apartados 5 y 6 del artículo 53 EBEP enumeran algunas situaciones que ha de evitar todo empleado público, en la medida en la que impliquen un conflicto de

¹¹ Vid. MARINA JALVO, B., *op. cit.*, p. 45.

¹² Crítico en este sentido se muestra GÁRATE CASTRO (*op. cit.*), para quien la satisfacción de los intereses generales «no depende sólo de lo que hagan o dejen de hacer los empleados públicos; requiere que las propias Administraciones públicas observen también una actuación real, no meramente formal o aparente, acorde con los valores e ideario ético a que se viene haciendo mención».

intereses con las obligaciones propias de su puesto público. Así se le ordena abstenerse:

a) «*En aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público*» (art. 53.5). El minucioso entramado de garantías que abarca todo el sistema de empleo público se extiende desde el método de selección de personal al servicio de la Administración, basado en los principios de mérito y capacidad, hasta la política de personal, el sistema de carrera administrativa y, sobre todo, el régimen disciplinario. Estas garantías se completan con un sistema de incompatibilidades que, con carácter general, impide cualquier confusión entre los intereses generales y los económicos, profesionales o la ideología política del funcionario¹³. A tal efecto, el ordenamiento jurídico ha fijado una serie de circunstancias cuya concurrencia obliga al empleado público a abstenerse de intervenir en el procedimiento administrativo, pudiendo ser recusado en caso contrario¹⁴.

El artículo 28.2 Ley 30/1992 recoge, entre otras causas de abstención del empleado público, el parentesco por consanguinidad o afinidad «con cualquiera de los interesados, los administradores de entidades o sociedades interesadas, así como los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato». Se trata de supuestos en los que se presume que el empleado público no puede actuar con total y absoluta imparcialidad, al ser titular de derechos e intereses que pudieran verse afectados por la resolución adoptada en el procedimiento. Repárese en que el deber de abstención y, en consecuencia, la facultad de recusación afecta a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, incluyendo a todos los que intervienen en el procedimiento. Por consiguiente, no afecta sólo a los que deciden, sino también a los que asesoran y a quienes, de algún modo, están presentes en el procedimiento, aunque sea de forma mecánica o subordinada. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que el mayor o menor grado de intervención en la decisión final sirva para ponderar el alcance de la prohibición de la intervención del empleado en quien concurra la causa de abstención.

¹³ Vid. MARINA JALVO, B.: *op. cit.*, p. 46 y ss.

¹⁴ Como indica la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 14 de junio de 1999 (RJCA 1999/1975), «es en aras de obtener esa imparcialidad y garantizar no sólo el ser imparcial sino también el parecerlo» el motivo por el cual se articulan las causas sobre abstención y recusación, «evitando la mera intervención de funcionarios y autoridades en expedientes en los que se pueda dudar de su imparcialidad, castigando como falta grave la no abstención cuando existe causa y reservando para el castigo penal aquellas intervenciones parciales».

El desconocimiento del deber de imparcialidad o neutralidad, que exige mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares y generales, dará lugar, sin perjuicio de la declaración de invalidez de la actividad realizada por el empleado público, a las correspondientes medidas sancionadoras previstas por el ordenamiento jurídico, ya sean éstas de carácter disciplinario [art. 95.2.d) EBEP] o penal (arts. 404 y ss. CP).

b) De «*contraer obligaciones económicas o intervenir 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*» (art. 53.6). El incumplimiento de este principio consiste en contraer las obligaciones económicas o en realizar las actividades indicadas, contrarias a los principios de imparcialidad y neutralidad. Es irrelevante, a estos efectos, el grado de intencionalidad que pudiera poseer el infractor o los perjuicios específicos derivados de la conducta infractora. Tampoco es un factor determinante el que la empresa sea propiedad exclusiva del empleado o éste se haga cargo de ella por pertenecer a un conocido o a un familiar, o que tales actividades hubieran sido desarrolladas con personas dependientes del establecimiento donde el sancionado preste sus servicios como empleado público ¹⁵.

c) De cualquier trato de favor «*o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas*». Parece irrelevante, a efectos de considerar incumplido este deber, cuál sea el tipo de conducta que vaya a realizar o hubiera realizado el empleado público a cambio del trato de favor o privilegio prometido. En otras palabras, el hecho de que dicha conducta sea legal o se incluya en el ámbito de sus competencias o, por el contrario, contravenga el ordenamiento jurídico sólo servirá para valorar la gravedad de la infracción y de la sanción a imponer. Este principio de conducta resalta, sin embargo, el carácter injustificado del beneficio o de la ventaja obtenida. No impide, en consecuencia, que el empleado público trate de beneficiarse del correcto ejercicio de su trabajo, siempre y cuando esa ventaja o ese beneficio sea merecido.

Por otra parte, de la literalidad del citado precepto no se deduce que el privilegio o ventaja injustificada tenga que beneficiar directamente al empleado público, sino que ésta puede dirigirse a un tercero. Así se desprende del artículo 95.2.j) EBEP cuando sanciona como falta muy grave «la prevalencia de la condición de empleado público para obtener

¹⁵ Para el TS «además de la falta objetivamente cometida», se atenderá a «la intencionalidad, la perturbación de los servicios, los daños y perjuicios producidos a la Administración o a los administrados, la reincidencia en la comisión de faltas, el grado de participación en la comisión u omisión, y la trascendencia para la seguridad pública» [sentencia (Sala 3.ª) de 25 de mayo de 2004 (RJ 2004/4034)].

un beneficio indebido para sí o para otro». A su vez, el referido trato de favor o beneficio no tiene por qué presentar exclusivamente un carácter económico, sino que puede dar lugar a cualquier tipo de «privilegio» o «ventaja injustificada», dentro o fuera de la Administración pública. El hecho de que en el citado precepto sólo se cite a las personas físicas o entidades privadas como los capaces de ofrecer dicho beneficio no impide que pueda considerarse a la Administración pública como inductora, cuando, por ejemplo, el autor de la propuesta sea otro empleado público. En tal caso, si entre ellos existiese una relación de jerarquía y la orden, de la que se seguiría la ventaja o trato de favor, constituyese «una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico», jugaría el deber de ponerla inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes (art. 54.3 EBEP). El EBEP quiere así poner de manifiesto que la obediencia debida en su seno tiene límites legalmente amparados. Como reacción frente a las órdenes que manifiestamente infrinjan el ordenamiento jurídico, el EBEP impone una deber de denuncia, sin pronunciarse sobre si deben ser obedecidas o no. Además, los artículos 410 y 411 CP castigan el incumplimiento de este deber, en el segundo precepto por reiteración de la conducta, cuando con dicha infracción, además de atacar la racional y eficiente organización de la función pública, genere el riesgo de que no puedan llegar a realizarse los fines institucionales de la Administración de que se trate ¹⁶.

En esta misma línea se encuentra el deber del empleado público de rechazar «cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el código penal» (art. 54.6 EBEP). No se alcanza a comprender por qué este deber se configura como un «principio de conducta» en lugar de aparecer como un «principio ético», al igual el previsto en el artículo 53.7, con el que guarda una indudable relación. Los empleados públicos no pueden recibir emolumentos por el cumplimiento de su función porque una de las notas que caracterizan a la función pública es el abono de sus servicios con cargo a los presupuestos generales. De ahí esta prohibición que impide al empleado público aceptar cualquier tipo de contraprestación a cambio del ejercicio de sus funciones. No obstante, al tolerar la aceptación de regalos, favores y servicios que encajen en los usos habituales, sociales y de cortesía, permite el EBEP la existencia de conducta perniciosas que, por su pequeñez, pudieran parecer inocuas, pero que pueden llegar a debilitar la integridad del empleado público y que, precisamente, se han convertido en un uso social por su habitualidad ¹⁷.

¹⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, A.: «Comentario al artículo 410 CP», en VV.AA. (CONDE-PUMPIDO TOURTÓN, dir.): *Comentarios al Código Penal*, Bosch (Barcelona, 2007), p. 3066.

¹⁷ Para PARADA VÁZQUEZ [*Derecho del empleo público*, Marcial Pons (Madrid, 2007), p. 199], debiera haberse optado por la radical prohibición de cualquier dádiva. Para MIRAN-

d) De influir «*en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros*» (art. 53.9 EBEP). Este principio ético se reserva para los empleados públicos que, de acuerdo con las tareas que tengan asignadas, se ocupen de la tramitación o resolución de procedimientos administrativos. En consecuencia, su alcance y aplicación se encuentran bastante limitados. El precepto resalta, sin embargo, de modo especial, la obligación de todo empleado público de no agilizar trámites o expedientes «sin justa causa», lo cual no impide que así se haga cuando exista un motivo justificado, comprendiéndose, en tal caso, en el deber de diligencia y servicio al ciudadano. Se prohíbe, pues, cuando la conducta constituya un privilegio, tanto en beneficio de los titulares de los cargos públicos como de sus familiares o de su entorno social inmediato, o menoscabe los intereses de terceros.

Dentro de la obligación de servicio al interés de los ciudadanos el EBEP incluye uno de los deberes que darán lugar al mayor número de valoraciones políticas de todo el catálogo que compone el código de conducta, al obligar al empleado público a garantizar «*la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio*» (art. 54.11 EBEP). Más allá de la visión de este precepto como un supuesto triunfo de las lenguas cooficiales, se aprecia en él una doble dimensión: el derecho de todo ciudadano a ser atendido en la lengua cooficial de cada territorio y, al tiempo, el deber de todo empleado público a conocer dicha lengua. A tal fin, las Administraciones públicas habrán de garantizar el bilingüismo a través de cursos de formación internos y será, sin duda, uno de los deberes que más desarrollo autonómico alcanzarán de entre todos los enumerados en el EBEP. No obstante, deja en el aire cuestiones no menos relevantes como la legalidad del carácter eliminatorio de las pruebas de idiomas en el proceso de selección del empleado público o, incluso, al carácter expreso o tácito de la petición que ha de formular el ciudadano en cuanto a la lengua en la que debe ser atendido.

3. La sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico

El deber de respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico ha de entenderse como una obligación pasiva de acatamiento,

DA BOTO [«Notas al artículo 54», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, dir.): *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, Comares (Granada, 2008), en prensa], el empleado público no sólo debe ser honesto, sino, además, también parecerlo.

pero también como la necesidad de que todo empleado público asuma activamente el compromiso de actuación profesional acorde con todos los valores y principios constitucionales y, en particular, con el respeto y la promoción de los derechos fundamentales. En concreto, este mandato constituye, simultáneamente, tanto un principio ético —el primero de los relacionados en el art. 53 EBEP, conforme al cual «los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de las normas que integren el ordenamiento jurídico»— y un principio de conducta, el de «observar las normas sobre seguridad y salud laboral» (art. 54.9 EBEP).

Al margen de lo indicado, existen determinados principios y valores recogidos en la Constitución que el empleado público está obligado, no sólo a respetar, como exige el artículo 53.1 EBEP, sino a realizar positivamente en el cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo. Estos principios, en unos casos, se imponen por la CE a las Administraciones públicas con carácter general, como sucede con el de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), bien de modo específico, como los de legalidad y objetividad en el servicio a los intereses generales (arts. 103 y 105). Por ello, una vez expresado el deber de sujeción y observancia de la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 52 EBEP) pudiera entenderse que sobran los restantes principios éticos y de conducta que se recogen en los dos artículos siguientes. El respeto a la Constitución impone la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos (arts. 52 y 53.2 EBEP), así como el respeto de los derechos fundamentales, prohibiendo cualquier comportamiento discriminatorio por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (arts. 14 y 53.2 CE y 53.2 EBEP).

Como puede suponerse, el señalado principio ético no es una innovación del EBEP, sino que ya podía encontrarse, con parecida formulación, en el artículo 76 LFCE. No pasa inadvertida la modificación operada sobre la redacción original de éste, al sustituirse el deber de «acatar» el ordenamiento jurídico, por el nuevo de respetarlo. Este nuevo concepto de respeto no exige, a diferencia del anterior, una identificación personal del empleado público con el texto de la Constitución, sino el simple acatamiento de sus fundamentos básicos, así como los del resto del ordenamiento jurídico, a los cuales habrán de sujetar y acomodar sus decisiones y actuaciones ¹⁸.

¹⁸ Como indica la STC 178/1989, de 2 de noviembre, «si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas administraciones públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente».

Por otra parte, la satisfacción de los intereses de los ciudadanos también exige un comportamiento diligente (arts. 52, 53.10 y 54.2 EBEP), caracterizado por la eficacia, economía y eficiencia (art. 53.8 EBEP), para la cual resulta imprescindible la neutralidad e imparcialidad (art. 53.5 EBEP) del empleado público a la hora de adoptar sus decisiones o de poner en práctica cualquier actuación en el ejercicio de sus funciones, rechazando cualquier trato de favor o privilegio (art. 53.5 EBEP) que pueda influir en la agilización o resolución de trámites en perjuicio del interés general (art. 53.9), o la revelación de secretos o informaciones obtenidas con ocasión del ejercicio de sus funciones (art. 53.12). La diligencia requiere, igualmente, el estricto cumplimiento de la jornada y el horario establecidos (art. 54.2 EBEP), la obediencia a las órdenes e instrucciones de los superiores (art. 54.3 EBEP), a los que ha de tratar con atención y respeto, al igual que a los compañeros y al resto de ciudadanos, atendiéndoles en la lengua que le soliciten (art. 54.11 EBEP) e informándoles sobre los asuntos que tengan derecho a conocer (art. 54.4 EBEP).

De todas las normas que componen el ordenamiento jurídico y a las que han de someter su actuación todos los empleados públicos, se hace mención especial de las normas sobre seguridad y salud laboral (art. 54.9 EBEP). Es este deber el reflejo del derecho que contiene el artículo 14.1 del mismo Texto, a «recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo». A tal efecto, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya señaló, en relación con la Directiva 89/391/CEE, que su finalidad no es sólo incrementar la protección de los trabajadores contra los accidentes de trabajo y la prevención de riesgos profesionales, sino también, el establecer medidas concretas de organización de la protección y de la prevención, al tiempo que implicar a los trabajadores en su propia seguridad¹⁹.

No obstante, la asimilación de los empleados públicos y los trabajadores asalariados no es absoluta, por lo que la regulación tampoco es exactamente igual para unos y otros. Dejando a un lado algunas de las exclusiones que contiene el ámbito de aplicación del propio EBEP, que en buena medida cuentan con reglas propias y específicas, se han señalado peculiaridades en lo que concierne a la organización de los servicios de prevención o de asesoramiento técnico, de representación y participación de los trabajadores, sistemas de control de las estructuras organizativas de la prevención y las responsabilidades que puedan surgir²⁰.

¹⁹ Véase STJCE de 22 de mayo de 2003, *Comisión contra Países Bajos*, asunto C-441/01, Rec. 2003, pp. 1-5463.

²⁰ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La aplicación de la Ley de prevención de riesgos laborales en la función pública», en VV.AA. (GARCÍA MURCIA, J., ed.): *La regulación del trabajo en las Administraciones públicas*, Consejería de Industria y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias (Oviedo, 2003), pp. 48-49.

Por otra parte, el artículo 53.4 EBEP ordena que la conducta del empleado público se base «en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Este precepto, así como el artículo 95.2b) EBEP —conforme al cual se califica como falta muy grave «toda actuación que toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o 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 sexual y por razón de sexo»—, provienen del artículo 31.1.b) de LMRFP, tal y como quedó redactado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Se le ha añadido la referencia al acoso moral y al acoso por razón de sexo, diferenciándose este último del acoso sexual, tal y como se define en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyos artículos 51 y siguientes regulan el principio de igualdad en el empleo público y señalan, entre otras medidas, las de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, la formación en igualdad, la presencia equilibrada de ambos sexos en el empleo público y el establecimiento de medidas efectivas de protección frente a la discriminación. Igualmente, podrá ser objeto de la sanción prevista en el artículo 511 CP, «el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía».

4. Principios rectores de la actuación del empleado público

A medio camino entre el deber de diligencia y el de servicio a los intereses generales se encuentran otros deberes que encuentran su encaje exacto en los principios de actuación enumerados en el artículo 52 EBEP. En concreto, se trata de los siguientes:

a) *Principios de accesibilidad y dedicación al servicio.* De acuerdo con ellos, los empleados públicos «*tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos*» (art. 54.1 EBEP). Con este elemental principio, ya recogido por el artículo 79 LFCE, se recuerda al empleado público que está al servicio de los ciudadanos, y no por encima de ellos, como corresponde especialmente a la Administración de un Estado social y democrático de Dere-

cho. Este principio excluye, por descontado, las conductas que puedan ser constitutivas de acoso, ya sea moral o sexual, pero también cualesquiera otras que, sin necesidad de ser reiteradas en el tiempo, puedan atentar contra la dignidad ajena ²¹. No se traduce expresamente este incumplimiento en el catálogo de faltas muy graves, pero sí podrían encajar en él la tipificación del acoso moral [art. 95.2.b) EBEP], o del acoso laboral [art. 95.2.o) EBEP].

b) *Principios de accesibilidad y transparencia*: «Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones» (art. 54.4 EBEP). Este deber carece de antecedente en la anterior LFCE y se ubica, sin duda, en la concepción de una Administración al servicio de los ciudadanos. El límite al deber de informar o al derecho a conocer no es otro que el deber de confidencialidad de los empleados públicos (art. 53.12 EBEP). La utilización indebida de esta información se considera como falta muy grave [art. 95.2.e) EBEP] e, incluso, si su acceso estuviera restringido por la autoridad competente, podría conducir a responsabilidades penales (art. 414 CP).

c) *Principios de honradez, austeridad y ejemplaridad*: «Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación» (art. 54.5 EBEP). De nuevo, este deber encaja en el «derecho a la buena Administración», que incluye los principios generales de buena fe y diligencia. El Capítulo VII («De la malversación») del Título XIX CP castiga las infracciones más graves de este deber ²².

d) *Principio de dedicación al servicio*. En él se pueden incluir los siguientes:

1. «Mantendrán actualizada su formación y cualificación» (art. 54.7 EBEP). Este deber tradicional, ya recogido en el artículo 80 LFCE, conforme al cual: «los funcionarios han de (...) esforzarse en la mejora de sus aptitudes profesionales y de su capacidad de trabajo», constituye una nueva manifestación de los deberes generales de diligencia y dedicación al servicio. Este deber es a su vez el reflejo de otro derecho, «a la formación continua y a la actualización permanente de

²¹ Vid. MIRANDA BOTO, J. M.^a: *op. cit.*

²² Para CRESPO BARQUERO [«Comentario al Título XIX», en VV.AA. (DEL MORAL GARCÍA y SERRANO BUTRAGUEÑO, coords.): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Comares (Granada, 2002), p. 2399], este tipo penal se construye sobre la defensa del erario público y la fidelidad del funcionario, al tiempo que da entrada a aspectos más novedosos como la eficacia imparcial de la Administración y la especial protección del patrimonio público en función de los intereses generales afectados.

sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral», que ha de entenderse como un medio de promoción del empleado público en su carrera profesional²³. Pese a su relevancia, entre las faltas muy graves que recoge el artículo 95.2 EBEP no se tipifica expresamente el incumplimiento de este deber.

2. *«Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio»* (art. 54.10 EBEP). Este es, quizá, el deber más fútil de todos los enumerados en el código de conducta del empleado público. Si bien constituye una nueva manifestación de los principios de diligencia y de dedicación al servicio, se dedica a fomentar, en claves positivas, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación de procedimiento administrativo²⁴, pero forma parte del terreno de la moral más que del jurídico, dado que resulta completamente inviable sancionar al empleado público que guarde para sí sus ideas y decida no compartirlas con la administración.

3. *«Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables»* (art. 54.7 EBEP). Este deber, claramente incluido en el general de diligencia, no impone una obligación novedosa a los empleados públicos, tradicionalmente acostumbrados al manejo eficaz de los tradicionales expedientes, legajos y documentos. Tan sólo destaca, en plena era de las nuevas tecnologías, que este deber ya no se limita a los documentos recogidos en papel u otros formatos similares, sino a la conservación y custodia de los contenidos en otros documentos electrónicos o telemáticos.

e) *Principio de confidencialidad: «guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para el beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público»* (art. 53.12 EBEP). El deber de guardar secreto y de no revelar las informaciones obtenidas como consecuencia del ejercicio del cargo ya se regulaba en el artículo 80 LFCE, que imponía la obli-

²³ Como señala SÁNCHEZ MORÓN [*Derecho de la función pública*, 4.ª ed. Tecnos (Madrid, 2004), p. 176], la asistencia a cursos y la obtención de diplomas son objeto de valoración específica en los baremos de méritos para los concursos de provisión.

²⁴ Vid. CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los empleados públicos», en VV.AA. (SÁNCHEZ MORÓN, dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova (Valladolid, 2007), p. 368.

gación de «guardar sigilo riguroso respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo». El contenido de las revelaciones puede afectar a dos tipos de materias: las clasificadas como secretos oficiales, o las informaciones que, sin merecer la consideración anterior, se considera que no deben ser conocidas por terceros. Es la Ley de secretos oficiales la que determina qué información ha de merecer dicha calificación. A su vez, otros datos protegidos se encuentran en el artículo 10 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, así como en el artículo 10.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

Más complejo es determinar el alcance de lo que debe entenderse como «asuntos que conozcan por razón de su cargo». Puede tratarse de datos o noticias, oficiales o particulares, de las que pueda tener conocimiento el funcionario por razón de su cargo, tales como datos fiscales, sanitarios, censales y otros de carácter personal, así como secretos comerciales o industriales. El hecho de que no se concrete cuáles pueden ser estos asuntos deja en manos del órgano judicial la valoración de su carácter secreto o no, generando un importante ámbito de inseguridad jurídica para el afectado. No obstante, estas valoraciones también vendrán determinadas por la voluntad del afectado, según hubiera prestado o no su consentimiento a la revelación o publicidad de determinados datos suministrados a la Administración pública. Es irrelevante, a estos efectos, el daño causado o no al tercero, ya que el propio precepto indica que el deber de confidencialidad se incumple cuando se haga «uso de la información obtenida para el beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público». El precepto no precisa el alcance que ha de tener dicha revelación, de modo que el deber podría incumplirse tanto si esa información se revela a un tercero como si se divulga con carácter general, por ejemplo, a través de una nota de prensa. En cualquier caso, factores como los daños y perjuicios causados por la revelación y el mayor o menor alcance de ésta se tendrán en cuenta a la hora de graduar la sanción que procede conforme a lo dispuesto por el artículo 95.2.e) EBEP, que tipifica como falta muy grave «la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función»²⁵.

²⁵ Para SÁNCHEZ MORÓN, M. [«Régimen disciplinario», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova (Valladolid, 2007), p. 542], este tipo exige un resultado lesivo de la legalidad o del interés público, directa o indirectamente derivado de la conducta infractora del empleado público.

III. CONCLUSIONES

El nuevo código de conducta del empleado público tan solo sorprende por su denominación. Su contenido, en cambio, se ha limitado a plasmar, en algún caso con las modificaciones que las nuevas circunstancias sociales y políticas requerían, los deberes reconocidos ya en la LFCE de 1964. Ciertamente, se han concretado los deberes existentes a través de una relación de conductas que, sin embargo, no se ha logrado exponer de una manera clara y coherente, sino a través de una técnica legislativa dispersa y desordenada, con una marcada tendencia a la reiteración de los principios que poco o nada ha contribuido a aclarar aquellos deberes que precisaban de una mayor concreción.

El mayor valor que presenta este código de conducta es su capacidad de informar la interpretación y aplicación del régimen disciplinario del empleado público, previsto en el Título VII EBEP. Queda pendiente el desarrollo que las comunidades autónomas pueden hacer de cada uno de los principios que integran este código de conducta, si bien es cierto que no parece probable que se aprecien modificaciones relevantes en sus principios.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. DETERMINACIÓN
DE LA NORMATIVA APLICABLE EN LOS ÁMBITOS
DE LAS ADMINISTRACIONES ESTATAL,
AUTONÓMICA Y LOCAL

MARÍA LUISA MARTÍN HERNÁNDEZ

Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A UNA PROTECCIÓN EFICAZ EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO A FAVOR DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.—III. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS POR LO QUE RESPECTA A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.—IV. LA NORMATIVA ACTUALMENTE EN VIGOR EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. Normativa sobre protección de la seguridad y salud en el trabajo aplicable a los empleados públicos de la Administración General del Estado. 2. Normativa sobre protección de la seguridad y salud en el trabajo aplicable a los empleados públicos de las Administraciones autonómicas y de las Corporaciones Locales.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Partiendo del hecho de que el artículo 14.1) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, LEBEP) reconoce expresamente a todos los empleados públicos incluidos dentro de su ámbito de aplicación —funcionarios y personal laboral— el derecho a «*recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*» pero no desarrolla el contenido de este específico derecho, el objetivo que inicialmente se pretende alcanzar en este trabajo es el de determinar cuál o cuáles son las normas que lo regulan específicamente. El punto de partida debe ser el artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención del Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), que prevé expresamente que el régimen de protección de la seguridad y la salud en el trabajo establecido con carácter general en la misma deberá adaptarse a las «*particularidades*» que concurren en el ámbito de las Administraciones públicas.

A pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, se trata de una cuestión susceptible de alcanzar especial complejidad respecto a los empleados públicos de las Administraciones públicas territoriales de ámbito autonómico y local, puesto que mientras que la regulación del régimen de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo de su personal laboral constituye una competencia exclusiva del Estado por tratarse de una materia laboral (art. 149.1.7.^a CE), la reglamentación de la protección de la seguridad y la salud de los funcionarios públicos, en cambio, en cuanto que forma parte del régimen estatutario de dicha clase de personal, constituye una materia respecto a la que el Estado tan sólo dispone de la competencia de dictar la «*legislación básica*», correspondiendo a las Comunidades Autónomas la competencia de desarrollo y especificación, dentro de su respectivo ámbito territorial, de dicha legislación básica (art. 149.1.18.^a CE). Siendo así, resulta de especial interés, por su indudable y relevante trascendencia práctica, llegar a una

conclusión sobre si existen o pueden llegar a existir diferencias en materia de protección frente a los riesgos derivados del trabajo entre, por una parte, los funcionarios públicos y el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas en general; y por otra, los empleados públicos de la Administración General del Estado y los del resto de las Administraciones públicas de ámbito territorial inferior.

II. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A UNA PROTECCIÓN EFICAZ EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO A FAVOR DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La LEBEP, según disponen los apartados 1 y 2 de su artículo 1, se aplica tanto a los funcionarios públicos como al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Y a todos ellos, de forma expresa, les reconoce el derecho a «*recibir una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*» (apdo. 1 del art. 14) y les impone el deber de observar «*las normas sobre seguridad y salud laboral*» (apdo. 9 del art. 54). Estas son las únicas referencias que podemos encontrar en el LEBEP a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo de los empleados públicos. Pero ninguna de ellas constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico puesto que, prescindiendo de antecedentes más remotos¹, las mismas ya se encontraban recogidas con anterioridad en la LPRL. En efecto, la LPRL, desde su versión inicial de 1995, incluyó dentro de su ámbito de aplicación tanto a los trabajadores parte de una relación laboral *strictu sensu* como al personal con relación de carácter administrativo o estatutario con la Administración pública para la que presten servicios (art. 3). Ambos tipos de empleados públicos son considerados «*trabajadores*» a efectos de la LPRL y, en consecuencia, todos ellos son titulares del derecho subjetivo frente a su «*empresario*» a disfrutar de una protección eficaz en materia de segu-

¹ Hay que reseñar que la normativa de seguridad y salud en el trabajo vigente con anterioridad a la LPRL, encabezada por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 (en adelante, OGSHT), ya incluía dentro de su ámbito de aplicación tanto a las Administraciones públicas como a las sociedades cooperativas que contaran con socios que desarrollaran prestaciones personales de servicios en ellas, en cuanto que los sujetos que trabajaban en tales ámbitos se encontraban amparados por alguno de los regímenes de protección previstos en la LGSS. Por lo tanto, aunque la propia LPRL expresa en su Exposición de Motivos que su aplicación a esta clase de sujetos que no son trabajadores a efectos del artículo 1.1 ET constituye una de sus principales novedades, en realidad, no es así. Lo que sí constituye una auténtica novedad de la Ley es la atribución expresa a tales sujetos de un derecho subjetivo en la materia, ya que hasta la LPRL, tal derecho sólo se encontraba atribuido a los trabajadores parte de un contrato de trabajo por ser los únicos a los que les resultaba de aplicación el artículo 19 ET. Vid. MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid, 2006, p. 104.

ridad y salud en el trabajo consagrado en su artículo 14.1, y todos ellos, también, se encuentran obligados a cumplir con el deber establecido en su artículo 29 de colaborar con su «*empresario*» en el cumplimiento de la normativa preventiva en vigor. La LPRL, por tanto, asume un concepto material y no formal de «*trabajador*» que abarca tanto a los trabajadores parte de un contrato de trabajo, sea con un empresario privado o con una Administración pública, como a los funcionarios y al personal estatutario relacionado con alguna Administración pública a través de una relación jurídica de Derecho público. En lógica consecuencia, el concepto de «*empresario*» asumido tampoco se restringe a su sentido técnico-jurídico estricto (el del art. 1.2 ET), sino que se amplía a todos los sujetos que reciban las prestaciones de servicios ejecutadas, ya sea por trabajadores asalariados sometidos a la disciplina jurídico-laboral, ya sea por funcionarios públicos y personal estatutario regidos por una reglamentación de carácter administrativo.

La LPRL dispone, además, que su aplicación a las relaciones jurídicas de naturaleza pública entre los funcionarios y la Administración deberá efectuarse «*con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente ley o en sus normas de desarrollo*» (art. 3). De este modo, de la propia norma básica y general en materia de seguridad y salud en el trabajo se deduce que la aplicación de la normativa preventiva a los funcionarios públicos no se efectuará en exactamente los mismos términos que a los trabajadores asalariados, sino con aquellas adaptaciones que sean necesarias en función de las «*peculiaridades*» que concurren en las Administraciones públicas y que las diferencian de las empresas privadas². En realidad, la razón que justifica la previsión de tales adaptaciones se encuentra en el hecho de que la LPRL se ha elaborado bajo el presupuesto de su aplicación a las relaciones laborales en sentido estricto, es decir, sometidas a la aplicación del régimen jurídico propio del Derecho del Trabajo y no del Derecho Administrativo. La regulación «*laboral*» de la LPRL para poder ser aplicada a relaciones jurídicas que en un sentido técnico estricto no tienen una naturaleza laboral necesita adaptarse al diferente régimen jurídico que resulta aplicable a las mismas. De acuerdo con previsiones específicas aludidas expresamente en la LPRL respecto a las peculiaridades que se deben aplicar al régimen de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en relación al personal civil de las Administraciones públicas, tales peculiaridades debían venir referidas a los siguientes aspectos par-

² Vid. CARDENAL CARRO, M.: «La normativa elaborada por las Administraciones Públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo», Aranzadi Social, Vol. V, 1999, p. 277, que expresa la opinión de que la necesidad de adaptar en el tramado prevencionista a la estructura estatal derivada del Título VIII de nuestra Constitución fue una de las causas principales de la renovación legislativa en la materia de seguridad y salud en el trabajo en nuestro país.

ticulares: a la organización de la actividad preventiva mediante los recursos materiales y humanos necesarios (art. 31.1, segundo párrafo, que después se especifica en la Disposición Adicional 4.^a del RSP), a los órganos de representación y participación específicos de los trabajadores en la materia de la seguridad y salud en el trabajo (art. 34.3), al régimen de responsabilidades administrativas derivadas del mero incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas (art. 45.1), así como, finalmente, a la posibilidad de que en el ámbito de las Administraciones locales y autonómicas las funciones que la LPRL atribuye a la Inspección del Trabajo y Seguridad Social puedan ser asignadas a otros órganos específicos creados en su ámbito [Disposición Adicional 3.^a, núm. 2, letra b) LPRL, y Disposición Adicional 1.^a, núm. 2, letra b) RSP, que reproduce literalmente la anterior].

Por otro lado, hay que dejar indicado que los ámbitos de aplicación de la LEBEP y de la LPRL en relación al personal al servicio de las Administraciones públicas no coinciden.

La LPRL y el resto de la normativa preventiva dictada en desarrollo de la misma, con las adaptaciones que, en su caso, sean necesarias, resulta aplicable, en principio, a todo el personal al servicio de las Administraciones públicas —personal laboral y funcionario, y dentro de los funcionarios, tanto a los civiles como a los militares—, independientemente de la Administración pública en la que presenten sus servicios —central, autonómica o local—. Puesto que la LPRL no realiza ninguna acotación sobre qué se debe entender a sus efectos por «*Administración pública*», la misma se debe entender en un sentido amplio y omnicompreensivo³, no circunscrita a la organización de los poderes ejecutivos de los distintos ámbitos territoriales, sino comprendiendo igualmente la Administración de Justicia, la Administración existente alrededor y en función del Poder Legislativo, las Universidades públicas, la Administración sanitaria, etc.⁴.

³ A todas las Administraciones públicas sometidas a Derecho público, independientemente que existan regímenes específicos para los funcionarios que realizan su prestación de servicios en alguna de ellas. Partidaria de este mismo sentido extensivo del concepto de Administración pública asumido por la LPRL se muestra MORENO MÁRQUEZ, A.: *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 114, basándose en que el fin de la LPRL es tratar de proteger a todos los sujetos que realizan para otro una labor de forma subordinada, elemento o requisito sustantivo que claramente se cumple en todas las relaciones funcionariales o estatutarias, sea cual sea el tipo de Administración pública para la que se presten servicios.

⁴ Una interpretación limitada solamente a la Administración en sentido estricto —la vinculada directamente al Poder Ejecutivo—, conduciría a dejar desprovistos del derecho a una protección eficaz contra los riesgos profesionales al personal de estos otros organismos públicos sin justificación objetiva alguna, puesto que en estos supuestos ni la naturaleza jurídica del vínculo jurídico, ni los caracteres de su prestación de servicios, ni la actividad profesional que realizan, son sustancialmente diferentes a las del resto de personal laboral y funcionario al servicio de los entes públicos que históricamente se han venido consideran-

Cierto es, no obstante, que como veremos más adelante, se prevén tratos diferenciados para algunos ámbitos administrativos en particular (centros y establecimientos militares y penitenciarios) y que, además, es posible la exclusión por una norma específica que así lo establezca expresamente de una serie de actividades realizadas por el personal al servicio de las Administraciones públicas cuando vengan referidas a alguna de las funciones públicas precisadas por la propia LPRL (art. 3.2): policía, seguridad y resguardo aduanero; servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública; y Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil. Dada la naturaleza de las funciones públicas aludidas, las exclusiones podrán venir referidas mayoritariamente a personal con relación jurídica de carácter funcionarial. No obstante, expresamente se establece que en los casos en que tal exclusión se llegue a producir efectivamente, la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en dichas actividades deberá «*inspirarse*» en la regulación contenida en la LPRL.

Por su parte, la LEBEP resulta aplicable, como su propia denominación indica, a los «*empleados públicos*». La LEBEP asume un concepto material de «*empleado público*» ya que su ámbito subjetivo de aplicación se extiende a toda clase de servidores públicos, esto es, tanto a los funcionarios públicos como al personal laboral (apdos. 1 y 2 de su art. 1)⁵, independientemente del ámbito territorial de la Administración pública en que presten sus servicios (art. 2). Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en su artículo 4, este ámbito de aplicación en principio universal queda restringido ya que expresamente se excluyen del mismo, *salvo que la normativa específica disponga expresamente lo contrario*, los empleados públicos vinculados con los siguientes entes administrativos: el personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; el personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y de los Órganos

do Administración pública y que indudablemente se encuentran incluidos dentro de ámbito de aplicación de la LPRL. Una consideración distinta a la expuesta supondría incurrir claramente en una discriminación anticonstitucional (art. 14 CE). Así se manifiesta también, RUBIO RUIZ, A.: *Manual de derechos, obligaciones y responsabilidades en la prevención de riesgos laborales*, FC Editorial, Madrid, 2002, p. 56.

⁵ En relación a esta cuestión, la Exposición de Motivos de la LEBEP manifiesta que «EL Estatuto Básico del Empleado Público contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. Partiendo del principio constitucional de que el régimen general de empleo público en nuestro país es el funcionarial, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas. En este sentido, el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado».

estatutarios de las Comunidades Autónomas; los jueces, magistrados, fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia; el personal militar de las Fuerzas Armadas; el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; el personal retribuido por arancel; el personal del Centro Nacional de Inteligencia; y el personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

Teniendo en cuenta los divergentes ámbitos subjetivos de aplicación de la LPRL y de la LEBEP, más restringido el de la segunda que el de la primera, no se puede llegar a la conclusión de que el derecho a disfrutar de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo corresponde únicamente a los empleados públicos incluidos en el ámbito de la segunda norma aludida. A pesar de que la LEBEP ha sido promulgada con posterioridad, no cabe interpretar que en este aspecto relativo a la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo derogue a la LPRL debido a que ésta constituye una norma especial y específica en tal materia, y en aplicación de los principios generales para resolver los conflictos entre normas, no puede entenderse desplazada por lo dispuesto en una norma general posterior. Por consiguiente, los empleados públicos excluidos del ámbito de aplicación de la LEBEP también deben considerarse titulares del derecho subjetivo a recibir una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo —ejercitable frente a la respectiva Administración con la que se encuentren vinculados jurídicamente— y obligados a cumplir las normas preventivas vigentes, en los términos previstos en la normativa que desarrolla ese derecho, sea la LPRL o sea una normativa específica de adaptación conforme a lo previsto en la propia LPRL. Y ello por aplicación directa e inmediata de la LPRL, sin que sea necesario, a pesar de lo que prescribe el artículo 4 de la LEBEP, que las normas que regulen el régimen jurídico específico aplicable a tales clases de empleados públicos así lo indiquen expresamente.

La conclusión final es, por tanto, que todos los empleados públicos, sin excepción, son titulares y pueden ejercer el derecho a recibir de la respectiva Administración pública con la que se encuentren vinculados jurídicamente una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, si bien es verdad que el régimen jurídico de ese derecho no será uniforme para todos ellos ya que la LPRL no sólo prevé adaptaciones para el personal funcionario respecto del personal laboral, sino también adaptaciones respecto a algunos tipos concretos de empleados públicos en atención, en tales casos, a las peculiaridades que tienen que ver, sobre todo, con el funcionamiento y organización de los entes administrativos en los que desarrollan su prestación ⁶, e incluso, la posible

⁶ Organización y funcionamientos especiales justificados por el específico tipo de interés general que pretenden alcanzar y que, a su vez, provoca que el régimen jurídico-profe-

exclusión de algunos de ellos cuando, en el ejercicio de su función, lleven a cabo determinadas actividades que así lo justifiquen de acuerdo con las previsiones del artículo 3.2 de la LPRL.

III. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS POR LO QUE RESPECTA A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Conforme al régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido en Título VIII de nuestra Norma Fundamental («*De la organización territorial del Estado*»), el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras materias, en la aprobación de la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7 CE) y en la aprobación normativa de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18.^a)⁷. Además, según lo dispuesto en el artículo 149.3 CE, en el caso de que las Comunidades Autónomas no asuman en sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia de desarrollar la legislación básica dictada por el Estado sobre el régimen profesional de los funcionarios, dicha competencia se mantendrá en el ámbito del Estado; y si las Comunidades Autónomas sí han asumido tal competencia pero no la ejercen, entonces a sus funcionarios les resultará de aplicación, como Derecho supletorio, la normativa que sobre esta cuestión haya promulgado el Estado central para los suyos.

Partiendo de este marco constitucional infranqueable, y aplicándolo en concreto a la materia de la seguridad y salud en el trabajo, la conclusión a la que se llega es a la de que, mientras que respecto de los trabajadores asalariados esta materia constituye una materia estrictamente laboral en cuanto que se encuentra orientada directamente a protegerlos frente a los riesgos derivados del cumplimiento de su prestación laboral de servicios en el ámbito de organización y dirección de su empresario y, en consecuencia, su configuración normativa —tanto legal como re-

sional de su persona ostente ciertas peculiaridades respecto al régimen «común» aplicable a los empleados públicos.

⁷ Sobre las competencias de las CC.AA. en materia de seguridad y salud en el trabajo y los problemas que se pueden plantear al respecto, *vid.* CASAS BAAMONDE, M. E.: «Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionado», AA.VV. (P. ALOMEQUE LÓPEZ, M. C., CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F. Coords.): *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de la prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pp. 176 a 180.

glamentaria⁸— corresponde exclusivamente al Estado, en cambio, respecto a los funcionarios públicos y al personal estatutario de las Administraciones públicas, excluidos de la aplicación de la disciplina laboral (art. 1.3.a) ET y regidos en el desarrollo de su actividad profesional por normas específicas de Derecho público (Derecho Administrativo de la Función pública), la seguridad y la salud en el trabajo constituye un aspecto que forma parte de su régimen profesional o estatutario y, por tanto, el Estado ya no disfruta de la competencia exclusiva en su regulación, sino tan sólo de la posibilidad de dictar las bases normativas, correspondiendo a las Comunidades Autónomas desarrollar tales bases respecto a su propio personal funcionarial. Y como no podía ser de otra manera, así lo ha entendido el legislador nacional.

En efecto, toda la regulación contenida en la LEBEP, y en particular el reconocimiento del derecho a favor de todos los empleados públicos del derecho a recibir una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, constituye «*legislación básica*» respecto a los funcionarios públicos, susceptible de ser complementada y adaptada a sus propias circunstancias por parte de cada Comunidad Autónoma respetando la bases establecidas por el Estado; y «*legislación laboral*» en relación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de modo que respecto a esta segunda clase de empleados públicos los entes autonómicos no podrán dictar normas que de algún modo establezcan un régimen de protección diferente al establecido a nivel estatal. Y lo mismo sucede con el régimen jurídico establecido en la LPRL y en

⁸ Así lo ha interpretado reiteradamente el Tribunal Constitucional, entre otras en las siguientes sentencias: STC 18/1982, de 4 de mayo; STC 35/1982, de 14 de junio; STC 195/1996, de 28 de noviembre; STC 227/1998, de 26 de noviembre; y STC 51/2006, de 13 de febrero. Según esta jurisprudencia constitucional, la expresión «*legislación*» que define la competencia exclusiva del Estado en materia laboral ha de ser entendida en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas, y comprendiendo, por tanto, no sólo las leyes, sino también los reglamentos. Así lo señaló ya la STC 18/1982, de 4 de mayo, respecto de los reglamentos ejecutivos, es decir, de los que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues, si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, así como, en general, respecto de aquéllos que afecten a la situación o derechos de los administrados. La exigencia de uniformidad que informa el título competencial del Estado sobre «*legislación laboral*» ex artículo 149.1.7 determina, en definitiva, que ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normación estatal. En correspondencia con dicha previsión constitucional, en la competencia ejecutiva de la legislación laboral que corresponde a las Comunidades Autónomas se debe entender incluida «la emanación de reglamentos internos de organización de los servicios» (SSTC 249/1988, de 20 de diciembre, FJ 2; 95/2002, de 25 de abril, FJ 9; y 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 5) necesarios para ello y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y, en general, «el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales» (STC 194/1994, de 23 de junio, FJ 3).

sus normas reglamentarias de desarrollo, tal y como expresamente se dispone en su Disposición Adicional Tercera (apdos. 1 y 2.a) ⁹.

De lo anteriormente expuesto se deduce que si bien el régimen de protección frente a los riesgos laborales del personal laboral de cualquier Administración pública corresponde en exclusiva al Estado y, por tanto, necesariamente deberá ser uniforme y homogéneo independientemente del ámbito administrativo en que presten sus servicios, en cambio, el aplicable a los funcionarios públicos constituye una materia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que, existiendo un núcleo básico «común», cada Comunidad Autónoma podrá establecer especialidades respecto a aquellos funcionarios vinculados con su Administración Autonómica o con las Entidades Locales incluidas dentro de sus límites territoriales ¹⁰.

A tenor del régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación a la regulación de la protección de los trabajadores asalariados y los funcionarios públicos en materia de seguridad y salud en el trabajo que se acaba de exponer, la conclusión que se obtiene es la de que, en principio, al personal laboral se les garantiza un régimen de protección único y homogéneo en todo el territorio nacional, cualquiera que sea la Administración pública a la que pertenezcan, mientras que al personal funcionario no, ya que las Comunidades Autónomas pueden dictar una normativa específica para los vinculados con cada una de ellas y con las Entidades Locales de su respectivo ámbito territorial, aunque eso sí, respetando la legislación básica establecida a nivel Estatal que actúa a modo de mínimo común garantizado a todos ellos. Esto no sólo provoca que puedan existir diferencias de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo entre los funcionarios públicos en razón de la Administración territorial a la que pertenezcan, sino también que en un mismo ámbito administrativo autonómico o local, el personal laboral y el personal funcionario se pueda encontrar sometido a un régimen de protección diferente, lo cual,

⁹ Tan sólo se dejan de considerar normas básicas del régimen jurídico del personal funcionario y estatutario al servicio de las Administraciones públicas los preceptos de la LPRL que, por su contenido, o bien sólo afectan a la propia Administración General del Estado o a instituciones de participación de ámbito nacional (arts. 5.2 y 3, 6 a 11, 13, 43 y 44), o los que constituyen legislación exclusivamente laboral, inaplicable al ámbito de la función pública (arts. 1, 27, 32, 38 a 41 y 46 a 53). Los preceptos que en la LPRL no constituyen «normas básicas», son «normativa supletoria de aplicación general» respecto del personal civil con relación administrativa o estatutaria de las Administraciones públicas, a excepción de lo que resulte inaplicable a las mismas por su propia naturaleza jurídico-laboral [Disposición Adicional tercera, apdo. 2, letra c) LPRL].

¹⁰ El artículo 3.1 del Estatuto del Empleado Público establece que: «El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local».

obviamente, puede provocar distorsiones significativas y, sobre todo, obstaculizar la efectividad de la normativa preventiva en vigor ¹¹.

Finalmente se ha de añadir que el apartado 2.b) de la Disposición Adicional Tercera de la LPRL permite que en el ámbito de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, las funciones que la propia LPRL atribuye a las Autoridades laborales y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS) ¹² podrán ser atribuidas a órganos diferentes. Esta posibilidad, dado que se refiere a la vigilancia y control de la normativa preventiva en vigor, se integra dentro de la competencia ejecutiva de la legislación laboral por lo que, conforme al ya citado artículo 149.1.7.^a CE, corresponde a las Comunidades Autónomas. De este modo, las Comunidades Autónomas podrán atribuir a un sólo organismo público la función de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo en todos sus entes administrativos, tanto respecto al personal laboral como al personal funcionario, lo cual, en este caso, contribuirá a la eficacia de este tipo de actividad inspectora ¹³. También forma parte de la competencia ejecutiva de la legislación laboral atribuida constitucionalmente a las Comunidades Autónomas la relativa a la creación de órganos administrativos propios orientados a promover la participación institucional en ellas en materia de seguridad y salud en el trabajo, a ejercer funciones de carácter técnico, informativo, formativo, de asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo o promover mediante acciones de diverso tipo el cumplimiento de la normativa preventiva en vigor.

¹¹ Sobre los problemas que plantea el desarrollo de la LPRL en el ámbito de las Administraciones públicas, *vid.* SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 45 y ss.

¹² Según el artículo 9 de la LPRL, a la ITSS le corresponden fundamentalmente las funciones de vigilancia y control del cumplimiento por el empresario de todas y cada una de las obligaciones preventivas, que según la normativa en vigor, integran su deber de garantizar a todo el personal a su servicio una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; de requerimiento dentro de un plazo del adecuado cumplimiento de tales obligaciones y de asesoramiento al respecto.

¹³ Se debe recordar que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sólo tiene competencia para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa laboral, incluida la relativa a la seguridad y salud en el trabajo, respecto a los trabajadores asalariados, cualquiera que sea el ámbito, privado o público, donde desarrollen su prestación. En cambio, no están legitimados para controlar el respeto de los derechos profesionales del personal funcionario y estatutario. Así se establece en el artículo 4 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, sobre Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

IV. LA NORMATIVA ACTUALMENTE EN VIGOR EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El presupuesto del que se debe partir al enfrentar esta específica cuestión es el de que, tal y como ha quedado puesto de manifiesto en los epígrafes anteriores, la regulación del régimen de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo de los empleados públicos constituye una materia que, cuando viene referida al personal laboral, sea cual sea el ámbito territorial de la Administración pública con la que se encuentren vinculados jurídicamente, corresponde en exclusiva al Estado, mientras que cuando lo hace al personal funcionario o estatutario, se atribuye de manera compartida al Estado y a las Comunidades Autónomas, de manera que al primero le corresponde dictar las bases del régimen de protección y a las segundas el desarrollo de tales bases, que actúan como mínimo común para todos los funcionarios, adaptándolas a las propias circunstancias, régimen de organización y funcionamiento, necesidades, etc. El Estado, lógicamente, ostenta también la competencia exclusiva para establecer el régimen de protección frente a los riesgos laborales de los funcionarios públicos integrados en la Administración General del Estado, siendo esta legislación la que resultará igualmente aplicable, como Derecho supletorio, en los ámbitos autonómicos y locales cuando la Comunidad Autónoma competente, pudiendo haber dictado una regulación propia y específica al respecto, no haya ejercitado tal competencia (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.3 CE).

A partir de esta premisa fundamental, a partir de ahora de lo que se tratará es de precisar cuáles son las normas que resultan aplicables en la actualidad a los empleados públicos en materia de seguridad y salud en el trabajo —distinguiendo entre aquéllos que son parte de un contrato de trabajo con alguna Administración y aquellos otros que, en cambio, se encuentran vinculados con la correspondiente organización administrativa a través de una relación jurídica de Derecho público—, en función del ámbito territorial de la Administración pública a la que pertenezcan: estatal o autonómico.

1. Normativa sobre protección de la seguridad y salud en el trabajo aplicable a los empleados públicos de la Administración General del Estado

A. Personal laboral

Con carácter general, la protección del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado se regirá por lo dispuesta en la

LPRL y el resto de normas reglamentarias que la desarrollan con las adaptaciones establecidas en el Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado. Esta norma se aplica a toda clase de personal vinculado con organismos públicos, integrados los de carácter autónomo, pertenecientes a la Administración central. Aunque conforme al artículo 3.1 de la LPRL el legislador podría haber optado por establecer peculiaridades sólo respecto al personal funcionario, de manera acertada optó por dictar una normativa unitaria para toda clase de empleados públicos, al margen de la naturaleza jurídica de su vínculo con dicha Administración, siendo consciente de que la específica organización y régimen funcionamiento de los organismos administrativos influyen en determinados aspectos de la protección de la seguridad y salud en el trabajo, fundamentalmente los de carácter organizativo, los cuales afectan no sólo al personal funcionario sino también al laboral ¹⁴.

No obstante, hay que tener en cuenta, además, que al personal laboral vinculado con la Administración militar, que en todo caso pertenece a la Administración General del Estado, se le aplicará las LPRL con las peculiaridades establecidas en el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y IV de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares. El personal laboral de este tipo de centros y establecimientos, en cuanto que forma parte del «*personal civil*» de los mismos, se encuentra incluido, sin lugar a dudas, dentro del ámbito de aplicación de esta norma reglamentaria. Hay que señalar, no obstante, que, puesto que el Real Decreto 1432/1998 regula de manera específica y especial tan sólo dos aspectos muy concretos (las facultades del personal civil en el caso de exposición a un riesgo calificable como «*grave e inminente*» y la configuración de su facultad de participar en la actividad preventiva llevada a cabo en tales centros y establecimientos de carácter militar), y teniendo en cuenta que la Administración militar se integra en todo caso en la Administración General del Estado, al personal civil de la misma, en todos los demás aspectos relativos a su protección frente a los riesgos laborales les resultará de aplicación la LPRL

¹⁴ Así se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1488/1998: «La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y sus disposiciones de desarrollo tienen una vocación de universalidad e integración, lo que en el ámbito de las Administraciones públicas supone considerar la prevención frente a los riesgos laborales como una actuación única, indiferenciada y coordinada que debe llegar a todos los empleados públicos sin distinción del régimen jurídico que rija su relación de servicio, y se traduce en una planificación de la actividad preventiva integral e integrada en el conjunto de actividades y decisiones de la Administración General del Estado que se realizará con la participación de los representantes legales de los empleados públicos, entendiéndose, por otra parte, que las medidas que de esta norma se derivan recaen en beneficio de los ciudadanos usuarios de las dependencias públicas en sus relaciones con la Administración General del Estado».

con las adaptaciones que con carácter general prevé en el Real Decreto 1488/1998 para toda la Administración del Estado en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en el propio Real Decreto 1932/1998 (lo cual se reduce al aspecto de la forma de organización de la actividad preventiva en la empresa).

B. *Personal funcionario*

— Con carácter general, al personal funcionario le será aplicable la LPRL y el resto de normas reglamentarias que la desarrollan con las peculiaridades establecidas en el ya aludido Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado, adaptación que viene referida a dos aspectos en particular: a la articulación de su participación en la actividad preventiva llevada a cabo en el organismo administrativo al que pertenezcan y a las modalidades de organización preventiva en los mismos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, que la propia LPRL prevé expresamente el establecimiento de regímenes de protección parcialmente diferenciados («*adaptados*») en algunos ámbitos concretos. Siendo así, los funcionarios públicos de la Administración General del Estado a los que se les aplica una normativa específica son los siguientes:

— Los funcionarios civiles de los centros y establecimientos militares, a los que se les aplica la LPRL y los Reglamentos que la desarrollan con las adaptaciones establecidas en el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y IV de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares.

— Los funcionarios civiles de los centros y establecimientos penitenciarios, a los que la normativa preventiva general les era aplicable con las peculiaridades que, en su caso, se establezcan a través de la negociación colectiva de esta clase de funcionarios públicos (reglamentada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, con las modificaciones derivadas de lo dispuesto en el Capítulo IV de la LEBEP).

A estos dos grupos de funcionarios, en lo no previsto por su normativa específica, les resultarán de aplicación de forma complementaria, en todo que no se oponga dicha normativa, las disposiciones del Real Decreto 1488/1998, que se puede considerar la norma supletoria de referencia para todos los funcionarios civiles del Estado.

— Los funcionarios integrados en el Cuerpo Nacional de Policía, cuyo régimen de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo se contiene en el Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Aunque formalmente este colectivo se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la normativa preventiva general en atención a las particularidades subyacentes a la parte mas importante de su actividad (art. 3.2 LPRL), la norma específica que se ha dictado para proporcionarles un régimen de protección adecuada frente a los riesgos laborales que, al mismo tiempo resulte compatible con el adecuado desempeño de las actividades mas propias de la función de seguridad ciudadana que tienen encomendada, se encuentra claramente inspirada en la LPRL, tal y como ésta exige de forma expresa.

— Los funcionarios de la Guardia Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LPRL, pueden ser excluidos del ámbito de aplicación de la LPRL en atención a la peculiar naturaleza de sus actividades, fundamental, aunque no exclusivamente, relativas a garantizar la seguridad ciudadana¹⁵. El cumplimiento de esta previsión normativa se ha producido a través del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil, el cual, salvo en materia de participación, se encuentra claramente inspirado en la LPRL.

— Los funcionarios militares, los cuales conforme a la actual redacción del artículo 3.2 de la LPRL¹⁶, al igual que los dos colectivos

¹⁵ En el apartado III.b) de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCSE), se profundiza en este aspecto al exponerse que «De la necesidad de dar cumplimiento al artículo 104.2 de la Constitución, se deduce que el régimen estatutario de la Guardia Civil debe ser regulado por la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad [...] Ello significa que la Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo [...] En consecuencia, sin perjuicio del estatuto personal atribuible a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil —por razones de fuero, de disciplina, formación y mando—, debe considerarse normal su actuación en el mantenimiento del orden y la seguridad pública, función en la que deben concentrarse en su mayor parte, las misiones y servicios asumibles por la Guardia Civil [...] Con todo ello, se pretende centrar a la Guardia Civil en la que es su auténtica misión en la sociedad actual: garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la protección de la seguridad ciudadana, dentro del colectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

¹⁶ En la versión inicial de la LPRL se encontraban implícitamente excluidos de su ámbito de aplicación, lo cual contradecía lo establecido en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, de medidas para promover la seguridad y la salud en el trabajo, lo cual dio lugar a la condena de España por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TCEE) a través de la sentencia de 12 de enero de 2006 (Asunto C-132/04). Esta Resolución obligaba a nuestro país a realizar una reforma de la legislación en materia de seguridad

de funcionarios anteriores, también pueden ser excluidos del ámbito de aplicación de la normativa preventiva general cuando realicen determinadas actividades, que por su naturaleza, resulten incompatibles con la aplicación del régimen de protección consagrado en dicha normativa. En este caso, también se exige que la normativa que se dicte para establecer el régimen de protección que se deberá aplicar a esta clase de funcionarios cuando realicen las actividades que por sus peculiaridades requieran un régimen de protección específico y distinto al común, se inspire en los principios generales de la LPRL. En cumplimiento de esta previsión en fechas recientes ha sido aprobado el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención en el Ministerio de Defensa. Esta norma se aplica, en concreto y con carácter general, a los militares de las Fuerzas Armadas exclusivamente cuando realicen actividades propias del Ministerio de Defensa¹⁷. Si bien es cierto que el Real Decreto 1755/2007 se encuentra inspirado en el «nuevo enfoque» de la seguridad y salud en el trabajo de la LPRL, establece un régimen propio, conforme con la normativa militar, en relación a algunos de los derechos y obligaciones preventivas de estos sujetos en relación al Ministerio de Defensa, a la organización de la prevención en éste y al sistema de responsabilidades de la Administración militar derivadas del incumplimiento. Hay que tener en cuenta, además, que los miembros de las Fuerzas Armadas tampoco van a disponer de cauces de participación en la actividad preventiva llevada a cabo por el Ministerio de Defensa, y, en consecuencia, carecen de uno de los principales mecanismos para garantizar la efectividad y adecuación de su protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.

— Los jueces, magistrados y fiscales, los cuales, en cuanto funcionarios de la Administración de Justicia y, en consecuencia, integrados en la Administración General del Estado (art. 149.1.5.^a CE), se encuen-

y salud en el trabajo dirigida a incluir a todo el personal militar dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la misma, sin perjuicio de que, al mismo tiempo, pudieran excluirse determinada clase de actividades realizadas por dicho personal cuya adecuada ejecución resultara incompatible con la aplicación del régimen preventivo general establecido dicha legislación. Dicha modificación se produjo a través de la Disposición Final segunda de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Sobre esta cuestión, *vid.* MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: «El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo», *op. cit.*, pp. 138-139.

¹⁷ No se aplica, en cambio, cuando los militares realicen actividades propias de la Guardia Civil, en cuyo caso, se les aplicará el Real Decreto 171/2005; ni tampoco cuando se dediquen a actividades distintas de las que les corresponden como pertenecientes al Ministerio de Defensa, en cuyo caso se les aplicará la normativa preventiva común. Por otra parte, el Real Decreto 1755/2007 extiende su aplicación a los miembros de la Guardia Civil cuando éstos presten sus servicios en el ámbito del Ministerio de defensa, es decir, cuando actúen en tiempos de guerra o cuando haya sido declarado el Estado de sitio.

tran incluidos dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1488/1998¹⁸. Aún siendo así, sin embargo hay que tener en cuenta que esta específica clase de funcionarios no podrán disponer de representantes en materia de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito administrativo al que pertenecen, por lo cual, al igual que sucede respecto a los militares, y en gran medida respecto a los guardias civiles, se encuentran privados de la facultad de poder participar en la actividad preventiva desarrollada por la Administración. Esta importante carencia, en éste y en todos los demás casos se debe a la incapacidad —o quizás, a la falta de voluntad— de desligar los mecanismos de intervención en materia preventiva a aquéllos otros que permiten la participación en las condiciones de trabajo.

2. Normativa sobre protección de la seguridad y salud en el trabajo aplicable a los empleados públicos de las Administraciones autonómicas y de las Corporaciones Locales

Puesto que, como ha quedado puesto de relieve, las Comunidades Autónomas no disponen de la competencia de regular la protección frente a los riesgos laborales del personal laboral, independientemente de la naturaleza jurídica de su empresario, por constituir una materia estrictamente laboral, todos los trabajadores vinculados con las Administraciones públicas de ámbito autonómico o local, sin ninguna excepción, disfrutan del régimen que al respecto establece la LPRL y el resto de normativa preventiva en vigor con las adaptaciones previstas en el Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado. Y decimos que sin ninguna excepción porque el personal laboral de los centros y establecimientos militares nunca podrán pertenecer a estas Administraciones públicas de ámbito territorial infraestatal debido a que la Defensa constituye una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.4.^a CE). No obstante, las Comunidades Autónomas tienen a establecer legislaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo aplicables a todos los tipo de personal al servicio de sus respectivas Administraciones.

Y por lo que hace referencia al personal funcionario, las Comunidades Autónomas únicamente tienen la competencia para desarrollar la legislación básica estatal en materia de seguridad y salud en el

¹⁸ Sobre la aplicación de la normativa a la Administración de Justicia, *vid.* CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.: *La prevención de riesgos laborales de los empleados públicos (en especial de la Administración de Justicia)*. Bosch, Barcelona, 2006, p. 223 y ss.

trabajo de aquél de naturaleza civil ya que el de naturaleza militar se encuentra encuadrado en todo caso en la Administración General del Estado por disponer el ente estatal de la competencia exclusiva sobre las materias de la Defensa y las Fuerzas Armadas. Y ni siquiera podrá establecer una regulación para todos los tipos de personal civil, sino tan sólo para aquéllos con los que pueden estar vinculados directamente con las Administraciones autonómicas y local. No tienen competencia, en consecuencia, para establecer regulaciones específicas ni respecto a los funcionarios civiles de los centros y establecimientos militares; ni respecto a los jueces, magistrados y fiscales y el resto de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; ni tampoco, finalmente, respecto a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil. La causa en todos estos supuestos se encuentra también en que la regulación de lo ámbitos en el que toda esta clase de funcionarios desarrollan su prestación de servicios pertenece a la competencia exclusiva del Estado (así se establece, respectivamente, en los apdos. 4.º, 5.º y 29.º del art. 149.1 CE). No obstante, hay que tener en cuenta que la propia Constitución da la posibilidad a las Comunidades Autónomas de crear policías autonómicas propias si así lo prevén expresamente en sus Estatutos de Autonomía (art. 149.1.29.ª CE). Además, las Entidades locales también pueden contar con un cuerpo policial propio que se regirán por lo dispuesto en La LEBEP y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En definitiva, las Comunidades Autónomas pueden establecer un régimen de protección específico en materia de seguridad y salud en el trabajo tan sólo para el personal funcionario civil, que conforme a las previsiones constitucionales sobre la distribución de competencias entre ellas y el Estado, esté vinculado con la propia Administración autonómica o con las Administraciones locales incluidas dentro de su ámbito territorial¹⁹. Reiteramos nuevamente la idea de que dicho régimen debe ser respetuoso con las bases estatales, así como que, salvo en el caso de los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de Policía Autonómicos y Locales, si las Comunidades Autónomas no ejercen esta competencia de desarrollo de tales bases —o la ejercen sólo parcialmente—, entonces a su personal funcionario le será aplicable, como Derecho supletorio, la misma regulación preventiva que a los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

¹⁹ El artículo 3.1 de la LEBEP dispone que «El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local».

La legislación emanada hasta el momento de las distintas Comunidades Autónomas, en la que se contiene alguna previsión específica sobre la protección de su personal funcionario en materia de seguridad y salud en el trabajo, viene referida, sobre todo, a la forma de organización de las modalidades de organización de la prevención en su respectivo ámbito administrativo, y es principalmente la siguiente ²⁰:

— Andalucía: Decreto 117/2000, de 11 de abril, por el que se crean los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales para el personal al servicio de la Junta de Andalucía.

— Aragón: Decreto 168/2002, de 14 de mayo, por el que se regula la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas en materia de prevención de riesgos laborales en la Administración de la Comunidad de Aragón.

— Asturias: Decreto 33/1999, de 18 de junio, por el que se regula la organización y funcionamiento del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Administración del Principado de Asturias.

— Canarias: Decreto 73/2002, de 3 de junio, de adaptación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y sus organismos autónomos.

— Castilla y León: Decreto 143/2000, de 29 de junio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración de la Comunidad de Castilla y León, modificado por el Decreto 44/2005, de 2 de junio.

— Castilla-La Mancha: Decreto 198/2001, de 30 de octubre, por el que se regula el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Cataluña: Decreto 312/1998, de 1 de diciembre, por el que se crean los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales para el personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

— Comunidad Valenciana: Decreto 123/2001, de 10 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el reglamento de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito de la Administración de la Generalitat Valenciana y sus organismos autónomos.

— Extremadura: Orden de 1 de junio de 1999, por la que se dispone la publicación del texto del Acuerdo para la determinación de las

²⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BLASCO LAHOZ, J. F.: *La prevención de riesgos laborales en los centros de trabajo de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 79 a 92.

condiciones de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a la Junta de Extremadura.

— Galicia: Decreto 204/1997, de 24 de julio, por el que se crea el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales para el personal al servicio de la Administración de la Xunta de Galicia.

— Illes Balears: Decreto 44/2001, de 23 de marzo, por el que se aprueba la creación del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales para el personal al servicio de la Administración de las Illes Balears, modificado por los Decretos 205/2001, de 10 de julio, 90/2002, de 28 de junio, y 138/2002, de 15 de noviembre.

— La Rioja: Decreto 62/1999, de 10 de septiembre, por el que se establece el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Navarra: Decreto Foral 135/1998, de 20 de abril, por el que se adapta la normativa de prevención de riesgos laborales al ámbito de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y a sus organismos autónomos.

— País Vasco: Decreto 78/2000, de 16 de mayo, sobre Organización y funcionamiento del Servicio de Prevención Propio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos.

En las restantes Comunidades Autónomas, Cantabria, Madrid y Murcia, no se han dictado normas específicas de adaptación de la normativa preventiva estatal a sus respectivos ámbitos administrativos, sino que, simplemente, se han creado organismos específicos orientados a fomentar la prevención de riesgos laborales en todo el territorio autonómico, incluidos los ámbitos públicos ²¹.

Y por lo que respecta, en concreto, a los funcionarios civiles pertenecientes a las policías autonómicas y locales se les aplicará en materia de seguridad y salud en el trabajo aquella normativa que promulgue la propia Comunidad Autónoma en la que hayan sido respectivamente creados y en la que desarrollen su actuación. A falta de una normativa específica propia de ámbito autonómico, habrá que especificar cuál es en cada caso la normativa de seguridad y salud en el trabajo que les

²¹ *Vid.*, respectivamente, el Decreto 111/2006, de 9 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, por el que se creó el Consejo Cántabro de Seguridad y Salud en el Trabajo; la Ley 23/1997, de 19 de noviembre, de la Comunidad de Madrid, por la que se creó el Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo; y la Ley 1/2000, de 27 de junio, de la Comunidad Autónoma de Murcia, modificada por la ley 3/2001, de 3 de julio, por el que fue creado el Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia.

resulta aplicable, para lo cual habrá que acudir a las respectivas normas reguladoras²².

²² Así, por ejemplo, el artículo 75 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de la Policía del País Vasco regula, dentro del régimen estatutario de los funcionarios de policía del País Vasco (incluyendo, por tanto, a la Ertzaintza y a la policía local) el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, y en el número 1 de su Disposición Adicional primera dispone que «Los funcionarios de la Ertzaintza y de la Policía Local se regirán supletoriamente, en lo que respecta a su régimen estatutario, por la legislación general de la Función Pública Vasca (Ley 6/1989, de 6 de julio), en la cual simplemente se atribuye a los funcionarios vascos el derecho a la seguridad e higiene sin más (art. 69.2.g). Siendo así, hay que tener en cuenta que en el ámbito de la Ley de la Función Pública Vasca no se encuentran incluidos los funcionarios policiales de la misma, señalándose simplemente que dicha Ley actuará como supletoria de todos aquellos funcionarios no comprendidos dentro de su ámbito de aplicación. Por otro lado, aunque en el País Vasco ha sido promulgada una norma específica en materia de seguridad y salud en el trabajo aplicable a la Administración autonómica vasca, el Decreto 78/2000, de 16 de mayo, sobre organización y funcionamiento del Servicio de Prevención propio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos, sin embargo, la misma excluye de su ámbito de aplicación al personal de la Ertzaintza (art. 2.2) por lo que, en consecuencia, y mientras no se promulgue una normativa autonómica específica, a tal personal le resultarán de aplicación las disposiciones del Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Por otro lado, el artículo 61 de la Ley Foral 1/1987, de 13 de febrero, de Cuerpos de Policía de Navarra al establecer que «En lo no previsto en esta Ley Foral, será de aplicación al personal perteneciente a los Cuerpos de Policía de Navarra lo establecido en las normas generales reguladoras del estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra», la cual, tampoco establece un régimen de protección específico en materia de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, debe entenderse aplicable el Decreto Foral 135/1998, de 20 de abril, por el que se adapta la normativa de prevención de riesgos laborales al ámbito de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, y en lo no previsto en él, supletoriamente, por lo establecido en el Real Decreto 2/2006 sobre protección de la seguridad y salud en el trabajo de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía. Finalmente, la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalitat «Mossos d'Esquadra» no hace ninguna alusión a la normativa que deberá aplicarse supletoriamente a la policía autonómica catalana en aquellos aspectos que la propia ley autonómica reguladora de la misma no contenga una reglamentación específica. Tan sólo en su Disposición Final se habilita expresamente al Gobierno de la Generalitat y, en su caso, a la persona titular del Departamento de Gobernación, para realizar el desarrollo reglamentario que corresponda de dicha Ley. No obstante, en su artículo 44 se realiza una específica previsión —aunque ciertamente mínima— en materia de seguridad y salud en el trabajo. Dice este precepto que «1. Los miembros del Cuerpo «Mossos d'Esquadra» tienen derecho a una revisión médica anual. 2. Los miembros del Cuerpo «Mossos d'Esquadra» se someterán periódicamente a un examen psicotécnico, para ocupar determinados puestos de trabajo, de acuerdo con lo que se establezca. 3. El Departamento de Gobernación adoptará las medidas necesarias para la prevención de enfermedades infecciosas». En todo lo demás, se regirán por lo dispuesto con carácter general en el Decreto 312/1998, de 1 de diciembre, por el que se crean los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales para el personal al servicio de la Administración general de la Generalitat de Cataluña, y en lo no regulado por éste, por lo establecido en el ya citado Real Decreto 2/2006, dictado para proteger frente a los riesgos laborales a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía teniendo en cuenta la peculiar naturaleza de las actividades que deben desarrollar con el objetivo de cumplir su función de la defensa y promoción de la seguridad ciudadana.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL RIESGO PSICOSOCIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

M.^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

**Profesora Ayudante Doctora
Universidad de León**

SUMARIO:

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ESCENARIO PROPICIO PARA LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA.—2. LA AUSENCIA DE DEFINICIÓN LEGAL DEL ACOSO LABORAL PESE AL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.—3. EL DERECHO PERSONAL-PROFESIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO A UN AMBIENTE LABORAL LIBRE DE ACOSO MORAL.—4. EL CARÁCTER PROFESIONAL DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR FENÓMENOS DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO.

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ESCENARIO PROPICIO PARA LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA

Las relaciones laborales, en tanto que personales, no constituyen un espacio ajeno a la violencia. Antes al contrario, al representar una parte esencial de la vida humana, en el trabajo aparecen proyectados todos los condicionantes personales (sean psicológicos, sociológicos, culturales o de otro orden), más o menos patológicos, que predisponen al individuo a ejercer actos de violencia. Si a todo ello se añade la concurrencia de una serie de elementos que incrementan notablemente la vulnerabilidad del trabajador, tales como las especiales circunstancias por las que atraviesa la situación del mercado de trabajo, las condiciones de precariedad laboral existentes o el valor dado a la competitividad como factor organizativo, no cabe la menor duda de que hoy día, el lugar de trabajo se erige como uno de los ámbitos privilegiados para el ejercicio de determinados tipos de violencia ¹, y entre ellos, las Administraciones Públicas registran el mayor porcentaje de incidencia de estos procesos de violencia moral y/o psíquica, en tanto que en el sector privado son las PYMES las protagonistas más destacadas de esta problemática —sobre todo hospitales y empresas de comunicación—.

Por sus propias características institucionales, normativas y de organización, la Administración constituye un caldo de cultivo o terreno especialmente abonado para su germinación y desarrollo si bien, sorprendentemente, existe una menor litigiosidad sobre estas cuestiones en el ámbito de lo público respecto del privado, con la consiguiente menor afluencia de decisiones judiciales, «en una proporción realmente espectacular, llamativa y muy preocupante», a la vez que cabe constatar un

¹ CORREA CARRASCO, M.: «Presentación», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): *El acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2006, p. 9, o MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Riesgo psicológico en el sistema de protección social*, Murcia (Laborum), 2007, p. 127 y ss.

mayor porcentaje de decisiones desestimatorias de las pretensiones cuando se trata de funcionarios públicos, cuyo vínculo es estatutario, que incluso cuando se trata de empleados públicos con vínculo laboral ². En cualquier caso, el actual marco normativo y una doctrina judicial especialmente precavida en el acercamiento a las enfermedades psicosociales dibujan un escenario restrictivo en el tratamiento del acoso moral laboral como enfermedad del trabajo, que contrasta con una doctrina jurisprudencial expansiva en el tratamiento del accidente de trabajo ³.

2. LA AUSENCIA DE DEFINICIÓN LEGAL DEL ACOSO LABORAL PESE AL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Frente a la delimitación conceptual del acoso sexual, que ha sido acotada por el propio Tribunal Constitucional, respecto del acoso moral o violencia psicológica en el trabajo —concepto en construcción ⁴— están siendo los Tribunales ordinarios, especialmente en el ámbito social, pero también en el contencioso-administrativo y, con menor intensidad, en el penal ⁵, los llamados a delimitarlo a la luz de las posibili-

² Parafraseando a MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela frente al “acoso moral” en el ámbito de la función pública: cómo vencer las persistentes resistencias», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, cit., pp. 236-237, quien considera que la rigidez organizativa, la incompetencia de muchos «jefes» en el manejo de personas, la falta de entrenamiento en la gestión de conflictos interpersonales, la disolución de responsabilidades, la deficiente delimitación y asignación de tareas no son sino un pequeño «ramillete» de deficiencias organizativas, que pueden explicar la difusión, e incluso corrección, de esta constatación.

³ NAVARRO NIETO, F.: «Aspectos críticos en el tratamiento jurídico del acoso moral laboral», en TS, núm. 202, 2007, p. 35.

⁴ RIVAS VALLEJO, P.: «Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2004, p. 252.

⁵ En tanto determinados supuestos de hostigamiento serían encuadrables en determinados tipos penales (arts. 147.1, 173 y 316), que afectan al menoscabo de la integridad o salud mental, el trato degradante que afecte a la integridad moral o la infracción de normas de prevención de riesgos laborales con conductas que pongan en peligro grave la vida, la salud o la integridad del trabajador. SÁNCHEZ FIERRO, J.: «Los trastornos psicosociales en el mundo del trabajo. Respuestas desde la Psicología y el Derecho», en *Alcor de mgo, seguridad y salud laborales*, núm. 0, 2004, p. 52. Ampliamente sobre el tema, MARCOS GONZÁLEZ, J. I.: «Panorama actual del acoso moral en el trabajo y respuesta administrativa y judicial ante este fenómeno. En especial, la respuesta penal», en AA.VV. (MARCOS GONZÁLEZ, J. I., Coord.): *La tutela frente al acoso moral: laboral, escolar, familiar e inmobiliario* (libro electrónico), Pamplona (Aranzadi), 2006, Cap. II. Entre los principales pronunciamientos penales sobre acoso destacan la SAP de Vizcaya (Sección 6.^a), de 2 de febrero de 2006 (JUR 103613); Auto del Juzgado de Instrucción de Vizcaya, Getxo, de 3 de mayo de 2004 (JUR 103614); SJP de Valencia (núm. 8), de 21 de abril de 2005 (JUR 103615); SJ Menores de Vizcaya (núm. 1), de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 103616); SJ Penal (núm. 1) de Ciudad Real, de 13 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 103617); Auto

dades de prevención, reparación y sanción ⁶ que brinda el Derecho interno. Es cierto que existe un amplio consenso doctrinal, jurisprudencial e incluso normativo sobre algunos de los elementos esenciales del acoso laboral pero la complejidad de las conductas acosadoras y la variedad de manifestaciones que puede presentar, unida a la dificultad que entraña la aplicación de categorías jurídicas a un fenómeno de naturaleza psicosocial y a lo enmascarado de las prácticas de hostigamiento, convierten la labor definitoria en una tarea que comporta cierto grado de complejidad teórica ⁷. No obstante, la falta de definición legal no debe ser obstáculo ni excusa para proceder a una tutela judicial y administrativa efectiva de los derechos de los afectados por estas prácticas ilícitas.

En la actualidad se cuenta ya con el primer referente legal expreso al acoso moral y laboral en el artículo 14 letra h de la flamante Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que si bien remite al ámbito del empleo por parte de las Administraciones Públicas tendrá su repercusión para todos los trabajadores de ésta, sean funcionarios, personal estatutario o laboral, respecto de los cuales se desea un tratamiento unificado en determinadas cuestiones fundamentales como es el reconocimiento de unos derechos básicos y comunes.

En cualquier caso, la especial configuración del acoso moral exige actuaciones no sólo en el ámbito preventivo y organizativo sino también en el reparador, a través de una decidida intervención para detener el acoso dirigida a la identificación precoz de potenciales situaciones, así como la correspondiente intervención terapéutica de manos de profesionales y la posterior reinserción de la víctima en el ámbito profesional ⁸. Su atención ha de ser cubierta por el sistema público de protección social —al que se imputan altos costos de subsidios por incapacidad temporal, gastos farmacéuticos, pensiones de incapacidad permanente, etc.—, sin olvidar el incremento del gasto social que a través de asistentes sociales o centros de atención los afectados demandan.

del Juzgado de Instrucción de Vizcaya, Getxo, 19 de agosto de 2004 (ARP 2004, 398) o SAP de Vizcaya (Sección 1.^a), de 22 de marzo de 2006.

⁶ Un análisis de las vías punitivas frente al hostigamiento psicológico y de la represión penal de las conductas acosadoras en AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004, p. 208 y ss.

⁷ CONDE COLMENERO, P.: «A propósito del concepto jurídico de acoso laboral y de la ausencia de definición legal pese al reconocimiento de la figura en el Estatuto Básico del Empleo Público», en *Aranzadi Social*, BIB 2008/498, p. 2.

⁸ Abogando por una rápida reinserción laboral al objeto de normalizar la vida cotidiana, ENRIQUE BLASCO, J.: «Trastornos mentales y reinserción laboral», en *Alcor de mgo, seguridad y salud laborales*, núm. 0, 2004, p. 53 y ss.

3. EL DERECHO PERSONAL-PROFESIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO A UN AMBIENTE LABORAL LIBRE DE ACOSO MORAL

La protección frente a toda forma de acoso en el trabajo, cualquiera que sea su modalidad y al margen del motivo que lo origine, no es sólo un derecho fundamental de las personas, sino que es una pieza esencial en la regulación de cualquier actividad profesional. Un derecho profesional básico regulado en el artículo 14.h) EBEP, que ha fijado como un derecho básico de los empleados públicos el «respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral».

Los trabajadores asalariados no cuentan con un respaldo legislativo que ampare su protección si bien disponen de infinidad de instrumentos para alcanzar, o al menos intentar, esa tutela. En cambio, los que hasta ahora albergan un marcado sentimiento, corroborado por la práctica, de indefensión ante estas patologías de gestión-organización de las relaciones humanas en los lugares se trabajo, los funcionarios, gozan ya del reconocimiento de un claro y específico derecho a ser respetados en su dignidad e integridad personales, prohibiendo cualquier forma de acoso en su entorno o ambiente de trabajo.

En cualquier caso, el precepto estatutario resulta confuso en lo conceptual, pues no sólo no aporta concepto alguno de lo que haya de entenderse por «acoso moral» a estos efectos, sino que incluso da dos conceptos en principio diferentes: «acoso moral» y «acoso laboral». En realidad lo que sanciona el EBEP es el «acoso moral laboral», considerando el «acoso» como el modo de conducta y el adjetivo «moral» como el ámbito de derechos en que incide primariamente, el derecho a la integridad personal, y «laboral» el lugar en el que se ejerce esa conducta. Esto es, tan importante como el bien afectado —la integridad— es la conducta, por cuanto es más que evidente que puede haber conductas atentatorias contra la integridad moral que no son acoso —por ejemplo episodios aislados— e incluso situaciones de acoso que no son primariamente atentatorias contra la integridad personal, aunque esté afectada, como es el «acoso discriminatorio», donde lo más importante no es la conducta sino el bien afectado: la prohibición de discriminar por algún motivo —sexo, edad, raza...—.

De otro lado, se muestra restrictivo en las técnicas de tutela, por cuanto parece agotarse en el ámbito disciplinario —considerando como falta muy grave, de nuevo en sendos tipos infractores del art. 95 EBEP, estas conductas—. A este respecto conviene destacar que el precepto referido habla de «deber de respeto» —vertiente negativa o de reglas

de prohibición—, que todos los que integran la organización público administrativa tienen en orden al derecho a la dignidad e integridad personal pero no recoge expresamente, a diferencia de lo que hace, por ejemplo, el artículo 4.3 del Estatuto del Trabajo Autónomo, el «deber de protección eficaz» o adecuado —vertiente positiva o de normas de acción—⁹. Sin embargo, es evidente que esa otra dimensión, la positiva o de protección, necesariamente debe estar presente también en el ámbito de la relación profesional de servicios de empleo público, sea funcional sea laboral, incluso, como con acierto ha precisado la doctrina que mejor se ha ocupado del tema, sobre fundamentos normativos idénticos, cuales son, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, desde la consideración del deber de protección eficaz a cargo de la Administración Pública como empleador, también extendido a los riesgos psicosociales¹⁰, y la Ley de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres —LO 3/2007—, en cuanto define el deber, también de las Administraciones Públicas, de poner en práctica una política de prevención eficaz contra la violencia de género en las organizaciones y, en especial, contra el acoso sexual, pero que sirve como referente para fijar el modo de actuación pública en relación a toda modalidad de acoso¹¹. Ambas fundamentan el deber de diseñar y poner en práctica una política eficaz de prevención y erradicación de cualquier modalidad de acoso en los ambientes públicos de trabajo.

Por tanto, en el orden contencioso administrativo el funcionario acosado debe encontrar la misma respuesta, en el plano de la tutela sustantiva, que cualquier otro trabajador, en el sentido no sólo de restablecerlo en el ejercicio pleno de su derecho a la integridad moral, y de otros eventualmente lesionados, sino también de prevenir estos ataques o, al menos, el avance de los procesos generados por el proceso de acoso —tutela preventiva—, sin perjuicio del castigo que merezca el agresor —tutela sancionadora—. La duda que inmediatamente surge es si el reconocimiento del derecho dispensado por el EBEP cuenta con las garantías o instrumentos necesarios que aseguren su efectividad. El Estatuto, como bien afirma la doctrina, sirve para dar un fundamento legal concreto —vertiente profesional— al derecho ya reconocido de modo genérico en el texto constitucional, por lo cual cabe considerar

⁹ SÁNCHEZ BARROSO, M.^a R.: *Régimen profesional, prevención de riesgos y derechos colectivos de los trabajadores autónomos*, Madrid (CEF), 2006, p. 175 y ss.

¹⁰ Confirmado en SSTCo 62 y 160 de 27 de marzo y 2 de julio de 2007, ambas en relación a personal funcionario interino de un Servicio Público de Salud.

¹¹ MOLINA NAVARRETE, C.: «El derecho de los empleados públicos a un lugar de trabajo libre de “acoso laboral”: sentido y alcance del nuevo régimen del estatuto básico», en AA.VV. (MARCOS GONZÁLEZ, J. I. y MOLINA NAVARRETE, C., Coords.): *El «mobbing» en las Administraciones Públicas: Cómo prevenirlo y sancionarlo*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2007, p. 24.

que su reconocimiento es más una regla «declarativa que constitutiva», porque su fundamento no es legal sino constitucional ¹².

Algún pronunciamiento reciente ¹³, evidencia la dimensión constitucional del problema de tutela frente a situaciones de acoso moral en el trabajo, situándola en el doble fundamento ya conocido en el ámbito laboral: la dignidad de la persona y la integridad personal, pues es jurisprudencia reiterada interpretar el alcance de los derechos fundamentales de la persona en términos análogos en uno y otro orden judicial, por cuanto «corresponde a todas las personas, con independencia de la naturaleza laboral o funcionarial del vínculo o del carácter expreso o implícito... de su reconocimiento legislativo» ¹⁴. En cualquier caso, tal opción viene muy condicionada por la institución puesta en juego en la mayor parte de los casos que no es sino el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que exige acreditar un daño concreto psíquico o moral ¹⁵. En el ámbito funcionarial se pone el acento en la existencia o no de un «interés organizativo» que legitime la medida, incluso perjudicial para el empleado, hasta el punto de que la doctrina judicial administrativa tiende a diluir los problemas con el recurso, a menudo excesivo, al concepto diverso de «tensión laboral» o conflicto laboral «normal» ¹⁶.

4. EL CARÁCTER PROFESIONAL DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR FENÓMENOS DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

En el orden social, más que definiciones, lo que se ha vertido sobre el acoso moral son descripciones, muy impregnadas de connotaciones extrajurídicas provenientes de ciencias médicas psicológico/psiquiátricas ajenas al Derecho, de las que se han hecho eco numerosas resolu-

¹² MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho de los empleados públicos a un lugar de trabajo libre de «acoso laboral»: sentido y alcance del nuevo régimen del estatuto básico*, cit., p. 24.

¹³ SAN, Contencioso-Administrativo, 11 de octubre de 2006 (RJCA 256989).

¹⁴ En términos análogos, STSJ de Castilla y León/Valladolid, Contencioso-Administrativo, 25 de abril de 2006 (RJCA 835).

¹⁵ STSJ de Castilla y León/Valladolid, Contencioso-Administrativo, 25 de abril de 2006 (RJCA 835) reconoce la existencia de responsabilidad por daños, pero no acoso laboral propiamente dicho. Por contra, la posterior de la misma Sala, de 17 de octubre de 2006 (JUR 256892) reconoce la existencia de hostigamiento y acoso de la solicitante a partir de la impugnación de una sanción disciplinaria.

¹⁶ STSJ de Murcia, Contencioso-Administrativo, 20 de mayo de 2005 (JUR 2005, 5943). Entre las más recientes, declarando la falta de acreditación de la persecución y hostigamiento hacia su persona y de la existencia de algún acto constitutivo de acoso moral, SSTSJ Contencioso-Administrativo, Extremadura, de 20 de octubre de 2006 (RJ 316); Comunidad Valenciana, de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2007/333); Castilla-La Mancha, de 26 de junio de 2007 (RJ 657); Murcia, de 27 de septiembre de 2007 (JUR 184299) o SAN, Contencioso-Administrativo, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 235350).

ciones judiciales y aportaciones doctrinales ¹⁷, a la vez que ciertos autores han establecido incluso ciertas bases para su juridificación ¹⁸.

Los estudios recientes sobre violencia en el trabajo emplean diferentes términos [*bullying*, como sinónimo de violencia física y *mobbing*, que literalmente significa atacar o atropellar, y cabe traducir por psicoterror laboral u hostigamiento psicológico] para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles ¹⁹, que provocan como síntomas más característicos ansiedad, pérdida de autoestima, úlcera gastrointestinal o depresión. Las repercusiones de este tipo de conductas son evidentes y pueden verificarse desde diferentes perspectivas, siendo las más graves las que atañen a la salud mental de la víctima, donde las secuelas son, en la mayor parte de los casos, indelebles.

El mayor aluvión de decisiones judiciales dando relevancia jurídica al acoso moral en el trabajo se ha producido precisamente en el ámbito de la determinación del carácter común o profesional de los daños o lesiones generados por procesos de acoso moral en el trabajo. Sin embargo, conviene precisar desde el principio, que el acoso moral es en sí mismo un riesgo profesional de origen psicosocial pero no una enfermedad, sino una conducta antijurídica que causa daños que sí pueden ser catalogados como accidentes y/o enfermedades derivadas del trabajo, pero, como bien ha precisado la doctrina, «nadie padece la enfermedad de *mobbing* o de acoso, por la sencilla razón de que no existe tal, sino conductas o comportamientos generadores de daños a la salud, esto es, enfermedades que sí se ligan al trabajo en determinadas circunstancias» ²⁰.

El acoso moral en el trabajo o *mobbing* aparece caracterizado por la concurrencia de un elemento intencional lesivo y por conductas hostigadoras sistemáticas malintencionadas y perversas ejercidas sobre el trabajador, bien por parte del empleador o superiores jerárquicos o por compañeros de igual nivel, con el propósito de socavar su voluntad y

¹⁷ VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psicosociales: Prevención, reparación y tutela sancionadora*, Pamplona (Thomson-Aranzadi), 2005, p. 27.

¹⁸ CORREA CARRASCO, M.: «La juridificación del acoso moral en el trabajo: bases metodológicas», en *TL*, núm. 77, 2004, p. 35 y ss.

¹⁹ Según STSJ de Navarra, de 23 de marzo de 2004 (AS 1072) en dicha categoría pueden encuadrarse: 1) Ataques mediante medidas organizacionales contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones. 2) Ataque mediante aislamiento social. 3) Ataques a la vida privada. 4) Agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona. 5) Criticar y difundir rumores contra esa persona.

²⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela frente al “acoso moral” en el ámbito de la función pública: cómo vencer las persistentes resistencias», en AA.VV. (C. CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, cit., p. 257.

forzar su salida de la organización y se ha consolidado —al igual que el *burn out*— como una figura causante de graves problemas de salud laboral en los países de la Unión Europea, carentes de regulación jurídica hasta la fecha —con algunas excepciones—, encajándolos los tribunales como supuestos de accidente de trabajo ²¹.

El hostigamiento sutil y perverso, cuya estrategia resulta premeditada, convierte al acoso en una verdadera tortura psicológica pero, además, jurídicamente ha de conllevar una puesta en peligro o daño a la salud laboral, pues en otro caso constituiría una violación de otros derechos laborales pero no *mobbing* ²². Además, la doctrina científica y judicial ²³ viene incluyendo como elemento esencial del tipo jurídico el carácter reiterado y persistente en el tiempo de las conductas, si bien no parece adecuado establecer una cuantificación concreta del tiempo como condición sin la cual no existiría hostigamiento.

La calificación como accidente de trabajo ha venido tanto si el responsable del comportamiento agresivo o persecutorio ha sido el propio empleador —acoso vertical descendente; acoso institucional—, cuanto si se trata, como es frecuente, de otros compañeros —acoso horizontal—, pues la responsabilidad del empleador alcanza a la situación de garantizar una protección eficaz frente a cualquier comportamiento que esté dentro de la esfera de dirección y de control del mismo, lo cual debe suceder respecto de los compañeros ²⁴. Estos comportamientos hostiles pueden no ser muy significativos; es su repetición y su intencionalidad más o menos consciente de hacer daño a una persona en concreto, lo que constituye el acoso moral. Esto es, la diferencia entre el *mobbing* y cualquier otro conflicto interpersonal en el medio laboral presenta tres rasgos diferenciadores principales: la duración, la repeti-

²¹ El número de estudios aparecidos en los últimos años abordando el tema del acoso moral en el trabajo desde una perspectiva ajena a las ciencias jurídicas empieza a ser ya considerable. LEYMAN, H.: *Mobbing. La persécution au travail*, París (Seuil), 1996; HIRIGORYEN, M. F.: *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso* (trad. PUJOL, N.), Barcelona (Paidós), 2001; PIÑUEL ZABALA, I.: «*Mobbing*». *Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santander (Sal Terrae), 2001, o GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J. L.: *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del «mobbing» y de otras formas de acoso*, Madrid (Espasa Calpe), 2002.

²² RUIZ CASTILLO, M. M.: «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», en *RL*, núm. 10, 2004, p. 35.

²³ Sirven de muestra la STSJ de Cataluña, de 21 de noviembre de 2002 (AS 2003, 670) que habla de «goteo» de actos y omisiones; o las SSTSJ de Canarias/Las Palmas, de 28 de abril de 2003 (JUR 2004, 10957), y País Vasco, de 28 de junio de 2005 (AS 2463) y 16 de mayo de 2006 (AS 2007, 1201).

²⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevas dimensiones de la “prevención” y el “aseguramiento” de riesgos profesionales: “enfermedades del trabajo” y “riesgos emergentes”», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., Dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada (Comares), 2005, p. 106.

ción y la relación asimétrica o desigual entre las dos partes en conflicto²⁵. Dicho acoso psicológico, por tanto, no es una enfermedad, sino una serie de conductas —inaceptables en una sociedad respetuosa de los derechos humanos— ejercidas generalmente por quien ocupa un puesto de superioridad sobre la persona elegida como víctima en lo referente a la organización del trabajo, prepotencia económica, ejecutiva, etc. Dicha superioridad suele ser ejercida por medio de diversas conductas, tales como tomar decisiones que afectan a la víctima del acoso en aspectos muy diversos de su trabajo (lugar, horario, actividad concreta, modo de realización, medios a emplear, personas con las que colaborar, etc.²⁶); cortar o limitar iniciativas; llevar a cabo medidas de control, vigilancia o denuncia sobre las tareas realizadas por el mismo, de forma que éste se sienta amenazado ante cualquier incidencia; limitar malintencionadamente el acceso de la persona a cursos, promociones ascensos o, en fin, adoptar decisiones más graves —por la influencia que puedan tener en la vida familiar de la persona acosada— relativas a su disponibilidad laboral, traslados forzosos, despidos..., en cuyo caso suelen conducir invariablemente a la judicialización del caso²⁷. Curiosamente, es la po-

²⁵ RUIZ CASTILLO, M. M.: *La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo...*, cit., p. 38.

²⁶ Sin ánimo de exhaustividad, tales conductas podrían consistir en asignar trabajos sin valor o utilidad alguna; dejar a la persona sin ningún trabajo que hacer, ni siquiera a iniciativa propia; rebajar a la persona asignándole trabajos por debajo de su capacidad profesional o sus competencias habituales; ejercer contra la misma una presión indebida o arbitraria para realizar su trabajo; desvalorar sistemáticamente su esfuerzo o éxito profesional o atribuirlo a otros factores o a terceros; evaluar su trabajo de manera inequitativa o de forma sesgada; amplificar y dramatizar de manera injustificada errores pequeños o intrascendentes; menospreciar o menoscarbar personal o profesionalmente a la persona; asignar plazos de ejecución o cargas de trabajo irrazonables; restringir las posibilidades de comunicarse, hablar o reunirse con el superior; ningunear, ignorar, excluir o hacer el vacío, fingir no verle o hacerle «invisible»; interrumpir continuamente impidiendo expresarse y avasallando a la persona; intentar desmoralizar o desanimar; abrumar con una carga de trabajo insostenible; desestabilizarla emocionalmente para hacerla explotar; realizar críticas o reproches por cualquier cosa que hace o decisión que toma en su trabajo; controlar aspectos laborales de forma malintencionada para intentar «cazar» a la persona; acusar, sin base o fundamento, por incumplimiento, errores o fallos inconcretos y difusos; modificar el trabajo a realizar o sus responsabilidades sin decirle nada; minusvalorar su trabajo; humillar y despreciar a la persona en público o ante colegas; chillar, gritar o elevar la voz con vistas a intimidar; privar de información imprescindible y necesaria para hacer el trabajo; prohibir a otros trabajadores hablar con la persona; forzarla a realizar trabajos que van contra la ética o la legalidad; o, en fin, amenazar con usar instrumentos disciplinarios contra ella (traslados forzosos, expedientes de regulación de empleo, despidos, etc.). CASTELLANO ARROYO, M.: «Descripción, análisis, diagnóstico y tratamiento de las patologías psiquiátricas de etiología socio-laboral», en *Alcor de mgo*, núm. 0, 2004, pp. 38-39.

²⁷ Una excelente aportación jurídica en AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «Reflexiones al hilo de la jurisprudencia sobre el hostigamiento psicológico en el trabajo (*mobbing*)», en *REDT*, núm. 115, 2003, pp. 111-144, y *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, cit., p. 66 y ss., analizando cada uno de los comportamientos.

sibilidad o imposibilidad del despido uno de los factores más importantes a tener en cuenta para la aparición del *mobbing*. En el caso de la Administración Pública, precisamente porque el despido está prácticamente excluido, en tanto que en el caso de las PYMES el acoso moral es un instrumento para promover la baja voluntaria, abaratando así los costes de la extinción de la relación laboral ²⁸.

Tales comportamientos pueden causar graves daños psicológicos, físicos o profesionales y, a su vez, como muy bien determina la doctrina judicial, no corresponde a los informes médicos realizar la calificación del *mobbing*, sino que la misma ha de derivarse de la constatación de determinados extremos fácticos en vía judicial, sin perjuicio de las competencias relativas a la calificación de la contingencia atribuidas al INSS ²⁹. El elemento probatorio continúa siendo uno de los principales caballos de batalla del acoso cuando la víctima no logra acreditar una intención lesiva por parte del acosador pues pesar de que a instancia del órgano judicial se apliquen los favores de la prueba indiciaria que prevé la normativa procesal laboral para los procedimientos especiales de tutela de derechos fundamentales, en ocasiones más que indicios se exige la acreditación misma del acoso y la prueba plena del mismo ³⁰. Esto es, la referencia concreta a la finalidad ilícita del hostigador, aunque merezca efectivamente el reproche moral, no debe aparecer como requisito subjetivo esencial del tipo jurídico si es que en verdad se quiere contribuir a una descripción objetiva de las conductas de acoso que sirva de forma útil a la configuración de una definición teórica eficaz de esta figura laboral ³¹.

Dicho acoso psicológico ³² ha sido confirmado ya por diversos pronunciamientos judiciales como causante de situaciones de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo ³³, incluso permanente en el

²⁸ SÁNCHEZ FIERRO, J.: «Los trastornos psicosociales en el mundo del trabajo. Respuestas desde la Psicología y el Derecho», en *Alcor de mgo*, núm. 0, 2004, p. 51.

²⁹ STSJ de Cataluña, de 23 de marzo de 2006 (JUR 263935).

³⁰ Interesante análisis casuístico en Serrano Olivares, R.: *El acoso moral en el trabajo*, Madrid (CES), 2005, p. 208 y ss.

³¹ Las principales dificultades de delimitación jurídica surgen con relación a los supuestos en que se produce el ejercicio abusivo del poder de dirección del empresario. Sobre el particular, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales», en *TS*, núm. 178, 2005, p. 8 y ss.

³² Situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo. Definición recogida en la Nota Técnica Preventiva, núm. 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene.

³³ Pioneras fueron las SSTSJ de Navarra, de 30 de abril o 18 de mayo de 2001 (AS 1878 y 1821) al considerar que el trastorno ansioso-depresivo padecido por la demandante

grado de absoluta³⁴, al apreciar el juzgador la existencia de un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico padecido. Un primer balance de resultados en cuanto al esfuerzo realizado por los Tribunales en torno a la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo pone de manifiesto ciertos claroscuros, reflejo de que si bien no existen todavía intentos de moldear jurídicamente el concepto extraído de otros saberes científicos y sociales, tampoco es menos cierto que los resultados alcanzados pueden calificarse de parciales o semielaborados³⁵.

No debe olvidarse cómo para el Derecho de la Seguridad Social lo decisivo es que exista lesión y nexo causal, y en este sentido, para la consideración de las dolencias psíquicas como riesgo profesional es irrelevante que la causa última sea el acoso moral o no; esto es, no cabe pretender otorgar un tratamiento más privilegiado a la depresión por *mobbing* que a la depresión por estrés o conflicto laboral. Sin embargo, es cierto que si se prueba y califica una conducta como acoso moral en el trabajo, el nexo causal va implícito y por tanto procede una calificación automática como enfermedad del trabajo, mientras que en otro caso sería necesaria la prueba de dicho nexo causal. Por tanto, muy oportunamente, cierto sector doctrinal propone atenuar el grado de exigencia del nexo causal en todas las enfermedades del trabajo, equiparándolas así al accidente de trabajo estricto. Para ello bastaría con suprimir en el artículo 115.2.e) LGSS el término «exclusiva», exigiendo únicamente que se produzcan como consecuencia del trabajo tal y como establece el artículo 115.1 LGSS o, al menos, que éste fuera la causa principal o desencadenante³⁶.

trae su causa del acoso al que se vio sometida por el conserje del centro, el cual, con su conducta, agrediendo verbalmente a las limpiadoras y ensuciando todo lo que limpiaban, llegando incluso a encerrarlas mientras se cambiaban de ropa, ha generado un clima laboral hostil e incómodo objetivamente considerado. Más recientes, *vid.* SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de diciembre de 2002 (AS 2003/23); Navarra, de 23 de diciembre de 2002 (AS 2003/679); Murcia, de 2 de diciembre de 2002 (AS 2003/581) o 10 de marzo y 2 de septiembre de 2003 (AS 2622 y 3208); País Vasco, de 23 de diciembre de 2003 (AS 4176); La Rioja, de 16 de noviembre de 2004 (AS 3104) y 6 de octubre de 2005 (AS 3399).

³⁴ SSTSJ de Navarra, de 23 de marzo de 2004 (AS 1072) y Cataluña, de 20 de enero de 2005 (AS 31).

³⁵ En parte por la existencia de una creciente tendencia a plantear reclamaciones judiciales alrededor de una figura sobre la que, al menos en cuanto a su definición, existe un patente vacío legal y jurisprudencial a pesar de que existen ya algunas resoluciones del Tribunal Supremo al respecto [STS Cont.-Adm. de 4 de noviembre de 2003 (RJ 8027); Autos TS de 4 de noviembre de 2003 (JUR 266375), 15 de junio de 2003 (JUR 32271)], que en ningún caso puede decirse que sean relevantes en cuanto a la delimitación jurídica del concepto. JURADO SEGOVIA, A.: «Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales», en *RDS*, núm. 25, 2004, p. 193.

³⁶ OLARTE ENCABO, S.: «La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades psicolaborales», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso moral en el trabajo*, cit., p. 182, o SÁNCHEZ BARROSO, M.³ R.: *Riesgo psicosocial en el sistema de protección social*, cit., p. 197.

Desde otro punto de vista, el hecho de que la conflictividad, la rivalidad, la presión o la exigencia profesional no generen enfermedades en todos los trabajadores por igual, no supone un obstáculo a su calificación como contingencia profesional, ya que ello también se puede observar en las patologías de tipo físico (no todos los trabajadores que ejecutan su actividad en zonas radiactivas desarrollan cánceres y ello no impide su catalogación como tal). La existencia de problemas laborales y de una depresión no implica necesariamente un nexo causal entre ellos, pero no es menos cierto que aun no existiendo acoso es posible que exista dicho nexo causal entre ese conflicto laboral y la enfermedad propiamente dicha (depresión, ansiedad, úlcera...). Por tanto, si como consecuencia del ritmo o del nivel de exigencia laboral, una persona enferma de depresión o ansiedad en un grado que le imposibilite su trabajo y necesite asistencia sanitaria, habrá de ser considerado también como afectado por una contingencia profesional. La cuestión está, pues, en la prueba de dicho nexo causal y en la valoración responsable de indicios y hechos, lo cual no implica reconocer una protección máxima a personas que simplemente no están cómodas con una situación conflictiva, difícil o estresante.

En cualquier caso, aunque la fórmula más segura sería la inclusión futura de las enfermedades psicolaborales en el listado de enfermedades profesionales, quizás el estado de estudio actual de estas dolencias por la ciencia médica no permita aún una calificación de tipo automático y tan objetivo, como en las enfermedades listadas. A diferencia de estas últimas, la ansiedad, la depresión, el estrés... no son enfermedades de etiología definida *a priori*, sino que es necesario un mayor avance en el estudio de las mismas para determinar, si fuera posible, una serie de elementos objetivos y diferenciadores de una enfermedad provocada por acoso, o más en general, por el trabajo. Mientras tanto, la solución básica adoptada por los Tribunales hasta la fecha parece bastante razonable, radicando la mayor parte de las divergencias judiciales en el grado de exigencia probatoria —pues el juzgador ha de determinar si el trabajo ha sido el factor desencadenante o simplemente ocupa un lugar residual en la aparición de la enfermedad—, materia en la cual habrá que dirigir los esfuerzos para identificar y elaborar unos criterios interpretativos claros, razonables, objetivos y equitativos ³⁷.

En relación a la determinación del origen profesional o no de las lesiones que haya podido sufrir el funcionario a consecuencia de un proceso de acoso, esto es, vinculadas o no a la prestación de servicios que realiza, será determinante el régimen de Seguridad Social al que esté adscrito. Se trata de del Régimen General, como sucede para la

³⁷ OLARTE ENCABO, S.: *La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de Seguridad Social...*, cit., pp. 166 y 171.

mayoría de los funcionarios, principalmente autonómicos y locales, será la Jurisdicción Social. Ahora bien, las posibilidades de que en el orden contencioso-administrativo se obtenga la calificación profesional una vez producido el rechazo por parte de la entidad mutualista son remotas³⁸. En cualquier caso, resulta más frecuente su apreciación en colectivos funcionariales que desarrollan actividades de cierto riesgo (Guardia Civil, Policía Nacional, etc.) a la hora de reconocer pensiones extraordinarias por inutilidad generada en actos de servicio³⁹, o en el personal dedicado a la docencia o a la prestación de servicios sanitarios.

Obviamente, el Estado no puede mostrarse indiferente ante la magnitud —cuantitativa y cualitativa— del problema, principalmente por su papel de garante del respeto de los derechos de los ciudadanos, en general, y de los trabajadores y funcionarios en particular, pero también, en estrictos términos económicos, por el coste que debe soportar el sistema español de Seguridad Social al hacerse cargo de las prestaciones (económicas y de asistencia sanitaria) derivadas de la reparación de los daños ocasionados en la salud de las víctimas.

En definitiva, el acoso moral es un riesgo profesional también para los funcionarios públicos (en la terminología de la función pública un accidente «en acto de servicio») y, por tanto, la falta de medidas de protección eficaz contra este riesgo debe considerarse como una infracción administrativa. No obstante, que en el plano sustantivo merezca análoga calificación no significa que tenga las mismas vías para hacerlos

³⁸ Excepcional en este sentido, S. Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, número 3 de Madrid, de 7 de noviembre de 2000, confirmada en apelación por SAN de 7 de junio de 2001 (JUR 2001, 247018).

³⁹ Desatendiendo el informe psiquiátrico-laboral emitido por el Servicio sanitario de la Dirección General de la Policía según el cual «en las conductas y comportamientos individuales influyen muy variados factores, significando que las experiencias vividas se integran en la persona de forma que la influencia de cada experiencia depende de otras y, por consiguiente, el impacto o reacción de una misma experiencia no es igual para todas las personas, lo que lleva a negar que la enfermedad psíquica sea consecuencia directa de una sola experiencia, es decir, que este mismo evento (atentado de la banda terrorista ETA) en el resto de los compañeros que sufrieron el atentado probablemente no ha causado los trastornos que se le causaron al recurrente, lo que hace entender que no se puede atribuir a un solo evento la virtualidad de producir el trastorno psíquico sin la concurrencia de otros muchos aspectos que configuran la compleja personalidad del individuo», la STS de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de noviembre de 1997 (RJ 2604) considera que existe relación de causalidad entre el atentado terrorista sufrido y el cuadro psíquico que ha generado el paso a la situación de jubilación para su trabajo habitual de Policía Nacional. También aprecia tal relación de causalidad la SAN de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 1998 (RJ 3491) en un supuesto de «estrés postraumático» derivado de la impresión producida por presenciar un fallecimiento en acto de servicio (curso de formación). La STS de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de mayo de 1989 (RJ 3696) considera la «esquizofrenia paranoide» de Brigada Celador de Puerto y Pesca causa determinante de la inutilidad para el servicio, sin pronunciarse sobre su carácter común o profesional.

efectivos, pues ni su régimen jurídico, ni su legislación procesal ni, sobre todo, su Jurisdicción son las mismas. Como con acierto se ha dicho, el reconocimiento de un específico derecho en el EBEP debe servir para cerrar la profunda brecha hoy existente entre el plano del «estatuto teórico de Derecho» y la realidad práctica del funcionario» ⁴⁰.

⁴⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho de los empleados públicos a un lugar de trabajo libre de «acoso laboral»: sentido y alcance del nuevo régimen del estatuto básico*, cit., p. 24.

Comunicación a la Ponencia Temática II

PRESUPUESTOS LEGALES DE LA DESOBEDIENCIA JUSTIFICADA DEL EMPLEADO PÚBLICO

ROSA M. MORATO GARCÍA

Investigadora contratada
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: INSERCIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO EN UN ESQUEMA JERARQUIZADO.—II. LA INTENSIFICACIÓN DEL DEBER DE OBEDIENCIA. PARTICULAR REFERENCIA A LA REVALORIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONDUCTA ÉTICA COMO PAUTA PARA CALIBRAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.—III. LA INSOSLAYABLE CONEXIÓN ENTRE LA OBEDIENCIA DEBIDA Y EJERCICIO LÍCITO DE LA POTESTAD DE MANDO. 1. Elementos integrantes de la infracción del artículo 54.3 EBEP y agravamiento de las conductas de desobediencia. 2. Parámetros de admisibilidad de la resistencia a la orden del superior.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: INSERCIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO EN UN ESQUEMA JERARQUIZADO

Junto con la potestad reglamentaria y la capacidad de autoorganización, las Administraciones Públicas están habilitadas para disponer la ordenación de su personal en nombre de su poder de dirección. El deber de obedecer, manifestación en este escenario del principio jerárquico que informa la actuación de la organización administrativa, implica necesariamente el acatamiento y ejecución de las directrices impartidas por el superior, así como el sometimiento a la supervisión y control que en su caso pudieran ejercer las unidades dirigentes sobre sus subordinados. En la terminología del artículo 21.1 LRJAP, las circulares o instrucciones y órdenes de servicio despliegan sus efectos en el ámbito interno de la Administración. Emanadas de los órganos superiores, fijan criterios de actuación a los titulares de las unidades o servicios que ocupan inferiores puestos en el organigrama vertical que la integran¹. Hay que recordar, no obstante, que el TC sentenció que todos y cada uno de los trabajadores dependientes del órgano receptor deben observar el contenido de tales órdenes o mandatos «sin aguardar acto concreto alguno de aplicación» (FJ 2.º de STC 26/1986, de 19 de febrero).

¹ La STSJ de Castilla-La Mancha, de 27 de marzo de 1999 (RJCA 1234) diferencia unas de otras atribuyendo a las instrucciones la condición de «instrumentos escritos que proporcionan criterios de actuación administrativa», mientras que a las órdenes de servicio las asimila a las notas de régimen interior «con un carácter de mayor imperatividad». En sede de jurisprudencia y dentro de la doctrina constitucional, distinguiendo la naturaleza de las órdenes e instrucciones según afecten al ámbito *ad extra* o *ad intra*, existe acuerdo en señalar que en el segundo de los supuestos los mandatos carecen de valor normativo y son ajenos, por tanto, a la potestad reglamentaria de la Administración. Se trata, en estos casos, de directivas de actuación indispensables para la gestión técnica de la actuación administrativa, impuestas por las autoridades superiores a sus subordinados al socaire de las atribuciones que la relación jerárquica les confiere. Sobre esto, *vid.* la recopilación jurisprudencial contenida en CUADRADO ZULOAGA, D.: «Instrumentos dirigidos a materializar la potestad organizatoria de la Administración y su incidencia sobre los empleados públicos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2006, pp. 214-218.

Se debe señalar, además, que la existencia de dos regímenes jurídicos distintos, funcional y laboral, aplicables según la naturaleza del vínculo jurídico que una al trabajador con el empleador público, no es óbice para que la Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP de aquí en adelante) haya instaurado un núcleo común de normas para todo el empleo público, entre ellas el bloque relativo a los deberes y derechos, así como el régimen sancionador. La ordenación de los deberes de unos y otros, acogidos bajo el término omnicomprendido de «empleado público», ha de promover el equilibrio entre, por una parte, los criterios informadores de eficacia y jerarquía sobre los que se asienta la Administración (art. 103 CE) y, de otra, la garantía de los derechos de los trabajadores, máxime de aquellos que disfrutaban del más alto rango constitucional. En relación a uno de los principios vertebradores de la Administración Pública, el de jerarquía, contemplado por nuestra *norma normarum* y por el propio EBEP cuando en el artículo 1.3.j) recalca que la «jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas» constituye uno de sus fundamentos de actuación, debe recordarse que el mismo describe la relación de subordinación establecida entre los distintos órganos administrativos pero, adentrándonos estrictamente en la vertiente puramente personal, no institucional, también hace mención a la obligación de obediencia a la que se hallan sujetos los empleados respecto de sus superiores con funciones decisorias y de mando («en el ámbito de las relaciones internas de la Administración»)².

Descendiendo al caso que nos ocupa, sin querer entrar en el funcionamiento de los órganos que componen el aparato administrativo, lo que aquí se pretende abordar es, precisamente, el estudio de los confines de la obediencia debida. Procede, por tanto, recalar en un aspecto muy concreto dentro del variado contenido de la norma. Justamente en los mandatos que constituyen directa manifestación de la potestad de dirección administrativa, a los cuales deben dar cumplimiento los empleados públicos como elemento integrante del elenco de obligaciones inherentes a la relación de supremacía que les vincula a cada uno de sus superiores. Como es bien sabido la regla general establece que la desatención de las «órdenes e instrucciones profesionales», a las que explícitamente se refiere el artículo 54.3 EBEP en clara consonancia con los artículos 5.c) y 20.2 y 54.1.b) ET, comportará la actuación punitiva correspondiente. Ahora bien, lo dicho anteriormente

² STC 69/1989, de 20 de abril (FJ 2.º). Recuerda SANTAMARÍA PASTOR que «el funcionamiento coherente y armónico de todas estas estructuras, su capacidad de respuesta eficaz y unitaria a los requerimientos del mando político, exige que su configuración interna se base en instrumentos y relaciones que aseguren la subordinación de la actividad de unas personas respecto de otras y la reconducción a la unidad de todo el conjunto», *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, vol. I, pp. 241-242.

decae cuando la orden desborde los límites de la juridicidad e incida ilegítimamente sobre los derechos e intereses de los afectados o de terceros. Se propugna, en consecuencia, el afianzamiento en el campo del empleo público del criterio de la desobediencia legítima y *ius resistentiae* (aforismo consagrado en un abundante número de pronunciamientos de la jurisdicción social) frente al incorrecto ejercicio de la potestad de mando, cuestión, también en este ámbito, de gran relevancia aplicativa.

II. LA INTENSIFICACIÓN DE LA OBEDIENCIA DEBIDA. PARTICULAR REFERENCIA A LA REVALORIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONDUCTA ÉTICA COMO PAUTA PARA CALIBRAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

Con el EBEP se ha tratado de poner fin a la regulación ciertamente fragmentaria e incompleta existente en relación a los derechos individuales y obligaciones de los empleados públicos. Para ello se elabora un cuadro general que se aleja de los esquemas y valores que presidían el Texto articulado de 1964. Uno de los elementos centrales del debate social que ha precedido la aprobación del Estatuto y que a la postre se ha convertido en uno de los pilares sobre los que se asienta la norma tiene que ver con la ética de las actuaciones del poder público y de sus agentes. Tanto en el escenario privado como en el público ha proliferado la cultura de los valores éticos. Aunque éstos pertenecen al ámbito de la opción personal, no hay duda de que pueden servir de modelo de actuación profesional, como pautas generales para enfrentarse a situaciones dudosas o de discrecionalidad abriendo camino a un compromiso cotidiano de servicio a los intereses públicos y en defensa de los valores democráticos. Frente al preexistente marco regulador preconstitucional (arts. 76-81 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero), el EBEP presenta un tratamiento específico y sistemático de los principios y valores que, por lo que aquí importa, deben informar el marco de derechos y obligaciones de los trabajadores y las materias más directamente conexas como lo pueda ser el régimen disciplinario. En los últimos años, en efecto, son muchas las voces que se han alzado para demandar un modelo que por encima del control y la regulación detallada de los comportamientos, se apoyara en un sistema de valores considerándolo el medio más adecuado para estimular conductas profesionales consonantes con el interés público y disuadir comportamientos indeseables, todo ello con el fin de garantizar la cohesión interna, el dinamismo y la efectividad. Como alternativa a un régimen de trabajo rigurosamente jerarquizado se defiende una organización administrativa más horizontal, basada en el trabajo en equipo, en la habilitación de nuevos cauces

de información y sistemas de ordenación y gestión que favorezcan la motivación e implicación de los empleados públicos ³.

La norma estatutaria acoge, así, una relación ordenada de los deberes de los empleados públicos, base de los tipos disciplinarios, entre los que no sólo se hace especial referencia al desempeño diligente de las labores asignadas y a la exigencia de velar por los intereses generales observando debidamente la Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico, sino que también se da entrada a otros criterios estrictamente relacionados con prácticas de desempeño ético que no se ajustan propiamente a lo que podría entenderse por parámetros o directrices profesionales sobre cómo ha de llevarse a cabo la labor productiva. Son más bien patrones morales en torno al comportamiento del trabajador individual que se acoplan a otra variedad de medidas legales tendentes a flexibilizar, modernizar y reformar distintos aspectos de gestión y organización del personal. Obsérvese, en fin, que no se ha procedido a contemplar separadamente las obligaciones netamente profesionales, derivadas de la prestación de trabajo encomendada, de aquellas otras que se imponen como consecuencia del carácter público del servicio que se desarrolla (respecto de las que se erigen como fundamentos del proceder profesional la exigencia de actuar con arreglo a una serie de principios; de objetividad, neutralidad, confidencialidad, austeridad, etc.). Entre las primeras, homologable a lo que sucede en cualquier relación por cuenta ajena, se sitúa el deber de acatar las instrucciones y órdenes recibidas en torno a la ejecución del trabajo.

A mayor abundamiento se debe señalar que el Código de Conducta contenido en el Capítulo VI del EBEP con carácter prescriptivo se concibe por el propio legislador como un valioso instrumento para regular el comportamiento de los servidores públicos y posibilitar la transparencia de su actividad. Dicho esto, conviene tener presente que en este esquema el EBEP configura el comportamiento moral como referente conductual del empleado que complementa el deber genérico de acometer diligentemente el trabajo acordado, cumpliendo los horarios y jornadas establecidos y sometiendo a las directrices de sus superiores. Se inscribe en la línea de una de las propuestas del Documento de la OCDE «Ethics in the Public Service. Current Issues and Practice», de 1996, cuando hablaba de la dotación de una «infraestructura ética» como elemento necesario en los distintos Estados miembros. En concreto, promovía la instrumentación de ciertos medios normativos y estructurales destinados a favorecer el cum-

³ Vid. LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: «Régimen disciplinario administrativo de los empleados públicos en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 2008, p. 21 (Ref. La Ley 13645/2008). Con afán panorámico, GONZÁLEZ GALLARDO, L.: «El Estatuto de la Función Pública: gestación y necesidad actual», en *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, Madrid, 2003, pp. 20-29.

plimiento de las obligaciones, a identificar, corregir y evitar conductas censurables desde el punto de vista moral o ético y, al tiempo, a garantizar el seguimiento de los principios y valores que han de guiar la actuación de todos los agentes que prestan servicios en la Administración ⁴. Esta es la idea que inspira el Código de Conducta incluido en la norma del 2007: el refuerzo del comportamiento adecuado del agente público que ponga fin a la situación precedente, desprovista de una regulación completa y estructurada sobre la materia. Aun con escaso grado de concreción, dadas las dificultades para definir nociones ciertamente abstractas, se pone ahora especial interés en recordar que el objeto de la función pública es servir con objetividad a los intereses generales posibilitando a sus destinatarios tomar consciencia de los requerimientos morales y profesionales derivados del ejercicio de sus competencias ⁵.

Mi propósito principal es reparar en la formulación legal del deber de obediencia propiamente dicho, contemplado como uno más de los principios de conducta (art. 54.3 EBEP), pero no sin detenerme previamente a realizar unas breves observaciones sobre el abanico de «principios éticos» y «de conducta» que han de ordenar la actuación del empleado público. Es totalmente relevante y significativo que tales reglas merezcan formalmente en la ley dicha rúbrica que parece equipararlas a un conjunto de valores de carácter moral que guían e instruyen la conducta de un colectivo de personas. A este respecto no es ocioso recordar que este Código aglutina auténticas normas jurídicas que, como tales, vienen incorporadas en un texto normativo y obligan a quienes son empleados públicos. El mismo Estatuto, en la Exposición de Motivos, ya rechaza que estos principios puedan componer un mero enunciado de directrices o declaraciones retóricas sin mayor proyección práctica. Al propósito pedagógico y orientador de los principios éticos y reglas de comportamiento se le une una significativa labor «como límite

⁴ Igualmente relevante es el «First Report of the Committee on Standards in Public Life», de mayo de 1995, más conocido como *Informe Nolan*, partidario de que cada organización cuente con un Código de Conducta y la Recomendación del Consejo de la OCDE aprobada el 23 de abril de 1998 («Principles for Managing Ethics in the Public Service») donde se fomenta la adopción por los países miembros de un conjunto de principios o recomendaciones que favorezcan la gestión ética en el servicio público.

⁵ Para RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, el Código de Conducta tipificado en un documento normativo constituye un útil marco de referencia pero, señala, éste debe servirse de otras herramientas para desplegar todos los efectos a los que está llamado para garantizar el correcto funcionamiento de las instituciones y de los mismos empleados públicos. Concretamente, entiende que la ética pública, los principios y valores que la componen, han de ser objeto de programas de formación específica para que puedan ser realmente interiorizados por los empleados públicos, en especial aquéllos de nuevo ingreso. Indica el autor que este es el factor más importante a fin de que los servidores públicos tengan a su alcance los conocimientos suficientes que les posibiliten afrontar las situaciones de conflicto ético con la mayor responsabilidad y pueda garantizarse que las organizaciones públicas inspiran su actividad diaria en el servicio a la sociedad y bien común («Ética y empleados públicos», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 9, 1997, pp. 32-34).

de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias». Huelga decir que este particular contexto en el que se desenvuelve el trabajo justifica la inserción de reglas de comportamiento funcionales al servicio público⁶. Ocurre, sin embargo, que la referencia genérica a los valores éticos o principios informadores, sin mayores especificaciones y sin llegar a concretar de manera nítida su significado ya de por sí un tanto ambiguo y elástico, puede dar lugar a ciertos efectos perversos que favorecen el ejercicio de un poder de mando sin fronteras y, por tanto, un deber de obedecer prácticamente ilimitado. Y en este punto es donde toma especial relevancia la introducción de pautas de conducta profesional basadas en el cumplimiento de principios constitucionales pero también de deberes morales cuyo enjuiciamiento a cargo del superior jerárquico determinará si el trabajador dependiente se ocupa o no correctamente de sus atribuciones.

Del texto normativo se desprende la incursión en el régimen sancionador del plano puramente ético pues, tal y como señala el artículo 52 EBEP, dichos principios y reglas habrán de informar la actuación del profesional, principalmente ante situaciones en las que su proceder no se encuentra netamente especificado, así como la interpretación y aplicación del sistema disciplinario de los empleados públicos, quienes quedarán obligados coactivamente a seguir los modelos de conducta que contempla el Estatuto, configurando lo que son valores éticos en deberes jurídicamente exigibles y, lo que es más peligroso, positivizando elementos distorsionadores de la propia obligación de obedecer que asume el deudor de la prestación. Esto es, no parece oportuno desconocer que tales previsiones legales acarrearán la instauración de una cadena de lealtades personales que se extiende a lo largo de toda la estructuración jerárquica de la Administración, lo cual conlleva una involución democrática formalmente maquillada bajo los loables propósitos de obtener mayores índices de eficacia, transparencia y productividad. No podemos pasar por alto la mención a la integridad, ejemplaridad, honradez y a la trasnochada noción de lealtad, ausentes en el texto de referencia en el ámbito laboral⁷. En particular, advierte el artículo 53.3 EBEP, la exigencia de lealtad

⁶ Así lo defiende CUENCA CERVERA, quien precisa que estos trabajadores «no son meramente trabajadores por cuenta ajena, sino que se presta un servicio a la comunidad, lo que matiza y moldea la conducta profesional, al ser necesario tener en cuenta otros valores en presencia: la equidad, el respeto a la ley y el interés público», «El desempeño profesional en la Función Pública Local: Una aproximación desde el Derecho Disciplinario y la Gestión Pública», en *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 19, 2003, p. 6 (Ref. La Ley 4518/2003).

⁷ Decía MARTÍNEZ BARGUEÑO, M.: «La ética, nuevo objetivo de la gestión pública», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 10, 1997, p. 30, que «ya no es suficiente con que las personas que trabajen en el servicio público se limiten al funcionamiento formal de sus obligaciones (...), como auténticos profesionales, deben aspirar a la excelencia, ya que una profesión no es un oficio ni una simple ocupación. Para conseguir esta aspiración de excelencia resulta necesario que por parte de las Administraciones Públicas se fomenten

planea sobre la relación de los agentes con la Administración, pero también alcanza al trato con los superiores, compañeros, subordinados y, como no podría ser de otro modo, con los propios ciudadanos⁸.

Tales referencias dan cuenta de la especial relación de sometimiento del empleado público como consecuencia de su condición de servidor del interés general, incluido también aquel sujeto de una relación jurídico laboral con la Administración o Entidad Pública para quien el catálogo de deberes básicos y principios éticos exigibles viene a complementar la relación contenida en el artículo 5 ET⁹. Su actuación debe modularse al socaire de la especial responsabilidad y deberes específicos que acompañan el desempeño de su cometido¹⁰. Ciertamente es que la actuación incumplidora del empleado público supone una grave violación de la esencia misma de la función pública¹¹ y merece la oportuna reacción disciplinaria junto a las responsabilidades que puedan corresponder. Pero se debe hacer hincapié en que el renacimiento normativo de exigencias tales como la de lealtad tiene importantes implicaciones en el nexo jerárquico a través del que discurre la relación entre el superior e inferior en la dirección ya expuesta: adhiriendo con más fuerza si cabe la actuación del subordinado a la voluntad de su superior y ello en favor de lo que hace años ya era cocido como «la concepción mecánica de la relación de autoridad»¹².

«en positivo» aquellos valores que sirvan a quienes trabajan al servicio de los intereses generales como referentes éticos para su superación profesional».

⁸ Heredera de la referencia, ya derogada, al deber de colaboración leal con los jefes y compañeros del artículo 76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero).

⁹ La singular naturaleza del vínculo jurídico que une al personal laboral con la Administración es tomada en consideración por parte de la doctrina para defender la configuración de ésta como una «relación laboral de carácter especial». Vid. SALA FRANCO, T.: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *AL*, vol. II (2007), esencialmente, p. 2406. Tal condición, «desde la perspectiva material únicamente», le atribuye también DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», en *RGDTSS*, núm. 14, 2007, pp. 3 y 20.

¹⁰ Vid. la reciente STSJ de Cataluña, de 15 de octubre de 2007 (JUR 2008/33857). Desde esta óptica cobra todo su sentido la expresa mención en la Exposición de Motivos: «el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado»; «la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio».

¹¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: «Ética...», cit., p. 30. Recordaba el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2005, p. 200, que los empleados públicos tienen la obligación de cumplir «escrupulosamente» sus deberes para incrementar la confianza entre las instituciones públicas y los ciudadanos.

¹² MORELL OCAÑA, L.: «El principio de jerarquía en la Administración: Del paradigma de la objetivación al de la fidelitas personal», en *Documentación Administrativa*, núm. 229, 1992, p. 130.

La norma estatutaria no se detiene en el criterio jurídico de la buena fe como regla que ha de regir la actuación tanto del empleador como del sujeto empleado. Justificado en el carácter singular en el que se enmarca dicha relación, se requiere un especial deber de discreción, de consideración y de lealtad que se extiende al acatamiento de los mandatos recibidos haciendo más intensa dicha obligación. La noción de lealtad, que responde más bien a pasadas sensibilidades, aparece reconvertida aquí en un estándar de comportamiento adicional que se suma a la tradicional sujeción del empleado respecto de los dictados de sus directivos, expande el deber de corrección y buena fe sobre el que bascula la actuación del profesional subordinado y, en definitiva, se une al marco general de referencia desde el que conceptualizar el comportamiento cumplidor o incumplidor del servidor público. Incide, en definitiva, en el aspecto meramente represor.

Parece plausible mantener, no obstante, una lectura del precepto favorable a la identificación del principio de lealtad como exigencia de rectitud en el cumplimiento y honradez que se distancie, de este modo, de una interpretación del referido deber en clave de lealtad por completo resignada, condescendiente y acrítica con los mandatos de instancias superiores. Se podrá coincidir, por ello, en lo inconveniente de asociar las peculiaridades propias de la ejecución de funciones y competencias en el marco de la Administración Pública y la acomodación de la conducta del empleado a unos valores éticos en este escenario, con la acentuación desmedida de los deberes que caracterizan la posición de quien trabaja por cuenta de otro sujeto y lo hace de forma subordinada respecto del mismo ¹³ y, sobre todo, con una mayor rigidez o aminoración de la protección de los derechos fundamentales de los empleados públicos.

III. LA INSOSLAYABLE CONEXIÓN ENTRE LA OBEDIENCIA DEBIDA Y EJERCICIO LÍCITO DE LA POTESTAD DE MANDO

1. Elementos integrantes de la infracción del artículo 54.3 EBEP y agravamiento de las conductas de desobediencia

Teniendo presente todo lo expuesto se pasará a examinar a renglón seguido los principales aspectos que merecen especial atención en torno a la configuración del tipo infractor que sanciona el incumplimiento del deber previsto en el artículo 54.3 EBEP. Conviene observar al respecto que una apropiada tipificación del comportamiento punible constituye la

¹³ Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Propuestas para un estatuto básico del empleado público», en *AS*, vol. V, 2005, p. 382.

piedra angular del procedimiento disciplinario ¹⁴. Sin embargo, pese al esfuerzo del legislador por reprimir las carencias aplicativas del incumplimiento que supone la desobediencia del empleado tratando de efectuar una delimitación más operativa y práctica del tipo, la redacción sigue siendo deficiente pues el texto estatutario continúa recogiendo un tipo infractor sumamente abierto en este punto, lo que sin duda incrementará la tendencia a la litigiosidad ante los jueces y tribunales y hará preciso una futura lectura atenta a la jurisprudencia que se pronuncie sobre este asunto.

Con todo, soslayando lo dicho anteriormente en relación a la exigencia de analizar la falta de desobediencia a la luz de los preceptos disciplinarios, pero también de aquellos que guían el entero comportamiento debido por el trabajador según el Código de Conducta normativizado, a tenor de lo dispuesto legalmente (art. 95.2.i), son elementos necesarios del ilícito que compone la falta (muy grave) de desobediencia:

a) La existencia de una orden «personal y directa» que llegue de forma efectiva a conocimiento del servidor público ¹⁵. No bastan las simples indicaciones, recomendaciones e instrucciones genéricas o meramente programáticas ¹⁶. Igualmente, es inexcusable que el mandato sea expreso, terminante, definitivo, inteligible y suficientemente delimitado ¹⁷, sin que ofrezca duda alguna ¹⁸ y dirigido en la forma adecuada por el superior al trabajador jurídicamente subordinado ¹⁹.

b) Que la orden venga emanada del superior jerárquico con autoridad para impartirla, pues se exige «relación de dependencia respecto de quien legalmente ostenta la condición de jefe» ²⁰.

c) Que provenga del ejercicio legítimo de las funciones directivas, por tanto, que el mandato haya sido dictado dentro de las atribuciones que la ley reconoce a la autoridad o superior.

¹⁴ Tal y como se expresó el TC en sentencia 120/1994, de 25 de abril, el principio constitucional de legalidad que rige la entera actividad de las Administraciones Públicas requiere una «tipificación mediante la descripción estereotipada de conductas punibles o sancionables hecha con el suficiente grado de precisión, inteligibilidad y certeza, en aras no sólo de la justicia sino también de la seguridad jurídica» (FJ 3.º). *Vid.*, también, SSTC 219/1989, de 21 de diciembre (FJ 2.º y 4.º) y 184/1995, 12 de diciembre (FJ 3.º).

¹⁵ STSJ de Castilla y León, 13 de marzo de 1998 (RJCA 884).

¹⁶ SAN de 5 de julio de 1999 (RJCA 2518).

¹⁷ SAN de 10 de diciembre de 1996 (RJCA 2149).

¹⁸ Señala la SAN de 22 de diciembre de 2000 (RJCA 2001/340) que si las órdenes son difusas «falta la necesaria intención y la plena conciencia por parte del funcionario de quebrantar los deberes de obediencia y disciplina inherentes en la relación funcional».

¹⁹ SAN de 16 de enero de 1996 (RJCA 3) y SAN de 24 de mayo de 1999 (RJCA 2922). Como aclara la STSJ de Galicia, de 13 de junio de 2001 (JUR/259891), la orden no debe formalizarse necesariamente por escrito.

²⁰ SAN de 24 de mayo de 1999 (RJCA 2922).

d) La infundada inobservancia del mismo por parte del empleado público.

e) Y que el incumplimiento sea fruto de una actitud *abierta* y consciente. De hecho, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido demandando insistentemente un comportamiento inequívoco, expresión de una clara intencionalidad por parte del agente que se aparta de las órdenes o instrucciones recibidas. De modo que como presupuesto necesario se requiere, «no una especial malicia» por parte del agente público, una actitud jactanciosa y contumaz ²¹, pero sí una actividad «injustificada de oposición a su cumplimiento y desconocimiento de la autoridad que el superior ejerce» ²². En ausencia de dicho elemento constitutivo del tipo, esto es, cuando se está ante una cierta desidia o un comportamiento remiso del servidor público que no alcanza a conformar una contestación o negación explícita del poder jerárquico del superior, entiendo que dicha conducta no tendrá cabida en el tipo específico previsto en el citado precepto ²³ aunque podrá encajar, si se dan los requisitos oportunos, en una infracción grave o leve (art. 95.3 y 4 EBEP) ²⁴.

Tal interpretación goza en mi opinión de plena justificación. Piénsese que la coincidencia en el mismo ámbito del colectivo funcional y del laboral comporta forzosamente distintas zonas de intersección entre el Derecho del Trabajo y el Administrativo. Las razones que justifican la adopción del despido disciplinario del artículo 54.1.b) ET, medida punitiva reservada para comportamientos especialmente reprochables, deben estar provistas de una cierta entidad. En resumidas cuentas, la formulación negativa de la obediencia exigida al trabajador admite matices y graduaciones pero únicamente se reserva la máxima sanción de despido cuando la conducta del trabajador encierra un incumplimiento grave y culpable. A lo que se acompaña la modificación cuantitativa y cualitativa en el EBEP de las infracciones muy graves cometidas por quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. La actual normativa es más estricta al calificar como muy grave el ilícito que anteriormente se configuraba como grave [art. 7.1.a) del Real Decreto 33/1986, de 10 de

²¹ De una «actitud deliberadamente rebelde» habla la SAN de 5 de julio de 1999 (RJCA 2518).

²² SAN de 16 de enero de 1996 (RJCA 3) y SAN de 18 de octubre de 1999 (RJCA 3619). *Vid.* a su vez, la STSJ de Castilla y León, de 18 de noviembre de 1997 (RJCA 2546); STSJ de las Islas Canarias, de 14 de abril de 2000 (JUR 267144) y STSJ de Valencia, de 11 de febrero de 2003 (JUR 2004/22551).

²³ Así, también, CUADRADO ZULOAGA, D.: *Instrumentos...*, cit., p. 219.

²⁴ Por su parte, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, contempla «la grave consideración con los superiores, compañeros o subordinados» (art. 7.1.e) como falta grave y leves «la incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados» (art. 8.c) y «el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave» (art. 8.e).

enero], lo cual comporta relevantes consecuencias en cuanto a las sanciones a aplicar que pueden llegar ahora hasta la separación del servicio para los funcionarios y el despido disciplinario del contratado laboral (sanción que sólo podrá corresponder a la comisión de faltas muy graves), conformando éste uno de los vasos comunicantes entre ambos ordenamientos. La preservación del orden y la disciplina en la Administración se erige de este modo en un objetivo sustancial al hilo del cual se dispone este agravamiento de la desobediencia, perfilado como un plus garantista en manos del empleador público que trata así de asegurarse el cumplimiento de las órdenes dadas.

2. Parámetros de admisibilidad de la resistencia a la orden superior

La falta de desobediencia presupone la desatención de una orden o instrucción profesional sin que exista causa que la justifique. Tal y como ha sido suficientemente estimado por la doctrina, la potestad de mando del superior sobre su subordinado no es absoluta y se encuentra pertinentemente limitada. En primer lugar, por el propio campo de actuación de dicha prerrogativa jerárquica, la cual «se mueve de ordinario en el ámbito de lo no jurídico y en el ámbito de lo discrecional, puesto que en ambos puede ordenar sin exceder de la Ley y el Derecho»²⁵. En efecto, el mando del eslabón superior no puede entrar a determinar el contenido de los actos jurídicos cuya adopción corresponda al personal a su cargo, prohibirle una actuación que la norma le autoriza o, a la inversa, compelerle a obrar de manera contraria a lo establecido legalmente. Ahora bien, debiendo respetar el ordenamiento jurídico, el superior con facultades directivas tiene en su mano la ordenación de las circunstancias que rodean la actuación del dependiente, las condiciones de ejercicio de sus funciones y las actividades y obligaciones que en cada momento sujetan a los subordinados de acuerdo a los fines del servicio público²⁶.

Desde otro punto de vista, el inferior no está sujeto únicamente a las órdenes o instrucciones recibidas pues no hay que olvidar que éste se halla, en todo momento, sometido a la legalidad vigente. Además, como advierten algunos autores, ha de actuar con sometimiento a las reglas técnico-profesionales así como a los deberes de corrección de su especialidad (obsérvese que el ejercicio de la potestad directiva no puede

²⁵ NIETO, A.: «La jerarquía administrativa», en *Documentación Administrativa*, núm. 229, 1992, p. 41.

²⁶ NIETO, A.: *La jerarquía...*, cit., p. 56. En idéntico sentido, MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Fundamento y regulación sustantiva*, 3.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 53.

desatender la llamada a la eficacia de la que sirve como fundamento normativo el art. 103.1 CE). Lo que interesa destacar, por tanto, es que no conforma desobediencia constitutiva de infracción la actuación del empleado que se aparta de un dispositivo de mando contrario a derecho o que rebasa el círculo de competencias normativas o pactadas del servidor público²⁷.

En relación a esto último se debe reseñar que el EBEP ha supuesto un significativo avance en beneficio de la consolidación de la obediencia crítica como contrapunto a la obediencia servil y ciega que reinaba en épocas pasadas²⁸. La introducción del último inciso en el artículo 54.3 recoge con mayor precisión que el deber de cumplir los mandatos recibidos cede cuando los mismos constituyen una infracción del ordenamiento jurídico²⁹. Se establece, así, un importante límite al proceder disciplinario, para el que se requiere de forma insoslayable el ejercicio legítimo de las facultades de dirección, porque se ampara la desobediencia frente a la actuación antijurídica o arbitraria de los agentes públicos con funciones de mando respecto de sus subordinados. Lo que supone una contundente rectificación del principio *solve et repete* que, pese a no contar con un expreso apoyo legal, se ha dejado sentir en no pocos pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa de forma paralela al camino recorrido por la jurisdicción social para abordar la cuestión de los márgenes de desobediencia admisibles. De hecho, recientemente la SAN de 27 de enero de 2005 (JUR 226363) embebe la presunción de legitimidad del ejercicio directivo y puntualiza que «ningún trabajador, sea este laboral o funcionario debe erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que ante la orden recibida por parte de un superior que revista la apariencia de legalidad, debe cumplirla y, en su caso, posteriormente reclamar si considera que dicha orden no debía acatarla»³⁰. Una reiterada doctrina judicial ha subrayado

²⁷ La jurisprudencia ha sido meridianamente rotunda al afirmar que la orden o instrucción respecto de la cual se requiere un comportamiento cumplidor por parte del empleado público «es aquella que guarda relación con las funciones y servicios encomendados al inferior para el desempeño de su cargo. Así en las SSAN de 18 de octubre de 1999 (RJCA 3619); 18 de julio de 2000 (JUR 204392); 19 de julio de 2001 (RJCA 1267) y 30 de mayo de 2002 (JUR 59244). Anteriormente dejaba sentado la STS de 14 de noviembre de 1985 (RJ 5670), que «las obligaciones del funcionario no las establece, a su voluntad, quien en un determinado momento ostente un cargo desde el que durante un plazo más o menos breve puede impartir órdenes, sino que vienen establecidas reglamentariamente, de forma que no puede encomendarse a un funcionario administrativo funciones propias del cuerpo técnico o subalterno, sino las específicamente asignadas al Cuerpo al que pertenece; no existiendo por tanto conducta antijurídica, no puede existir sanción».

²⁸ Cfr. MARINA JALVO, B.: *El régimen...*, cit., p. 52.

²⁹ Al respecto, las reflexiones de CASTILLO BLANCO, A.: «Los deberes de los funcionarios públicos», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 369-370.

³⁰ *Vid.* también, la SAN de 28 de enero de 2004 (JUR 144897). Salvedad debe hacerse en lo que a la conformidad de la orden con el Derecho Penal se refiere pues, como han

que la supuesta improcedencia del mandato, fruto de la subjetiva apreciación apriorística del empleado público, no excusa de su cumplimiento sin perjuicio, claro está, «de poner los hechos en conocimiento de su superior jerárquico de quien dio la orden» a través de los cauces reglamentarios y legales oportunos ³¹.

A la hora de abordar el alcance del deber de obediencia del empleado, los tribunales tienen claro que es presupuesto insalvable la existencia de una orden o instrucción legítima. No obstante, privando de toda eficacia a tal afirmación, se impide al receptor de la misma poner en duda la corrección jurídica del mandato o la oportunidad de cumplir ciertas instrucciones con arreglo a lo que pueda resultar más conveniente para el servicio público que se presta ³². Rara vez se admite que la orden cursada se vea suspendida en su cumplimiento tras el juicio de valor que pudiera efectuar su receptor. Ello únicamente cuando adolece de vicios muy severos, en caso de flagrante arbitrariedad o ilegalidad palmaria de la orden ³³, unida frecuentemente a situaciones gravemente

señalado numerosos autores, el inferior debe examinar si la orden recibida se acomoda a las normas legales en este punto. Subraya BEATO ESPEJO que sólo obrando así puede permanecer al margen de toda responsabilidad criminal, «más que por causa de justificación que elimina la antijuridicidad, en caso de conflicto de deberes, por obediencia jerárquica legal, pues no puede operar si el mandato constituye delito o ilegalidad misma, y se conoce por el subordinado lo que ha de producirse, de no constar determinado lo contrario, pues lo ilegal criminal normalmente no se ignora» («Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos», en *Documentación Administrativa*, núm. 229, 1992, p. 292)

³¹ Últimamente, SAN de 27 de enero de 2005 (JUR 226363) y 7 de marzo de 2007 (JUR 88070). En la misma línea indica la STSJ de Murcia, de 17 de junio de 2005 (JUR 2006/299183), que «mientras no quede dilucidado con claridad el alcance de las obligaciones y sus límites, no es permitido que el funcionario pueda interpretar por su cuenta el alcance de tales obligaciones, estando mientras tanto obligado a su cumplimiento. Y la consulta a los representantes del personal no permite exonerar el cumplimiento de obligaciones, quedando fuera del ámbito de sus competencias».

³² Doctrina reiterada en SSTSJ de Valencia, de 18 de diciembre de 2000 (JUR 2001/95054) y 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/214727); SSTSJ de Cataluña, de 23 de febrero de 2001 (JUR 165657), 1 de octubre de 2003 (JUR 258594) y STSJ de Castilla y León, de 23 de marzo de 2005 (JUR 111240). En esta dirección, la STSJ de Castilla y León, de 24 de octubre de 2000 (JUR 2001/44879) confirma la sanción impuesta por «grave desconsideración a superiores y compañeros» al dar por probado que el empleado público había puesto en duda la certeza de las explicaciones que sobre los hechos le había ofrecido un superior. Indica la Sala que «esa conducta representa un claro perjuicio para la consideración pública de un funcionario de mayor categoría y, por ello, es merecedora de la sanción impuesta». Parte de la doctrina se ha hecho eco de tales posiciones. Advierte LORENZO DE MEMBIELA: «Derecho al honor del funcionario público, acorde con la Ley 7/2007, Estatuto básico del empleado público», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, 2007, p. 8 (Ref. LA LEY 5201/2007), que «un funcionario que recibe una orden en su opinión equivocada puede y debe presentar objeciones. Si el superior jerárquico insiste, será no sólo deber, sino también honor del funcionario ejecutarla como si correspondiera a sus convicciones, y mostrar así que su sentido del deber es superior a su voluntariedad (...). Así lo requiere el espíritu del cargo».

³³ El artículo 66.9 del Proyecto de Ley reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública, de 5 de julio de 1999, hacía alusión a la desobediencia legítima en caso de órdenes

contrarias al derecho y al ejercicio de un derecho fundamental³⁴. Por el contrario, ante órdenes cuya legitimidad se presente simplemente como dudosa o cuestionable, en aras de reforzar un bien jurídico constitucional cual es el de la eficacia de la acción de administrativa, se niega la existencia de un derecho del empleado público a no ejecutar el mandato recibido en virtud de tales sospechas³⁵.

A propósito, si la proyección de los derechos de la persona y su confrontación con el concreto proceder de la dirección plantea importantes cuestiones en el seno de la empresa privada, tanto o más sucede en el ámbito de la Administración donde su disfrute está sujeto a un régimen particular ya que además de los límites generales o comunes a todos los ciudadanos, teniendo presente que la desobediencia del empleado puede comprometer el buen funcionamiento del servicio público, se recurre, como específicos criterios de ponderación, a la condición funcional o laboral del empleado público, a las labores que desempeñan, a los vínculos jerárquicos del personal afectado y al grado de disciplina interna aplicable al rango o categoría específica que ocupan cada uno de ellos dentro de una escala formalizada en sentido descendente³⁶. Es precisamente el agente sometido a una especial jerarquización el que se encuentra sujeto a un deber de respeto al superior más intenso³⁷. Sin embargo, no debe dudarse de lo inadecuado que sería otorgar una protección completamente diferenciada a los distintos trabajadores en función de que ejerzan sus derechos fundamentales en el ámbito de la empresa privada o de la Administración. Teniendo presente el acusado casuismo en esta materia, es dable anotar que las limitaciones al ejercicio de los mismos han de ser consideradas de forma restrictiva dado el especial rango conferido por la Constitución a tales derechos³⁸. Y,

que encarnasen «una infracción manifiesta y clara y terminante de un precepto de una ley o de otra disposición de carácter general». El EBEP sintetizó el ámbito de lícita oposición a la expresión de «infracción *manifiesta* del ordenamiento jurídico».

³⁴ «Sólo en casos excepcionales podríamos hablar del denominado *ius resistendae* o derecho de resistencia a la orden superior», razonan las SSTSJ de Cataluña, de 23 de febrero y 28 de septiembre de 2001 (JUR 165657 y JUR 2002/13606, respectivamente), en relación al deber de obedecer el personal al servicio de la Seguridad Social. Por su parte, alega la STS de 23 de junio de 1993 (RJ 4650) que el manifiesto carácter ilegal priva al mandato de su eficacia vinculante, como base de la desobediencia.

³⁵ Cfr. CUADRADO ZULOAGA, D.: *Instrumentos...*, cit., pp. 219-220.

³⁶ De este modo lo defendió el TC, pronunciándose en concreto sobre la libertad de expresión de los funcionarios públicos, en sentencia 81/1983, de 10 de octubre (FJ 2.º). Criterio que reproducen, entre otras, las SSTC 69/1989, de 20 de abril (FJ 2.º), 6/2000, de 17 de enero (FJ 5.º), 29/2000, de 31 de enero (FJ 5.º) y 101/2003, de 2 de junio (FJ 4.º) y el ATC 124/2005, de 4 de abril (FJ 2.º).

³⁷ La jurisprudencia se ha hecho eco de una obediencia debida oportunamente reforzada en el caso de determinados colectivos funcionariales (Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) a los que el propio texto constitucional remite a un estatuto específico (art. 104.2 CE). *Vid.* sobre este asunto, CASTILLO BLANCO, A.: *Los deberes...*, cit., p. 141.

³⁸ Tal y como expresaba la conocida STC 81/1983 (FJ 2.º), la situación tras la entrada en vigor de la CE es muy diversa al modelo de burocracia existente en una primera etapa

por supuesto, conforme al criterio de proporcionalidad, el grado de sujeción tiene que verse necesariamente modulado en sus efectos ante posibles confrontaciones entre el mandato y derechos consagrados constitucionalmente.

Retomando el hilo del discurso principal, salta a la vista que se ha dado un paso firme en la dirección correcta. El EBEP reconoce el *ius resistetiae* del empleado público. Con todo, aunque el planteamiento es indudablemente acertado, éste se ve oscurecido por la vaguedad e imprecisión del precepto regulador. En primer lugar hay que destacar que la norma desautoriza toda concepción que identifique al agente con un mero ejecutor material de las órdenes e instrucciones de su superior y ello porque asienta una importante vía para que todo empleado público pueda examinar tales mandatos, verificar su legitimidad y quedar exceptuado de la obediencia a los mismos sin incurrir en responsabilidad cuando tales directrices sean *manifiestamente* acreedoras de reproche. De forma consonante al sentir de la doctrina *iuslaboralista* más autorizada, hay que señalar que la desobediencia en la que incurre el trabajador frente al ilícito ejercicio de las prerrogativas de dirección no constituye un incumplimiento contractual sino un uso legítimo de los derechos que ostenta el propio trabajador³⁹. En efecto, cuando las órdenes e instrucciones no derivan de un poder legítimamente desempeñado, deberá convenirse que el trabajador, también el servidor público, no está obligado por ellas ya que se adoptan sin la necesaria cobertura⁴⁰.

La positivación de esta garantía es un importante síntoma de la permeabilización en el ámbito de la función pública de los principios y derechos constitucionales y pese a que no lo impide del todo, sí dificulta la arbitrariedad y el abuso de poder en el ejercicio de la potestad directiva⁴¹. No se pretende renunciar a la represión de aquellas conductas incumplidoras que redundan en perjuicio de los servicios de la organi-

del constitucionalismo europeo cuando solía requerirse de los funcionarios públicos «una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante».

³⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La indisciplina o desobediencia en el trabajo», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2.ª ed., ACARL, Madrid, 1992, p. 152. Vid., también, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Deber de obediencia y despido por desobediencia», en REDT, núm. 87 (1998), pp. 85-87 y 93; ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, p. 375, y RIVERO LAMAS, J.: «Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV. (Dir. M. ONEREO PÉREZ, J. L.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, p. 315.

⁴⁰ «El mandato del superior es obligatorio tan sólo cuando encarna, concretándola, la voluntad de la Ley», de tal forma que «si antes el funcionario estaba subordinado a la voluntad de su superior, hoy lo está de manera prioritaria a la de la norma», NIETO, A.: *La jerarquía...*, cit., pp. 52 y 55. Cfr., asimismo, MORELL OCAÑA, L.: *El principio de jerarquía...*, p. 74.

⁴¹ STSJ de las Islas Canarias, de 25 de noviembre de 2003 (JUR 2004/31364).

zación administrativa pero sin que ello comporte, en virtud de la mención ahora incluida, una abnegación absoluta e incondicional obediencia al superior aun cuando las órdenes de éste sean disconformes con los principios que ordenan la actividad administrativa, y en general, con el conjunto del ordenamiento jurídico. Es atinado resaltar, asimismo, que el precepto también ampara la posibilidad de apartarse de las órdenes recibidas cuando provoquen de forma notoria un incorrecto funcionamiento del servicio público —recuérdese que los agentes públicos tienen el deber de actuar de acuerdo a los principios de eficacia, economía y eficiencia, promoviendo la satisfacción del interés general y de los objetivos de la organización (art. 53.8 EBEP)— o, en términos generales, infrinjan el Código ético que la propia norma contiene.

Ahora bien, el artículo 54.3 EBEP resulta excesivamente escueto y opaco en este punto. Habría sido deseable que el legislador hubiese aprovechado la oportunidad para regular con precisión la cuestión de la obediencia debida aquilatando todos los extremos que pueden ser objeto de duda y tomando una postura cierta y segura frente a los dispares planteamientos judiciales. El incumplimiento de los mandatos que el empleado estima antijurídicos le comporta ciertos riesgos pues al margen de la eventual responsabilidad administrativa puede ser objeto de medidas disciplinarias por desobediencia. Si bien le otorga la posibilidad de resistir frente a mandatos ilegítimos, se desentiende de las consecuencias de tal actitud de oposición cuando el empleado público de buena fe percibió la incorrección jurídica, actuó en consecuencia, y se equivocó. E incluso cuando su valoración es la adecuada, aun no correspondiendo responsabilidad disciplinaria alguna, se expone a perder la «gracia» o la confianza del superior, con la consecuencia, como se ha dicho, «de que en estos casos se exige una calidad complementaria de heroísmo para los cumplidores estrictos de la ley»⁴². De modo que aunque resulte particularmente sobresaliente y bien recibida la inclusión del criterio jurídico de la desobediencia *justificada*, llama la atención la ausencia de toda garantía o salvaguarda que ampare al trabajador cuando pese a haber obrado de forma razonable y de buena fe no se pudo verificar el carácter antijurídico del mandato. En mi opinión la técnica empleada no solventa las confusiones e inseguridades en un contexto tradicionalmente necesitado de lo contrario, hecho que, por lo demás, resta virtualidad al ejercicio del llamado *ius resistentiae*.

Sea como fuere, el legislador se ha decidido a regular las posibilidades de legítima resistencia y parecería lógico entender que han de quedar exentos de sanción disciplinaria quienes actúen de forma razonable, de buena fe y diligentemente habiendo puesto en conocimiento de los órganos de inspección la improcedencia o ilegalidad de la correspon-

⁴² NIETO, A.: *La jerarquía...*, cit., p. 54.

diente orden tal y como advierte el precepto analizado. En conclusión, el allanamiento a las órdenes e instrucciones recibidas ha de ser necesariamente práctica habitual tanto en el ámbito de la empresa privada como en el de las Administraciones y Entidades Públicas. Ahora que sin entrar a discutir las tradicionales tesis que han venido defendiendo la relación axiomática entre el buen funcionamiento de la Administración y la ordenación jerárquica de la misma, no se puede llegar a desconocer que en caso de conflicto entre jerarquía y legalidad, ha de primar ésta última.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL TRATAMIENTO DE LA MOVILIDAD DE LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

ANA MORENO MÁRQUEZ

Profesora Contratada Doctora de
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: PUNTO DE PARTIDA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.—2. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 82 DEL EBEP: UNA TRASLACIÓN DE LA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 20.1.I) DE LA LMRFP CON CIERTAS MODIFICACIONES. 2.1. Cuestiones derivadas de la plasmación de la regulación. 2.1.1. Ubicación en el EBEP y necesaria conexión con la regulación contenida en la LOVG. 2.1.2. La indeterminación relativa al puesto de trabajo. 2.2. Las modificaciones recogidas en el artículo 82 del EBEP en beneficio de la funcionaria víctima de violencia de género. 2.2.1. El derecho al traslado como «derecho inmediato». 2.2.2. La contextualización de la protección de la intimidad y en especial de los datos personales.—3. LA MOVILIDAD INTERADMINISTRATIVA DE LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 84 DEL EBEP.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: PUNTO DE PARTIDA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

La movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género no es una cuestión que se presente como novedosa en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)¹. Por el contrario, el Capítulo III del Título III de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG)², en el que se contemplan los derechos de las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, ya hacía referencia a «*la movilidad geográfica de centro de trabajo*» (art. 24) e indicaba que su contenido dependería de lo establecido en la legislación aplicable. Por esta razón, la propia Disposición Adicional 9.^a de la LOVG modificó la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP)³. En concreto, introdujo, por una parte, una nueva letra i) en el apartado 1 del artículo 20 de esta norma en la que se reguló la movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género⁴; y, por

¹ BOE de 7 de abril de 2007.

² BOE de 29 de diciembre de 2004.

³ BOE de 3 de agosto de 1984.

⁴ El Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo (BOE de 4 de marzo de 2006), modificó el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (BOE de 10 de abril de 1995) (RGIPAGE), e introdujo el artículo 66.ter con objeto de desarrollar lo previsto en el artículo 20.1.i) de la LMRFP. La Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispuso la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecieron medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, recogió entre dichas medidas el derecho a la protección de las empleadas públicas objeto de situaciones de violencia de género para facilitar su movilidad en el seno de la Administración del Estado (BOE de 16 de diciembre de 2005). En el ámbito de las Comunidades Autónomas, tan

otra, un apartado 3 en el artículo 17 de la misma en el que se señaló que en el marco de los Acuerdos que pudieran suscribir las Administraciones Públicas para facilitar la movilidad interadministrativa tendría especial consideración la movilidad de la citada funcionaria. Además, dicha Disposición Adicional 9.^a añadió estos preceptos a los recogidos en el apartado 3 del artículo 1 de la LMRFP con objeto de considerarlos «*bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos*».

El EBEP ha derogado estos artículos (Disposición Derogatoria única)⁵, y ha establecido una regulación específica para la movilidad por razón de violencia de género⁶ en la que, de forma genérica, se hace referencia a «*las mujeres víctimas de violencia de género*» (art. 82), por lo que cabe interpretar que se aplica a las empleadas públicas en general⁷. Pues bien, en este trabajo, al margen de esa aplicación general, se analizará el caso concreto de la movilidad de las funcionarias víctimas de violencia de género. Para ello, se partirá del régimen jurídico de la movilidad de las víctimas de violencia de género, en los términos previstos en el EBEP, con objeto de concretar cuáles son los cambios que se establecen para este colectivo con respecto a la regulación anterior, destinada única y exclusivamente a las funcionarias, y, sobre todo, de determinar el alcance y la operatividad de los mismos.

sólo reproducen el contenido del artículo 20.1.i) de la LMRFP el artículo 53.ter de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid (BOCM de 24 de abril de 1986) y el artículo 54 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León (BOCyL 31 mayo 2005); si bien esta última añade cómo se acredita la situación de violencia de género (en los mismos términos que señala la LOVG). Los artículos 57.bis de la citada Ley 1/1986, y 49.3 de la Ley 7/2005, también contemplan las previsiones del artículo 17.3 de la LMRFP en relación a la movilidad interadministrativa. Por su parte, el artículo 85 de la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BO de 3 de abril de 2007), contiene una regulación relativa al traslado por causa de violencia en el que se hace referencia al supuesto de la funcionaria víctima de violencia de género, sin que tampoco se detalle el procedimiento a seguir. *Vid.* BELANDO GARÍN, B.: «Función pública y realidad social. La nueva adaptación del régimen jurídico de los funcionarios públicos realizada por la Ley Integral contra la Violencia de Género», en AA.VV.: *La Nueva Ley contra la Violencia de Género*. BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coord.), Iustel, Madrid, 2005, pp. 483-492; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La protección de la funcionaria víctima de violencia de género», en *TS*, núm. 185, pp. 39 y 40.

⁵ En los términos que más adelante se analizarán.

⁶ *Vid.*, al respecto, ARROYO YANES, L. M.: «La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el EBEP (arts. 78 a 84)», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. DEL REY GUANTER, S. (Dir.); FÉREZ FERNÁNDEZ, M. y SÁNCHEZ TORRES, E. (Coord.), La Ley, Las Rozas, 2008, pp. 851-855; FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en AA.VV.: *Estatuto Básico del Empleado Público*, ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Dir.), La Ley, Las Rozas, 2007, pp. 624-625.

⁷ Clasificadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.2 del EBEP.

2. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 82 DEL EBEP: UNA TRASLACIÓN DE LA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 20.1.I) DE LA LMRFP CON CIERTAS MODIFICACIONES

El artículo 82 del EBEP viene a recoger lo previsto en el artículo 20.1.i) de la LMRFP. Es decir, parte del mismo supuesto y tiene idéntica finalidad, pero, al mismo tiempo, introduce ciertas modificaciones y algunas previsiones de carácter novedoso.

2.1. Cuestiones derivadas de la plasmación de la regulación anterior en el marco del EBEP

El hecho de que el artículo 82 del EBEP contenga parte de la regulación prevista en el citado artículo 20.1.i) de la LMRFP, en principio, no debería plantear problemas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta norma dejaba ciertos aspectos sin concretar; lo que significa que al volver a reproducir su contenido en el EBEP también se trasladan los problemas que se presentaban en la regulación anterior.

2.1.1. *Ubicación en el EBEP y necesaria conexión con la regulación contenida en la LOVG*

Cuando se analiza la regulación relativa a la movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género (art. 82 del EBEP) puede constatarse que ha quedado ubicada en el Capítulo III del Título V del EBEP dedicado a la *«provisión de puestos de trabajo y movilidad»*. Es decir, se ha situado junto a otros tipos de movilidad, como la voluntaria (arts. 81.1 y 84) o la forzosa (art. 81.2). Pero lo cierto es que si se compara la finalidad perseguida en estos casos con la que trata de conseguir la regulación contenida en el artículo 82 del EBEP puede comprobarse que son totalmente distintas. La movilidad por violencia de género obedece a la necesidad de hacer efectiva la protección de la vida o de la integridad física o moral de la funcionaria, o a hacer posible su derecho a la asistencia social integral. Es una movilidad voluntaria si se tiene en cuenta que es la funcionaria la que decide ejercer este derecho, esto es, solicitar *«el traslado a otro puesto de trabajo»*, en la misma localidad o en distinta localidad, pero, al mismo tiempo, forzosa, ya que en realidad es un derecho amparado en una causa que le obliga a efectuar ese cambio con objeto de ubicarse en un entorno seguro, lejos de su agresor, para, de ese modo, hacer efectiva su protección, o el derecho a la asistencia social integral. Al igual que también es forzosa para la Administración si se considera que, cuando se cumplan los requisitos

que establece la norma, se verá obligada a proceder al traslado de esta funcionaria⁸.

Por tanto, no son las necesidades de la Administración, como en los otros tipos de movilidad, las que determinan el traslado de la funcionaria sino la situación en la que ésta se encuentra. Esta premisa es fundamental a la hora de interpretar tanto el contenido de la regulación anterior, que ahora se reproduce en el artículo 82 del EBEP, como las modificaciones que se introducen en la norma; lo que, a su vez, determina la necesidad de conectar esta regulación con la propia LOVG que fue, como se ha señalado, la que introdujo este derecho. Conexión que dota de significado a esta medida, sobre todo si se tienen en cuenta los principios rectores del artículo 2 de la LOVG; en particular, el de transversalidad (art. 2.k). Así, aunque el artículo 82 del EBEP no contenga una definición de «*violencia de género*», lo mismo que sucedía en el artículo 20.1.i) de la LMRFP, si se observa la procedencia y la finalidad de esta medida puede afirmarse que el concepto de violencia de género ha de extraerse de la LOVG. Este dato, junto a la acreditación por parte de la funcionaria víctima de violencia de género de la situación que determina la necesidad de abandonar el puesto de trabajo que ocupa, es fundamental para el disfrute del derecho. En este caso, el artículo 82 del EBEP se limita a reproducir la necesidad de que la funcionaria acredite esa situación, lo mismo que se establecía en el artículo 20.1.i) de la LMRFP, sin indicar los posibles títulos acreditativos. Si se parte de esa conexión entre la regulación prevista en el EBEP y la contenida la LOVG, el legislador podría haber hecho una remisión al artículo 23 de la LOVG en el que se hace referencia, como títulos acreditativos de esta situación, a la orden de protección, o excepcionalmente, en tanto se dicta la orden, al informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la funcionaria es víctima de violencia de género.

El problema es que el hecho de que el artículo 82 del EBEP deje nuevamente sin concretar estos aspectos puede dar lugar a desarrollos posteriores de carácter diferenciado, sobre todo más o menos exigentes que determinen que este límite inicial (que supone la acreditación de la situación de violencia de género para que sea posible el disfrute del derecho) sea, a su vez, más o menos gravoso para la funcionaria, dependiendo de la regulación en cuestión. Por el momento, la norma que desarrolla la regulación prevista en el artículo 82 del EBEP es la Orden de 7 de noviembre de 2007 por la que sea aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de la Administración Pública de la Región de Murcia (RGPPTRM)⁹ (arts. 40-43), y en realidad en

⁸ Vid. ARROYO YANES, L. M.: «La provisión de puestos..., *op. cit.*, p. 851, hace referencia a «traslados forzosos».

⁹ BORM de 23 de noviembre de 2007.

ella no se plantea qué se entiende por violencia de género; sólo se hace referencia a la misma y, a su vez, se reproduce el contenido del artículo 23 de la LOVG. De todos modos, para evitar que otras normas establezcan diferencias al respecto, con las consecuencias que conlleva para el posible disfrute del derecho, el EBEP podría haber hecho una remisión al concepto de violencia de género previsto en la LOVG y a los títulos acreditativos incluidos en el artículo 23 del LOVG. Aunque, si lo que se quiere en realidad es proteger a la funcionaria de forma inmediata, junto a estos títulos podrían haberse incluido otros como pueden ser los informes de los servicios sociales, otra resolución judicial que incluya medida cautelar de protección para salvaguardar la vida o integridad de la funcionaria, o la sentencia en la que se condene al agresor a la pena de prohibición de aproximación a la víctima, o en la que se mantengan medidas de protección¹⁰; todos ellos podrían bastar para acreditar la situación y vendrían a proteger con mayor eficacia el bien jurídico que trata de tutelar esta norma¹¹.

2.1.2. La indeterminación relativa al puesto de trabajo

Si se analiza la regulación contenida en el artículo 20.1.i) de la LMRFP y la prevista en el artículo 82 del EBEP, puede constatarse que se sigue manteniendo la referencia a la necesidad de que ese otro puesto que la funcionaria pasará a ocupar sea de su Cuerpo o Escala, y de análogas características al que ahora ocupa. El hecho de que el cambio de puesto se deba producir dentro de este marco opera como límite tanto con respecto a los contornos en los que se puede hacer efectivo el derecho al traslado, como en cuanto a la obligación de la Administración de proceder al mismo. El problema es que la norma vuelve a dejar sin concretar en qué consisten esas «*análogas características*», que son las que en realidad van a determinar qué puestos de trabajo puede ocupar la funcionaria dentro de los de su Cuerpo o Escala. Como puede apreciarse se trata de un concepto jurídico indeterminado, y parece que nuevamente son las normas de desarrollo las que pueden establecer criterios para concretar en qué consiste esa analogía; lo que puede dar

¹⁰ Vid. al respecto el Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer en www.observatorioviolencia.org; PALOMAR OLMEDA, A.: *El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*. Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 76 y 77; «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 500-501.

¹¹ Pero, dados los términos en los que está redactado el artículo 82 del EBEP, las normas de desarrollo podrían considerar título acreditativo alguno de los indicados en el artículo 23 de la LOVG, o todos ellos, o incluso cualquiera de los que se acaban de indicar. Si así sucede el tratamiento para la funcionaria variará, ya que según los casos surgirá o no la obligación de la Administración con respecto a la funcionaria.

lugar a impedir el disfrute de este derecho si la norma es muy rigurosa. Aunque también puede ocurrir que la funcionaria solicite el traslado y la norma de desarrollo no haya señalado nada al respecto, por lo que será el órgano competente para resolver el que finalmente deba cuestionarse en qué consiste esa analogía y en función de lo que decida se hará o no efectivo ese derecho.

No obstante, si se pone en conexión esta regulación con la contenida en la LOVG, no hay que olvidar que están en juego derechos fundamentales de la trabajadora como el derecho a la vida o a la integridad por lo que, para que sea posible el ejercicio del derecho por parte de la funcionaria pública, habría que hacer una interpretación amplia de lo que se entiende por esas características análogas que son las que permiten, una vez acreditada la situación, el cambio de un puesto de trabajo a otro. Ahora bien, tampoco hay que ignorar que la regulación se encuentra contenida en el EBEP y, por tanto, hay que considerar, de un lado, qué entiende esta norma por Cuerpo o Escala, y, de otro, cómo se organizan los puestos de trabajo, ya que en este contexto es en el que hay que determinar la existencia de esas características análogas. De acuerdo con el artículo 75.1 del EBEP los Cuerpos o Escalas incorporan competencias, capacidades y conocimientos comunes a los distintos puestos de trabajo que ya determinan una cierta identidad de partida entre unos y otros puestos. Pero el elemento fundamental a tener en cuenta será la relación de puestos de trabajo (u otro instrumento organizativo de los citados puestos) de las Administraciones Públicas, ya que en ésta se establecerán los puestos y su adscripción a los Cuerpos o Escalas (art. 74 del EBEP). En este marco habrá que analizar si existe o no analogía, lo que, a su vez, vendrá determinado por los requisitos exigidos para su desempeño. Sobre todo, hay que observar que existe un límite implícito que es la titulación exigida para desempeñar el puesto¹². En este sentido, el artículo 41.2 del RGPTRM, aunque en principio reproduce lo previsto en el artículo 82 del EBEP, establece que la funcionaria debe cumplir los requisitos y las condiciones que para el desempeño del puesto establezcan las relaciones de puestos de trabajo.

2.2. Las modificaciones recogidas en el artículo 82 del EBEP en beneficio de la funcionaria víctima de violencia de género

Al margen de esa continuidad en la regulación a la que se ha hecho referencia, el artículo 82 del EBEP también ha introducido cambios significativos.

¹² De acuerdo con el artículo 76 del EBEP, los Cuerpos o Escalas se clasifican en grupos, algunos de los cuales también se dividen en subgrupos, y esta clasificación está vinculada a una serie de titulaciones.

2.2.1. El derecho al traslado como «derecho inmediato»

Las modificaciones más importantes de esta nueva regulación son, por una parte, el hecho de que ya no se haga referencia a un «derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo» [art. 20.1.i) LMRFP], sino a un «derecho al traslado» (art. 82 del EBEP); y, por otra, que el puesto de trabajo, aunque deben cumplirse los requisitos señalados, ya no es preciso «que sea vacante de necesaria cobertura» (art. 82 del EBEP). Además, se indica que «este traslado tendrá la consideración de forzoso»¹³. Pues bien, aunque en una primera aproximación no lo parezca, estos cambios son bastante relevantes. En primer lugar, el hecho de que el derecho al traslado pase de ser un derecho preferente a ser un derecho inmediato significa que, desde un punto de vista subjetivo, tan sólo se tiene en cuenta la situación de la funcionaria que solicita el traslado sin ponerla en conexión con la del resto de funcionarios que pueden acceder al puesto de trabajo. De esta forma, toda funcionaria víctima de violencia de género tiene derecho a trasladarse cuando acredite esa situación; lo que implica que estas funcionarias pasan a ocupar una posición privilegiada con respecto al resto de los funcionarios. En la regulación anterior, al tratarse como un derecho preferente, la funcionaria que pretendía ejercer su derecho al traslado debía acceder al puesto a través de los mecanismos habituales de provisión, al igual que cualquier otro funcionario; aunque con preferencia para ocuparlo en identidad de condiciones¹⁴. Por tanto, su derecho dependía, a su vez, del ejercicio del derecho de otros funcionarios o funcionarias (que podían encontrarse o no en su misma situación).

En segundo lugar, como se ha indicado, ya no es necesario que el puesto de trabajo sea «vacante de necesaria cobertura», es decir, basta con que se trate de una «vacante»¹⁵. De esta forma el derecho inmediato

¹³ Modificaciones que proceden de la enmienda número 203 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds al Proyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 24 de noviembre de 2006, núm. 94-9. La consideración como traslado forzoso ya estaba prevista en el artículo 66.ter del RGIPAGE, si bien hay que tener en cuenta que sólo se aplicaba a la Administración General del Estado.

¹⁴ En algunos supuestos la funcionaria accedía a una plaza vacante a partir de una convocatoria específica para las funcionarias víctimas de violencia de género que debían efectuar una solicitud, en un determinado plazo fijado en la convocatoria, someterse a unos criterios de selección, y/o a un baremo de méritos según los casos. Por último, se establecían una serie de prioridades en la obtención de los destinos (habitualmente se vinculaba la obtención de los destinos al hecho de tener una puntuación mayor a partir de la aplicación de dichos criterios de selección, y/o baremo de méritos). En definitiva, de una u otra forma, el derecho de la funcionaria no quedaba garantizado.

¹⁵ Lo que no cabe interpretar es que la Administración está obligada a crear un nuevo puesto de trabajo si no existe una vacante. No hay que olvidar, que la finalidad que se persigue con la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas

al traslado de estas funcionarias se proyecta sobre todas las vacantes que existan, al margen de que la Administración en el marco de su potestad organizativa hubiera decidido que esos puestos permanecieran vacantes y no se procediera a la convocatoria pública para su provisión. De ahí, con mayor razón, que la Administración, siempre que existan vacantes en la localidad o localidades que solicite la funcionaria, deba comunicárselas (art. 82 del EBEP), ya que la funcionaria no va a tener conocimiento de estas vacantes porque no existe una publicidad al respecto para su provisión. A pesar de esta modificación, el artículo 41 del RGPPTRM sigue haciendo referencia, de manera confusa, a un «*traslado preferente*»; si bien es cierto que se indica que «*sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura*». Pero, si se interpreta su contenido, esta referencia no debe implicar una modificación del derecho inmediato al traslado de la funcionaria. Lo que se quiere dejar claro, aunque no sea acertada la literalidad de la norma, es que este derecho inmediato al traslado no está vinculado a cualquier vacante. Si existe una vacante que no sea de su Cuerpo o Escala, o, aún siéndolo, la funcionaria no puede ocuparla por no cumplir los requisitos exigidos en la relación de puestos de trabajo, ésta no tendrá derecho al traslado y, por tanto, podrá ser ocupada por otro funcionario.

En tercer lugar, la movilidad opera como una especie de movilidad forzosa para la Administración. «*Este traslado tiene la consideración de traslado forzoso*», pero no en el sentido previsto en el artículo 81.2 del EBEP sino sólo en cuanto al derecho de la funcionaria a que se le respeten sus retribuciones y condiciones esenciales de trabajo, y a las indemnizaciones establecidas para los traslados forzosos (al igual que se indica en el citado artículo 81.2 del EBEP); lo que implica una serie de cargas que necesariamente debe soportar la Administración, con inde-

es precisamente 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. En función de esta finalidad se planifica el número de efectivos, y no de los intereses específicos del funcionario. Es más, la movilidad es uno de los instrumentos para la consecución de esta finalidad (art. 69 del EBEP), con independencia de que este tipo de movilidad se dirija a preservar los derechos de la funcionaria a los que se ha hecho referencia; funcionaria que tiene una relación de sujeción especial con la Administración, lo que habitualmente ha dado lugar a restricciones en sus derechos individuales para preservar el interés general. En este caso se intenta buscar un equilibrio, es decir, la finalidad es preservar el interés singular de la funcionaria pero conjugándolo con la consecución de estos fines y, por tanto, ubicándola en las vacantes que existan. En este contexto podría incluso ocurrir que existieran vacantes que no se ajusten a lo establecido en el artículo 82 del EBEP pero que la funcionaria decida aceptar ese traslado para desempeñar las funciones de un puesto de trabajo para el que está cualificada. Si se tiene en cuenta la finalidad que persigue la norma, debería ser admisible. Vid. CERVILLA GARZÓN, M. J.; JOVER RAMÍREZ, C.: «Aspectos laborales de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género», en AA.VV.: *Mujer, violencia y derecho* (CERVILLA, D. y FUENTES, F. (Coord.), Instituto Andaluz de la Mujer, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 154.

pendencia de que la finalidad de este traslado sea totalmente ajena a la que determina la necesidad de un traslado forzoso. En este sentido, el artículo 43.3 del RGPTRM remite directamente al artículo 34 de esta norma¹⁶. En general, lo que se tiene en cuenta es que aunque se trate de una decisión voluntaria de la funcionaria, no lo es en términos absolutos ya que existe una causa que le fuerza a tomar esa decisión y habitualmente genera unos costes que en cierto modo (al considerar este traslado como un traslado forzoso) va a sufragar la Administración; lo que en mayor o menor medida viene a respaldar la decisión de la funcionaria.

Por último, hay que señalar que la norma nuevamente deja sin resolver si este «*traslado*» tiene o no carácter definitivo¹⁷. Aunque hay ciertas circunstancias que pueden determinar que el ejercicio del derecho tenga un claro límite¹⁸, hay que tener en cuenta que se trata de una cuestión pendiente de concreción, por lo que para obtener una solución al respecto habrá que ver en qué términos se produce dicha concreción en las diferentes normas de desarrollo. Sobre todo porque pueden plantearse problemas para los que no existe una solución clara a priori, como el caso en el que la funcionaria ocupe una vacante que se encuentre reservada y se incorpore el funcionario que previamente había desempeñado ese puesto. De todos modos, en general, al no establecer el artículo 82 del EBEP ningún tipo de límite ni de pauta al respecto, las normas pueden señalar una diversidad de soluciones y, por tanto, introducir variaciones en el disfrute del derecho.

En concreto, el artículo 43 del RGPTRM para determinar la duración del traslado tiene en cuenta el carácter con el que la funcionaria ocupaba el puesto de origen. De tal forma que lo ocupará de forma definitiva si así lo hacía en su puesto de origen, y siempre que el puesto vacante al que se traslada la funcionaria no se encontrase reservado a personal funcionario. En este caso, al volver a ocupar su puesto el funcionario que inicialmente lo ocupaba deja de estar vacante. Pues bien, en rela-

¹⁶ En el que se establece el derecho a percibir retribuciones complementarias del nuevo puesto, salvo si fueran inferiores a las del puesto de origen en cuyo caso mantendrán éstas, a la reserva del puesto de trabajo de origen que tuvieran con carácter definitivo y a las indemnizaciones que legalmente procedan.

¹⁷ Vid. MATEO CARRUANA, M. J.: *Medidas laborales de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 97.

¹⁸ Puede ocurrir que la funcionaria haya acreditado la situación de violencia de género a través de un informe del Ministerio Fiscal y finalmente no se dicte orden de protección, lo que implica que la funcionaria a la que se le puede haber adjudicado un nuevo puesto no se encuentre en la situación que determina el ejercicio del derecho y deba volver a su puesto de origen; o que finalice la vigencia de la orden de protección y en la sentencia no se indique la necesidad de que continúen las medidas protectoras, lo que tendrá los mismos efectos que la anterior. Del mismo modo, si la funcionaria ocupa su puesto de trabajo de manera interina la cobertura del nuevo puesto de trabajo no podrá ser superior al tiempo por el que fue nombrada.

ción al puesto, la norma insiste en se trata de un puesto de trabajo vacante. Pero el problema que deja sin resolver es qué puesto ocupará la funcionaria que debe abandonar el que está reservado, sobre todo en los casos en los que la sentencia ha establecido la continuidad de las medidas; lo que va a dar lugar a que la funcionaria siga teniendo derecho a ocupar una vacante en los términos señalados en el artículo 82 del EBEP. La norma no indica nada al respecto, si bien, de acuerdo con lo previsto en este último artículo, la Administración está obligada a trasladarla a un puesto de trabajo que se encuentre vacante en la población o poblaciones que solicite la funcionaria. Lo que sí aclara el citado artículo 43 es que la funcionaria en el caso de que ocupase el puesto del que procede con carácter definitivo deberá permanecer en el mismo un mínimo de dos años para poder concursar (con excepciones como la remoción, traslados forzados, etc). Lo cierto es que el artículo 82 del EBEP sólo contempla el derecho al traslado, pero no un derecho a un nuevo traslado a su puesto de origen cuando, por cualquier motivo, cese esa situación, o porque voluntariamente la funcionaria desee retornar a ese puesto de trabajo; con lo que cada Administración puede establecer lo que considere oportuno en el marco de su potestad organizativa. Sin embargo, el artículo 43 del RGPPTRM contempla una excepción al respecto, que tan sólo sirve para clarificar (ya que en realidad se encuentra implícita en la propia regulación del art. 82 del EBEP), que se trata de la posibilidad de trasladarse por ser de nuevo víctima de violencia de género.

2.2.2. *La contextualización de la protección de la intimidad y en especial de los datos personales*

El artículo 82 del EBEP también añade un nuevo párrafo a la regulación anterior¹⁹ en el que se indica que «*en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia*»²⁰. Lo

¹⁹ Procede de la enmienda número 405 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso al Proyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 24 de noviembre de 2006, núm. 94-9.

²⁰ Es cierto que el artículo 14.h) del EBEP reconoce, entre los derechos individuales, el derecho «*al respeto de su intimidad*» como un derecho de todos los empleados públicos, pero, en este caso, es precisamente la situación en la que se encuentra la funcionaria víctima de violencia de género la que determina esta especial referencia, y sobre todo que se haga hincapié en un aspecto concreto como son los datos personales. Ahora bien, la obligación de proteger los mencionados datos se extiende a los descendientes, en muchos casos menores, y a cualquier persona que esté bajo la guarda y custodia de la funcionaria. Puede parecer que de esta forma la norma se aleja de la finalidad perseguida, como es la protección de esta última, sin embargo, hay que tener en cuenta que con la protección de los datos de estos sujetos se hace a su vez efectiva la de la funcionaria víctima de violencia de

cierto es que esta previsión que figura como novedosa en el EBEP se encuentra recogida textualmente en el artículo 63.1 de la LOVG. Si bien, en este último caso, en el marco de la «*Tutela judicial*» (Título V) y, en particular, como una de las denominadas «*medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas*» (capítulo IV)²¹. Desde este punto de vista se hace extensiva esta obligación a otro ámbito concreto como es el de la prestación de servicios para la Administración Pública. En este supuesto la obligación, tal y como está redactada, parece ser idéntica, pero el contexto en el que se presenta es distinto; de hecho los sujetos obligados en uno y otro caso son diferentes. Ahora bien, esa conjunción de obligaciones en diferentes ámbitos (judicial y profesional) hay que entenderla como la propia movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género, esto es, como una manifestación singular del principio de transversalidad de las medidas [art. 2.k) de la LOVG] con objeto de conseguir la protección de la funcionaria. Sobre todo porque, al margen de las medidas que se adopten en el marco de la tutela judicial, podría verse frustrada si no se preservan esos datos en un ámbito distinto como es el profesional. De este modo, si se quiere que la medida sea eficaz, será necesario otorgar a la causa que determina que la funcionaria se vea beneficiada por esta medida un carácter confidencial; lo que, al mismo tiempo, está relacionado con la ausencia de publicidad de las actuaciones y procedimientos que se sigan. La propia comunicación de las vacantes que puedan existir se debería llevar a cabo de forma individualizada. Es cierto que existe una colisión entre el derecho a la intimidad de la funcionaria y el principio de publicidad de las citadas actuaciones (art. 78.1 del EBEP), sin embargo, el hecho de que sea preciso preservar esos datos (con objeto de proteger a la funcionaria) impide esa publicidad²².

género; al margen de que muchas veces estos sujetos sean víctimas directas o indirectas, lo que puede agravar la situación de la funcionaria.

²¹ Vid., entre otros, SÁNCHEZ BARRIOS, I.: «Artículo 63. Comentario», en AA.VV.: *Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, SANZ MULAS, N.; GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.; MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M. (Coord.), Iustel, Madrid, 2005, p. 255.

²² Se trata, en todo caso, de evitar que datos como la unidad administrativa en la que la funcionaria vaya a prestar servicios, u otros datos que sean facilitados por la misma, como, por ejemplo, el nuevo domicilio, o el teléfono, sean conocidos por el agresor; lo que lleva a adoptar todo tipo de cautelas por parte de la Administración si se quiere que el ejercicio de este derecho a la movilidad que tiene esta funcionaria sea realmente efectivo. En este sentido, los Registros que se creen en cada Administración Pública contendrán los datos del personal previsto en los artículos 2 y 5 del EBEP. Los contenidos mínimos de los Registros de personal y los criterios que permitirán el intercambio homogéneo de información entre Administraciones serán establecidos mediante convenio de Conferencia Sectorial, «con respeto a lo establecido en la legislación de protección de datos de carácter personal» (art. 71 del EBEP) (vid. al respecto, PALOMAR OLMEDA, A.: «Ordenación de la actividad profesional», en AA.VV.: «Comentarios a la Ley del Estatuto...», *op. cit.*, pp. 457-461), a lo que habría que añadir, en el caso de la funcionaria víctima de violencia de género, la protección de la intimidad en los términos previstos en el artículo 82 del EBEP.

La norma indica que «*se protegerá*» el citado derecho a la intimidad y, en particular, los mencionados datos. Es cierto que la obligada es la Administración, pero no hay que olvidar que ésta actúa a través de sus medios humanos. En este caso concreto, hay que tener en cuenta que el personal que intervenga en la tramitación del procedimiento va a tener conocimiento de la situación de la funcionaria y de determinados datos, entre los que destaca el destino de la misma. El hecho de que el empleado público desvele esa información, que ha obtenido por razón de su cargo, puede perjudicar a la funcionaria víctima de violencia de género de forma que puedan verse lesionados su derecho a la vida o a la integridad si el agresor tiene conocimiento de esos datos. Por esta razón esta obligación, a su vez, hay que relacionarla con las obligaciones de los empleados públicos establecidas en el artículo 53.12 del EBEP. Estos sujetos tienen un deber de secreto, si bien este deber está previsto para «*las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente*», y también están obligados a mantener «*la debida discreción sobre los asuntos que conozcan por razón de su cargo*». Si se tienen en cuenta los intereses que están en juego, más que una obligación de mantener la debida discreción, los empleados públicos deberían tener un deber de secreto, ya que el cumplimiento de este deber tiene un carácter instrumental en relación a la obligación de proteger la intimidad de las víctimas y los datos a los que hace referencia el artículo 82 del EBEP. Por tanto, habría que entender que los empleados públicos que tramiten el procedimiento relativo al traslado de la funcionaria deben guardar secreto, en el sentido de no poder revelar los concretos datos conocidos por esta razón. De este modo, el artículo 42.2 del RGPPTRM hace referencia a la obligación de proteger el derecho a la intimidad y los datos de la funcionaria, e indica la necesidad de que los órganos competentes en materia de personal realicen un correcto tratamiento de la información y guarden la debida reserva de la misma.

3. LA MOVILIDAD INTERADMINISTRATIVA DE LA FUNCIONARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 84 DEL EBEP

La cuestión que se suscita al respecto es si la movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género va a quedar circunscrita a su propia Administración, como una movilidad intraadministrativa, o si es posible que la funcionaria ejerza ese derecho en el marco de la movilidad interadministrativa. El legislador de la LOVG en la que se contempló este derecho de la funcionaria introdujo, como ya se ha señalado, un nuevo apartado 3 en el artículo 17 de la LMRFP en el que se indicaba que «*en el marco de los Acuerdos que las Administraciones Públicas*

suscriban con la finalidad de facilitar la movilidad entre los funcionarios de las mismas, tendrán especial consideración los casos de movilidad geográfica de las funcionarias víctimas de violencia de género». De esta forma, el derecho a la movilidad interadministrativa de la funcionaria por esta causa no sólo quedaba condicionado por lo previsto en el artículo 20.1.i) de la LMRFP sino que sólo sería posible si existía dicho acuerdo; si así era la movilidad de la funcionaria por violencia de género debía tener una especial consideración.

El artículo 17.3 de la LMRFP ha sido derogado por la disposición derogatoria única del EBEP, en los términos que después se indicará, y ahora es el artículo 84 del EBEP el que se ocupa de «*la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas*». En este contexto es en el que hay que plantear si es posible o no la movilidad interadministrativa de la funcionaria víctima de violencia de género. Pues bien, el artículo 84 del EBEP hace referencia a la obligación de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales de establecer «*medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración*», como, por ejemplo, podría ser la propia previsión de esta posibilidad en las relaciones de puestos de trabajo; aunque la finalidad es lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos para garantizar la eficacia del servicio y no la protección en este caso de la funcionaria. No obstante, nada impide que, a través de la mencionada fórmula, se intente conjugar una y otra finalidad y se incluyan medidas destinadas a facilitar esa movilidad por razón de violencia de género entre las Administraciones Públicas. El problema es que no existe una obligación específica en el sentido de que en esos instrumentos, sean cuáles sean, deba tener una especial consideración la movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género. Es decir, en este caso ha desaparecido esa obligación de tener en cuenta este tipo de movilidad con objeto de otorgarle preferencia con respecto al resto de los supuestos de movilidad ²³.

La diferencia es que el derecho de la funcionaria ya no sólo queda condicionado por la existencia de un instrumento de colaboración en el que se establezcan medidas de movilidad, sino por el hecho de que se contemple o no esta situación. La referencia es tan amplia que, aunque estén obligadas a establecer dichas medidas, no queda claro que en esos

²³ Y ello con independencia de que en cada instrumento se articulase de un modo específico. Sí que existía una referencia específica en la redacción del artículo 83 del Proyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, entre las medidas que determinarían los convenios de Conferencia Sectorial y demás instrumentos de colaboración, a «*la especial consideración a supuestos de movilidad geográfica de las mujeres víctimas de violencia de género*», pero finalmente no prosperó.

instrumentos vaya a considerarse la situación de violencia de género de las funcionarias del resto de las Administraciones, y menos que se deba tener una especial consideración al respecto. Más aún si se tiene en cuenta que el artículo 84 hace referencia a «la movilidad voluntaria», ya que este tipo de movilidad, aunque desde el punto de vista de la funcionaria que solicita el cambio pueda considerarse voluntaria (puesto que es ella la que decide si lo solicita o no), no lo es en los términos que señala el artículo 81.1 del EBEP. De hecho, esta movilidad también se ha calificado como forzosa debido a la situación que determina que la funcionaria decida solicitar el traslado. Por tanto, si las Administraciones no consideran que en este caso se está ante una movilidad voluntaria en el sentido indicado, y sólo entienden como tal la prevista en el artículo 81.1 del EBEP, no parece que tengan una obligación específica de adoptar medidas para este tipo de movilidad, salvo que se interprete que a estos efectos cuando el artículo 84 del EBEP hace referencia a movilidad voluntaria también incluye este tipo de movilidad. En definitiva, la movilidad interadministrativa de la funcionaria víctima de violencia de género está condicionada a la voluntad de las Administraciones Públicas territoriales de ofrecer sus puestos de trabajo al personal que procede de otra Administración ²⁴.

4. CONCLUSIONES

La regulación contenida en el artículo 82 del EBEP es más protectora para la funcionaria víctima de violencia de género que la establecida en el artículo 20.1.i) de la LMRFP, al margen de que el objetivo perseguido por una y otra regulación sea idéntico (preservar su derecho a la vida y a la integridad, o su derecho a la asistencia social integral). El derecho a la movilidad de esta funcionaria, tal y como se contempla en el artículo 82 del EBEP, podría calificarse como «un derecho inmediato condicionado», ya que se garantiza el traslado de la funcionaria, pero no en cualquier caso, sino siempre que se cumplan los requisitos

²⁴ En el caso de que exista esa colaboración a través de los instrumentos citados habrá que considerar, lo mismo que en el caso de la movilidad intraadministrativa, qué se entiende por puesto de trabajo de análogas características, pero hay que tener en cuenta que previamente habrá que analizar los términos en los que se produce la equivalencia entre esos Cuerpos o Escalas u otras posibles agrupaciones (tal y como se prevé en el artículo 75 del EBEP). Pues bien, la solución en estos casos vuelve a quedar condicionada por los criterios generales que establezca la Conferencia Sectorial de Administración Pública para llevar a cabo las homologaciones necesarias que posibiliten esa movilidad (art. 84.2 EBEP). Cuando éstas se produzcan, la analogía entre unos puestos y otros (de diferentes Administraciones) se debería determinar en el marco de esa homologación; con lo que, con independencia de que la funcionaria pase a desempeñar un puesto de trabajo en otra Administración distinta, no puede olvidarse que también opera como límite, lo mismo que en el caso de la movilidad intraadministrativa, la titulación exigida para desempeñar un determinado puesto.

relativos al puesto de trabajo y exista una vacante, aunque no sea de necesaria cobertura. Desde este punto de vista, este derecho inmediato opera como un límite con respecto a la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas, puesto que el legislador trata de conjugar la protección de los derechos de la funcionaria con los fines que éstas persiguen. Por su parte, la obligación de proteger la intimidad, y, en particular, los datos a los que se ha hecho mención, se presenta en última instancia como un instrumento para preservar el derecho a la vida y a la integridad de la funcionaria. Es decir, contribuye a que este derecho al traslado sea realmente operativo con respecto a la finalidad perseguida. De todos modos, como contrapartida, hay que señalar que, dados los problemas que se plantean en la regulación prevista en el artículo 84 del EBEP, las modificaciones incluidas en el artículo 82 del EBEP pueden tener eficacia en el marco de la movilidad intraadministrativa, pero no parece que vayan a tenerla en el ámbito de la movilidad interadministrativa.

Además, hay que tener en cuenta que, aunque la regulación contenida en el artículo 82 del EBEP forma parte de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (Disposición Final primera del EBEP) y es de aplicación a todas las Comunidades Autónomas (Disposición Final segunda del EBEP), está dirigida a las funcionarias víctimas de violencia de género incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP y no a otras; aunque, tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación (art. 2.5 del EBEP)²⁵. Por tanto, no todas las funcionarias van a disfrutar del derecho al traslado en los mismos términos, no ya por el hecho de que sea necesario un desarrollo posterior, que obviamente dará lugar a una posible diversidad de regulaciones, más allá de ese marco común que ofrece el artículo 82 del EBEP, sino porque habrá funcionarias a las que no se les aplique la regulación contenida en el EBEP.

²⁵ Aunque también va a haber funcionarias, no incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, a las que se les aplique esta regulación si así lo establece su legislación específica (art. 4 del EBEP). Pero, por el contrario, puede ocurrir que exista una regulación diferente, como en el caso de las Guardias Civiles, o en el de las funcionarias que prestan servicios para la Administración de Justicia, y si sus normas no lo indican no se les aplicará la regulación prevista en el artículo 82 del EBEP. Hay que tener en cuenta que la previsión del artículo 20.1.i) de la LMRFP se desarrolló en el artículo 63 del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de ingreso y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional del personal al servicio de la Administración de Justicia (BOE de 27 de diciembre de 2005). Del mismo modo, el Real Decreto 476/2007, de 13 de abril (BOE de 27 de abril de 2007), modificó el Reglamento de provisión de destinos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre (BOE de 4 de diciembre de 2001), de tal forma que añadió un nuevo artículo 27.bis, en el que se reguló el citado traslado con alguna singularidad y, a su vez, se modificó el artículo 28.1 con objeto de establecer una excepción con respecto a la obligación de publicar en el Boletín Oficial de la Guardia Civil la asignación de estos destinos.

De todos modos, el mayor problema, como en otras materias, es que los artículos 17.3 y 20.1.i) de la LMRFP mantienen su vigencia hasta que se dicten las Leyes de la Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo y en tanto no se opongan a lo establecido en el EBEP²⁶. El hecho de que haya que esperar a la entrada en vigor de las diferentes Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP implica, primero, que mientras tanto, aunque la regulación contenida en el artículo 82 del EBEP sea más protectora, no se podrá aplicar; y, segundo, en relación a lo anterior, que la funcionaria víctima de violencia de género, dependiendo de la Administración para la que preste servicios, tendrá un derecho preferente al traslado²⁷, o un derecho inmediato en los términos analizados (si se han dictado las normas de desarrollo); al margen de que esté incluida en el ámbito de aplicación del EBEP. En definitiva, la modificación operada por el citado artículo 82 del EBEP con respecto a la regulación contenida en la LMRFP aisladamente considerada es más beneficiosa para la funcionaria. Sin embargo, al depender su aplicación de las futuras normas de desarrollo, este derecho ha quedado prácticamente en suspenso²⁸. Es

²⁶ Vid. Disposición Derogatoria única del EBEP en relación a la Disposición Final cuarta de esta norma. El apartado 3.º de la Disposición Final cuarta señala: «*hasta que se dicten las Leyes de la Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública, las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto*». Materia esta última en la que podría incluirse, aunque no queda claro, este tipo de movilidad. En realidad en este caso no cabría interpretar que existe una oposición, sino que se trata de una regulación que garantiza en menor medida los derechos de la funcionaria. Lo que no cabe es hacer una interpretación atendiendo a la literalidad de la norma, sino al fin que esta persigue. Fin que es el mismo tanto en una como en otra regulación, al margen de que la prevista en el EBEP sea más beneficiosa; de otro modo el resultado sería la inaplicación de la normativa vigente hasta que entraran en vigor las futuras Leyes de desarrollo. De esa forma, estas funcionarias dejarían de tener un derecho al traslado hasta ese momento; lo que carece de sentido si se tiene en cuenta el citado fin.

²⁷ En este sentido, con lo que se cuenta es con la regulación prevista en el artículo 20.1.i) de la LMRFP, que en general se ha venido reproduciendo en la normativa de las Comunidades Autónomas, tal y como ya se ha indicado. Pero en realidad, en general, no existe una regulación detallada del procedimiento a seguir. Sí se ha desarrollado lo previsto en el citado artículo 20.1.i) en el marco de la Administración General del Estado por el RGIPAGE cuyo artículo 66.ter regula la movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género, pero hay que partir de la base de que sólo se aplica a la citada Administración General del Estado; con el problema que conlleva en cuanto a la eficacia real del derecho de las funcionarias víctimas de violencia de género que presten servicios en otras Administraciones. Problema que se sigue manteniendo hasta que se dicten normas de desarrollo de la regulación prevista en el artículo 82 del EBEP.

²⁸ Por el momento, para proceder a la aplicación de las medidas contenidas en el EBEP, la Ley 13/2007, de 27 de julio (DOG de 27 de agosto de 2007), ha modificado la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia (DOG de 1 de junio de 1988), de tal forma que se ha incluido un nuevo número 9 en el artículo 27 de la norma, aunque el legislador sólo se ha ocupado de reproducir lo previsto en el artículo 82 del EBEP; lo que signi-

más, el hecho de que no exista un plazo para que se dicten esas normas puede dar lugar a que el artículo 82 del EBEP no llegue a aplicarse en algunas Comunidades Autónomas al no desarrollar esta previsión²⁹. Para evitar este resultado, sobre todo teniendo en cuenta los derechos de la funcionaria que se tratan de preservar, el legislador debería haber previsto la entrada en vigor automática de este precepto.

fica que para que realmente pueda aplicarse habrá que esperar a su desarrollo. Si desarrolla este artículo, como ya se ha indicado, el capítulo VIII del RGPPTRM (arts. 40-43).

²⁹ Vid. AA.VV.: *Informe Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del legislador Vasco para su desarrollo*. IVAP, Oñate, 2007, p. 32.

Comunicación a la Ponencia Temática II

*SIEMPRE LA LENGUA FUE COMPAÑERA
DEL IMPERIO. A PROPÓSITO DEL DEBER
DEL EMPLEADO PÚBLICO DE ATENDER
AL CIUDADANO EN LA LENGUA
QUE ÉSTE SOLICITE*

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO:

1. REVISITANDO A NEBRIJA: LENGUA Y ESTATUS.—2. EL DELICADO EQUILIBRIO ENTRE LENGUAS COOFICIALES.—3. EL ARTÍCULO 54.11 DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.—4. EL DEBER DEL EMPLEADO PÚBLICO DE CONOCER EL IDIOMA: RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU CONTROL Y DIFUSIÓN.—5. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LAS RESTRICCIONES BASADAS EN EL IDIOMA.

«Cuando bien conmigo pienso, mui esclarecida Reina, i pongo delante los ojos el antigüedad de todas las cosas, que para nuestra recordación y memoria quedaron escriptas, una cosa hállo y sáco por conclusión mui cierta: que siempre la lengua fue compañera del imperio; y de tal manera lo siguió, que junta mente començaron, crecieron y florecieron, y después junta fue la caída de entrambos».

(ANTONIO DE NEBRIJA,
Prólogo a la *Gramática de la Lengua Castellana*)

1. REVISITANDO A NEBRIJA: LENGUA Y ESTATUS

La célebre afirmación de Antonio Martínez de Cala y Jarava, más conocido como Elio Antonio de Nebrija, no ha perdido hoy ningún ápice del valor que tenía en 1492. Ciertamente, los términos han cambiado y la referencia imperial resulta políticamente incorrecta, contaminada en España por las incluso más célebres inscripciones aparecidas en el *Patio de Letras* de la Universidad de Barcelona en 1939 tras la entrada en la ciudad de las tropas sublevadas, a propósito de la lengua que deberían hablar los catalanes. Pero la idea del padre de la Gramática Castellana sigue viva, aunque el debate se haya reconducido hoy en día a parámetros de «estatus».

En efecto, cuando en los estudios de política lingüística se hace referencia a este término se entiende como un indicador de posición social simbólico, «una base adecuada de inferencia para situar un individuo en una posición de clase o en otra»¹. La diferencia de estatus entre dos lenguas provoca lo que se denomina técnicamente «conflicto

¹ Vid. NINYOLES, R. L.: *Estructura social e Política Lingüística* (traducción al gallego de la 1.^a edición en castellano), Ir Indo, Vigo, s.d., p. 77.

lingüístico», que puede resolverse de diversas maneras. Una de ellas es la «integración», situación en la cual las lenguas anteriormente preteridas conquistan una posición igual a la primitiva dominante ².

Desde un punto de vista positivista, la plasmación última de ese estatus es el reconocimiento jurídico de una lengua. Dentro de este planteamiento, caben diversos grados, que van desde el aval internacional a través de textos como la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias del Consejo de Europa ³, cuya eficacia práctica es cuando menos cuestionable, hasta las mínimas prescripciones de utilización dictadas por una corporación local. En ese elenco, la inclusión de cuestiones lingüísticas en un texto constitucional parece ocupar la más elevada posición en la ficticia jerarquía que se está esbozando, a través de la proclamación de una lengua como «oficial» ⁴. Tal es el caso de España ⁵. Como es de sobra sabido, el artículo 3 de la Constitución Española establece que:

1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.

2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.

La sustancia del precepto ya se encontraba en el Anteproyecto constitucional y las distintas enmiendas, en uno y otro sentido, no consiguieron más que ajustar algunos aspectos de la redacción ⁶. A pesar de esta estanqueidad, merece la pena resaltar que los debates sobre este precepto destacaron tanto por los conocimientos como por la pasión de sus

² *Ibidem*, p. 82 y ss.

³ Extensamente, PONS PARERA, E.: «Los derechos lingüísticos en el marco internacional y comunitario europeo», en VV.AA. (P ÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., coord.): *Estudios sobre el régimen jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 6 y ss.

⁴ Cfr. NINYOLÉS, R. L.: *Estructura social e Política Lingüística*, cit., pp. 143-144: «Cando falamos dos diferentes status das diversas linguas nun estado e no campo internacional, debemos partir do concepto de *lingua oficial*. Con esta expresión adoitamos indica-lo status dun determinado idioma como instrumento principal de relación entre o estado e os seus cidadáns. O termo *oficial* refírese ós poderes gobernamentais —legislativo, executivo e xudicial—; comporta unha relación de natureza estatal, algo que leva o selo do estado. Lingua oficial é aquela que é usada normativamente polo estado, a partir dunha definición política (normalmente de tipo constitucional) no ámbito das relacións entre o goberno (...) e os cidadáns».

⁵ Sobre los antecedentes en el artículo 4 de la Constitución de 1931, *vid.* RODRÍGUEZ PARDO, J. L.: «La cooficialidad de las lenguas españolas como principio constitucional. Valor normativo», en VV.AA.: *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 1389 y ss.

⁶ El Anteproyecto en BOC de 5-1-1978.

participantes⁷. En ellos se tocaron ya las cuestiones que se suscitan en la actualidad, como el deber de conocer las lenguas cooficiales, la discriminación positiva de unas lenguas frente a otras o las posibles distorsiones del mercado de trabajo, y no faltaron eruditas alusiones a Nebrija, a Francesc Cambó o a Manuel Azaña.

En función de este artículo de la Constitución, seis Comunidades Autónomas se dotaron en sus Estatutos de Autonomía de lenguas cooficiales (País Vasco, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Navarra y las Islas Baleares), mientras que otras (Principado de Asturias, Aragón y Cataluña para el habla aranesa) optaron por no reconocer más que «peculiaridades lingüísticas»⁸ en sus territorios. De ello se ha derivado un considerable conjunto de normativa lingüística, que alcanza ahora, por la pretensión de generalidad que tiene el Estatuto Básico del Empleado Público, una de sus culminaciones al recoger esta norma en su artículo 54.11 que [los empleados públicos] «garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio».

2. EL DELICADO EQUILIBRIO ENTRE LENGUAS COOFICIALES

A nadie se le escapa que junto a la dimensión jurídica de la cuestión aquí analizada existe otra dimensión, política en este caso, cuya importancia no puede ser pasada por alto⁹. La realidad de la afirmación de Nebrija se hace patente con el choque entre dos *imperios*¹⁰, la lengua

⁷ Por encima de todos, a juicio del autor, ocupan el lugar de honor por su verbo y su erudición los señores Trías Fargas (Minoría Catalana) y Fraga Iribarne (Alianza Popular), enconados oponentes en sus posiciones. Vid. BOC de 12-5-1978, p. 2321 y ss.

⁸ Vid. RAYA MEDINA, F.: «La pluralidad de lenguas reconocida en el artículo 3 de la Constitución y la Jurisprudencia», en VV.AA.: *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 1361.

⁹ Cfr., para una declaración de principios asumida aquí, PUNSET BLANCO, R.: «Algunas cuestiones controvertidas en material de cooficialidad lingüística», en VERNET, J. y PUNSET, R.: *Lenguas y Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, p. 61: «La convivencia entre las lenguas jamás ha sido un asunto fácil en ninguna parte del mundo. Por eso se precisa, en el ámbito lingüístico más que en ningún otro, el respeto hacia la Constitución como norma suprema y el empleo en su interpretación de herramientas estrictamente jurídicas, huyendo en la hermenéutica constitucional de cualquier clase de polución política y circunscribiendo el razonamiento exegético a los criterios y pautas de la Ciencia del Derecho».

¹⁰ No está de más recordar las apreciaciones sobre la importancia de las idiomas de HUNTINGTON, S. P.: «The Clash of Civilizations?», *Foreign Affairs*, 72, 3, 1993, p. 24: «A civilization is thus the highest cultural grouping of people and the broadest level of cultural identity people have short of that which distinguishes humans from other species. It is defined both by common objective elements, such as language, history, religion, customs, institutions, and by the subjective self-identification of people». Con más énfasis en las cuestiones lingüísticas, *vid.*, del mismo autor, *Who we are? The Challenges to America's National Identity*, Simon & Schuster, Nueva York, 2004.

castellana y las lenguas cooficiales en sus respectivos territorios. Este análisis, no obstante, queda más allá de los límites de este trabajo y no será abordado aquí. La única pretensión de esta comunicación es atraer la atención del lector sobre algunos interrogantes que deja abierta la nueva regulación.

Teñida indiscutiblemente de política, la cohabitación o el conflicto entre el castellano y las diversas lenguas cooficiales ha sido en repetidas ocasiones examinada por las instancias judiciales. En tanto que desarrollo del artículo 3 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha examinado las normativas lingüísticas de las Comunidades Autónomas, que en lo fundamental las ha aprobado ¹¹. Ahora bien, aun tolerando el régimen de privilegio que éstas diseñan para sus respectivas lenguas autonómicas, es una constante de la jurisprudencia constitucional el no permitir la exclusión o una posición marginal del castellano. En efecto, las sentencias 82/1986, 83/1986 y 84/1986, que pueden suponerse *pen-sadas* en unidad de acto por el Pleno del Tribunal Constitucional, prohibieron respectivamente la exclusión del castellano en municipios vascos atendiendo a criterios sociolingüísticos, la primacía del catalán en la interpretación de textos dudosos y el deber de los gallegos de conocer su propia lengua ¹².

En la misma línea, la más reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 1230/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 3 de diciembre de 2003, en el marco de la anulación de parte de la normativa lingüística de la Universitat Pompeu i Fabra, señaló que «es reprochable la imposición del uso institucional de una de las dos lenguas oficiales excluyendo la utilización de otra, que se evita con la adjetivación de expresiones como «normalmente», etc., de acuerdo con su recto sentido, tal como ya sentó la citada sentencia de este Tribunal, de 18 de enero de 2001, teniendo a la vista la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional». Este último pronunciamiento mencionado había anulado, a su vez, la reglamentación lingüística de la Universitat Rovira i Virgili por contener incontestables mandatos de exclusión del castellano ¹³.

¹¹ Vid., extensamente, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «Spain is different (el mito de las lenguas)», en *Revista de Administración Pública*, 156, 2001, p. 157 y ss.

¹² En contra, DE LA HUERGA FIDALGO, G.: *As linguas oficiais nas administracións públicas*, EGAP, Santiago de Compostela, 2002, pp. 47-48.

¹³ Una interpretación matizadamente diferente en *ibidem*, p. 118: «A sentenza mostra como as Universidades poden regular con amplitude o uso preferente da lingua tanto na xestión, nas actuacións administrativas, como na vida académica, sempre e cando esa regulación non se deduza unha exclusión do castelán. De feito, as modificacións introducidas neste regulamento con posterioridade á sentenza consistiron en introducir cláusulas como “normalmente”, “preferentemente”, “cando menos en”».

El nuevo Estatuto Básico coloca al ciudadano individual en el centro de la cuestión, como ya apuntaba el artículo 36 de la Ley 30/1992¹⁴. En efecto, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que «la lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella. En este caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento, y existiera discrepancia en cuanto a la lengua, el procedimiento se tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos».

Es la voluntad del ciudadano, libremente expresada, la que va a marcar la actuación de la Administración, y no al revés. Hay un derecho de todo individuo, sea español o no¹⁵, a ser contestado en la lengua oficial deseada, que se refleja en el deber del empleado público de utilizar esa lengua. El individuo condiciona al Leviatán y no viceversa, como suele ocurrir habitualmente.

3. EL ARTÍCULO 54.11 DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Este principio de conducta¹⁶, que no formalmente deber, es el único que no aparecía recogido en ninguno de los Borradores del Estatuto, y ni mucho menos había sido considerado en el Informe de la Comisión que propuso sus bases. Su aparición en el texto articulado se localiza en la enmienda número 241, presentada en el Congreso por el señor Rodrí-

¹⁴ Sobre la aplicación de este precepto y sus homólogos en las legislaciones autonómicas, *ibidem*, p. 56 y ss.

¹⁵ La STJCE de 24-11-1998, *Bickel y Franz*, asunto C-274/96, Rec. 1998, pp. 1-7637, recogió en su fallo que «el artículo 6 del Tratado se opone a una normativa nacional que confiere a los ciudadanos de una lengua determinada, distinta de la lengua principal del Estado miembro de que se trate, que residen en el territorio de una entidad territorial determinada, el derecho a obtener que el proceso penal se sustancie en su lengua, sin conferir el mismo derecho a los nacionales de la misma lengua, de los demás Estados miembros, que circulen o permanezcan en dicho territorio». Se deduce claramente de esta doctrina que el mismo régimen es aplicable a la actuación de las Administraciones públicas.

¹⁶ Sobre la distinción del Estatuto Básico entre principios éticos (art. 53) y de conducta (art. 54), *vid.*, totalmente discordantes, PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 199, y CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los empleados públicos», en VV.AA. (SÁNCHEZ MORÓN, M., dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 363.

guez Sánchez, del Grupo Mixto (Bloque Nacionalista Galego), y aceptada literalmente por el Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comisión. Su justificación era la siguiente: «Para garantizar el derecho de los ciudadanos a que la Administración los atienda en la lengua propia de la Comunidad Autónoma con lengua cooficial, se debe incluir entre los principios de conducta el empleado público debe atender al ciudadano en la lengua o lenguas oficiales del territorio. Se incluye a tal efecto la obligación hacia la Administración de formar a sus empleados en caso necesario».

El contenido de este precepto es el más sometido a valoraciones políticas de todo el código de conducta de los empleados públicos que contiene el Estatuto. No han faltado quienes han visto en él un triunfo de las lenguas cooficiales sobre el castellano, sin ser conscientes de que este precepto tiene una doble dimensión: el derecho de todo ciudadano a ser atendido en la lengua cooficial de cada territorio, pero también, y con el mismo exacto peso, el derecho a ser atendido en castellano.

El deber, pues tal es su naturaleza real, se extiende, desde la entrada en vigor del Estatuto, al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas¹⁷. Para otros tipos de empleados públicos, habrá que estar a lo que disponga su legislación específica sobre la aplicación del Estatuto Básico¹⁸.

Dado que el sistema lingüístico diseñado por la Constitución tiene una base territorial y no personal¹⁹, como se refleja claramente en el

¹⁷ En este caso, no obstante, existen notables diferencias entre las situaciones del personal docente y el de administración y servicios. Sirva como ejemplo la Ley de Galicia 3/1983, de 15 de junio, de Normalización Lingüística, que en su artículo 15.1 establece que «os profesores e os alumnos no nivel universitario teñen o dereito a empregar, oralmente e por escrito, a lingua oficial da súa preferencia». La misma redacción se encuentra en el artículo 22.1 de la Ley de Cataluña 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística. Sobre esta cuestión, con más desarrollo, *vid.* FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., y cols., p. 114 y ss.

¹⁸ Para una muestra de extensión máxima, *vid.* ALCARAZ RAMOS, M.: *El régimen jurídico de las lenguas en la Comunidad Valenciana*, Universidad de Alicante, Alicante, 1999, p. 156, a propósito de los empleados de las empresas públicas y su conocimiento del valenciano.

¹⁹ Cfr. NINYOLÉS, R. L., cit., pp. 126-127: «Unha política baseada no principio de personalidade dos dereitos lingüísticos garántelle ó individuo determinados servizos na súa lingua, independentemente do lugar no que se atope. O criterio de territorialidade consiste en limitar a certas rexións definidas o dereito a se beneficiar dos servizos públicos na propia lingua, que mantén unha alta prioridade (...). O principio de personalidade foi seguido en Canadá, mentres que Suíza e Bélxica dan un modelo territorial».

artículo 54 del Estatuto Básico, este deber se centra en las seis Comunidades Autónomas dotadas de lenguas cooficiales²⁰. Las peculiaridades aragonesa y asturiana, en tanto no accedan a la *dignidad* de la cooficialidad, no parecen quedar incluidas en este deber, salvo que una decisión de las respectivas Comunidades Autónomas en este sentido las equiparara, creando un nuevo deber para los empleados públicos. Desde el momento en que el artículo 95.2.p) del propio Estatuto autoriza, bajo reserva de ley o en convenio colectivo para el personal laboral, la creación de nuevas faltas muy graves, expresión en definitiva del incumplimiento de los deberes de los empleados públicos, no parece haber grandes obstáculos para ello. Si bien es el Estado el titular de la competencia exclusiva, en virtud del artículo 149.1.18.^a CE, para regular «el régimen estatutario de sus funcionarios», el Tribunal Constitucional ha reconocido, en su sentencia 37/2002, que ello «no excluye o impide la tipificación como faltas muy graves de otras conductas por las Comunidades Autónomas mediante su actividad legiferante en desarrollo de la normativa básica estatal siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica». Por analogía, puede entenderse abierta la potencial creación de nuevos deberes lingüísticos que no contradigan las tablas recogidas en el Estatuto.

El principio de territorialidad²¹ lleva a abrir un interrogante, de contenido más simbólico que pragmático. ¿Qué sucede en las Delegaciones de las Administraciones autonómicas con lengua cooficial situadas en el territorio de otras Comunidades Autónomas, especialmente en Madrid²²? ¿Gozan de un estatus de extraterritorialidad, considerándose parte de la Comunidad representada y por lo tanto con el deber de contestar en la lengua cooficial, o por el contrario se entienden situadas en un territorio ajeno a la norma lingüística? Obviamente, esta cuestión no tiene trascendencia práctica alguna.

Más importancia tiene, en cambio, el hecho de que la redacción haga referencia a la solicitud del ciudadano, como ya se ha señalado anteriormente. Esa petición es la que condiciona la actuación del em-

²⁰ En cuanto al aranés, hay que estar a lo dispuesto en la Llei 16/1990, de 13 de juliol, sus eth règim especiau dera Val d'Aran: «Article 2.1. Er aranés, varietat dera lengua occitana e pròpia d'Aran, ei oficiau ena Val d'Aran. Tanben ne son eth catalan e eth castelhan, d'acòrd tamb er article 3 der Estatut d'Autonomia de Catalonha».

²¹ Vid. PUNSET BLANCO, R., cit., p. 73, sobre el «pretendido derecho» a relacionarse en una lengua cooficial con los órganos constitucionales del Estado y con los órganos jurisdiccionales de ámbito nacional. También, TOLÍVAR ALAS, L.: «La extraterritorialidad de la oficialidad», en VV.AA. (PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., coord.): *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 175 y ss.

²² Por ejemplo, la Delegación del Gobierno de la Generalitat en Madrid, situada, no sin una cierta sorna histórica, en la calle de Alcalá, 44, antigua sede de la Secretaría General del Movimiento Nacional.

pleado público, que ve así atemperado su derecho a expresarse en castellano o en cualquiera de las lenguas cooficiales. La decisión de otorgar preferencia a la persona debe juzgarse como muy acorde con la posición que debe tener la Administración de un Estado social y democrático de Derecho frente a sus ciudadanos²³. La cuestión decisiva es saber si la petición ha de ser expresa o sirve una afirmación tácita, como sería el dirigirse de palabra al empleado público o presentar un escrito o una comunicación telemática en una de las lenguas.

La opción de la solicitud expresa presenta mayores ventajas desde el punto de vista organizacional, puesto que permite a las distintas Administraciones, tanto a la General del Estado como a las autonómicas, diseñar sus procedimientos de actuación lingüística, en defensa de la «lengua propia»²⁴, y configurar el recurso a *la otra lengua* como una solución minoritaria²⁵. Es casi un axioma que, en los trámites sencillos, el ciudadano emplea los mecanismos que tiene a su disposición por inercia, evitando como regla general recurrir a alternativas más costosas en términos de tiempo y esfuerzo. Este planteamiento, es obvio, ahorra costes y favorece el diseño de políticas lingüísticas de potenciación de los idiomas cooficiales, como traslucen diversas normas en este sentido ya vigentes en la actualidad.

Si se pretende que este deber sea la contrapartida de un derecho lingüístico de los ciudadanos, sin embargo, debe defenderse la segunda postura, favoreciendo el uso de cualquiera de las lenguas y no sometiendo a rigorismos formales. Ciertamente, puede objetarse que la postura flexible implica mayores gastos para la Administración, en lo que se refiere a los trámites por escrito o telemáticos. Para que el derecho de los ciudadanos sea efectivo y éstos puedan manifestar su voluntad de la

²³ Cfr. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., en sus notas al artículo 53, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J. L., dir.): *Comentario al Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, en prensa: «El EBEP puede entenderse, así, como un intento de acuñar una tabla de deberes adaptada al Estado constitucional de nuestros días, que asume una nueva perspectiva de las relaciones entre la Administración y el ciudadano, al tiempo que, dentro de la propia Administración, imbuída de nuevos valores».

²⁴ Sobre esta noción de «lengua propia», vid. GARROTE BERNAL, G.: «Política lingüística y lenguas propias en España», en ABAD LICERAS, J. M. y CARMONA CUENCA, E.: *Leyes de normalización y política lingüística*, Universidad Europea-CEES Ediciones, Madrid, 1999, p. 20 y ss.

²⁵ Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., cit., pp. 158-159, y la extensa bibliografía allí citada: «El sistema de las Leyes de Normalización Lingüística de las Comunidades Autónomas ha sido criticado en un plano doctrinal. Según la voz autorizada de Tomás Ramón Fernández, el quid no estaría tanto en las Leyes de Normalización como en las prácticas administrativas que con “astucia y disimulo” se siguen en las Comunidades Autónomas de recibo, a fin de erradicar el castellano, prácticas que pretenden ampararse en atribuciones legales en blanco por parte de dichas leyes en favor de sus respectivas Administraciones: “existe una calculada imprecisión de estas normas y una absoluta discrecionalidad que se concede a las autoridades administrativas llamadas a concretarla y aplicarla”».

forma más sencilla posible, es necesario que estén disponibles versiones de todos los materiales necesarios en castellano y las lenguas cooficiales, lo que les permitirá elegir sin condicionamientos y en paridad de oportunidades, en un auténtico ejercicio de libertad ²⁶.

En este sentido se pronuncia el artículo 5 del Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado: «1. Los impresos normalizados que se pongan a disposición de los ciudadanos en las dependencias situadas en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma con lengua cooficial serán bilingües en castellano y en la lengua cooficial, de acuerdo con los siguientes criterios: Los impresos deberán expresar todos sus contenidos y epígrafes en las dos lenguas por líneas o por bloques de texto diferenciados, dejando espacios únicos para su cumplimentación por el ciudadano en la lengua por la que haya optado. En aquellos impresos para los que, por razón de su extensión o complejidad, así se determine, se pondrán a disposición de los ciudadanos dos modelos alternativos redactados uno de ellos en castellano y el otro en la lengua cooficial. En tal caso, en ambos modelos, figurará destacada la advertencia de que existen impresos redactados en la otra lengua a disposición del ciudadano» ²⁷.

4. EL DEBER DEL EMPLEADO PÚBLICO DE CONOCER EL IDIOMA: RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN SU CONTROL Y DIFUSIÓN

En su Título VII, el Estatuto básico desarrolla las bases del régimen disciplinario de los empleados públicos sin perjuicio de que, como ya se indicó anteriormente, no exista obstáculo alguno para un desarrollo más extenso por parte de las distintas Administraciones públicas. Tal habrá de ser el caso en lo referente al deber aquí comentado ²⁸. Ninguna falta muy grave específica del artículo 95 castiga el incumplimiento de este

²⁶ Cfr. TORTOSA, J. M.: *Política lingüística y lenguas minoritarias*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 131-2: «Cuando Schumacher publicó su libro *Lo pequeño es hermoso*, encontró un subtítulo muy sugestivo: “Estudio de economía como si la gente importase”. Siguiendo en esa línea, *verde* evidentemente, podría decirse que se trataría de encontrar una política lingüística “como si la gente importase”, como si la gente fuese lo más importante».

²⁷ Sobre su posible contraste con la normativa catalana en vigor, al no dar preferencia a la «lengua propia», *vid.* VV.AA. (VERNET, J., coord.): *Dret Lingüístic*, Cossetania, Valls, 2003, p. 175 y ss.

²⁸ Sobre estos desarrollos y las especialidades del personal laboral, *vid.* GÁRATE CASTRO, J.: «Deberes, faltas y sanciones del empleado público en su Estatuto Básico (algunos elementos para comprender y valorar su regulación)», en *Relaciones Laborales*, 2008, en prensa.

deber, cuya sanción corresponderá, por lógica, a las normativas específicas de las Comunidades Autónomas donde existan idiomas cooficiales, o bien a la Administración General del Estado en esas Comunidades Autónomas²⁹. Pendiente ese desarrollo, no parece que contestar en una lengua distinta a la solicitada tenga trascendencia alguna, siempre que esta conducta no pase a considerarse como una de las faltas recogidas en el catálogo ya existente. Merece la pena señalar, en esta línea, que el elenco de causas de discriminación reprobadas en el artículo 95.2.b) del Estatuto básico incluye la lengua como uno de los motivos objeto de prohibición.

Más allá de la dimensión disciplinaria, la formulación del deber en el artículo 54.11 suscita varias cuestiones. La redacción en sí misma es criticable, puesto que la acción de «garantizar» la atención en el idioma solicitado es más propia de la Administración como organización que de un empleado público en concreto. La garantía individual que se desprende de una interpretación sistemática de todo el artículo 54 parece llevar a la conclusión de que es el propio empleado público el que debe velar por sus conocimientos lingüísticos.

Sin embargo, la práctica demuestra que las Administraciones públicas asumen un importante papel en el control de las habilidades idiomáticas de sus integrantes. Para hacer posible este deber, es lógico suponer que las distintas Administraciones deberán garantizar el bilingüismo a través de cursos de formación internos, como apuntaba la justificación de la enmienda creadora del precepto. Dichos cursos ya se ofrecen en la actualidad, con una naturaleza de mérito adicional, si bien la exigencia generalizada de este deber parece abrir la vía a la imposición de cursos obligatorios para todos los empleados públicos en contacto con el público.

¿Queda legitimada, además, su exigencia en las pruebas de acceso en las Comunidades donde existe este régimen? El punto de partida, auténtico caballo de batalla doctrinal³⁰, es que únicamente existe un deber

²⁹ Se muestra escéptico VILLORIA MENDIETA, M.: «La ética en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA. (DEL REY GUANTER, S., dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 669: «El punto undécimo parece de muy difícil aplicación, pues obligaría, por ejemplo, a todos los empleados públicos de la AGE que presten servicio en el País Vasco a aprender euskera, incluso antes de ser destinados al territorio de la comunidad, para poder dar respuesta a esta obligación tan pronto tomaran posesión del puesto, pudiendo derivarse responsabilidad disciplinaria en caso de no hacerlo».

³⁰ En contra de esta limitación, cfr. FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X. y cols.: *Estatuto xurídico da lingua galega*, Xerais, Vigo, 2005, p. 35: «Esta visión simplista da regulación lingüística constitucional contradié parcialmente outras consideracións xurisprudenciais e pode ser rebatida en base a interpretacións menos restrinxidas da Constitución». En la misma línea, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 337/1994 sobre la enseñanza

de conocer el castellano y que tal obligación no es inherente a las restantes lenguas cooficiales, como estableció la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1986. En ella se puede leer, en este sentido, que «la inexistencia de un deber constitucional de conocimiento del gallego, nada tiene que ver con las previsiones del Estatuto de Autonomía de Galicia (EAG) respecto del derecho de los gallegos a conocer y usar la lengua propia de su Comunidad (art. 27.20), a fin de garantizar su «uso normal y oficial» (art. 5.3). Por lo tanto, las pruebas de idioma no pueden tener un carácter excluyente, dado que esto sería la traducción institucional de un deber inexistente»³¹. Han de admitirse en el caso de que el conocimiento del idioma se configure como un mérito más³², como también reconoció el Tribunal Constitucional en la sentencia 82/1986³³, si bien habrá de velarse, en este caso, porque la ponderación no desvirtúe la regla antes mencionada y transforme el mérito adicional en una exclusión encubierta³⁴. Es lo que el Tribunal Constitucional denominó, en su sentencia 46/1991, un juicio de «razonabilidad» y «proporcionalidad». Queda, por último, la

obligatoria en catalán y basándose en la *potencia* de los Estatutos de Autonomía, J. A. MONTILLA MARTOS: «Lenguas minoritarias y normalización lingüística ante el Tribunal Constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 5, 2002, p. 341 y ss. Negando cualquier posibilidad en este sentido a los Estatutos, en tanto que normas infraconstitucionales, *vid.* PUNSET BLANCO, R., cit., p. 83 y ss.

³¹ Cfr., sin embargo, F. A. CASTILLO BLANCO: «Los deberes de los funcionarios públicos», en VV.AA. (M. S. ÁNCHEZ MORÓN, ed.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 369: «Configura explícitamente un deber para el funcionario público de conocimiento de las lenguas oficiales, de todas las lenguas oficiales, en cada Comunidad Autónoma».

³² Un estudio de campo sobre esta cuestión en M. ILEY, T. J.: *Nacionalismo y política lingüística: el caso de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 227-232.

³³ «Nada se opone a que los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionario o que, en general, se considere como un mérito entre otros el nivel de conocimiento de las mismas».

³⁴ Cfr. ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132, 2006, p. 1024: «Puede complicar la cuestión el hecho de que algunas veces los rasgos distintivos de categorías sociales típicas funcionan como circunstancias objetivas de carácter neutro que resultan relevantes para el trabajo; esta circunstancia ha conducido a la consideración —que ya hemos calificado como errónea— de que en algunos casos es posible justificar la discriminación directa. Así pues, si una mujer es despedida por quedarse embarazada o un peón de la construcción es preterido en la contratación por ser catalano-parlante (o por no serlo), nos encontraremos ante supuestos de discriminación directa: el rasgo distintivo opera en estos casos como signo o marca de la categoría a la que se concede relevancia laboral y que constituye la verdadera “causa de discriminación”. En cambio, la consideración del embarazo a efectos de riesgos laborales o la exigencia del conocimiento de una lengua como competencia laboral objetiva y no como marca étnica no constituyen supuestos de discriminación directa, dado que el criterio utilizado es profesionalmente relevante, con independencia de que además pueda utilizarse para constituir categorías sociales. En todo caso, ahí no se detiene el enfoque transversal porque podría plantearse la posibilidad de discriminación indirecta».

duda de la legitimidad de una exigencia generalizada para todos los empleados públicos, puesto que el precepto sólo hace referencia a los puestos en los que hay un contacto directo con los ciudadanos, que son los verdaderos titulares del derecho del que es contrapartida este deber ³⁵.

¿Sería posible la exigencia de pruebas reflejas que controlaran el conocimiento del castellano? Esta propuesta chocaría con la presunción que se deriva del artículo 3 de la Constitución. Al establecer que todos los españoles tienen el deber de conocer el castellano, a diferencia de las lenguas cooficiales para las que sólo se predica el derecho a usarlas, parece insostenible someter a un ciudadano español a pruebas lingüísticas de su conocimiento y manejo. Ni siquiera los escenarios más catastrofistas sobre el desarrollo de las políticas educativas de inmersión lingüística permiten augurar un escenario de deterioro semejante del castellano.

No obstante, en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva (sentencia 74/1987), el Tribunal Constitucional ha señalado que «el deber de los españoles de conocer el castellano hace suponer que ese conocimiento existe en la realidad, pero tal presunción puede quedar desvirtuada cuando el detenido o preso alega verosíblemente su ignorancia o conocimiento insuficiente o esta circunstancia se pone de manifiesto en el transcurso de las actuaciones policiales. Consecuencia de lo expuesto es que el derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano, a usar intérprete en sus declaraciones ante la policía, deriva, como se ha dicho, directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa, aunque esta pueda ser conveniente para su mayor eficacia». Es decir, las presunciones derivadas de la Constitución no suplen el desconocimiento del castellano. Si se diera el caso de un aspirante a un empleo público que diera muestras evidentes de no dominar esta lengua, podría ser sometido al mismo régimen de pruebas y formación complementaria que se admiten para las lenguas cooficiales.

5. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LAS RESTRICCIONES BASADAS EN EL IDIOMA

En una Comunidad Europea que se sustenta sobre el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, no ha de

³⁵ Extensamente, sobre esta cuestión y favorable a la exigencia generalizada, *vid.* AGIRREAZKUEENAGA, I.: «La acreditación del conocimiento del catalán en la función pública de las Administraciones públicas», en VV.AA.: *Estudios jurídicos sobre la Ley de política lingüística*, Institut d'estudis autonòmics de la Generalitat de Catalunya-Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 1999, p. 219 y ss.

sorprender que las cuestiones lingüísticas hayan estado presentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ³⁶. La perspectiva adoptada para el estudio de estos problemas que interesa ahora es la de la consideración del idioma frente a la libre circulación de trabajadores, no en tanto que derecho fundamental ³⁷. Desde la sentencia *Groener*³⁸, el Tribunal ha mantenido una línea que se puede entender como firmemente asentada: «El Tratado CEE no se opone a la adopción de una política enfocada hacia la defensa y promoción de la lengua de un Estado miembro que, al mismo tiempo, es la lengua nacional y la primera lengua oficial. Ahora bien, la puesta en práctica de semejante política no debe menoscabar una libertad fundamental, como es el caso de la libre circulación de trabajadores. Por consiguiente, las exigencias derivadas de las medidas de ejecución de una política de este tipo no deben ser desproporcionadas, en ningún caso, en relación con el fin perseguido; y sus modalidades de aplicación no deben suponer discriminación alguna en detrimento de nacionales de otros Estados miembros».

La sentencia *Angonese* ³⁹ es uno de los ejemplos recientes más destacados de esta jurisprudencia, puesto que sintetiza perfectamente el equilibrio entre la defensa de los intereses nacionales en materia de idiomas y la remoción de obstáculos a la libre circulación ⁴⁰. El Tribunal

³⁶ Una síntesis en ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «Plurilingüismo, unidad de mercado y derechos», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 225, 2003, p. 12 y ss.

³⁷ Sin embargo, puede localizarse una primera muestra de este tratamiento en la Directiva 2000/78/CE. En este sentido, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo», en VV.AA.: *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 108-109: «Debe advertirse que la norma no se refiere al origen racial en sí mismo considerado sino a alguna característica relacionada con éste; puesto que la causa de discriminación es en realidad el “género” o “categoría”, la distinción conforme a estas características que tienen impacto racial termina remitiéndonos a la técnica de la discriminación indirecta, de ahí las referencias al objetivo legítimo y al requisito proporcionado. Un ejemplo de lo enunciado podría ser la lengua, institución cultural que como tal está plenamente relacionada con la etnia (y a veces se constituye incluso en criterio prioritario de definición étnica, como ocurre en Bélgica) y que incluso tiene una dimensión absolutamente imprescindible en el libre desarrollo de la personalidad; no obstante, en ocasiones, dominar determinada lengua constituye un requisito profesional esencial y determinante; su conocimiento, por tanto, puede exigirse en determinados supuestos, pero no la identificación étnica que pudiera derivarse de su uso».

³⁸ STJCE de 28-11-1989, *Groener c. Minister for Education and the Dublin Vocational Education Committee*, asunto 379/87, Rec. 1989, p. 3967.

³⁹ STJCE de 6-6-2000, *Roman Angonese y Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, asunto C-281/98, Rec. 2000, p. I-4139.

⁴⁰ Cfr. DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A.: «La compatibilización de las normas nacionales de protección de minorías con el ordenamiento comunitario. A propósito de las sentencias recaídas en los asuntos *Bickel y Franz* y *Angonese*», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 5, 2002, pp. 331-333: «Este asunto suscita la espinosa cuestión de las potenciales consecuencias discriminatorias que la protección de las minorías puede tener, que, en ocasiones, conectan con el problema de la *minoría dentro de la minoría* (...). El TJCE centra su argumentación en el problema de discriminación subyacente

admite en ella que es legítimo exigir al candidato a un empleo conocimientos lingüísticos de un determinado nivel. Ahora bien, no cabe un bloqueo institucional: «un requisito (...) que supedita el derecho a presentarse a un proceso de selección de personal a la posesión de un diploma lingüístico que sólo puede obtenerse en una provincia de un Estado miembro y que prohíbe la presentación de cualquier otro medio de prueba equivalente sólo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido (...). Debe considerarse que el hecho de que un empleador supedita el acceso de un candidato a un proceso de selección de personal a la obligación de acreditar sus conocimientos lingüísticos exclusivamente mediante un único diploma, como el certificado, expedido en una sola provincia de un Estado miembro, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad contraria al artículo 48 [actual art. 39] del Tratado»⁴¹.

La exigencia de una única acreditación posible es contraria al Derecho comunitario, indiscutiblemente. La clara conclusión que se deriva de ello es que las Administraciones Públicas deberán desarrollar sistemas flexibles de difusión y control de sus respectivas lenguas cooficiales. Sirva como ejemplo el sistema diseñado por la Comunidad Autónoma de Galicia en la Orden de 16 de julio de 2007, de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xustiza, por la que se regulan los certificados oficiales acreditativos de los niveles de conocimiento de la lengua gallega (CELGA)⁴². Bianualmente, se convocan exámenes de acreditación de conocimientos lingüísticos no sólo en Galicia sino en buena parte del territorio nacional y en once países europeos y seis países americanos.

en el asunto: resulta irrelevante que la discriminación se vuelva contra un *propio nacional*, o que sea un efecto secundario de un sistema de protección de una minoría lingüística; la discriminación existe y, como tal, habrá de comprobarse si reúne los requisitos que la pueden hacer admisible».

⁴¹ A pesar de este fallo, cfr. la ácida pero no desencaminada opinión de R. LANE y N. N. SHUIBHNE en sus notas a esta sentencia, *Common Market Law Review*, 37, 5, 2000, p. 1243: «It is entirely possible (and likely) that the Pretura will dispose of the case by finding that Mr Angonese has no diploma of any sort and was therefore not improperly barred from the competition», y p. 1247: «Mr Angonese will now join the annals of Community law pioneers, alongside Ms Defrenne, Miss Marshall and Mr Bosman. The irony is that whilst ultimately the claims of his predecessors prevailed, it is unlikely that he will gain any benefit himself from the legal breakthrough he has wrought».

⁴² En su Exposición de Motivos se puede leer: «Existe aínda un sector importante de cidadáns galegos que non tiveron acceso ao coñecemento da lingua galega mediante o ensino obrigatorio. A este sector hai que sumarlle todas aquelas persoas que viven na nosa comunidade, pero son oriúndos doutras nas que a aprendizaxe escolar da lingua galega non é posible, o número crecente de cidadáns provenientes doutros países da Unión Europea debido ás políticas de mobilidade e integración, tamén o número cada vez máis grande de poboación inmigrante procedente de países extracomunitarios, e, moi especialmente, a de emigrantes ou descendentes de emigrantes retornados».

6. UN ESBOZO DE CONCLUSIÓN

Los argumentos jurídicos recogidos y expuestos conducen a un mismo punto de llegada: la libertad individual de las personas debe tener preeminencia a la hora de abordar las cuestiones lingüísticas. El *imperio* ha de ceder ante los ciudadanos. Nadie debería ser obligado a utilizar una lengua que no sea de su elección en su trato con la Administración, sea el castellano o cualquiera de las lenguas cooficiales. Carece de sentido resucitar los viejos fantasmas de Fichte si se pretende construir un futuro basado en la idea de ciudadanía y no en la de nacionalidad.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

AMANDA MORENO SOLANA
Becaria de Formación e Investigación
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. BREVE APUNTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.—II. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADO PÚBLICO. 1. Sujetos Responsables. 2. Tipificación de la conducta del empleado público.—III. EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL POR PARTE DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 1. El Deber de observar las normas sobre seguridad y salud. 2. La inclusión del incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral como falta disciplinaria.—IV. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADO PÚBLICO COMO MECANISMO PARA ASEGURAR LA CORRECTA APLICACIÓN DE LA LPRL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

I. BREVE APUNTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La característica que mejor define el sistema de prevención de riesgos laborales en las Administraciones Públicas es el de su peculiaridad. Peculiaridad que se produce como consecuencia de una serie de fenómenos singulares de esta organización. Por un lado, la pluralidad de Administraciones Públicas, que se manifiesta en las también complejas divisiones funcionales que se observan dentro de la Administración Central del Estado —Administración Periférica, Autonómica, Local— cada una de las cuales posee singularidades propias que imponen el establecimiento de especialidades a la hora de abordar la prevención de riesgos. Derivado de esto, en el seno de cada una de ellas, se produce una pluralidad de estructuras y jerarquías que ya la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) tiene en cuenta: « *por la complejidad y dispersión de la estructura organizativa*» (art. 34.3 LPRL). Por otro lado, existe una pluralidad de estatutos jurídicos aplicables al personal de las administraciones debido a la coexistencia en las mismas, de funcionarios y personal laboral. Junto a ello, se van a dar una pluralidad de ámbitos físicos de riesgo como consecuencia de la multiplicidad de lugares de trabajo, lo que dificulta establecer un régimen unitario, siendo las actividades tan diferenciadas como servicios en unidades administrativas, obras públicas, centros de enseñanza, centros sanitarios... Cuestión esta, que también la LPRL observa cuando establece: « *diversidad de actividades a desarrollar y las diferentes condiciones en que se realizan*» (art. 34.3 LPRL).

Junto a esto se produce una particularidad más, cual es, la responsabilidad de la Administración Pública en materia de prevención de riesgos laborales. El artículo 42.1 LPRL, que no establece distinciones entre los sujetos públicos y los sujetos privados, recoge las responsabilidades que se derivan como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad laboral, por lo que la Administración podrá incurrir

y responder de las responsabilidades penales, civiles e incluso de Seguridad Social¹. No obstante, la peculiaridad se produce en relación con la responsabilidad administrativa. Tanto es así, que el artículo 45 LPRL sigue vigente sólo en relación con las infracciones de la Administración Pública. Las infracciones de los empleadores públicos en relación con el personal civil a su servicio (sea laboral o funcional) ², no podrán ser objeto de sanciones económicas sino que generarán, tras el pertinente procedimiento, la imposición de medidas correctoras de los incumplimientos detectados. Por ello, para el caso de cometerse una infracción, ésta se sancionará con medidas correctoras y no con la imposición de una multa³. Así el artículo 45.1 LPRL establece que: «*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...*». El cambio de la sanción administrativa por la medida correctora, se basa en el hecho de que la Administración no va a ejercer la potestad sancionadora frente a sí misma, fundamentalmente por dos razones. Por un lado, por la interdicción de la autosanción y de la imposición de sanciones públicas de una autoridad administrativa a otra, porque actúa con personalidad jurídica única (art. 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Y por otro, la autonomía organizativa de las distintas administraciones garantizada en la propia CE, en sus artículos 137, 140, 141 y 143 ⁴.

¹ GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 191 y ss.

² Se incluye en la categoría del personal civil al servicio de las Administraciones públicas al personal laboral, que es civil y que se encuentra al servicio también de las administraciones Públicas. Además no tendría sentido una interpretación que excluyera del régimen sancionador peculiar, las infracciones cometidas por la Administración en relación con el personal laboral. Así lo ha interpretado MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, Comares, 2000, pp. 436-437.

³ GARCÍA MURCIA, J.: «Responsabilidades y sanciones...», *op. cit.*, «*aunque la administración en su condición de empleador ha ido quedando sujeta a las normas propias de la relación de trabajo, tradicionalmente ha sido excluida del sistema de sanciones públicas previsto para los casos de incumplimiento; sanciones que tanto por su contenido (básicamente económico) como por su concepción general, se adaptan bien a la empresa, pero cuya aplicación a la Administración pública, tropieza con muchas dificultades. De ahí, que desde hace tiempo, la exigencia de responsabilidades en este ámbito, haya discurrido por vías especiales*».

⁴ Sobre la responsabilidad administrativa de la Administración: CASAS BAAMONDE, M. E.: «Derecho Público y Salud Laboral: el régimen jurídico sancionador», en CASAS BAAMONDE, M. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, C.; VALDÉS DAL RÉ, F. (Coords.): *Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 176-177; MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: «Las especialidades de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales: ¿del buen uso de la lentitud?», en *RL*, núm. 2, 2002, pp. 1087-1089. MOLTÓ GARCÍA, J. I.: *Prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 251-253.

Para la imposición de medidas correctoras se elabora el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se 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 ⁵. No obstante, se puede plantear un problema en relación con la comisión de una infracción de las medidas de seguridad y salud por parte de las Administraciones. Con esta normativa, que se fundamenta en lo establecido anteriormente, se podría afirmar que se produce una de las situaciones previstas en el artículo 43 de la LPRL ⁶. Es decir, se reconduce la infracción al mecanismo denominado Requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que constituye una instancia de corrección de la conducta, previa a la imposición de la sanción. Como esta segunda parte o instancia sancionadora no existe en relación con la Administración Pública, se podría poner en duda la eficacia del requerimiento previsto en el artículo 45.1 LPRL y en el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio ⁷. En cualquier caso, no es objeto de este estudio, entrar a valorar la eficacia o no de las medidas legislativas actuales en relación a la responsabilidad de la administración en materia de prevención de riesgos laborales, sino ir un paso más allá, y observar la posible responsabilidad de los empleados públicos, cuando son estos los que comenten una infracción derivada del incumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral.

II. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADO PÚBLICO

De forma concreta, y sin perjuicio de una pseudo-responsabilidad administrativa de la propia Administración, se va centrar el estudio en la responsabilidad de los sujetos dependientes de la misma, esto es, de

⁵ BOE, núm. 182, de 31 de julio de 2002. Modificado por el Real Decreto 464/2003, de 25 de abril (BOE, núm. 139, de 11 de junio de 2003), que suprime la calificación del Real Decreto como legislación básica, de manera tal que ahora las Comunidades Autónomas son las que tienen la posibilidad de establecer reglas propias en esta materia. A modo de ejemplo: Decreto 143/2002, de 13 de diciembre, por el que se fija los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BO Islas Baleares, núm. 153, de 23 de diciembre de 2002), Decreto 74/2006, de 21 de marzo, por el que se atribuye competencias para la aplicación en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (BO Aragón, núm. 39, de 3 de abril de 2006).

⁶ Artículo 43 LPRL: «Cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social compruebe la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas...».

⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La aplicación de la Ley de Prevención de riesgos Laborales en las Administraciones Públicas», en *TL*, núm. 72, 2003, pp. 29-31.

los empleados públicos. El fundamento de la existencia de un régimen disciplinario reside en la necesidad que la Administración tiene, como organización prestadora de servicios, de mantener la disciplina interna y de asegurar que sus agentes cumplan las obligaciones de su cargo, asegurando el buen funcionamiento de la organización administrativa. Por ello, desde este punto de vista, el poder disciplinario de la Administración guardaría cierta semejanza con las facultades disciplinarias del empresario en el ámbito privado.

Sin embargo, el régimen disciplinario en el caso de la Administración Pública, no funciona como sería deseable. Aunque el incumplimiento de los deberes del empleado público puede dar lugar a una responsabilidad que puede tener carácter patrimonial, penal o disciplinario, la impunidad constante de las conductas de los funcionarios, suponen una vulneración de principios constitucionales tales de eficacia, responsabilidad, seguridad jurídica..., que está obligada a defender la Administración para servir con objetividad a los intereses generales (art. 103.3 y 9 CE) ⁸.

Por ello, el incumplimiento o escasa aplicación efectiva de las medidas disciplinarias que se produce en la práctica cotidiana ⁹ de nuestras Administraciones ha necesitado de una consideración más detallada.

Esa consideración más detallada, se ha intentado plasmar en la nueva Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). No obstante, no se debe perder de vista que el Estatuto, de conformidad con su carácter básico se limita a ordenar los principios a que debe someterse el ejercicio de esta potestad pública respecto de los empleados públicos, tipifica tan sólo las infracciones muy graves y amplía el abanico de posibles sanciones. Por lo demás, se remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias.

El actual régimen disciplinario queda regulado en el Título VII del EBEP en los artículos 93 a 98 del mismo. Si comparamos esta regulación con la anterior, no observamos numerosos cambios respecto a este régimen. No obstante, lo que sí se produce es un cambio sustancial en cuanto a la aplicación subjetiva del mismo, y en relación con la ampliación cuantitativa de las infracciones muy graves. En este sentido, por un

⁸ CASTILLO BLANCO, F. A. y ILDEFONSO HUERTAS, R. M.: «Régimen disciplinario y responsabilidad civil y penal en la función pública», en CASTILLO BLANCO, F. A. (Dir.): *Lecciones de la Función Pública*, Granada, CEMCI, 2003, pp. 525-528.

⁹ Muestra de ello puede ser la escasa jurisprudencia que existe a los efectos de sancionar a un empleado público por la comisión de una infracción. Un ejemplo entre pocos puede ser un supuesto en el que la infracción es calificada como abandono de servicio: SAN de 29 de septiembre de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, R.º 409/2002).

lado, el EBEP trata de unificar el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios públicos y al personal laboral, y por el otro, se introducen algunas faltas disciplinarias nuevas¹⁰, que al menos, en lo que a prevención de riesgos laborales se refiere, son destacables.

1. Sujetos responsables

A priori, la unificación que parece que el EBEP hace respecto a la aplicación subjetiva del régimen disciplinario debe ser valorada positivamente. De hecho, anteriormente, la duplicidad de regímenes dentro de una misma organización podría ser *eventual causa de desigualdades*¹¹. Pero este intento de aproximación no es completo, cuestión que se verá a continuación.

El EBEP establece en su artículo 93.1 que: *«los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título y en las normas que las leyes de la función pública dicten en desarrollo de este Estatuto»*. De ello, se podría pensar en la tan ansiada unificación para la aplicación del régimen disciplinario. No obstante, acto seguido, en el mismo artículo, pero esta vez en el apartado cuarto se establece que: *«el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral»*. Se trata ésta, de la primera remisión normativa que el EBEP hace a la normativa laboral, pero no la única. Los artículos 94.2, 95.2.p) y 95.3 hacen referencia expresa a los convenios colectivos aplicables en determinados casos al personal laboral. Estas referencias nos permiten concluir dos cuestiones a tener en cuenta. Por un lado, la remisión a la normativa laboral, no sólo se hace a la legislación laboral como en principio parece que preveía el artículo 93.4 EBEP, sino también a la normativa convencional¹². Por otro lado, la ansiada unificación sólo se produce para los supuestos de faltas muy graves, de forma tal que, para los supuestos de faltas graves y leves sigue manteniéndose la necesidad de que sean las Leyes de la Función Pública para el personal funcionarial y la negociación colectiva para el

¹⁰ Se trata de faltas muy graves que ni en el artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1984) ni en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (BOE, núm. 15, de 17 de enero de 1986), se recogían.

¹¹ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo público*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 510.

¹² Cuestión esta que parece evidente, ya que las normas sobre infracciones y sanciones del personal laboral de las Administraciones públicas se venían recogiendo en los convenios colectivos de aplicación a los mismos.

personal laboral, el instrumento idóneo para la regulación del régimen disciplinario en cada caso, manteniéndose por ello, la duplicidad de la que se hablaba anteriormente.

Otra cuestión a tener en cuenta será la fecha en que este nuevo régimen disciplinario comenzará a surtir efectos, ya que en función de ello, entenderemos aplicable la normativa actual y por tanto, la aplicación al personal funcional y laboral o de lo contrario la normativa anterior, siendo diferente su aplicación a estos sujetos ¹³. La Secretaría General de la Administración Pública, en su Instrucción de 5 de junio de 2007 para la aplicación del EBEP ¹⁴ ha entendido que en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, sigue vigente el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, así como los convenios colectivos de personal laboral en todo lo que no resulten incompatibles con lo dispuesto en el EBEP. Lo mismo cabría decir, respecto las especialidades en materia de régimen disciplinario de los funcionarios contenidas en la legislación autonómica, que habrán de entenderse igualmente vigentes con carácter transitorio hasta tanto se dicen las respectivas leyes y normas reglamentarias de desarrollo ¹⁵.

En relación con la prevención de riesgos laborales, y aunque se verá posteriormente, se hace necesario hacer un breve apunte sobre la tendencia a la unificación subjetiva. Siendo la prevención de riesgos laborales una materia que se debe aplicar de forma conjunta y homogénea para todos los empleados públicos ¹⁶, ha de entenderse que el régimen disciplinario aplicable derivado del incumplimiento de las normas pre-

¹³ La Disposición Derogatoria Única del EBEP deroga los artículos relativos a los deberes y régimen disciplinario de los funcionarios públicos contenidos en la Ley de Funcionarios civiles del Estado. Pero hay que hacer referencia a la Disposición Final Cuarta, cuyo párrafo tercero establece que: «hasta que se dicten las leyes de la función pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada una Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto».

¹⁴ (BOE, núm. 150, de 23 de junio de 2007).

¹⁵ CÁMARA DEL PORTILLO, D.: «Régimen Disciplinario de los empleados públicos: funcionarios y personal laboral», en AA.VV.: *El Estatuto básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2007, p. 237.

¹⁶ Tendencia que se manifiesta en el Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE, núm. 246, de 14 de octubre de 2006) en cuyo artículo 60: «Teniendo en cuenta que el tratamiento dado a esta materia debe ser homogéneo y conjunto para todos los empleados públicos independientemente de cuál sea su régimen jurídico se aplicará en el ámbito del presente convenio la regulación y los acuerdos vigentes en cada momentos sobre la misma...». En relación con la tendencia a la negociación colectiva unitaria para el personal laboral y funcional en las Administraciones Públicas, ver: MTAS, *La negociación colectiva en el empleo público*, MTAS, Informes y Estudios, 2001, pp. 201-205.

vencionistas, deberá ser el mismo ¹⁷. Si la seguridad y salud de los trabajadores en las administraciones públicas afectan por igual a funcionarios y a personal laboral, y las peculiaridades que se derivan de la aplicación de la LPRL en las Administraciones Públicas, no dependen del régimen del personal a su servicio, sino de las particularidades organizativas y estructurales de la propia Administración, se debe entender un único régimen disciplinario aplicable a todos los sujetos, en caso de que se determine su posibilidad de aplicación por incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

2. Tipificación de la conducta del empleado público

Junto a la novedad introducida por el EBEP en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo del régimen disciplinario, ya se apuntaba la introducción de nuevas faltas disciplinarias en la nueva Ley, que van a repercutir en la exigencia de responsabilidades por parte de la Administración a sus empleados públicos. El régimen disciplinario se sustenta en una serie de principios generales del derecho que se derivan de la propia Constitución Española y de la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo ¹⁸. Sin entrar en cada uno de ellos, puesto que no es objeto del presente trabajo, se hará una especial referencia al principio de legalidad y de tipicidad, de forma que se pueda entender incluida la falta derivada de la no observancia de las medidas de prevención de riesgos laborales.

La determinación normativa previa de las faltas sancionables y de sus correspondientes sanciones es imprescindible para el ejercicio de la potestad disciplinaria. Si no existe una tipificación previa del incumplimiento como infracción administrativa, no se puede imponer una sanción, en base al simple incumplimiento de un deber del funcionario.

¹⁷ Hay Convenios Colectivos aplicables sólo al personal laboral que establece consideraciones en torno a la prevención de riesgos laborales, sólo aplicables a los trabajadores con régimen jurídico laboral, cuestión que se aparta del principio general del Convenio Colectivo Único. Prueba de ello es el Convenio Colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de 28 de julio de 2005 (BO de La Rioja, núm. 103, de 4 de agosto de 2005), en el que se establece como falta grave (y muy grave) para el personal laboral, en el artículo 39.1.b) y en el artículo 39.1.c), *el incumplimiento grave (y muy grave) de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales contempladas en la normativa vigente, cuando de ello pueda derivar, riesgo para la salud y la integridad física del trabajador o de otros trabajadores*.

¹⁸ Sobre el principio de legalidad: SSTC 42/1987 de 7 de abril, y 83/1990, de 4 de mayo. Sobre el principio de tipicidad: SSTC 219/1989, de 21 de diciembre. Sobre el principio de proporcionalidad: SSTC de 18 de febrero de 1992 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, R.º 959/1990) y de 20 de noviembre de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, R.º 7686/1997). En cuanto al principio de culpabilidad y de presunción de inocencia: STC 23/1995, de 30 de enero.

Cuestión distinta es si la infracción y la sanción deben venir establecidas por normas con rango de ley ¹⁹. El principio de tipicidad de las infracciones obliga al legislador, como titular de la potestad sancionadora, a regular dichas infracciones de tal modo que *el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesto* ²⁰. No obstante las normas de derecho disciplinario tipifican con frecuencia las infracciones utilizando conceptos jurídicos indeterminados, remisiones a otras normas, deberes genéricos o cláusulas de cierre. El Tribunal Constitucional no entiende inconstitucional estas normas, entendiéndolo por el contrario que: *«los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción»* ²¹.

Con base en estos principios, asentados en el artículo 94.2.a) EBEP y con la interpretación que de ellos hace el TC, se verá a continuación un análisis del deber de prevención recogido en el EBEP y en las distintas Leyes de la Función Pública, así como las infracciones y sanciones tipificadas en estas normas que pueden servir de base para el entendimiento de la infracción por parte del empleado público de las normas de seguridad y salud laboral.

III. EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL POR PARTE DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La exigencia de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales existe, cuando se produce un incumplimiento de las obligaciones, y de él se deriva un daño para la seguridad y salud de los trabajadores o se crean las condiciones para que este daño se produzca.

¹⁹ Por lo que se refiere a la determinación de la norma con rango de ley para cumplir los principios de legalidad y tipicidad, ver: SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Régimen Disciplinario», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2008, p. 544: *«Se recoge la exigencia de ley previa para la tipificación de infracciones y sanciones, pero no se exige que esa tipificación se incluya en normas con rango de ley ni para el personal laboral ni para los funcionarios públicos. Ahora bien, la exigencia de ley se establece expresamente para tipificar las faltas graves en el artículo 95.3 y para determinar el régimen de las faltas leves, en el artículo 95.4, por lo que se refiere a los funcionarios. También se establece la exigencia de ley en el artículo 96.1.g) para introducir cualquier otro tipo de sanción disciplinaria distinto a los que ya regula el propio artículo 96 del EBEP. En consecuencia se ha venido a establecer una reserva de ley que no existía en la legislación anterior. No en cambio por lo que respecta al personal laboral, cuyo régimen disciplinario puede regularse por convenio colectivo, en desarrollo del EBEP y de la legislación laboral común»*.

²⁰ STC 61/1990, de 29 de marzo.

²¹ STC 151/1997, de 29 de septiembre.

En el supuesto de la Administración Pública, y como consecuencia de la aplicación de la LPRL a la misma (art. 3 LPRL), ésta es sin duda, el primer sujeto responsable de los incumplimientos de las normas de prevención. Ello, sin perjuicio, de la existencia de otros sujetos responsables en el ámbito de la Administración (los empleados públicos). En este sentido, el esquema de obligaciones y responsabilidades en materia de prevención en la Administración Pública, también guarda cierta semejanza con el esquema de obligaciones y responsabilidades en materia de prevención en el ámbito privado.

Por ello, por un lado, se encuentra la responsabilidad de quien ostenta el deber genérico de seguridad y salud en el trabajo, esto es, el empresario²² o la Administración Pública²³ y por otro, se encuentran los trabajadores o aquellos sujetos designados o incluidos en la organización preventiva empresarial, que también pueden incurrir en el incumplimiento de las obligaciones de prevención. En estos casos, hay que tener presente dos cuestiones. Primero, este incumplimiento del trabajador o empleado público, no exime del deber del empresario o Administración de cumplimiento de las medidas de seguridad y salud. Y segundo, este deber del empresario existe, sin perjuicio de las acciones que puedan dirigirse contra los trabajadores o empleados públicos por los daños y perjuicios causados (art. 14.4 LPRL). En este sentido, el artículo 29.3 LPRL establece que la responsabilidad en la que puede incurrir el trabajador tiene la consideración de incumplimiento laboral, en caso de trabajadores por cuenta ajena, o de falta, en caso de funcionarios públicos o de personal estatutario al servicio de las Administraciones Públicas²⁴.

Por tanto, y en base a ello, los empleados públicos, ya sean funcionarios o personal laboral, pueden ser responsables por incumplimiento de la normativa de prevención. A continuación, se verá la existencia de un deber del empleado público de observar las normas de prevención de riesgos laborales y la tipificación de la falta disciplinaria en el EBEP u otras normas, para la exigencia de una responsabilidad y su correspondiente sanción.

²² Sobre las responsabilidades del empresario, tener en cuenta que pueden ser: responsabilidad civil, administrativa, penal y de seguridad social.

²³ Sobre las responsabilidades de la Administración, tener en cuenta que pueden ser: responsabilidad civil, penal y de seguridad social. No tiene responsabilidad administrativa, sino imposición de medidas correctoras.

²⁴ Artículo 29.3 LPRL: «*el incumplimiento por parte de los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores, tendrá la consideración de incumplimiento laboral, a los efectos previstos en el artículo 58.1 del estatuto de los Trabajadores, o de falta, en su caso, conforme a los establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las administraciones públicas...*».

1. El Deber de observar las normas sobre seguridad y salud

El EBEP contiene la regulación de los deberes de los empleados públicos en los artículos 52 y siguientes. La novedad de este articulado, consiste, por un lado, en la determinación explícita de los deberes, y por otro, en la inclusión de un código de conducta que, según establece el artículo 52 *in fine*, sirve para la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos²⁵. Así se establece que: «*los principios y reglas establecidas en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*». Esta cuestión será retomada en el siguiente punto.

El deber de observar las normas de seguridad y salud en el trabajo, se configura en la nueva Ley, no sólo como un deber sino como un derecho de los empleados públicos²⁶. Es decir, este deber es correlativo al derecho, recogido en el artículo 14.1) EBEP de todos los empleados públicos «*a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral en el trabajo*». El derecho a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, ya se establecía como tal en algunas Leyes Autonómicas de la Función Pública. Así, ya en la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias²⁷, en el artículo 71.g), se establece el derecho «*a la garantía de unas condiciones de trabajo que cumplan todos los requisitos previos en la norma reguladora de la seguridad e higiene en el trabajo*». En la misma línea, la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria²⁸, en su artículo 45.3 establece que «*la Administración de la comunidad Autónoma de Canarias velará de una forma especial por la seguridad e higiene en el trabajo de todo el personal a su servicio, y con este fin, adoptará las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa vigente*»²⁹.

Este derecho, recogido desde hace tiempo, como se puede observar, por las normas de la Función Pública, va acompañado en la actualidad por la existencia del deber de los empleados públicos de cumplimiento

²⁵ PALOMAR OLMEDA, A.: *El Nuevo Estatuto del Empleado Público*, Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 47-48.

²⁶ CASTILLO BLANCO, F. A.: «Los deberes de los funcionarios públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2008, p. 368.

²⁷ BO del Principado de Asturias, núm. 300, de 30 de diciembre de 1985.

²⁸ BO de Canarias, núm. 40, de 3 de abril de 1987.

²⁹ Ejemplos de Leyes de la función Pública que recojan esta misma cuestión son: Ley 2/1989, de 22 de febrero, de Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BO de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, núm. 38, de 28 de marzo de 1989), artículo 82.K); Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid, núm. 96, de 24 de abril de 1986), artículo 67.j).

de las normas sobre prevención de riesgos laborales, recogido expresamente en el EBEP. Así el artículo 54.9 establece como principio de conducta que los empleados públicos *observarán las normas sobre seguridad y salud laboral*. Pero no sólo el EBEP establece el deber genérico de cumplimiento en esta materia, sino que, al igual que ocurre con el derecho de seguridad y salud en el trabajo, ya algunas de las Leyes de la Función Pública de las Comunidades Autónomas recogían tal cuestión. Tal es el caso de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla León³⁰, cuyo artículo 63.ñ) establece que: son deberes de los funcionarios: «*Observar y poner en práctica las medidas de prevención de riesgos que se adopten legal o reglamentariamente*», o el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia³¹, cuyo artículo 73 recoge específicamente el deber del que se viene hablando (cuestión que sólo se recoge en esta Ley, configurándose como el único caso en el que expresamente se establece la obligación de los empleados públicos de velar por la seguridad y salud en el trabajo) y la obligación expresa del personal al servicio de las administraciones públicas de cooperar en el cumplimiento de la prevención: «*El personal al servicio de la administración Pública de la Región de Murcia, velará según sus posibilidades por su propia seguridad y salud, y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad, estando obligado a cooperar en el cumplimiento de las medidas que se adopten en materia de prevención de riesgos laborales*».

2. La inclusión del incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral como falta disciplinaria

Una vez que se ha determinado la existencia de un deber u obligación de prevención de riesgos laborales, se ha de buscar su incumplimiento como falta disciplinaria y por ende, la tipificación de su correspondiente sanción.

Dada la naturaleza de carácter punitivo de la responsabilidad disciplinaria, su existencia está determinada por una serie de elementos. Por un lado, se exige la determinación previa de los deberes y obligaciones. Por otro, la existencia de una tipificación de los incumplimientos de esos deberes, y por último, la existencia de la tipificación de la sanción³². Junto a ello, se ha establecido la necesidad de una actuación consciente y voluntaria del trabajador, que excluye los sucesos pro-

³⁰ BO de Castilla y León, núm. 103, de 31 de mayo de 2005.

³¹ BO de la Región de Murcia, núm. 85, de 12 de abril de 2001.

³² STC 17/2000, de 31 de enero de 2000.

ducidos por causa de fuerza mayor. No obstante y como ya se dijo, el régimen disciplinario contenía en su regulación anterior ³³ numerosas cláusulas abiertas debido a la imposibilidad de agotar todos los posibles incumplimientos de los funcionarios públicos. Con el EBEP ocurre lo mismo. La diferencia fundamental radica, en que ahora se tipifican como faltas muy graves, conductas en las que se pueden subsumir los incumplimientos en materia de seguridad y salud laboral. Así el artículo 95.2.g) establece que será falta muy grave: « *el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas*», y el artículo 95.2.i) establece como falta muy grave, « *la desobediencia abierta a las ordenes e instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico*».

Ello no quiere decir, que anteriormente, no se permitiera esta posibilidad en la normativa existente. Lo que ocurre, es que, en la mayoría de las ocasiones se configuraba como falta grave o leve ³⁴, y sólo para el personal funcional ³⁵. Por ello, y debido a que estas infracciones,

³³ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública; Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

³⁴ Estas normas mediante las que se podía entender vulnerada la regulación de prevención de riesgos laborales, se recogen en las Leyes de la Función Pública. Veamos algunos ejemplos de ello. La Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (BO del País Vasco, núm. 144, de 28 de julio), recoge como faltas graves [art. 84.a)] *el incumplimiento de las órdenes e instrucciones de los superiores* y como falta leve [art. 85.f)] una cláusula de cierre, estableciendo como tal *el incumplimiento de los deberes y las obligaciones del funcionario*. La Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias, núm. 300, de 30 de diciembre de 1985), establece como falta grave [art. 92.h)] *el incumplimiento con negligencia grave, de los deberes y obligaciones derivados de la función que le sea encomendada*, y como falta leve, siendo también cláusula de cierre, *el incumplimiento de las obligaciones por negligencia o descuido excusable*. La Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BO de La Rioja, núm. 93, de 31 de julio de 1990) que establece las cláusulas de faltas graves y leves, a las que nos estamos refiriendo, exactamente en los mismos términos que la Ley de la Función Pública Vasca.

³⁵ Para los empleados laborales se acudía en todos los casos a las leyes laborales o a los convenios colectivos. Este régimen se aplica ahora sólo para las faltas graves y leves. Ejemplos de convenios colectivos que recogen un régimen disciplinario para el personal laboral al que sea de aplicación son: Convenio Colectivo de Trabajo para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Personal Laboral), de 7 de mayo de 2007 (BO de la Región de Murcia, núm. 125, de 1 de junio de 2007) cuyo capítulo XIII recoge el régimen disciplinario, estableciendo en el artículo 56.a.5) entre las faltas leves: *el incumplimiento de las obligaciones del trabajador o trabajadora, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave*, y en el artículo 56.b.1) como falta grave: *la falta de obediencia a los superiores*. V Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de 3 de enero de 2006 (DO de Castilla-La Mancha, núm. 10, de 13 de enero de 2006), que establece, en los mismos términos que el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Región de Murcia, las faltas graves y leves a las que se viene haciendo referencia. Una especial consideración se

ahora, se establecen como falta grave, y para todos los empleados públicos, parece que se ha reforzado la aplicación del régimen disciplinario en los casos de incumplimientos de los deberes de prevención de riesgos laborales. Además no se debe olvidar el inciso del artículo 52 *in fine*, cuando establecía la posibilidad de que los principios (entre los que se encuentra el de observar las normas de seguridad y salud en el trabajo) informaran la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

En conclusión, podemos entender como conducta sancionable los incumplimientos por parte de los empleados públicos, del deber de seguridad y salud en el trabajo, debido, por un lado, a la tipificación mediante cláusulas abiertas, y por otro, debido a la tipificación indirecta³⁶, mediante la remisión a otras normas, ya sea, en el caso de los funcionarios, a las Leyes de la Función Pública, ya sea, en el caso del personal laboral a la legislación laboral y a los convenios colectivos.

IV. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADO PÚBLICO COMO MECANISMO PARA ASEGURAR LA CORRECTA APLICACIÓN DE LA LPRL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha podido observar, las responsabilidades de los trabajadores y de los empleados públicos, tienen su origen en el incumplimiento de deberes, derivados de una actuación diligente en el marco del contrato de trabajo en los casos de personal laboral, o en el marco del vínculo estatutario, en los casos de personal funcional. Si se sigue en la línea de asimilación³⁷, de la Administración Pública con los entes priva-

ha de hacer con el Convenio Colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de 28 de julio de 2005 (BO de La Rioja, núm. 103, de 4 de agosto de 2005), en el que se establece como falta grave para el personal laboral, en el artículo 39.1.b), *el incumplimiento grave de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales contempladas en la normativa vigente, cuando de ello pueda derivar, riesgo para la salud y la integridad física del trabajador o de otros trabajadores*.

³⁶ Sobre la tipificación indirecta de la legislación socio-laboral, y concretamente de la legislación preventiva, ver ampliamente: CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: *El régimen jurídico sancionador en Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, La Ley, 2001, pp. 121-157.

³⁷ La tendencia a la asimilación entre la Administración Pública y la Empresa Privada en materia de PRL es evidente si se observa el Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la administración general del estado (BOE, núm. 170, de 17 de julio de 1998). Todavía se aprecia una asimilación mayor si se observa el Borrador de 16 de octubre de 2007, de modificación del Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, que en un intento de adaptar la prevención de riesgos laborales a la nueva realidad de las Administraciones Públicas, y con el objeto de cumplir eficazmente las normas de prevención, intenta recoger las previsiones del Real Decreto

dos para la aplicación de la prevención de riesgos laborales, el cuadro de obligaciones y responsabilidades también deberá ser similar, salvo las excepciones vistas a lo largo del presente trabajo.

Siguiendo el objetivo de dar cumplimiento eficaz a la normativa prevencionista, el sistema de responsabilidad aplicable en las empresas debe ser trasladado también al ámbito de las Administraciones Públicas. Por ello, la Administración se configura como auténtico deber de garante de las medidas de seguridad y salud (art. 14 LPRL) a tomar en sus Administraciones. Se trata de la obligación general de seguridad y salud en el trabajo. No es ésta, una obligación en la que el empresario esté obligado a intentar conseguir la adecuada salud y seguridad del trabajador, sino que se exige la garantía de que el resultado lesivo no se produzca³⁸. Se trata de una obligación general de elaboración de documentos, aportación de medios, aportación de formación e información, aportación órdenes e instrucciones adecuadas..., y además, obligación de vigilancia y control del cumplimiento de las medidas de prevención.

No obstante, la Administración puede delegar en su personal las funciones de prevención de riesgos laborales para darles un cumplimiento más eficaz, configurando así, un sistema de gestión de la prevención adecuado para la estructura de la Administración. De esta manera se configuraría en el seno de las Administraciones lo que, en el seno de las empresas llamamos mandos intermedios, con competencias en esta materia y por ello, con obligaciones y responsabilidades que se derivan de esa delegación. En este segundo escalón, las personas en quienes se ha delegado la concreta materia de prevención de riesgos laborales, se convierten en auténticos garantes del deber de prevención, por cuanto tienen la obligación de velar por la seguridad y salud de los trabajadores. Son éstos, los que deberían responder de ese régimen disciplinario al que se ha venido haciendo alusión. Un incumplimiento de sus funciones de seguridad y salud, supondrían un incumplimiento leve, grave o muy grave de las funciones que la Administración le ha encomendado, o en su caso, una desobediencia a las instrucciones de un superior. Por ello, se incardinaría si fuera falta muy grave en artículo 95.2.g) EBEP, y si fuera falta grave o leve, en el articulado que se ha visto de las Leyes de la Función Pública o en los Convenios Colectivos.

171/2004, estableciendo en su artículo 9 la presencia de Recursos Preventivos y la coordinación de actividades empresariales.

³⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996, p. 107: «Prácticamente esta garantía de seguridad por parte del empresario llega hasta configurarse como una obligación de resultado; de forma que sólo un resultado positivo, consistente en la ausencia de daños y lesiones, hace que dicha obligación quede cumplida de modo adecuado».

Pero aún hay más. La responsabilidad por incumplimiento de las normas de prevención, puede ser del empleado público que, sin tener asumidas funciones concretas de seguridad y salud en el trabajo no cumpla con las instrucciones y órdenes que se le dan en relación con ello, poniendo en riesgo su vida y/o la de sus compañeros. Se trata en este caso, igualmente, de una responsabilidad disciplinaria materializada en faltas muy graves, graves o leves (en estos dos últimos casos, vistas en Leyes de las Comunidades Autónomas o de los Convenios Colectivos para el personal laboral), de las que establecían el incumplimiento de las órdenes e instrucciones recibidas por vía jerárquica.

Se trata por tanto, de lo que se puede denominar responsabilidad en cascada, esto es, la Administración Pública responde como deber de garante ante sus empleados y ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Los empleados que tienen encomendadas las funciones de prevención de riesgos laborales, responden ante la Administración disciplinariamente (sin perjuicio de que se pueda plantear otro tipo de responsabilidad también para estos sujetos), y, por último, los empleados públicos sin funciones encomendadas, responden ante el superior jerárquico y en su caso ante la Administración, por incumplimiento de las órdenes e instrucciones que se le hayan dado en esta materia. Para ello, se procederá a la aplicación del régimen disciplinario previsto para los mismos, en el ahora EBEP, en las actuales y futuras Leyes de la Función Pública, en la legislación laboral, para el personal laboral, y en lo que reglamentariamente se establezca en el futuro, en relación con las faltas y sanciones que se impongan a todos los empleados públicos.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LAS IMPLICACIONES DE LA OPCIÓN INDEMNIZATORIA EN CASO DE DESPIDO IMPROCEDENTE EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

JORGE FONDEVILA ANTOLÍN

Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería
de Presidencia del Gobierno de Cantabria
Secretario de la Administración Local.
Cuerpo de Letrados del Gobierno de Cantabria

SUMARIO:

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA OPCIÓN INDEMNIZATORIA EN CASO DE DESPIDO IMPROCEDENTE EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 1. El principio de igualdad de trato en el empleo. 2. La prohibición de la arbitrariedad. 3. El sometimiento de la Administración al Principio de Legalidad.—II. LAS NOVEDADES DEL ARTÍCULO 96.2 EBEP Y EL ALCANCE DE LA REFORMA. 1. Consideraciones iniciales. 2. Delimitación del ámbito subjetivo (*ratio personae*) referido a las Administraciones Públicas. 2.1. La aplicación general y directa del artículo 96.2 EBEP. 2.2. La aplicación limitada del artículo 96.2 EBEP, al resto de entidades del sector público (Disposición Adicional Primera). 2.3. Otros ámbitos con legislación propia. 3. Delimitación del ámbito subjetivo (*ratio personae*) desde la perspectiva de la clase de empleado público laboral sometido al EBEP. 4. El ámbito de aplicación (*ratio materiae*): régimen general del artículo 96.2 del EBEP y las exclusiones. 4.1. Régimen General del supuesto que ampara la aplicación de la prohibición a la administración de hacer uso de la opción indemnizatoria (art. 96.2 EBEP). 4.2. Las áreas materiales excluidas de la aplicación de las previsiones especiales sobre el Despido Improcedente.—III. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE FUTURO.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA OPCIÓN INDEMNIZATORIA EN CASO DE DESPIDO IMPROCEDENTE EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se debe subrayar que, en ocasiones, las reglas del derecho privado tienen un difícil encaje y aplicación práctica si el empleador es una Administración Pública. Constituye un ejemplo significativo de lo expuesto la figura del despido improcedente o sin causa prevista en la legislación laboral común y de aplicación a la Administración Pública. En este concreto aspecto se produce una colisión entre las técnicas contractuales y los valores del servicio público que demanda una modulación de la norma laboral común ¹.

Hasta el momento de la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), existían dos tesis radicalmente opuestas: una de ellas defendida por algunos sectores de la doctrina (tanto la laboralista como la administrativista) y otra por el Tribunal Supremo. Apuntaba un sector dentro de la doctrina la supresión del despido improcedente, si bien, otros reclamaban simplemente la inaplicación de la opción indemnizatoria, coincidiendo ambos en entender que la Administración no es un empresario privado sino que tiene un estatuto constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. No se ajustaba a los principios del Derecho Administrativo la facultad de despedir cuando no existe una causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el despido improcedente puede a su vez volatilizar la garantía de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral, pues bastaría despedir al selec-

¹ Recordando las palabras de SUPLOT, la satisfacción del interés general exige adoptar en ocasiones normas laborales particulares, SUPLOT, A.: «El trabajo y la oposición público-privado», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, 1996, núm. 6, p. 717.

cionado en función de estos principios sin una causa legal para burlar esa garantía. Por todo ello, entendemos resulta de gran interés realizar un examen más detallado de los diferentes argumentos utilizados por la doctrina para criticar tanto la aplicación del despido improcedente como el uso de la opción indemnizatoria.

1. El principio de igualdad de trato en el empleo

La exportación del despido improcedente regulado en el artículo 56.1 ET a las relaciones de empleo público laboral ha sido puesta en tela de juicio por la vinculación de la Administración al principio de igualdad de trato en el empleo (art. 23.2 de la CE), entendido este por la doctrina constitucional, como un derecho a acceder a los cargos públicos que implica también el derecho de mantenerse en ellos mientras no medie causa legal en contra ². Si bien, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional en estos momentos considera fuera de su ámbito de aplicación a las relaciones laborales³, se sigue sosteniendo por amplios sectores de la doctrina la extensión del artículo 23.2 al conjunto del empleo público, y ello, se alcanza la conclusión de que la Administración está obligada a la readmisión cuando el trabajador despedido de forma injustificada haya accedido de modo regular al empleo público, según algunos autores ⁴, si bien, para otros es independiente de la regularidad del acceso, por cuanto lo rechazable es la decisión ilegal de la Administración, existiendo mecanismos legales que impiden que a pesar de la readmisión esos empleados públicos puedan colisionar su relación laboral⁵.

Desarrollando más esta idea, la vulneración del principio de igualdad de trato en el empleo conduce a la declaración del despido como radicalmente nulo, al igual que ocurre en el ámbito estrictamente empresarial respecto de las conductas que vulneren el principio de no discriminación y su incumplimiento en el momento de la extinción del con-

² SSTC 5/1983, de 4 de febrero de 1983 y 10/1983, de 21 de febrero de 1983.

³ STC 281/1993, de 27 de septiembre. Para un examen detallado de la cuestión, FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *La selección y pérdida de la condición de empleado público, adaptado al Estatuto Básico del empleado público*, Barcelona, Atelier, 2008 (en prensa).

⁴ BLASCO PELLICER, C. y ALFONSO MELLADO, C.: *Especialidades procesales en los juicios laborales entre la Administración y sus trabajadores*, Relaciones Laborales, 1990, I, pp. 157-163.

⁵ Se exponen con detalle el conjunto de las posturas doctrinales sobre el tema en el trabajo de FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *Constitución y Empleo Público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*, Granada, Comares, 1999, pp. 273 a 296, y del mismo autor: «Breve reflexión sobre las especialidades en la extinción de las relaciones jurídico-laborales en las Administraciones Públicas, con especial referencia al despido improcedente», *Diario La Ley*, 2001, IV, pp. 1532-1543.

trato⁶. Como consecuencia de la argumentación expuesta, a su juicio, si no se aplicara a las relaciones de empleo público laboral las previsiones del artículo 23.2 de la CE y, en especial, el derecho de permanencia en el puesto de trabajo, el contenido del citado artículo quedaría vacío de contenido⁷.

2. La prohibición de la arbitrariedad

La decisión de optar por rescindir la relación contractual con la Administración surge de una previa actuación inmotivada, sin causa (calificada de improcedente por los Tribunales), y por ello, la misma no resulta objetiva ni razonable. Se trata de una opción no ajustada a derecho, porque la misma no supera ninguno de los requisitos exigibles en el control de la discrecionalidad administrativa y debe ser calificada de arbitraria. Acto arbitrario que si bien puede ser admisible en el ámbito de la empresa privada no cabe en la actuación de la Administración por imperativo constitucional del artículo 9.3 que establece la interdicción de la arbitrariedad y especialmente si se ha accedido a la relación de empleo laboral con pleno respecto a los principios de mérito y capacidad⁸.

Es preciso, tener en cuenta que Ley 30/1992 LRJPAC, exige en su artículo 54.1.f) la motivación de todas las decisiones discrecionales, y

⁶ SALA FRANCO, T.: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1989, pp. 45 y 46.

⁷ BLASCO PELLICER, C. y ALFONSO MELLADO, C.: *Especialidades procesales en los juicios laborales entre la Administración y sus trabajadores*, cit., pp. 157-163. También DE SAZ, que manifiesta al respecto que no es cierto que el Derecho laboral permita con total libertad la extinción unilateral de la relación jurídico-laboral en el ámbito de la Administración, viendo confirmada su posición en el Auto 858/1985, de 4 de diciembre, del Tribunal Constitucional, que señala lo siguiente: «La pertenencia al sector público, aun bajo la fórmula del contrato de trabajo, garantiza a los trabajadores una situación jurídico laboral en orden a la estabilidad y seguridad que no es coincidente con la existente en el sector privado». Amparándose en el citado pronunciamiento afirma que resulta más que dudoso que la Administración pueda, mediante la correspondiente indemnización, despedir sin causa a un trabajador, ya que cualquier despido injustificado atentaría contra el principio de igualdad y como consecuencia de ello nos encontramos ante la figura del despido radicalmente nulo. DE SAZ, S.: *Contrato laboral y Función Pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 80 y ss. Por otro lado, nos encontramos con la posición sostenida por SÁNCHEZ MORÓN que reclama para el ámbito de las relaciones laborales en la Administración una modulación del Derecho del Trabajo común, y como consecuencia de ello señala que no es admisible el despido improcedente resuelto a través de la correspondiente indemnización, pues ello pondría en cuestión una garantía esencial en el régimen del empleo público, cual es la inamovilidad salvo por causas objetivas, lo contrario supondría revivir el régimen de las cesantías y ello con independencia del coste económico que supone la indemnización para el presupuesto público, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos, 4.ª ed., 2004, p. 81.

⁸ BLASCO PELLICER, C. y ALFONSO MELLADO, C.: *Especialidades procesales en los juicios laborales entre la Administración y sus trabajadores*, cit., pp. 157-163.

en el caso que nos ocupa tampoco se da cumplimiento a esta exigencia por parte de la Administración, con lo cual concurre otro elemento que ratifica el carácter de ilegalidad de la decisión administrativa de rescisión mediante opción indemnizatoria. Es muy difícil, por no decir imposible, que la Administración puedan motivar de forma objetiva (103.1) y razonable su decisión de rescindir una relación contractual mediante la correspondiente indemnización, cuando previamente un órgano jurisdiccional ha declarado que la decisión de despido no era ajustada a derecho, por lo tanto, aun en el hipotético supuesto de que la Administración motivara su decisión ésta difícilmente superaría los test de objetividad, razonabilidad y racionalidad de la decisión ⁹.

3. El sometimiento de la Administración al Principio de Legalidad

La decisión de optar por rescindir la relación contractual con la Administración es difícilmente aceptable desde un criterio de legalidad general y, especialmente, desde la legalidad presupuestaria. Desde el más riguroso respeto al principio de legalidad (arts. 9.1, 103.1 y 3 y 106 CE) resulta complicado sostener la posibilidad del derecho de opción, ya que con el mismo se está intercambiando la readmisión por la indemnización y desde una pura consideración administrativa lo que se realiza es una dejación del ejercicio de la potestad disciplinaria a cambio de incrementar el gasto para la Administración Pública ¹⁰.

Estamos en presencia además de una posible violación del principio de legalidad presupuestaria, en cuanto a la exigencia de que cualquier disposición de gasto público esta sometida al control de legalidad de la decisión, y en este sentido se manifiesta el artículo 20 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, que exige que las obligaciones económicas de la Administración nazcan de conformidad al derecho y, si como hemos observado anteriormente, la decisión no es ajustada a derecho, la disposición del gasto para el pago de la indemnización tampoco contara con amparo legal presupuestario.

Por todo ello, debemos concluir afirmando y reclamando la imposibilidad de aplicación en la Administración Pública de la rescisión contractual mediante indemnización, previa declaración de improcedencia del despido, ya que la decisión a favor de esa opción violaría claramente el principio de legalidad en sentido pleno, conforme es exigible a la

⁹ Para un examen detallado de la cuestión, FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *Constitución y Empeo Público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*, cit., pp. 288 a 296.

¹⁰ PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 2003, 7.^a ed., p. 766.

Administración pública. Pero es más, admitir la posibilidad del despido improcedente con derecho de opción indemnizatoria en el ámbito de la Administración podría configurarse como un instrumento susceptible de ser utilizado por los gobiernos con fines de clientelismo político. Es decir, a quienes no gozan de la confianza política exigida en cada momento, lo que supondría una clara violación de las exigencias de neutralidad y objetividad en el funcionamiento de la Administración (arts. 1.1. y 103.1 CE) y la introducción en la Administración pública del «spoils system», sistema que, como se ha puesto de relieve por la doctrina, entra en directa colisión con los principios constitucionales que ordenan el empleo público de nuestro país ¹¹.

Pese a la contundencia de los argumentos expuestos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que lo dispuesto en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores no debe ser excepcionado por la condición de Administración Pública pues tal excepción, en tanto que no consagrada legalmente, de ser aplicada, determinaría la violación de lo establecido por el artículo 9.1 de la Constitución, que sujeta a sus disposiciones y al resto del ordenamiento jurídico, tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos ¹².

II. LAS NOVEDADES DEL ARTÍCULO 96.2 EBEP Y SU ALCANCE APLICATIVO

1. Consideraciones iniciales

Una novedad de gran trascendencia introducida por el EBEP es la previsión establecida en su artículo 96.2, que declara expresamente la obligación de las Administraciones Públicas de readmitir al personal

¹¹ PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit., p. 766. En el mismo sentido, LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1995.

¹² SSTs (Sala de lo Social), de 19 de julio de 1994 y de 26 de julio de 1995, entre otras. Sin embargo, algunos Tribunales Superiores de Justicia han manifestado su disconformidad respecto a la postura del Tribunal Supremo, planteando ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores por posible colisión con los artículos 103.3 y 35.1 de la CE, en relación con que sea posible que una Administración Pública pueda reconocer la improcedencia de un despido, sin que exista causa para ello, o que pueda optar tras una decisión judicial declarando la improcedencia de un despido por la indemnización. El supuesto de hecho objeto de la controversia se refería al despido del personal laboral fijo por falta continuada de rendimiento adoptado por un Ayuntamiento. Al día siguiente del despido, el Ayuntamiento procedió a consignar la indemnización correspondiente al mismo, reconociendo su improcedencia. El ATC, núm. 120/2005 (Pleno) de 15 de marzo, que conoce del asunto, inadmite la cuestión por la deficiente formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia en el planteamiento de la cuestión.

laboral fijo, equiparándose en este punto a los efectos del despido nulo, pero exclusivamente en el caso de despido declarado improcedente, y acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave, por la jurisdicción competente, sin posibilidad de acudir a la opción indemnizatoria ¹³.

Esta novedad merece, a nuestro juicio, una valoración positiva, principalmente por tres motivos: en primer lugar, porque, como se ha expuesto, la opción indemnizatoria en el supuesto de despido improcedente adoptado en el ámbito de las Administraciones Públicas colisiona con su estatuto constitucional que le obliga a actuar por razones justificadas y de interés público; en segundo término, la cuestión que analizamos tiene una clara proyección práctica en el ámbito de la Administración porque no se debe olvidar que las relaciones de naturaleza jurídico laboral tienen una gran importancia numérica en el conjunto de las Administraciones públicas, si bien, su incidencia es mayor en la Administración Local ¹⁴; y, por último a partir de la reforma se corregirá la jurisprudencia mayoritaria que venía aplicando el artículo 56.1 LET sin modulación alguna.

Dicho lo anterior, se debe advertir que un análisis detenido de la reforma permite afirmar que tiene un alcance muy limitado, tal y como se comprobará a lo largo de esta Comunicación, tanto desde el punto de vista de su ámbito subjetivo de aplicación (Tipos de Administraciones Públicas y clases de Trabajadores), como desde el criterio del alcance jurídico material de los supuestos de extinción a los que resulta de aplicación ¹⁵.

¹³ Durante la tramitación parlamentaria del Estatuto, algunas fuerzas políticas propusieron una redacción más restrictiva del precepto: «*Procederá la readmisión del personal fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave y siempre que, dentro de los límites presupuestarios, las necesidades de la producción lo permitan*» [Enmienda núm. 146 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP)]. Las razones de tal matización se justificaban en la habilitación a la Administración para que valore dentro de sus potestades de autoorganización, si es posible la readmisión del personal laboral en función de las necesidades de producción o, si por el contrario, la actividad para la que se pretende la readmisión ya no se puede realizar en la Administración en la que se produjo el despido.

¹⁴ A este respecto debemos destacar, en primer lugar, el Boletín Estadístico del MAP (enero de 2007) ofrece unas cifras muy interesantes sobre la situación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en concreto:

Administración General del Estado y OO.AA.: Funcionarios, 154.680; Laborales, 75.292.

Entidades Públicas Empresariales del Estado: Funcionarios, 455; Laborales, 54.755.

Comunidades Autónomas: Funcionarios, 778.038; Laborales, 149.506.

Ayuntamientos: Funcionarios, 177.440; Laborales, 322.583.

Diputaciones/Cabildos/Consejos: Funcionarios, 32.591; Laborales, 42.182.

¹⁵ En contra del Informe de la Comisión de Expertos que recomendaba la supresión del despido improcedente en el Estatuto Básico del Empleado Público para el personal con

2. Delimitación del ámbito subjetivo (*ratio personae*) referido a las Administraciones Públicas

2.1. La aplicación general y directa del artículo 96.2 EBEP

De forma inicial, se puede afirmar que el artículo 96.2 EBEP, resulta de aplicación sin excepciones a las Administraciones Territoriales (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, así como las Administraciones de las Entidades Locales), a esto debemos añadir un determinado grupo de entes con personalidad jurídico pública vinculados o dependientes de cualquiera de estas Administraciones Públicas, como son los casos de los organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias y fundaciones públicas sanitarias, las cuales cuentan todas ellas con amplia representación laboral a su servicio ¹⁶.

2.2. La aplicación limitada del artículo 96.2 EBEP, al resto de entidades del sector público (Disposición Adicional Primera)

En concordancia con lo indicado anteriormente, y a *sensu contrario*, podemos afirmar que quedan fuera de este ámbito de aplicación del EBEP las sociedades mercantiles, las fundaciones y demás entidades que componen el «sector público», estando así definidas por su normativa específica, si bien, al amparo de la Disposición Adicional 1.^a del EBEP, a estas se les aplicarán sólo algunos preceptos concretos del EBEP, en concreto, los artículos 52, 53, 54, 55 y 59, que afectan al ámbito de la selección de personal y el código ético, pero el resto de las previsiones del EBEP, y en especial, el régimen disciplinario y, en concreto, la referida a las previsiones del artículo 96.2 quedan fuera del ámbito de aplicación del EBEP.

Hay que destacar, inicialmente, como el informe de la comisión de expertos para la elaboración del EBEP, recomendaba distinguir entre

contrato laboral sin hacer distinción alguna por razón del tipo de duración de contrato o por la causa de la extinción.

¹⁶ Un estudio más detallado del ámbito de aplicación, FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *La selección y pérdida de la condición de empleado público, adaptado al Estatuto Básico del Empleado Público*, Barcelona, Atelier, 2008 (en prensa). Además, en cuanto las características tanto de los organismos autónomos como de los entes públicos empresariales en el ámbito local, nos remitimos a NOGUEIRA LÓPEZ, A.: introducir título, AA.VV.: *La modernización del Gobierno Local (Estudios sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local)*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 181 y ss., además en obra coordinada por BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.: *Modernización del Gobierno Local (Comentarios a la Ley 57/2003)*, Madrid, La Ley, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2004, p. 139 y ss., y además 163 y ss., asimismo, MONTOYA MARTÍN, E.: *Las Entidades Públicas Empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.

sociedades mercantiles que conformarían el denominado «sector público empresarial» propiamente dicho equivalentes a un ámbito estricto de empresas privadas y otro grupo de empresas cuyo ámbito es de naturaleza administrativa, en el sentido ya establecido por el artículo 2.1 de la LCAP, que reclama la aplicación de ciertas normas de derecho público sobre su actuación contractual, pues bien, el EBEP, ha optado por un camino que prescinde de esta distinción en función de la naturaleza de sus actuaciones, procediendo a aplicar a las mismas únicamente una parte limitada del contenido del EBEP, siendo preciso delimitar en estos momentos qué entidades de este sector público quedan fuera del ámbito de aplicación del EBEP, así:

a) En la Administración General del Estado

Tomando como primer punto de referencia las previsiones de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, artículo 2.º, de forma que a su amparo deben considerarse incluidos en el ámbito parcial del EBEP:

— El personal al servicio de las Entidades Gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

— Los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5.º, de la Ley 30/1992 LRJPAC y 87 de la Ley 7/1985 LRBRL, cuando una o varias administraciones o entidades de derecho público hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.

Por otro lado, se incluyen a las *Sociedades Mercantiles*¹⁷, en las que de conformidad con el artículo 166 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la participación directa o indirecta en su capital social sea superior al 50 por 100.

Y por último, a las *Fundaciones del Sector Público Estatal*, al amparo de las previsiones del artículo 44 de la Ley 50/2002, de Fundaciones.

¹⁷ Para un estudio de más detalle sobre su inclusión en el sector público, GARCÍA RUIZ, E.: *La Nueva Sociedad Anónima Pública*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 30 y ss.

b) En la Administración Local

En este ámbito, es preciso remitirse inicialmente al marco normativo específico local, en concreto, a las previsiones de los artículos 85.1 y 85.ter de la Ley 7/1985 LRRL, que recogen la figura de las *sociedades públicas locales*, su inclusión dentro del ámbito del «sector público», es un concepto pacífico en nuestra doctrina administrativa¹⁸, de forma que estas se encuentran sometidas a la aplicación parcial del EBEP, prevista por la Disposición Adicional primera del citado Estatuto.

Por otro lado, tenemos el tema de las *Fundaciones Públicas Locales*, que no debe ser confundido con la antigua figura de las «fundaciones de servicio», sustituidas por la vigente figura de los organismos autónomos, así, la primera cuestión a examinar es si existe algún inconveniente para que las administraciones locales constituyan esta clase de entes, y la respuesta a nuestro juicio debe ser afirmativa, y en este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina administrativa¹⁹, y ello, al amparo de las previsiones del artículo 8.1 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, que habilita a las Administraciones Públicas, incluidas por ello, las Administraciones Locales, para la constitución de esta clase de entidades.

Así pues, cumplidos los requisitos legales previstos por el EBEP, a nuestro juicio, también las fundaciones constituidas y controladas por las Entidades Locales se encontrarían sometidas a la aplicación parcial del Estatuto.

c) En las Comunidades Autónomas

Finalmente, en cuanto a las Comunidades Autónomas, igual que en los casos anteriores, deberá atenderse a lo que sus propias legislaciones determinen al respecto, si bien, de forma general podemos afirmar que en estas administraciones se han utilizado con las características de sector público, especialmente la figura de las sociedades mercantiles públicas, así como, la de las fundaciones públicas, y ello, al amparo de las previsiones del artículo 8.1 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, que recordemos habilita a las Administraciones Públicas para la constitución de esta clase de entidades, previsiones aplicables como hemos visto, también a las entidades locales. De esta forma esta clase de entidades quedarían fuera del ámbito de aplicación general y directa del EBEP.

¹⁸ SOSA WAGNER, F.: *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*, Madrid, Civitas, 2008.

¹⁹ SOSA WAGNER, F.: *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*, cit., p. 94 y ss., y también DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I. C.: «Administración Pública y Fundación Privada. Las complejas relaciones de las administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional», en *Revista de Administración Pública*, 2005, núm. 167, p. 341.

2.3. Otros ámbitos con legislación propia

Por último, señalar que existe otro grupo de personal al que no se le aplica las previsiones del EBEP, salvo que medie decisión normativa y expresa, que decida aplicar total o parcialmente el contenido del EBEP, conforme determina el artículo 4.º del Estatuto, es decir, no existe supletoriedad alguna del mismo, sino que es necesaria una toma de decisión previa de reenvío. Los concretos supuestos previstos por la citada previsión son fundamentalmente (Personal al servicio de las Cortes Generales y Parlamentos Autonómicos, asimismo el de los Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios, Jueces y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, Personal Militar, Personal del C.N.I. y del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de crédito y por último, el personal retribuido por arancel). Finalmente el artículo 5.º del EBEP declara para el personal laboral de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos su exclusión del ámbito aplicativo del EBEP ²⁰.

Al empleado público laboral que preste servicios en cualquiera de estos ámbitos se le aplicará la norma laboral común a estos efectos, es decir, el artículo 56.1 ET, lo que significa la atribución al empleador de la opción entre la indemnización o la readmisión en el supuesto de despido declarado improcedente.

3. Delimitación del ámbito subjetivo (*ratio personae*) desde la perspectiva de la clase de empleado público laboral sometido al EBEP

El artículo 96.2 del EBEP, en contra del Informe de la Comisión de Expertos que recomendaba la supresión del despido improcedente en el Estatuto Básico del Empleado Público para el personal con contrato laboral sin hacer distinción alguna, declara que este precepto solo resulta de aplicación al «personal laboral fijo», comprendiendo dentro de este concepto también la figura del fijo discontinuo de aplicación también en el ámbito de la Administración Pública. Quedarían en principio excluidos del marco protector de la reforma las restantes relaciones jurídico laborales ²¹ a las que puede hacer uso la Administración como

²⁰ Artículo 58.7 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, donde se efectúa remisión a la legislación laboral.

²¹ Salvo que el Convenio Colectivo de aplicación invierta la regla laboral común y conceda al trabajador la opción por la readmisión o por la indemnización, si bien, merece una reflexión más amplia la posibilidad de que la Administración renuncie en esta instancia al uso de la opción indemnizatoria. En este punto se debe advertir de un cambio jurisprudencial.

son los trabajadores temporales bajo cualquiera de las fórmulas contractuales del artículo 15 ET (eventuales, obra o servicio o interinidad) y el «personal laboral indefinido»²².

Se observa un trato diferenciado por razón de la duración del contrato que ya ha sido calificado por algún autor como discriminatorio²³. Esta opción legislativa en el caso de los supuestos de despido de quienes no han accedido regularmente al empleo público y han adquirido la condición de trabajadores indefinidos no fijos de plantilla podría entenderse correcta, desde un punto de vista limitado a las exigencias del artículo 103.3 CE (Ppos. Igualdad, Mérito y Capacidad), pero si se examina la cuestión desde un criterio más amplio, es decir, desde las exigencias del Ppos. De Legalidad y de Interdicción de la arbitrariedad (art. 103.1 y 9.3 CE), nos conduciría a considerar que este personal no debería ser excluido²⁴. Pero no se alcanzan a comprender los motivos

dencia de gran importancia pues hasta el 2005 se venía interpretando de forma restrictiva las cláusulas convencionales que hacían referencia al personal laboral excluyendo conforme a este criterio jurisprudencial a los trabajadores temporales y a los indefinidos no fijos de plantilla. La jurisprudencia más reciente ha rechazado la interpretación restrictiva y permite extender la mejora convencional a los temporales y a los indefinidos no fijos de plantilla cuando el Convenio no opte por la exclusión expresa de los mismos. STS de 22 de septiembre de 2005, Unificación de Doctrina, RJ 2005/8607. Esta nueva doctrina había sido postulada por algunos autores con anterioridad al cambio jurisprudencial, DESDENTADO BONETE, A. y PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 90-92.

²² El artículo 11.1 del EBEP regula el reconocimiento de diferentes clases de relaciones jurídico laborales, en concreto: fijo, por tiempo indefinido o temporal, clasificación, a nuestro juicio, muy criticable. Aunque excede el ámbito de este trabajo, si debemos señalar de forma muy breve que esta clasificación no se corresponde con la prevista en el artículo 15.1 del ET, que sólo distingue entre contratos de duración indefinida y temporal. Por el contrario el EBEP introduce la categoría nueva del «indefinido», una interpretación sistemática e integradora del apartado 5.º del artículo 15 y en especial la Disposición Adicional decimoquinta del ET, nos lleva a concluir que estamos en presencia del reconocimiento normativo de la figura de creación jurisprudencial del «indefinido no fijo de plantilla». Esta interpretación nos lleva a otro punto conflictivo, en concreto, la necesaria distinción de esta figura de la referida en el artículo 52.e) del ET, sobre la posibilidad de extinción de los contratos «indefinidos» (sin apellido alguno) vinculados a una actividad de naturaleza presupuestaria temporal, debiendo considerarse, a nuestro juicio, que estos otros «indefinidos», deberían ser reconducidos a los que denomina el EBEP como contratos «fijos», si bien, con un origen y desarrollo contractual, como es obvio, claramente diferenciado del que podríamos denominar «estándar», pues no forman parte de la estructura legal organizativa de las Administraciones y su régimen de extinción de la relación es propio y específico.

²³ SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en AA.VV. (M. S ÁNCHEZ MORÓN, M., director): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público*, Valladolid, Lex Nova, 2008, 2.ª ed., p. 130.

²⁴ Pero incluso respecto de los trabajadores indefinidos no fijos, ha señalado el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, que la opción por la readmisión de este colectivo no contradice las exigencias legales y constitucionales en materia de contratación por parte de las Administraciones Públicas porque, en cualquier caso, el trabajador no ocupará nunca una plaza de las recogidas en la correspondiente relación de puestos de trabajo y la Admi-

que expliquen por qué se ha introducido una dualidad de regímenes según se trate de trabajador fijo o temporal cuando en ambos casos se trata de despidos de trabajadores laborales que han accedido al empleo público de modo regular. La única matización que se pone de manifiesto aquí sería el supuesto de que la opción por la readmisión ya no sea posible porque el término del contrato temporal se hubiera producido antes del momento en el que debe efectuarse la opción. Pero entendemos que se trataría de supuestos muy concretos y específicos que no deben darse necesariamente. No resulta novedoso decir que es precisamente este colectivo de personal laboral temporal mucho más vulnerable a cualquier tipo de presión sobre la posterior evolución de su puesto de trabajo y posibles renovaciones de los contratos, tal y como pone de relieve la casuística jurisprudencial ²⁵. Respecto de estos últimos, debe tenerse en cuenta las previsiones de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, firmado por la CES, la UNICE y el CEEP, de aplicación también a las relaciones laborales entabladas por las Administraciones Públicas, y lo dispuesto en el artículo 15.6 ET. Concretamente, la cláusula cuarta de esta Directiva que dispone que los trabajadores temporales no podrán ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos comparables (del mismo centro, puesto y trabajo) por el simple hecho de tener un contrato de duración determinada, salvo que el tratamiento diferenciado esté justificado por razones objetivas, en su caso mediante la aplicación de la regla de prorrateo temporal.

4. El ámbito de aplicación (*ratio materiae*): régimen general del artículo 96.2 del EBEP y las exclusiones

4.1. Régimen General del supuesto que ampara la aplicación de la prohibición a la indemnización de hacer uso de la opción indemnizatoria (art. 96.2 EBE)

El ámbito de aplicación material del artículo 96.2 EBEP se limita a la prohibición del uso de la opción indemnizatoria en el caso de un despido, por la comisión de faltas muy graves y sancionada previa ins-

nistración que optara por la readmisión podría prescindir en el futuro de ese mismo trabajador por cualquier otra causa legal como antes se dijo», FJ 2.º, STS de 3 de junio de 2004, RJ 2004/5386.

²⁵ Por ejemplo, quedarían desprotegidos supuestos como el contratado laboral por interinidad, que a pesar de tras el concurso oposición para cubrir las plazas, no queda cubierta la plaza por un titular ni se amortiza, se cesa al trabajador nombrando a otro interino. El despido se declara improcedente, pero se reserva al Ayuntamiento la opción por la indemnización o readmisión, STSJ de Castilla y León, Burgos, de 20 de diciembre de 2005, JUR 2006/46592.

trucción del correspondiente expediente disciplinario, y resulte que esta sanción sea calificada por decisión judicial como improcedente ²⁶. Respecto de este punto, se deben realizar dos apreciaciones.

En primer lugar, si bien el personal laboral de acuerdo con las previsiones del artículo 49.1.k) del ET, concretadas en el artículo 52.2 del ET, puede ser objeto de despido disciplinario, ahora bien, a este respecto procede realizar alguna consideración con relación a su aplicación a las Administraciones Públicas. En el caso del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el artículo 94 del EBEP reclama su aplicación exclusiva y excluyente al conjunto de los empleados públicos, comprendidos en el ámbito de aplicación previsto en el artículo 2.º del EBEP y resto de disposiciones concordantes del mismo, y ello, conforme al catálogo de las faltas muy graves tipificadas en el artículo 95.2 del EBEP, siendo estas las únicas que pueden ser sancionadas con despido, lo que supone que nos encontremos con una superposición del marco normativo configurado por el EBEP, sobre las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, es decir, estamos en presencia de una más de las típicas modulaciones del régimen jurídico laboral en el ámbito de la Administración Pública.

Conviene advertir aquí que si bien se produce una unificación del régimen disciplinario por lo que se refiere a la tipificación de las infracciones muy graves de aplicación al personal funcional y también al laboral (incluyéndose aquí los fijos y a los temporales), la prohibición de opción indemnizatoria queda circunscrita únicamente al personal laboral fijo. De donde se deduce que, por ejemplo, un despido disciplinario por infracción muy grave del personal laboral fijo que se declara improcedente en la vía judicial obliga a la Administración a readmitir necesariamente, mientras que el mismo despido disciplinario y por idéntica infracción cuando afecta al personal laboral temporal queda en manos de la Administración la decisión de optar por la readmisión o la opción indemnizatoria.

En segundo lugar, se debe apuntar que la obligación de readmisión para el supuesto contemplado por la reforma conlleva a su vez la nuli-

²⁶ Con anterioridad a la reforma, podemos enumerar algunos supuestos de despido disciplinario de personal laboral como, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 7 enero de 2003, AS 2003/444, referido al despido disciplinario de un conserje por no encender las luces de los pasillos de acceso a las aulas del colegio en el que prestaba servicios, dando lugar a la caída de una de las alumnas que sufrió heridas de cierta consideración. El trabajador formuló reclamación previa contra esta resolución, que es resuelta en Decreto de la Alcaldía de la misma fecha, en el que se acuerda: reconocer la improcedencia del despido por defectos formales; optar por la resolución indemnizada del contrato de trabajo y consignar en la cuenta del Juzgado de lo Social la suma correspondiente al importe de la indemnización y los salarios devengados hasta la fecha.

dad sobrevenida de toda cláusula convencional que deje en manos del trabajador esa facultad de opción ²⁷.

4.2. *Las áreas materiales excluidas de la aplicación de las previsiones especiales sobre el Despido Improcedente*

Conviene advertir que el artículo 96.2 del EBEP se limita a establecer la readmisión para el supuesto del despido disciplinario que sea declarado improcedente en la vía judicial. Pero, como se sabe, el calificativo de despido improcedente no es exclusivo del despido disciplinario, sino que puede aplicarse también a cualquier otro despido causal, es decir, cualquier despido en el que la empleadora alegue una determinada causa de extinción de la relación laboral, aunque ésta no sea un incumplimiento contractual, pues estos despidos deben ser declarados improcedente cuando la causa alegada por la empleadora carezca de validez. Respecto de estos otros supuestos no regulados por el EBEP entendemos que se aplican las normas en materia de extinción de contratos recogidas en el Estatuto de los Trabajadores, teniendo en cuenta la remisión que efectúa con carácter general el artículo 7 EBEP a la legislación laboral y específicamente el artículo 93.4 EBEP en sede de régimen disciplinario. Nos estamos refiriendo a los despidos objetivos ²⁸, colectivos ²⁹ y de fuerza

²⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), 2007, núms. 293-294, p. 203.

²⁸ Con relación a estas situaciones podemos señalar que la doctrina en general, con anterioridad a la aprobación del EBEP, con alguna excepción coincidía en considerar que no existía inconveniente alguno, desde un estricto punto de vista jurídico, en admitir la directa aplicación de las previsiones de los apartados a) (ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su incorporación a la empresa); b) (falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo), y d) (las faltas de asistencia al trabajo), en el ámbito de la Administración Pública, LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 380, y también, PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, p. 743. Por ejemplo: STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 13 de febrero de 2007, AS 2007/1498, referido a una amortización del puesto de trabajo de personal laboral fijo por causas objetivas, o también la STSJ de Cataluña, de 10 de diciembre de 2003, AS 2004/816.

²⁹ La extinción colectiva por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Se debe tener en cuenta la dificultad de aplicación de este precepto a las relaciones laborales de la Administración y que ya algunos Tribunales han reconocido (SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 26 de septiembre de 1997 y 26 de septiembre de 1997), ya que es indudable que las causas que justifican estas modalidades de despido presentan dificultades de articulación, en principio, con el orden constitucional que ordena el funcionamiento de la Administración (arts. 1.1, 9.2 y 103 CE), como resalta FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *Constitución y Empleo Público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*, cit., pp. 97 a 106, y también del mismo autor en «La Selección y pérdida de la

mayor³⁰, que si bien en su propia configuración, en algunos casos puede resultar dudosa su aplicación al ámbito de las Administraciones Públicas, si resultan ser objeto, sin duda alguna, del uso de la opción indemnizatoria en caso de despido improcedente.

Conviene introducir una matización en relación al supuesto de las faltas de asistencia al trabajo [art. 52.d) ET], la cuestión es muy diferente, de forma, que este supuesto podría ser reconducido a las previsiones del artículo 96.2.c) del EBEP, que establece como infracción muy grave: «*El abandono de servicio...*», y por ello, resultarían de aplicación las consecuencias previstas en el EBEP, en caso de que el despido fuera calificado de improcedente.

Además de los supuestos examinados anteriormente, podemos destacar también la existencia de otros, que también quedarían fuera de las previsiones del artículo 96.2 EBEP, con lo cual son susceptibles de un abuso y uso indebido de la opción indemnizatoria, en concreto, nos referimos fundamentalmente a los casos en que se deniega el reingreso

condición de empleado público, adaptado al Estatuto Básico del Empleado Público», Barcelona, Atelier, 2008 (en prensa), ello no quiere decir que se niegue a las Administraciones Públicas sus facultades de autoorganización, si bien, por ello, los criterios de «*eficiencia económica*» no pueden constituirse en punto de referencia de las decisiones y del actuar de la Administración con carácter exclusivo, ya que si bien las políticas presupuestarias condicionaran el desarrollo de las diferentes políticas públicas que quieran desarrollarse, eso no supone que los criterios de «*eficiencia*» se superpongan a los mandatos constitucionales de actuación (9.2 C.E), sino que las políticas presupuestarias deberán redistribuirse de manera que se dé satisfacción al interés general conforme las previsiones del orden axiológico constitucional [es muy recomendable, a este respecto, el estudio de PAREJO ALFONSO, L.: «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración», en *Documentación Administrativa*, 1989, núm. 218-219, pp. 15-66, y también «*Eficacia y Administración, tres estudios*», Madrid, MAP, 1990], y esto supone que la decisión de continuar o no con la prestación de un servicio (en sentido amplio) no puede ser justificada y amparada exclusivamente desde criterios económicos empresariales, sino que ésta debe fundamentarse en el cumplimiento de las exigencias constitucionales de garantizar la mejor satisfacción del interés general, conforme los principios y valores constitucionales y, por ello, no es posible reclamar una aplicación automática del contenido del Estatuto de los Trabajadores. A lo que se debe añadir que resulta difícilmente comprensible que la dimensión de las Administraciones Públicas, que recordemos ostentan personalidad jurídica única, no puedan absorber en otros puestos de trabajo a esos empleados sobrantes en otros servicios, y es más, debemos señalar que ya en el ámbito de alguna Comunidad Autónoma se ha efectuado un proceso de redistribución de personal laboral sin necesidad de acudir a ningún proceso de despido colectivo sino simplemente absorbiendo a los mismos en diferentes unidades, lo que supone que efectivamente esta solución no puede ser rechazada *ab initio*, PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, p. 743. LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 380 y ss.

³⁰ Respecto a los motivos de fuerza mayor resultarían de muy difícil aplicación porque si el servicio es necesario y un supuesto de fuerza mayor impide realizarlo, se deberían remover cuantos obstáculos dificulten su realización, PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit., p. 756.

de un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo por suspensión contractual o excedencia, también la falta de llamamiento sin justificación alguna a un empleado con contrato de fijo discontinuo o los numerosos supuestos de contratación irregular de la Administración que derivan en la improcedencia del despido ³¹.

III. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE FUTURO

Del análisis efectuado se pueden formular una serie de consideraciones tanto sobre la situación a la que nos enfrentamos tras esta reforma legislativa del EBEP, como la formulación de algunas alternativas a la misma.

Por lo que se refiere a las consideraciones finales debemos señalar, en primer lugar, que la innovación legislativa del artículo 96.2 del EBEP, es una solución parcial e incompleta, a la compleja problemática que se deriva del despido improcedente en el ámbito de las Administraciones Públicas, ya que la misma no ha tenido en cuenta ni las expectativas generadas con motivo de la aprobación del Estatuto del Empleado Público ni tampoco las recomendaciones apuntadas por la Comisión de Expertos que postulaban la prohibición generalizada de la opción indemnizatoria en el ámbito de la Administración Pública.

En segundo lugar, se debe destacar que la reforma limita sus efectos jurídicos al dejar la misma circunscrita al ámbito disciplinario, dejando fuera de estas consideraciones, numerosos supuestos cuya trascendencia

³¹ Son abundantes los supuestos de contratación irregular por parte de la Administración Pública que finalizan en la declaración de improcedencia del despido. Por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de febrero de 2007, AS 2007/1465, referida a un Ayuntamiento que tiene vacantes plazas permanentes y las cubre con contratos temporales dando rotación a los contratos de la bolsa. Se trata de una contratación irregular porque la Administración debía utilizar los contratos de interinidad y no los eventuales. La duración máxima del contrato eventual es de seis meses hasta un máximo de doce meses. El contrato del trabajador se extiende desde el 20 de julio de 2005 al 19 de enero de 2006. Sin embargo, el contrato de interinidad debería haberse extendido hasta la cobertura de la vacante por el sistema legalmente previsto para ello. Al apreciarse fraude de Ley en la contratación, se concluye que la extinción del contrato supone un despido improcedente; o la STSJ de Las Islas Canarias, Las Palmas, de 2 de febrero de 2007, AS 2007/1824: Agente de desarrollo local, con contratos de obra o servicio determinado, para realización de servicios contemplados en Convenio de Colaboración con el INEM. Con fecha 27-11-2005 fue cesada por agotamiento de la prórroga de subvención y haber transcurrido el plazo máximo de cuatro años previsto. Como no queda acreditada que las tareas realizadas por la trabajadora tuviesen sustantividad propia y carácter temporal, se concluye por el Tribunal que los contratos celebrados han sido en fraude de ley por lo que la trabajadora ha de ser considerada como trabajadora indefinida en la Administración Pública y el cese de la misma debe ser calificado como despido improcedente.

en la práctica no es nada desdeñable, así, se aprecia que existen amplias áreas de instrumentos de gestión pública fuera (Sociedades Públicas, Fundaciones, etc.) y también con referencia a los empleados públicos excluidos por ser objeto de contratos temporales o indefinidos no fijos de plantilla, por otro lado, desde un criterio material de acuerdo con lo señalado en nuestra anterior exposición (Despido objetivo, Fuerza mayor, etc.), el resultado no puede ser más claro, en el sentido de que podemos afirmar que queda excluido de las previsiones del EBEP, un espacio mucho mayor que el protegido.

Ante esta situación, a nuestro juicio, no existe duda de que sea va abrir un amplio abanico de posibilidades, que tanto el futuro legislador como la propia Doctrina y la Jurisprudencia vana a tener que enfrentar, así, podemos formular una serie de cuestiones para que puedan servir de objeto de reflexión y de posibles actuaciones, en concreto:

En primer lugar, debe profundizarse sobre las posibilidades que otorga la regulación por medio de Convenios Colectivos de esta cuestión, de forma que este regule una aplicación que invierta la regla laboral común y conceda al trabajador la opción por la readmisión o por la indemnización, o también, la posibilidad de que la Administración renuncie en esta instancia al uso de la opción indemnizatoria.

También, debe reconsiderarse la posibilidad de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al amparo de las previsiones del artículo 2.º a) de la Ley 29/1998 LJCA, del Acuerdo o Resolución Administrativa, por la cual, la correspondiente Administración Pública decide optar por indemnizar a un trabajador en caso de despido improcedente, y ello, con fundamento en que esta decisión surge de una previa actuación inmotivada, sin causa, y por ello, la misma no resulta objetiva ni razonable, lo que permite calificar la decisión de no ajustada a derecho, pues la misma no supera ninguno de los requisitos exigibles en el control de la discrecionalidad administrativa y debe ser calificada de arbitraria, actuación que la propia Constitución prohíbe expresamente en su artículo 9.3. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Ley 30/1992 LRJPAC, exige en su artículo 54.1.f) la motivación de toda las decisiones discrecionales, y en el caso que nos ocupa tampoco se da cumplimiento a esta exigencia por parte del Administración, con lo cual concurre otro elemento que ratifica el carácter de ilegalidad de la decisión administrativa, ya que es muy difícil, por no decir imposible, que la Administración puedan motivar de forma objetiva (103.1) y razonable su decisión de rescindir una relación contractual mediante la correspondiente indemnización, cuando previamente un órgano jurisdiccional ha declarado que la decisión de despido no era ajustada a derecho, pues carecía de causa legal y motivación que pudiera justificar la misma.

En tercer lugar, debe ser objeto de un mayor estudio y reflexión la posibilidad abierta por algún sector doctrinal, al que ya nos hemos referido en este trabajo sobre la posibilidad de la alegación de una violación de las previsiones del artículo 14 y 23.2 CE, y con ello, reclamara la reconversión de la figura del despido improcedente en nulo en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Y por último, deberá ser objeto de un atento seguimiento la evolución que sobre esta cuestión presente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), dado que a la vista de la complejidad del problema, es indudable que la doctrina del mismo, aportará soluciones al tema, como ya ha ocurrido en el caso de las contrataciones irregulares, y la creación de la figura de los «indefinidos no fijos de plantilla».

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. UNA HERRAMIENTA BÁSICA PARA LA GESTIÓN DE LA CARRERA PROFESIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

PATRICIA NIETO ROJAS
Investigadora FPU-MEC
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. LA PROMOCIÓN PROFESIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 1. La evaluación del desempeño. Marco normativo básico: artículo 20 EBEP. 2. Modelos de evaluación. 3. Criterios informadores. 4. Efectos en la carrera profesional de los empleados públicos.—II. LA CONCRECIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO: ALGUNAS EXPERIENCIAS PREVIAS.—III. REFLEXIONES Y PROPUESTAS PARA LA ARTICULACIÓN DE ESTE SISTEMA.

Evaluar el rendimiento laboral es una parte irrenunciable de la gestión de las personas, que las organizaciones del sector público necesitan incorporar a sus pautas de funcionamiento, aunque no sea ésta una tarea fácil¹. Para ello, el artículo 20 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que todas las Administraciones Públicas deberán impulsar sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados. Estos modelos, cuya concreción se remite a las normas de desarrollo, son un instrumento básico para la gestión del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ya que permitirá detectar las fortalezas y debilidades en su desempeño individual, a la vez que tendrá efectos en la carrera profesional de los empleados públicos. Además, la generalización de estos sistemas sentará las bases para la creación de un modelo de empleo público con un enfoque estratégico dirigido a mejorar la calidad de los servicios públicos.

I. LA PROMOCIÓN PROFESIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La aprobación del Estatuto Básico de Empleado Público, EBEP en lo sucesivo, ha supuesto la consecución de un objetivo largamente anhelado por los interlocutores sociales: la consolidación de un modelo de carrera profesional, no exclusivamente basado en la promoción vertical. Para ello, el EBEP ha incorporado un sistema de progresión profesional vinculado a la evaluación del desempeño que se configura como un factor fundamental para la modernización de las Administraciones Públicas. Ya en el Informe para el Estudio y Preparación del EBEP² se

¹ LONGO, F.: «Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones Públicas», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41, 2005, p. 141.

² *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: INAP, 2005.

señalaba la necesidad de adecuar el régimen jurídico aplicable a los empleados públicos para «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».

Atendiendo a esta idea, el legislador ha incorporado algunas novedades significativas en orden a modernizar la Administración Pública, tales como la planificación estratégica de los recursos humanos, el régimen peculiar del personal directivo profesional (art. 13) o la evaluación del desempeño de los empleados públicos (art. 20). En la propia Exposición de Motivos del EBEP se señalaba que la modernización del empleo público exigía la configuración de un modelo real de carrera profesional que impulsase modelos horizontales de promoción, reduciendo de este modo «la inflación orgánica y la excesiva movilidad voluntaria del personal, que ha acabado por caracterizar al modelo en vigor, ya que concreta todas las oportunidades de carrera en el desempeño sucesivo de puestos de trabajo».

Para la consecución de estos objetivos, el EBEP impulsa un sistema de valoración del rendimiento, concretado en un modelo de evaluación del desempeño que tendrá incidencia en la carrera profesional de los empleados públicos. Este sistema supone un punto de inflexión respecto al modelo anterior ya que las oportunidades de promoción van a estar vinculadas al desempeño profesional y a la consecución de los objetivos de la organización. El legislador se aparta así del modelo clásico que, por otra parte, ya había sido calificado en la propia Exposición de Motivos del EBEP como «injusto y contrario a la eficiencia», pues con él se dispensaba el mismo trato a todos los empleados, con independencia de cuál fuera su rendimiento y su actitud ante el servicio. Esta preocupación debe enmarcarse, además, en una corriente más amplia de buena gobernanza que sitúa el énfasis en el control del rendimiento de los empleados públicos y en una mayor preocupación por la eficiencia y el valor generado por los recursos públicos.

Con el objetivo subyacente de mejorar el funcionamiento de las Administraciones Públicas, el EBEP configura como un derecho básico de los funcionarios públicos la progresión profesional en la carrera³, vinculada a sistemas objetivos y transparentes de evaluación. La creación de este modelo de carrera persigue mejorar la motivación, rendimiento y productividad del empleado público, lo que redundará en la eficacia de la propia Administración.

³ El artículo 16.2 EBEP define la carrera profesional como «el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad».

Uno de los pilares básicos en esta reforma ha sido la apuesta por una gestión integral de los empleados públicos y para ello ha considerado imprescindible que su promoción profesional se sustente en un modelo que contemple tanto el ascenso jerárquico, esto es, la promoción a puestos de rango superior, como el incremento de reconocimiento obtenido por un empleado sin cambiar de puesto de trabajo (carrera horizontal)⁴. Para ello, el artículo 16.3.a) EBEP ha establecido un sistema de promoción horizontal basado «en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo», que valorando el mérito, rendimiento y calidad del trabajo efectuado, permitirá desvincular la progresión profesional de los funcionarios de la ocupación sucesiva de distintos puestos de trabajo. No hay, sin embargo, un reconocimiento formal del derecho a la carrera profesional del personal laboral. Su concreción se limita a una afirmación de que la misma se hará efectiva a través de los instrumentos que procedan de la negociación colectiva⁵.

1. La evaluación del desempeño. Marco normativo básico: artículo 20 EBEP

El artículo 20 EBEP impone que «las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados», ya sean funcionarios o laborales, elemento que en el plano conceptual y de los principios, conlleva el paso a un sistema de función pública basado en el rendimiento y actitud ante el servicio público de los empleados⁶. Esta Ley obliga a que todas las Administraciones Públicas impulsen sistemas de evaluación de desempeño, y se atiende así el requerimiento hecho por la Comisión de Expertos⁷ que se posicionó a favor de la obligatoriedad de estos sistemas de evaluación en todas las Administraciones⁸.

En cuanto al ámbito subjetivo de estos sistemas, alcanza tanto al personal funcionario como laboral de la Administración General del

⁴ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Madrid: INAP, 2005, p. 103.

⁵ PALOMAR OLMEDO, A.: «Derecho a la carrera y a la promoción interna de los empleados públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid: Lex Nova, p. 225.

⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de aplicación», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios*, op. cit., p. 38.

⁷ Comisión nombrada por el Gobierno para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público mediante la Orden APU/3018/2004 (BOE de 21-9-2004).

⁸ «Informe de la Comisión», op. cit., p. 108. En contra, se manifestó el Grupo Parlamentario Popular que presentó una enmienda al artículo 20.1 EBEP estableciendo el carácter facultativo y no obligatorio de esta evaluación. DOCG 24-11-2006. Serie A, núm. 94.9.

Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Administraciones Locales, de los organismos y entes públicos dependientes de éstas, de las Universidades Públicas y al personal estatutario de los Servicios de Salud (art. 2 EBEP). Por tanto y sin perjuicio de los desarrollos de esta materia por la negociación colectiva que habrá de respetar en todo caso lo establecido con carácter de derecho necesario por el EBEP, la evaluación del desempeño será de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. E incluso, estos sistemas serán de aplicación al personal directivo (art. 13.3 EBEP), en el caso de que se establezca un régimen jurídico específico para este personal por el Gobierno⁹ o por los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

Mediante la evaluación del desempeño se medirá y valorará la conducta profesional, así como el rendimiento o el logro de resultados. Se trata, por tanto, de una evaluación definida por dos indicadores: la valoración de la conducta profesional, donde el componente de subjetividad (sin perjuicio de que se asiente en criterios objetivos) es inevitable¹⁰, y con la que se pretende evaluar la actitud del empleado público. El segundo elemento de juicio vendrá determinado por la medición del rendimiento y de los resultados obtenidos, que habrá de hacerse en función de una serie de indicadores previamente establecidos, de carácter más cuantitativo que en la valoración del comportamiento.

La evaluación no es un acto aislado sino que constituye un proceso o sistema, referido a un lapso de tiempo, generalmente un año, mediante el cual se identifica el grado o nivel del desempeño del empleado respecto a aquel que tenga la consideración de óptimo¹¹. Es un procedimiento continuo, sistemático y transparente sobre el personal de una organización, en relación a su trabajo habitual y a su potencial de desarrollo.

El desarrollo final de los modelos de evaluación del desempeño necesitará para su concreción de una legislación de ejecución, por lo que se ha afirmado que en esta materia «el EBEP tiene un simple efecto diferido, pues sus mandatos sólo se dirigen al legislador de desarrollo»¹², que podrá adaptar estos sistemas atendiendo a las características

⁹ Posibilidad ya contemplada en el artículo 23.4 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos (BOE de 19-7-2006).

¹⁰ AA.VV.: *Informe Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del empleado público para su desarrollo*. Bilbao: IVAP, 2007, p. 167. También se refiere a la necesaria subjetividad de esta valoración A. GAROFÉ en la obra colectiva *El Estatuto del Empleado Público y la Modernización de la Administración Local. XII Seminario sobre Gestión Pública Local*. Asturias: Trea, 2008, p. 174.

¹¹ NOGUER PORTERO, M. C.: «La evaluación del desempeño (art. 20)», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 310.

¹² SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Ibidem*, p. 80.

propias de cada Administración y de acuerdo con las opciones de los órganos parlamentarios y gobiernos competentes.

Se dota, en consecuencia, de un amplio margen de discrecionalidad a las Comunidades Autónomas para adecuar el modelo de carrera profesional y los sistemas de evaluación del desempeño a sus necesidades específicas. Para ello, la DF 4.^a EBEP difiere la aplicación de este artículo hasta la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP, de modo que los derechos derivados de la evaluación del desempeño no producirán efectos en la carrera profesional de los empleados públicos hasta la promulgación de dichas normas. Aunque existe el riesgo de que el resto de Administraciones puedan retrasar *sine die* la aplicación del EBEP en estas materias¹³, entendemos que debe primar el carácter básico y, por tanto, los sistemas de evaluación del desempeño deben limitarse a los aspectos más esenciales, es decir, sin entrar en detalle de su articulación en grados o conceptos análogos o en los criterios de valoración a estos efectos; aspectos, todos ellos propios del ejercicio de las potestades autoorganizativas de cada Administración¹⁴.

2. Modelos de Evaluación

El correcto diseño de un sistema de evaluación del desempeño pasa por la definición de los objetivos concretos que se pretenden conseguir con este sistema, de suerte que se identifiquen las prioridades y necesidades a cubrir. Una vez realizada esta tarea, se deberá determinar en qué consistirá la evaluación, básicamente qué se evaluará, quién será competente para la ejecución de esta función, cómo se efectuará y cuándo se producirá.

Para ello, el primer paso será determinar las competencias requeridas para cada puesto de trabajo, proceso que será sometido a procedimientos de validación (contenido, construcción)¹⁵. En segundo lugar, se definirán los niveles altos, medios y bajos de desempeño exigidos, es decir, se determinará cuál es el nivel óptimo de rendimiento y el mínimo que deberá ser cumplido por todos los empleados. Esta tarea podrá ser

¹³ Carencia ya señalada por SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito», *op. cit.*, p. 65. También NOGUER PORTERO, M. C.: «La evaluación del...», *op. cit.*, p. 308, que señala que si no hay una marcha decidida por el conjunto de los legisladores autonómicos el artículo 20 EBEP no será más que un «brindis al sol».

¹⁴ El Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya planteó la supresión de los apartados 4 y 5 del artículo 20 EBEP, justificando esta enmienda en el exceso de regulación del EBEP en esta materia. DOGC 24-11-2006. Serie A, núm. 94-9.

¹⁵ Un buen instrumento para implantar la evaluación del desempeño en las AAPP viene dado por las escalas de conductas ancladas, vid más en. AA.VV.: *El Estatuto del Empleado Público y la Modernización de la Administración Local*, pp. 189-190.

facilitada si se utilizan patrones de comportamiento formulados a partir del contenido funcional concreto de los puestos de trabajo y las finalidades u objetivos asignados a estos ¹⁶.

El logro de los objetivos planteados por el sistema de evaluación, así como el éxito en su proceso de implantación, pasa necesariamente por su concreción en una herramienta de evaluación. El sistema más habitual es un cuestionario basado en la ponderación de diversos factores que evalúe el comportamiento y rendimiento del empleado, y que asimismo permita identificar aquellos aspectos que se consideren como indicadores válidos del desempeño y del potencial de desarrollo de la persona evaluada ¹⁷. Estos sistemas podrán ser individuales o grupales (equipo, unidad de trabajo, departamento) y deberán basarse, en la medida de lo posible, en indicadores objetivos.

El EBEP no se pronuncia sobre el órgano encargado de efectuar la evaluación del desempeño, aunque lo más habitual es que esta valoración se realice por el superior jerárquico que es quien puede observar de manera directa la actuación del subordinado, sobre todo cuando se trata de evaluar pautas de conducta o comportamiento ¹⁸. No obstante, esta actividad podría ser realizada por un órgano centralizado de evaluación, cuya estructura y funcionamiento podría reproducir el modelo creado para la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. Esta Agencia, creada en la DA 1.^a Ley 28/2006, tiene como objeto la realización de evaluaciones de las políticas y programas públicos cuya gestión corresponda a la Administración General del Estado, favoreciendo el uso racional de los recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios. Asimismo, mediante la celebración de convenios de colaboración con las comunidades autónomas, la Agencia podrá evaluar políticas y programas públicos gestionados por las mismas en los términos que en el propio convenio se establezcan ¹⁹.

Habida cuenta de la dificultad que presenta la conversión de algunas tareas conforme a criterios o parámetros cuantitativos, la práctica más habitual en las experiencias precedentes ha consistido en la distribución lineal o proporcional al nivel del puesto de trabajo, evitando así algunos de los efectos negativos de la diferenciación entre empleados. Para los

¹⁶ NOGUER PORTERO, M. C.: *op. cit.*, p. 312.

¹⁷ DUBIN, S.: *La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas*. Centro Price Waterhouse-Coopers; Instituto de Empresa del Sector Público. Ejemplar fotocopiado, p. 41.

¹⁸ GALINDO MEÑO, C.: «La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid, La Ley, 2007, p. 230.

¹⁹ Se puede consultar más sobre esta agencia en su página: http://www.aeval.es/es/la_agencia/presentacion/

mandos y directivos la evaluación del desempeño supone una valoración distinta para cada uno de sus empleados y apartarse, por tanto, de la generalización de condiciones laborales, lo que puede provocar algún conflicto con los trabajadores disconformes con la valoración. A pesar de estas dificultades, los gestores públicos han de incorporar sistemas de evaluación que tengan en cuenta la aportación del individuo a la organización. El propio Informe de la Comisión de Expertos recordaba que el éxito de estos modelos pasa por la definición de objetivos, indicadores de rendimiento y la creación de instrumentos que permitan evaluar el desempeño de los empleados públicos y aunque que el desarrollo de estos sistemas suponga una gran inversión para las Administraciones, ésta será una de las más rentables, a medio y largo plazo, para la calidad y eficiencia del sector público ²⁰.

3. Criterios informadores

A pesar de que los sistemas de evaluación del desempeño necesitarán de una regulación posterior para su concreción (contenidos, procedimientos, recursos), el EBEP sí que ha establecido que estos instrumentos deben ser informados, en todo caso, por los siguientes criterios: transparencia, objetividad, imparcialidad, no discriminación, y que su aplicación se haga sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos ²¹.

Respecto a la transparencia, debe entenderse en el sentido de favorecer la participación de todos los implicados en la aplicación de estos sistemas. En esta dirección, el artículo 37.1.d) EBEP prevé la colaboración de los sindicatos en el diseño de «las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño», aunque también sería conveniente que los representantes de los empleados pudiesen intervenir en otras fases del proceso, por ejemplo, garantizar su presencia en la elaboración de los informes de valoración emitidos por los órganos competentes, así como fomentar su participación, al menos con derecho de audiencia, en los hipotéticos procedimientos de reclamación surgidos ante discrepancias con la valoración.

La transparencia también debe proyectarse en el propio sistema de evaluación en tres direcciones: 1. Cada trabajador ha de poder conocer cuándo, cómo y sobre qué aspectos versará su evaluación y tendrá derecho a conocer los resultados obtenidos en dicho proceso, pues difícil-

²⁰ En la misma dirección: Informe, *op. cit.*, p. 109.

²¹ Algunos autores han entendido que desde una perspectiva más técnica debían introducirse otra serie de criterios en el sistema de evaluación tales como «relevancia, fiabilidad, no contaminación y practicidad». En. AA.VV.: *Informe Estatuto, op. cit.*, p. 167.

mente alguien podrá orientar su trabajo en la línea requerida si le falta claridad sobre lo que se pide de él ²²; 2. Se debe, garantizando la privacidad de las personas, tener constancia de los resultados obtenidos desde la perspectiva colectiva, es decir, debe ser posible el conocimiento de las valoraciones obtenidas por departamentos, áreas, negociados, etc.; 3. Por último, se deberá poder evaluar el proceso, es decir, la valoración de la evaluación o metaevaluación.

El segundo criterio previsto por el legislador es la objetividad. Se pretende evitar, de este modo, conductas arbitrarias basadas en juicios apartados del análisis de los requerimientos del puesto ²³. Aunque la valoración de la conducta profesional tiene un importante componente de subjetividad —sin perjuicio de que se asiente en criterios objetivos—, la Audiencia Nacional ha establecido (en un proceso de conflicto colectivo en una empresa privada ²⁴) que las facultades de ésta en orden a la evaluación del desempeño no deben entenderse «de naturaleza «subjetiva» dependiente del libre albedrío patronal, en contraste pues con la valoración «objetiva» que supone la fijación de objetivos».

De igual modo, se prevén que estos sistemas sean informados con criterios de imparcialidad y no discriminación, notas directamente relacionadas con la objetividad. La evaluación debe fundarse en observaciones objetivas, siendo perjudicial para la legitimidad del propio proceso que éste opere sobre la base de juicios subjetivos, opiniones insuficientemente fundadas o con la finalidad de favorecer a alguien o por razón de algún interés particular. Dotar de imparcialidad al sistema de evaluación supone una garantía suplementaria en orden a garantizar la transparencia de la valoración efectuada.

Finalmente, el EBEP señala que esta evaluación deberá hacerse sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos. Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, y «otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada». Estos límites deberán ser observados

²² GALINDO, C.: *op. cit.*, p. 242. Modelo ya impulsado en el Ayuntamiento de Gijón en el que se prevé que los empleados conozcan a través de la intranet los resultados de su evaluación, *vid.* AA.VV.: «El Estatuto del Empleado», *op. cit.*, pp. 210-212.

²³ NOGUER, M. C.: «La evaluación del...», *op. cit.*, p. 314.

²⁴ Aunque puede servir de guía para la implantación de estos sistemas en la Administración Pública, *vid.* más, SAN 23-10-2002 (JUR 2003/42016) Fundamento Jurídico 3.º

en el diseño y ejecución de los procesos de evaluación del desempeño de los empleados públicos.

A pesar de las garantías establecidas en el EBEP, parece claro que la introducción de estos sistemas de evaluación puede dar lugar a un aumento de la conflictividad motivada por discrepancias de los empleados con la valoración recibida. Por ello, hubiese sido conveniente que el propio EBEP incorporase la creación de sistemas de solución extra-judicial de los conflictos derivados de las decisiones de evaluación²⁵; además, la creación de estos procedimientos, en los que deberían participar los sindicatos, evitaría los costes asociados a una excesiva judicialización que podría tener además un efecto negativo para la efectiva implantación de estos modelos de evaluación.

4. Efectos de la evaluación del desempeño

La evaluación del desempeño debe entenderse como una herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos y, en consecuencia, ha de desplegar sus efectos en otras áreas de gestión, tales como la retribución vinculada al desempeño o a la progresión profesional. El EBEP partiendo de este enfoque insta nuevamente a que sea cada Administración la que adecue el modelo más acorde a sus características, determinando igualmente los efectos de los resultados de esta evaluación en la carrera profesional de los empleados públicos.

El artículo 20 EBEP establece una relación enunciativa de posibles efectos de la evaluación, de modo que esta valoración podrá ser tenida en cuenta en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión y continuidad en determinados puestos de trabajo y para la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 EBEP, es decir, para la fijación del complemento salarial vinculado a la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa en función de la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, grado de interés, iniciativa o esfuerzo con el que el desempeño su trabajo.

Partimos de la enorme complejidad de esta tarea para la gran mayoría de las Administraciones (falta de medios técnicos, materiales y humanos; desconocimiento de estos sistemas de evaluación y de sus posibles beneficios). No obstante, esta dificultad no puede ser esgrimida como argumento para no impulsar estos sistemas que son, por otra parte, una de las novedades del EBEP con mayor calado para la moderniza-

²⁵ La propia Comisión de Expertos cita a título de ejemplo la elevada litigiosidad del personal docente universitario disconforme con el resultado de la evaluación.

ción de las Administraciones Públicas. Para evitar estas reticencias, sería deseable la creación de servicios de asistencia técnica para todas aquellas Administraciones que decidan impulsar estos sistemas, así como reforzar las unidades de gestión y favorecer instrumentos de colaboración entre municipios (mancomunidades, trabajos coordinados desde las Diputaciones Provinciales); esta cooperación potenciaría además sinergias que redundarían en una mayor calidad, eficacia y eficiencia en la gestión pública²⁶.

La evaluación del desempeño se configura como un instrumento básico para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos, que permitirá detectar las fortalezas y debilidades en el desempeño individual, a la vez que supone una herramienta clave para definir líneas de actuación prioritarias —formativas, de promoción profesional— en la gestión de los recursos humanos. Pero también será un elemento de motivación e incentivo para los empleados que verán reconocida su labor profesional, al menos, en cuatro direcciones:

1. El artículo 20.4 EBEP establece que la valoración obtenida en estos sistemas podrá ser tomada en consideración en la carrera profesional horizontal. Este modelo, incorporado como novedad en el EBEP, permitirá que los funcionarios públicos²⁷ puedan progresar en términos de carrera, retribución y promoción profesional, sin tener que cambiar de puesto de trabajo. El artículo 17.b) EBEP enuncia entre los elementos de juicio para los ascensos en esta modalidad de carrera «el resultado de la evaluación del desempeño». Que el legislador haya previsto esta posibilidad tendrá dos efectos positivos: en primer lugar, evitará la provisión desproporcionada de nuevos puestos de trabajo para dar respuesta a las expectativas profesionales de los ocupantes que muestren un mejor nivel desempeño, y en segundo lugar, evitará la pérdida de conocimiento derivada de la fuga masiva de capital humano al sector privado²⁸. No obstante, los legisladores de desarrollo podrían establecer otros efectos de la evaluación del desempeño en la carrera profesional de los empleados públicos, como exigir un rendimiento mínimo para poder participar en promociones profesionales, o establecer itinerarios profesionales vinculados al desempeño.

2. También se prevé que la evaluación del desempeño tenga un efecto en la política de formación, intentando identificar qué déficit de conocimientos, habilidades o aptitudes se han detectado en la evaluación con el fin último de corregirlos mediante los pertinentes progra-

²⁶ VALLS ARNAU, J.: «Los derechos retributivos», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios*, *op. cit.*, p. 357.

²⁷ El modelo de carrera profesional horizontal sólo es de aplicación directa a los funcionarios de carrera (art. 17 EBEP).

²⁸ NOGUER PORTERO, M. C.: «La evaluación», *op. cit.*, p. 319.

mas formativos²⁹. La formación se configura como un derecho individual —art. 14.g) EBEP—, a la vez que un principio de conducta, el artículo 54.8 EBEP exige a los empleados públicos mantener «actualizada su formación y cualificación». La concreción de los efectos de la valoración del desempeño para la formación debe ser desarrollada por cada Administración, siendo posible la exigencia de un rendimiento medio para acceder a determinados cursos o la obligatoria asistencia a los mismos si no se ha obtenido una valoración mínima, etc.

3. Los resultados en estos sistemas de evaluación también serán tenidos en cuenta para la continuidad del empleado público en un puesto de trabajo obtenido por concurso, es decir, si la provisión del puesto se ha realizado tomando en consideración únicamente «los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los órganos colegiados de carácter técnico» —art. 79.1 EBEP—, se podrá proceder a la remoción del empleado de dicho puesto si la evaluación obtenida en el mismo es negativa³⁰. La propia Exposición de Motivos justifica esta opción al destacar que «hoy resulta ya socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente, no atienden satisfactoriamente a sus responsabilidades».

La previsión contemplada en el artículo 20.4 EBEP tiene, además, una enorme significación práctica, pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que no ha admitido la remoción del puesto de trabajo por falta de capacidad para el desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, cuando no se hubiese fijado el estándar mínimo exigido que permita apreciar por comparación si el que ofrece el funcionario removido está por debajo de aquél³¹.

El EBEP ha establecido ciertas garantías para la incoación de este procedimiento, así se prevé que se dé audiencia al interesado y que la resolución que concluya con el cese sea motivada. No obstante, no se han resuelto algunos de los problemas planteados durante su tramitación parlamentaria, especialmente qué ocurre si no existe otra vacante donde reubicar al empleado no haya superado la evaluación³². Por ello, entendemos que la existencia de un puesto vacante, dotado presupuestariamente, es un requisito imprescindible para la remoción del funcionario fundamentada en una evaluación negativa de su desempeño.

²⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid, La Ley, 2008, p. 73.

³⁰ Durante la tramitación parlamentaria del EBEP esta posibilidad fue suprimida, pero finalmente fue incorporada en la aprobación del Proyecto de Ley por el Pleno del Congreso. BOCG de 2-1-2007. Serie A, núm. 94-14.

³¹ GALINDO MEÑO, C.: *op. cit.*, p. 245.

³² Enmienda planteada por el Grupo PNV. DOCG 24-11-2006. Serie A, núm. 949-9.

4. El último efecto de las valoraciones obtenidas será la percepción de una parte de las retribuciones complementarias vinculadas al desempeño o a la consecución de un determinado rendimiento. El devengo de este plus que, con toda probabilidad sustituirá al actual complemento de productividad³³, estará condicionado a la efectiva implantación de sistemas de evaluación, pues a tenor de lo previsto en el artículo 20.5 EBEP hasta que estos no se aprueben por las legislaciones de desarrollo, no se podrán poner en marcha los efectos ligados a los mismos. Aún así, que una parte del salario de los empleados públicos se vincule a su desempeño supone un factor decisivo en la modernización de las AAPP, superando la vieja idea de que la Administración «paga lo mismo a sus funcionarios con independencia de cómo realicen su trabajo»³⁴. La actual desnaturalización del complemento de productividad, en parte justificada por que este plus ha cumplido finalidades distintas de para las que fue creado³⁵, y que tuviese carácter facultativo hasta la aprobación del EBEP explican la escasa importancia, cualitativa y cuantitativa, de esta partida en el montante global de las retribuciones.

Con el expreso reconocimiento contenido en el artículo 24.c) EBEP y la generalización de este complemento en todas las áreas y sectores del empleo público se abre un nuevo escenario para la consolidación de este plus que deberá compensar no el desempeño normal, sino un rendimiento superior conectado con los objetivos de la organización. Respecto a cómo debería articularse este complemento para que sea efectivo, debemos partir de la necesidad de que el volumen global del incentivo con respecto al montante total de las retribuciones sea significativo y que los criterios de distribución estén en relación con la participación de cada empleado en la consecución de los resultados³⁶.

II. LA CONCRECIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO: ALGUNAS EXPERIENCIAS PREVIAS

La evaluación del desempeño es una práctica muy habitual en la empresa privada pero no ha formado parte de la cultura administrativa, aun cuando existen algunas experiencias impulsadas por Administraciones Públicas que merecen especial mención. Tal es el caso de la Unión

³³ Previsto en el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

³⁴ Comisión para el Estudio, *op. cit.*, p. 158.

³⁵ Se ha utilizado, entre otras causas, para compensar diferencias retributivas derivadas de los incrementos salariales previstos en las Leyes de Presupuestos para retribuir la prolongación de jornada, etc.

³⁶ CASTILLO BLANCO, F.: «Los derechos individuales de los empleados públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios, op. cit.*, p. 259.

Europea, donde se ha promovido un proyecto dirigido a generalizar estos sistemas de evaluación a todos los empleados que presten servicios para la administración comunitaria³⁷. También existen experiencias exitosas en algunos Estados miembros, por ejemplo, en Dinamarca todos los empleados públicos participan desde el año 1997 en un sistema de evaluación de su rendimiento, si bien la determinación de su estructura está descentralizada en cada unidad administrativa. Finalmente, en Finlandia se ha generalizado un modelo de carrera vinculada a la evaluación de desempeño, cuyo origen está en un compromiso explícito de los gestores públicos para lograr la institucionalización de este sistema como instrumento básico en la gestión de los recursos humanos de la Administración³⁸. En todas estas experiencias, su éxito ha dependido del grado de aceptación de los objetivos subyacentes por los implicados, así como de la valoración que los empleados tenían de la legitimidad del proceso de evaluación, tanto en su diseño como en su implantación.

En España, la obligación impuesta por el EBEP constituye no tanto un elemento novedoso de *public management* sino más bien una necesidad dirigida a aplicar algunos de los paradigmas de la gobernanza pública a la gestión del personal público³⁹. Ya ha habido algunas iniciativas, aunque escasas y aisladas, de evaluación del desempeño en el sector público, tanto en la Administración General del Estado, como en algunas Comunidades Autónomas y Diputaciones Provinciales.

La primera experiencia data del año 1993, el Ministerio de Administraciones Públicas impulsó un Plan de Modernización de la Administración del Estado, dirigido a introducir la evaluación del desempeño de los puestos de trabajo⁴⁰. En dicha iniciativa subyacía la idea de que el reconocimiento del mérito es un elemento fundamental en la motivación de los empleados públicos. Con dicho proceso, calificado como sistemático, periódico y de estimación del grado y eficacia con que las personas llevaban a cabo su actividad, cometidos y responsabilidades de los puestos que desempeñan, se pretendió optimizar la gestión de cada centro directivo, motivar a los funcionarios y mejorar la gestión de los recursos humanos. Aunque esta iniciativa no pueda considerarse un éxito (habida cuenta de la escasa transcendencia cuantitativa que tuvo su ejecución),

³⁷ Este proyecto puede consultarse en: http://ec.europa.eu/reform/2002/chapter02_en.htm#3

³⁸ Sobre estas iniciativas internacionales puede consultarse ampliamente en DUBÍN, S.: «La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas», *op. cit.*, pp. 50-58.

³⁹ Máxime si pensamos en el retraso que presenta España respecto a otros países de nuestro entorno en la implantación de estos sistemas de evaluación. NOGUER PORTERO, M. C.: «La evaluación del desempeño (art. 20)», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios*, *op. cit.*, p. 305.

⁴⁰ Sobre este modelo, *vid.* Ministerio de Administraciones Públicas: *Manual de evaluación del desempeño de los puestos de trabajo*. Madrid, MAP, 1992.

sí que estableció un modelo de evaluación del desempeño basado en la apreciación de la actuación que puede servir de guía a otras Administraciones a la hora de impulsar estos sistemas. En el año 1998 el Gobierno impulsó otro acuerdo dirigido a promover la implantación de sistemas de evaluación del rendimiento en la Administración General del Estado⁴¹, con la finalidad de estimular la eficiencia de los recursos públicos y mejorar el grado de satisfacción de los ciudadanos con la Administración.

De igual modo, debemos destacar dos iniciativas impulsadas por la Generalitat de Cataluña y la Diputación Provincial de Barcelona⁴². El Gobierno autonómico catalán acometió una prueba piloto de evaluación en doce de sus catorce departamentos de la Generalitat, abarcando a un colectivo de cerca de 800 empleados públicos. El instrumento utilizado para realizar esta evaluación fue un cuestionario estándar, basado en varios factores y sin contemplar, inicialmente, la evaluación de resultados.

El sistema contemplaba dos tipos de instrumentos, uno para puestos de mando y otro para el conjunto del personal que ocupaba puestos base. En este último caso, con el cuestionario se valoraban los siguientes factores: preparación técnica; solución de problemas; aportación de ideas y sugerencias; capacidad de organización; representación de la organización y relaciones con el exterior; polivalencia y flexibilidad; responsabilidad; dinamismo, actividad e iniciativa; colaboración y actitud constructiva. Como se puede observar, la mayor parte de los factores contenidos en el modelo de evaluación se refería a actitudes o comportamientos en el trabajo, es decir, se centraba en las conductas consideradas adecuadas por parte de la organización.

En el caso de la Diputación de Barcelona, el sistema impulsado se orientó inicialmente a apoyar a los procesos de promoción interna para acceder a puestos de mando, extendiéndose después al conjunto de empleados. El proceso, negociado los representantes sindicales, se inició con la distribución de unas partidas presupuestarias vinculadas a la productividad a partir de los resultados obtenidos en la evaluación. Asimismo, se creó un órgano mediador para resolver los posibles conflictos que surgiesen en la aplicación del sistema, dicho órgano estaba compuesto por un miembro del servicio dónde se encontrase el evaluado, un representante de la unidad de personal y un representante de los trabajadores. El éxito obtenido por este modelo se explica en la conjunción

⁴¹ Resolución de 27 de julio de 1998, por el que se promueve la implantación de sistemas de evaluación del rendimiento. BOE de 7-8-1998.

⁴² Sobre estas iniciativas puede consultarse ampliamente en DUBIN, S.: «La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas», *op. cit.*, pp. 24-28.

de tres factores: a) la participación de los representantes de los trabajadores en el diseño y ejecución del modelo; b) la creación de un órgano de resolución de discrepancias respecto a los resultados de evaluación, y c) especialmente porque configuró la evaluación como un instrumento (y no como un fin) para la gestión de la carrera profesional de los empleados de la Diputación.

Finalmente, debemos destacar que se han impulsado experiencias de estas evaluaciones con colectivos específicos, tal es el caso del personal docente de las Universidades que podrá obtener una evaluación positiva de su actividad docente e investigadora por una agencia de evaluación y calidad, estatal o autonómica. Esta valoración positiva permite al evaluado obtener una acreditación, requisito previo para su contratación en alguna de las figuras —profesor contratado doctor, profesor ayudante doctor y profesor de universidad privada— previstas en la Ley Orgánica de Universidades⁴³.

Las oportunidades y retos que han debido sortear las Administraciones para implantar estas iniciativas, básicamente asumir los costes financieros y organizativos asociados a su creación, deben lograr la máxima difusión, ya que su conocimiento puede servir de aliciente y modelo para el resto de Administraciones que han de impulsar estos sistemas.

IV. REFLEXIONES Y PROPUESTAS PARA LA ARTICULACIÓN DE ESTE SISTEMA

Las significativas implicaciones que la evaluación del desempeño puede tener en la carrera profesional de los empleados públicos explica la opción asumida por el legislador al prever una aplicación gradual de estos sistemas, cuya concreción se remite al desarrollo que hagan las Leyes de Función Pública respectivas. Para ello, el artículo 20.5 EBEP requiere la aprobación de sistemas de evaluación del desempeño, con carácter previo y preceptivo, para la aplicación de la carrera horizontal, de las retribuciones complementarias vinculadas al desempeño y para proceder a la remoción del empleado público del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso.

La implantación de estos sistemas de evaluación va a subsanar una de las mayores carencias del sector público: la inexistencia de mecanismos de control de la actuación de sus empleados. Plenamente coherente con lo anterior, es que también se condicionen oportunidades de carrera, una parte de sus retribuciones y en cierto modo la continuidad en el

⁴³ Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

puesto a los empleados que destaquen por el correcto desempeño en su trabajo. Si los gestores públicos son capaces de impulsar estos sistemas se posibilitará una mayor eficacia en la gestión de la carrera profesional, a la vez que trasladará al sector público técnicas esenciales en la gestión de los recursos humanos.

La modernización y profesionalización de las Administraciones es un reto y un deber para los poderes públicos que han de garantizar que las personas que las integran ajusten su actuación al criterio de eficiencia y «no hay manera más adecuada para esta previsión que verificar periódicamente y de forma generalizada cómo actúa cada empleado en el desempeño de las funciones que tiene encomendadas primando, a su vez, a aquellos que muestren una actuación adecuada o superior a ésta, y penalizando, a través de la no continuidad en el puesto a aquellos con rendimientos inferiores al nivel establecido como estándar o común para cada ocupación»⁴⁴. En definitiva, se trata de extender los principios de mérito, capacidad y publicidad a la carrera administrativa en su conjunto y no sólo en el acceso a la función pública.

El crucial papel que desempeñan los sistemas de evaluación del desempeño en la consolidación de un modelo de carrera profesional que consiga conjugar el estímulo y la motivación de los empleados, con un modelo de Administración Pública orientada al logro de objetivos y la calidad de servicio de los ciudadanos es, a la vez, el principal reto y la mejor oportunidad para lograrlo.

Una de las razones subyacentes en la implantación de estos programas es la voluntad de transformar la cultura organizativa de las respectivas administraciones, impulsando su modernización y fortaleciendo su eficacia organizativa. Para su puesta en marcha, se torna imprescindible la existencia de una orientación clara a la definición de objetivos y la creación de instrumentos básicos como relaciones de puestos de trabajo asociables a competencias profesionales que posibiliten impulsar sistemas fiables de evaluación.

La evaluación del desempeño también va a implicar diferencias entre trabajadores, por lo que se hace necesario que su implantación sea gradual, prudente y, en lógica de principios, consensuada con los sindicatos⁴⁵. Por ello, sería conveniente que el desarrollo de estos modelos se impulse utilizando mecanismos claros que permitan homologar el resultado de evaluación a la vez que se creen procedimientos de solu-

⁴⁴ NÓGUER PORTERO, M. C.: *op. cit.*, p. 307. En la misma dirección. PALOMAR OLMEDO, A.: «Derecho a la carrera y a la promoción interna de los empleados públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, M.: *op. cit.*, p. 217.

⁴⁵ Propuesta planteada por el Grupo Mixto e IU-ICV en la tramitación parlamentaria del Estatuto Básico del Empleado Público. DOGC 24-11-2006.

ción extrajudicial de conflictos que permitan dirimir las discrepancias surgidas en torno a la evaluación.

Pero, en todo caso, el éxito en la implantación de estos modelos radicará en el apoyo que reciban estas iniciativas desde el máximo nivel de la dirección y si se logra implicar al conjunto de miembros de la organización (interés especial reviste la participación de los sindicatos en el proceso) que serán los encargados de su efectiva ejecución.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA NORMA APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES EN MATERIA DE PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

R. YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Titular de Universidad
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO:

I. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EBEP.—II. LA NORMA APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES EN MATERIA DE PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL.—III. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 51 EBEP. 1. La labor de interpretación de la norma. 2. Los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el artículo 49 EBEP. 2.1. Permiso por parto. 2.2. Permiso por adopción y acogimiento. 2.3. Permiso por paternidad. 3. Los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil. 3.1. La interpretación gramatical. 3.2. La interpretación sistemática. 3. Las interpretaciones histórica y teleológica.—4. El principio de la norma más favorable.

I. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EBEP

El artículo 1 EBEP es la norma que trata de definir el alcance de dicha Ley que abarca, por primera vez, en nuestro Ordenamiento Jurídico (con carácter general) un conjunto de prescripciones que se aplican al colectivo de personas que integran o que prestan servicios en las Administraciones Públicas con independencia, por tanto, de la naturaleza jurídica del vínculo que les une con la misma. Se ha tratado de establecer un conjunto normativo que dote a la relación de empleo público de una cierta homogeneidad cualquiera que sea la naturaleza de la relación de empleo público ¹.

Partiendo de la doctrina constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas ².

Sin duda es esta una de las líneas centrales del EBEP. Tiene su reflejo en el artículo 1.1 del mismo cuando indica que «El presente Esta-

¹ PALOMAR OLMEDA, A.: «Comentario al artículo 1 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico...*, cit. Esta es la razón de «que se utilice el concepto genérico y omnicomprendivo del empleado público. Rectamente entendido, este concepto no supone la superación o sustitución de los de funcionario o personal laboral...». SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid, 2007. p. 47.

² Señala PALOMAR OLMEDA que la inclusión de ambos colectivos (funcionarios y laborales) en un mismo texto legal es, sin duda, una opción ya conocida en nuestro Derecho de la función pública. De hecho es el que ya se traduce en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio del Sector Público.

Añade dicho autor que, desde el punto de vista operativo, la «mínima igualación» de regímenes jurídicos constituye una clara exigencia de gestión que ha sido muy perceptible en el ámbito local. «Comentario al artículo 1 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico...*, cit.

tuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación. 2. Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas...»³.

El artículo 7 de la Ley 7/2007, de 2 de abril, en cumplimiento del objetivo reseñado en el apartado 2 de su artículo 1, es el encargado de delimitar, con carácter general, el marco normativo aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. El artículo 7 titulado: «Normativa aplicable al personal laboral» establece que: «El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan».

Cuando el artículo 2.1 EBEP dispone su aplicación al personal laboral «*en lo que proceda*» se deja abierto un interrogante que no queda despejado en el artículo 7 EBEP, al señalar que procede tal aplicación sólo respecto de «*los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*». Se produce una remisión a todas y cada una de las prescripciones de la Ley 7/2007, con lo que surge un complejo juego de interacciones entre el EBEP y la legislación laboral⁴, según el supuesto, de complementariedad, supletoriedad (directa, inversa) suplementariedad, remisión, reenvío condicionado, incorporación tácita, etc.⁵

De este modo, en relación con varias cuestiones importantes, el EBEP contempla a los trabajadores del sector público sólo para remitir la regulación a «los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos» (en promoción profesional, art. 19), a «la legislación laboral, el convenio colectivo [...] y el contrato de trabajo» (para retribuciones, art. 27), a lo procedente «de conformidad con la legislación laboral» (para clasificación profesional, art. 77)⁶.

³ Este ámbito de aplicación coincide con la recomendación de la Comisión de Expertos de 2005 cuando señalaba que: «...Por todo ello, la Comisión propone la elaboración y aprobación de un Estatuto Básico del Empleado Público, que integre los principios y normas esenciales aplicables a todos los empleados públicos, ya tengan la condición de funcionarios o de contratados laborales, sin perjuicio de las reglas específicas que es necesario establecer en el propio texto, por razones objetivas o funcionales, para los funcionarios públicos, por un lado, y para los empleados públicos con contrato laboral, por otro...».

⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F. J.: «Comentario al artículo 7 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico...*, cit.

⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARETA MARTÍNEZ, M.: «Comentario al artículo 77 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico...*, cit.

⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F. J.: «Comentario al artículo 7 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico...*, cit.

II. LA NORMA APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES EN MATERIA DE PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

En este contexto, la previsión del artículo 51 EBEP sobre jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral, señala que «se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente». Su redacción ha sido objeto de crítica, y se ha advertido de la precaución con que debe procederse a la hora de identificar el Derecho aplicable, en la medida que no siempre hay acuerdo sobre el alcance de los conceptos, de las consecuencias, presupuestos o significado de su contenido ⁷.

El régimen de permisos del personal laboral al servicio de la AGE, según el artículo 51 EBEP, se encontrará en lo dispuesto en el capítulo V EBEP y en la legislación laboral correspondiente.

Con el fin de evitar injustificados agravios comparativos entre los dos colectivos de personal al servicio de las Administraciones públicas (funcionarios y laborales), el EBEP entiende aplicables las previsiones anteriormente comentadas, sobre jornada, permisos y vacaciones, no sólo a los primeros sino también a los segundos. Pero añade que también será aplicable a los empleados públicos laborales, la legislación laboral al respecto.

Se plantea, en este sentido, un problema aplicativo cuando el permiso previsto en el EBEP prevé un número de días de disfrute, o requisitos distintos respecto de los previstos en el ET, como sucede respecto del permiso por paternidad, entre otros. Una de las posiciones doctrinales que trata de resolver la cuestión señala que «atendiendo a la circunstancia de que la aplicación de la legislación funcionarial y laboral sobre estas materias es «acumulativa» y no «sucesiva», cabe interpretar que a los contratados laborales les será de aplicación lo dispuesto en la legislación laboral ordinaria (el Estatuto de los Trabajadores y, en general, todo el sistema de fuentes —convenio colectivo incluido— propio del

⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F. J. la califican como «imposible de catalogar»: «Comentario al artículo 7 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico...*, cit. SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARETA MARTÍNEZ, M. [«Comentario al art. 77 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico...*, cit.] se preguntan «pero, ¿qué reglas de las previstas para los funcionarios en el mencionado Capítulo alcanzan al personal laboral?». Por su parte, SALA FRANCO («El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex nova, Valladolid, 2007, p. 128) confirma que queda en el aire cuál de las dos legislaciones prevalecerá cuando ambas no sean coincidentes o se contradigan abiertamente.

Derecho del Trabajo), siempre y cuando supongan una mejora respecto de lo previsto, con carácter mínimo y supletorio, en el EBEP»⁸. Pero pueden mantenerse opiniones divergentes de la citada con argumentos igualmente consistentes, por lo que es conveniente analizar paso a paso el precepto contenido en el artículo 51 EBEP.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 51 EBEP

1. La labor de interpretación de la norma

Como afirmara el maestro Alonso Olea, «es la aplicación del Derecho lo que establece el puente entre norma y realidad normada, entre la concepción de quien regula y la realidad que se pretende regular. Cómo se produzca esta integración es algo de fenomenal trascendencia, pues de que ocurra, y del momento y forma como ocurra, depende, por un lado, el que la norma pueda explayar sus posibilidades internas múltiples y, por otro lado, el que la realidad encuentre en la norma el cauce por el que pueda discurrir, sin tener que desbordar»⁹.

Dentro del conjunto de actividades que deben desenvolverse en el cuadro de la aplicación del Derecho, la interpretación constituye la operación jurídica básica. Si la interpretación en general es, sobre todo, la atribución de significado a algo, la interpretación jurídica consiste en la actividad dirigida a la búsqueda del sentido de la norma a través de los textos normativos o signos de exteriorización¹⁰.

Para averiguar el sentido de cualquier proposición jurídica es preciso analizar su contenido semántico, con el objetivo de encontrar el

⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Comentario al artículo 48 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V., PALOMAR OLMEDA, A. (DÍFS.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (COORD.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico...*, cit. Añade la autora citada que, para integrar lo dispuesto en el artículo 51 EBEP, es necesario acudir a lo previsto en el II convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, publicado por Resolución de 10 de octubre de 2006 y cuya vigencia se extiende hasta el 31 de diciembre de 2008, el cual mejora con creces lo dispuesto en el ET sobre jornada, permisos y vacaciones con el fin de aproximarse a las previsiones que sobre la materia se contemplaban tradicionalmente por la normativa de función pública. No obstante, advierte que este convenio colectivo fue negociado y ha comenzado a producir efectos antes de la entrada en vigor del EBEP, lo cual plantea la necesidad de analizar su contenido teniendo en cuenta las previsiones que, con carácter mínimo para toda clase de empleados públicos, incorpora la norma estatutaria objeto de comentario en este tratado.

⁹ ALONSO OLEA, M.: *La aplicación del Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1970.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. 1. Introducción. Parte General. Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 2000, p. 95.

criterio de ordenación de conductas que la misma incorpora y poder hacerlo efectivo en el caso concreto que se plantee ¹¹.

Desde esta perspectiva, las reglas interpretativas conforman las pautas mínimas de la argumentación jurídica. Dichos criterios interpretativos se encuentran recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, en virtud del cual, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras (criterio literal o gramatical), en relación con el contexto (criterio sistemático), los antecedentes históricos y legislativos (criterio histórico), y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (criterio sociológico), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad (criterio lógico o teleológico) de aquéllas».

El artículo 3.1 del Código Civil, con carácter general, se convierte en la referencia exclusiva sobre la interpretación de la norma laboral, sin perjuicio de los principios específicos para la elección y aplicación de las normas laborales ¹². El hecho de aplicar estos criterios interpretativos resulta de la aplicación supletoria del Código Civil, pues en la norma laboral hay una deficiente regulación de una hermenéutica genuinamente laboral.

Es cierto que disponemos del principio «pro operario», conforme al cual, cuando la norma tiene dos o más sentidos, se debe seleccionar la interpretación que resulte más favorable para el trabajador. No obstante, en nuestro supuesto, no resulta esclarecedor la utilización de dicho principio, puesto que la norma prevista en el artículo 51 EBEP tiene un solo sentido, que consiste en que se apliquen dos legislaciones divergentes. Por tanto, habrá que interpretar, conforme a otros criterios hermenéuticos, que nos permitirán saber cómo actuar para elegir una de esas dos legislaciones divergentes.

Pasemos a constatar primero, el carácter divergente de ambas legislaciones, que genera la inseguridad jurídica, para proceder luego a enjuiciar con cada uno de los criterios hermenéuticos el texto contenido en el artículo 51 EBEP, a la espera de que se pueda aclarar este tema por la Secretaría General para la Administración Pública cuando elabore la Guía práctica para la aplicación de los permisos y licencias en el ámbito de la Administración General del Estado, como prevé el artículo 7.a) sobre permisos, de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto

¹¹ LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil, tomo I, Parte General y Derecho de la persona*, 12.ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2006, p. 84.

¹² MOLERO MANGLANO, C. y VILLALBA SALVADOR, B.: «La interpretación de las normas laborales (I)», en *REDT*, núm. 44, 1990, p. 612.

Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

2. Los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el artículo 49 EBEP

La conciliación de la vida personal y familiar constituye una materia central en las políticas sociales europeas. Partiendo del artículo 31 CE, la familia es objeto de protección a través de muy diversas políticas públicas en nuestro país, que contemplan medidas para contribuir a la protección de la institución familiar en el marco de la prestación de servicios profesionales, a través de la conciliación de la vida familiar y laboral.

Como uno de los pasos más significativos en este sentido, podemos recordar que en el año 2005, la Administración General del Estado (AGE, en adelante) impulsó un plan integral para la conciliación de la vida personal y familiar, conocido como «Plan Concilia», negociado y acordado con las organizaciones sindicales más representativas. Ya en ese momento, se adoptaron un conjunto de medidas relacionadas con los horarios, la jornada y los permisos, encaminadas a favorecer la compatibilidad de las facetas laborales, personales y familiares de los empleados públicos.

Más reciente en el tiempo, el artículo 56 LOI establece un mandato para que el legislador exponga un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, además del mandato específico para reconocer un permiso de paternidad. Todo ello, dentro del marco de «Medidas de igualdad en el empleo para la AGE y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella», previstas en el capítulo III LOI.

El mandato al legislador sobre el régimen de permisos por los motivos señalados, se cumple en la propia LOI y en el EBEP. Por una parte, la Disposición Adicional 19.^a LOI incluye las modificaciones necesarias que deben ser introducidas en el régimen jurídico aplicable a la función pública. Dicha normativa general para los empleados públicos de la AGE y de los demás organismos públicos vinculados o dependientes de ella, se entiende completada con las mejoras que puedan derivarse de los acuerdos alcanzados por la Administración mencionada y por los organismos públicos señalados, con los representantes del personal al servicio de aquélla. El legislador se refiere por ejemplo, al II CCUPLAGE.

Por otra parte, el EBEP no se ha mostrado ajeno a esta tendencia de fomento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, me-

porando el régimen anterior establecido en el artículo 30 LMRFP¹³, y diseña una serie de permisos que permitan remover los obstáculos que dificulten o hagan incompatible el desarrollo en equilibrio de la vida familiar, personal y laboral de los empleados públicos.

Es en este contexto en el que debemos analizar el EBEP, que ha visto la luz con una diferencia de tan sólo 21 días respecto de la LOI, razón por la cual las medidas establecidas en ésta han pasado a formar parte del contenido básico de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos¹⁴.

El artículo 49 EBEP regula los permisos específicos que engloba bajo el título «Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género», disponiendo el régimen jurídico de los primeros, en concreto, del permiso por parto, por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple; y del permiso por paternidad.

Los permisos suponen el establecimiento de habilitaciones legales para que en ciertos supuestos, de manera transitoria, se mantenga la prestación retributiva pero se exima al funcionario del cumplimiento de su deber principal, sin necesidad de recuperar ese lapso temporal no trabajado con la realización de la prestación de servicios en tiempos equivalentes y en momentos posteriores.

2.1. *Permiso por parto*

Este permiso está regulado en el artículo 49 EBEP, quedando derogado expresamente el artículo 30.3 LMRFP que antes se ocupaba del mismo. Las novedades que incorpora el EBEP respecto de la regulación anterior son las siguientes:

— El permiso consiste en dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable por dos más en caso de discapacidad del hijo. Novedad que también se aplica al supuesto de adopción o acogimiento.

— En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso; lo cual supone una importante novedad del EBEP, ya que con anterior-

¹³ El artículo 30 LMRFP no ha sido derogado salvo en los apartados 3 y 5, por lo que su contenido queda como supletorio respecto de los que puedan establecer las distintas Administraciones Públicas cuando desarrollen el EBEP.

¹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Comentario al artículo 48 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Aranzadi, Pamplona, 2008 (en prensa).

ridad al mismo, el padre funcionario sólo podía disfrutar del periodo restante respecto de las seis semanas obligatorias tras el parto

— También es novedosa la previsión en virtud de la cual se permite que el otro progenitor pueda seguir disfrutando del permiso de maternidad que le corresponda, en virtud de la cesión realizada por la madre, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

— En los casos de parto prematuro y aquellos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, se amplía el periodo de suspensión en proporción al tiempo en que el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

En relación con este supuesto, el EBEP se refiere a los partos prematuros, mientras que el artículo 48.4 ET exige que el parto prematuro conlleve «falta de peso u otro supuesto en el que el neonato precise hospitalización a continuación del parto por alguna condición clínica», por lo que esa condición restringe la posibilidad de utilizar esa mejora de ampliación. Además la hospitalización computable tiene que ser por un periodo superior a siete días, y los términos de disfrute del permiso de suspensión mencionado han de esperar el desarrollo reglamentario correspondiente.

Otros aspectos que diferencian el régimen jurídico del EBEP y del ET en relación con el permiso por parto, son que el primer texto normativo no prevé la circunstancia del fallecimiento del hijo, mientras que el ET señala que, con carácter general, en dicho supuesto el periodo de suspensión no se verá reducido.

Lo mismo cabe señalar respecto del supuesto de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional por maternidad con derecho a prestaciones, supuesto no previsto en el EBEP, pero sí contemplado en el ET, que señala que el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre.

2.2. *Permiso por adopción y acogimiento*

Respecto de las novedades operadas por el EBEP en este permiso, destacan las siguientes:

— En los supuestos de adopción o de acogimiento, ha desaparecido el límite de la edad del menor, que antes se establecía en seis años, con algunas excepciones.

— Si uno de los progenitores no trabaja, el padre o la madre funcionarios no tendría derecho al permiso aquí analizado, como se puede deducir de la literalidad y de la *ratio legis* del artículo 49.b) EBEP, pues la finalidad del beneficio se entendería suficientemente cubierta por uno de los anteriores, sin que ello prejuzgue para nada el ejercicio conjunto de la patria potestad ¹⁵.

— En los supuestos de adopción internacional, se establece una regulación más favorable en el EBEP que la contemplada por el ET, para el caso en que resulte necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, de modo que el empleado público funcional tendrá derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante ese periodo exclusivamente las retribuciones básicas. Sin embargo, el ET sólo prevé que el inicio del cómputo del periodo de suspensión previsto para cada caso, de hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye en la adopción.

2.3. *Permiso por paternidad*

El permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, supuso una de las grandes novedades incorporadas al texto del «Plan Concilia», luego recogida en el artículo 30.1.a) LMRFP, modificado en su duración (con anterioridad, diez días) por la Disposición Adicional 19.6 LOI y ahora mantenida en el artículo 49.c) EBEP. Se trata del permiso de paternidad, cuyas principales características son las siguientes:

— El permiso por paternidad está desligado del de la madre, no condicionado a que ésta trabaje, no transferible, y que tiene carácter retribuido.

— Consiste en quince días, ampliable hasta cuatro semanas en un futuro periodo de seis años [Disposición Transitoria 6.^a EBEP, art. 49.c) EBEP].

Conviene recordar que el artículo 37.3.b) ET prevé tan sólo dos días (o cuatro, si se requiere desplazamiento) de permiso por estas mismas causas, si bien se uniría con el periodo de trece días de suspensión de su contrato por la misma causa, en virtud del artículo 45.1.d) ET, de lo que resultaría también un total de quince días. Así sucede porque el artículo 48.bis 3.º ET prevé que el trabajador que ejerza el derecho de suspensión por paternidad podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde

¹⁵ Así lo interpreta RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Comentario al artículo 49 EBEP», en SEMPERE NAVARRO, A. V. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.) y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Coord.): *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico...*, cit.

la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento; y hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

No obstante, no es aplicable el mismo régimen jurídico ante una causa de interrupción (como lo es el permiso por nacimiento de un hijo, de dos días), que ante una causa de suspensión [como lo son los trece días de permiso por paternidad, del art. 48.bis ET, o los quince días del art. 49.c) EBEP].

— No cabe dividir entre ambos progenitores el permiso por paternidad, a diferencia del permiso por maternidad.

En este punto, el régimen jurídico del ET es más detallado que el incluido en el EBEP, dado que fija la elección de a quién de los dos progenitores corresponde el derecho a la suspensión por paternidad en caso de adopción o acogimiento, y matiza que, si el periodo de descanso por parto es disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad sólo podrá ser ejercido por el otro (art. 48 bis párrafo 2.º ET).

* * *

Con carácter general, podemos afirmar que los permisos previstos en el EBEP establecen condiciones mejores para los empleados públicos laborales que las previstas en el ET, tras la reforma de que es objeto por la LOI. Esas mejoras se producen tanto en relación con nuevos permisos (por ejemplo, para someterse a técnicas de reproducción asistida), como en cuanto al tiempo de disfrute de los permisos (por ejemplo, respecto del permiso por paternidad).

3. Los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil

3.1. La interpretación gramatical

Conforme a la interpretación gramatical, el sentido de la norma se desprende de las palabras que emplea, para evitar interpretaciones que fuercen el tenor literal de la norma más allá de los límites razonablemente permisibles. En este supuesto, el sentido de la norma se extrae con claridad de las palabras utilizadas, por lo que *in claris no fit interpretatio*. Según el artículo 51 EBEP, en materia de permisos del personal laboral al servicio de la Administración se aplicará lo establecido en el Capítulo V EBEP y la legislación laboral correspondiente.

El tiempo del verbo «se estará», es futuro de indicativo, de carácter imperativo, por lo que indica un mandato u orden dirigido al aplicador del Derecho (jueces, funcionarios, árbitros, etc.). La conjunción copulativa utilizada «y», sirve de nexo de unión para colocar en pie de igualdad a ambas leyes especiales, la administrativa y la laboral, sin que se pueda deducir del tenor literal de la norma la supletoriedad (ni directa ni inversa), complementariedad, suplementariedad, ni subsidiariedad de una sobre la otra (a diferencia de lo previsto en el EBEP para tras materias, como después comprobaremos). Está clara la intención de la ley de no excluir ninguna de ambas legislaciones. Si la ley hubiese pretendido la aplicación de una única legislación, lo habría señalado de forma expresa.

Podríamos finalizar en este punto la presente comunicación, recurriendo al viejo aforismo con valor de norma hermenéutica *ubi lex no distinguit nec nos distinguere debemus*, si no fuera porque, de la utilización de dicho aforismo en este supuesto se derivaría un problema de inseguridad jurídica, desde el momento en que el régimen jurídico de los permisos por motivos de conciliación previsto en cada una de las legislaciones citadas resulta divergente, por lo que se produce un conflicto entre dos normas legales estatales. De ahí que debamos seguir avanzando en la interpretación adecuada, mediante otros criterios hermenéuticos.

3.2. La interpretación sistemática

La Ley no se compone de una serie de artículos desconectados entre sí en una composición inorgánica de elementos escindibles, sino que forma un entramado unitario, coherente y orgánico que debe ser interpretado y aplicado en conjunto, debiendo dejar patente la necesaria armonía interna¹⁶. En la búsqueda del sentido de la norma ajustada al caso concreto, la interpretación gramatical ha de ser complementada por otros elementos de interpretación, como el de carácter sistemático.

La interpretación sistemática, esto es, en relación con el contexto y la ubicación de la norma, permite relacionar el artículo 51 EBEP con otros preceptos del propio EBEP de características similares, como son los siguientes:

¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España, Parte IV*, Madrid, 1984, p. 473. STS de 15 de julio de 1985 (RJ 3773); SSTSJ de La Rioja, de 10 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4564); Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de enero de 2000 (AS 2000, 1774); Murcia, de 28 de noviembre de 2000; País Vasco, de 26 de octubre de 2004 (AS 2004, 3468); Andalucía, de 16 de marzo de 2007 (AS 2007, 2342).

— El artículo 2 EBEP, relativo al ámbito de aplicación del Estatuto Básico, señala que el EBEP se aplica «en lo que proceda» a los empleados públicos laborales. De este modo, cuando no proceda aplicar el EBEP, se aplicará la legislación laboral. La incógnita de cuándo no procede la resuelve el legislador —en ocasiones sin éxito, como sucede en el art. 51 EBEP—, mediante la técnica de especificar las materias concretas en las que se aplicará la legislación laboral, esto es, aquellas en las que no procede aplicar el EBEP.

— El artículo 7 EBEP titulado «normativa aplicable al personal laboral» determina que dichos empleados públicos laborales se rigen «además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». En este caso, la información que ofrece el legislador es la misma que en el artículo 2, sin aportar más que la referencia a los convenios colectivos.

— El artículo 27 EBEP sobre «retribuciones del personal laboral», establece la aplicación de «la legislación laboral, el convenio que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto». En esta norma, se parte de un límite infranqueable (el de carácter presupuestario) previsto por el EBEP, a partir del cual operan las fuentes de la relación laboral previstas en el artículo 3 ET.

— El artículo 32 EBEP, sobre «negociación colectiva, representación y participación del personal laboral» dispone que para estos derechos de los empleados públicos laborales regirá «la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación». Se trata de compatibilizar ambas leyes, pero dando preferencia a la laboral, como norma general, con las excepciones expresadas en el EBEP, cuya interpretación debe ser restrictiva; cuando concurra alguna de esas excepciones, se producirá el apartamiento de la legislación laboral, para dar paso a la aplicación a las mismas del precepto concreto del EBEP.

— El artículo 77 EBEP, relativo a la normativa aplicable en materia de clasificación del personal laboral, señala que dicho personal laboral «se clasificará de conformidad con la legislación laboral». En este precepto de forma transparente se acude a la legislación laboral, sin que se exista para el intérprete jurídico, ninguna sombra de duda al respecto.

— El artículo 83 EBEP, titulado «provisión de puestos y movilidad del personal laboral», indica que la misma «se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera». Como en el anterior, en este caso se

concede aplicación preferente a las normas laborales, en concreto, a las de carácter convencional.

— El artículo 92 sobre «situaciones del personal laboral», destaca que el personal laboral se regirá «por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación», pudiendo estos últimos determinar la aplicación del propio EBEP en lo que sea compatible con el Estatuto de los Trabajadores. De modo similar a los artículos 77 y 83 EBEP, la prioridad de aplicación de la legislación laboral es evidente.

Tanto el artículo 2 EBEP, con carácter general, como los demás preceptos citados del EBEP, sobre materias concretas, prevén la aplicación de la legislación laboral, con mayor o menor amplitud según el caso, pero priorizándola respecto del propio EBEP.

Si podemos afirmar que el propio EBEP se aleja de la escena aplicativa para conceder el protagonismo a la legislación laboral cuando de empleados públicos laborales se trata, entonces podríamos utilizar esa misma conclusión para la interpretación sistemática del artículo 51 EBEP, lo que nos llevaría a resolver el conflicto de leyes planteado en materia de permisos entre el EBEP y el ET, en favor de este último.

No obstante, esta conclusión no sería cierta totalmente, puesto que la redacción ofrecida por el artículo 51 EBEP no es idéntica a la de los artículos antes analizados.

* * *

Si continuamos con la comparación global entre los distintos preceptos del EBEP, basada en la interpretación sistemática, encontramos la Disposición final primera EBEP, en virtud de la cual se establece que «las disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.7.^a de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral», de lo que cabe deducir que las disposiciones del EBEP relativas al personal laboral poseen naturaleza laboral¹⁷, coincidiendo entonces con la naturaleza también laboral del ET.

Partiendo de esta primera premisa, esto es, que las disposiciones de EBEP en materia de empleados públicos laborales ostentan naturaleza jurídica laboral, la segunda premisa consistiría en afirmar la existencia de principios específicos de aplicación del Derecho del Trabajo para las normas laborales; por tanto, la conclusión lógica es que dichos criterios

¹⁷ SALA FRANCO, T.: «Capítulo Tercero. El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 119.

específicos, como el de la norma más favorable, se apliquen si son eficaces para resolver este conflicto entre dos normas legales laborales estatales, como son el EBEP y el ET. Con arreglo al principio de la norma más favorable, determinaríamos para cada caso concreto, la preferencia de una u otra ley.

3.3. *Las interpretaciones histórica y teleológica*

Por falta de extensión, solamente apuntaremos que tanto el iter legislativo de la norma como la evolución legislativa en materia de permisos para los empleados públicos reflejan la intención legislativa de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El objetivo del artículo 51 EBEP, al prever la aplicación del Capítulo V EBEP y la laboral correspondiente, persigue la consecución de ese fin compatibilizador de las responsabilidades familiares y las laborales.

4. EL PRINCIPIO DE LA NORMA MÁS FAVORABLE

El principio de la norma más favorable es un principio específico del Derecho del Trabajo regulado en el artículo 3.3 ET. Su función es servir como norma orientadora de la labor aplicativa e interpretativa, en cuanto señala los motivos y los criterios de interpretación de las demás normas. Según dicho precepto: «Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

Si bien no se ha recurrido con frecuencia al principio de aplicación de la norma más favorable cuando de conflicto entre normas legales estatales se trata¹⁸, sino que se atiende a dicho principio sobre todo en

¹⁸ Se ha sostenido la excepcionalidad del principio de la norma más favorable en relación con los conflictos entre normas estatales, teniendo en cuenta el principio de primacía de la ley y el de jerarquía normativa previsto en el artículo 3.2 ET. En este sentido, ALONSO OLEA señala que «es muy difícil decir cuál pueda ser el conflicto de normas estatales laborales», sin duda pensando en la relación entre ley y reglamento. ALONSO OLEA, M.: «Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación», en AA.VV.: *Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Profesores Españoles de Derecho del Trabajo*, IES, MTSS, Madrid, 1981, p. 19.

Por su parte, CASAS BAAMONDE afirma que sólo podrá tener lugar entre regulaciones estatales generales y reglamentarias sectoriales. CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Políticas legislativas y crisis económica en el Estatuto de los Trabajadores. Sobre las nuevas formulacio-

relación con el contenido de la negociación colectiva, ello no impide constatar que el artículo 3.3 ET refleja la efectividad de este criterio cuando surjan conflictos legales estatales, como el presente en el artículo 51 EBEP.

Este principio implica la comparación entre las normas en conflicto, dándose preferencia a la que resulte en conjunto más favorable. En relación con dicha comparación, la doctrina ha planteado diversos términos mediante los cuales llevarla a cabo ¹⁹: comparación global entre normas, comparación entre grupos homogéneos dentro de cada norma, espiguo de cada disposición más favorable de cada norma comparada.

No obstante, conviene no olvidar la primera premisa, que el conflicto entre los preceptos de dos o más normas se produzca entre «normas laborales», como señala expresamente el artículo 3.3 ET; porque faltando la naturaleza laboral de una de las dos leyes, no podríamos extrapolar el principio de la norma más favorable fuera de las fronteras de lo laboral y si lo aplicásemos, estaríamos dando una solución al conflicto normativo pero habiendo adoptado *a priori* una posición de partida parcial, para luego justificarla para conseguir ese objetivo concreto, eligiendo la legislación laboral y prefiriéndola sobre otras de distinta naturaleza jurídica, que se verían afectadas por un principio que no le es de aplicación. Dicho de otro modo: la aplicación del principio específico de la norma más favorable no es la causa primera a partir de la cual, decidimos la interpretación adecuada del artículo 51 EBEP, y resolvemos si la legislación aplicable es la del EBEP o la del ET; sino que ese principio es el resultado de la previa interpretación sistemática de la norma contenida en el artículo 51 EBEP. Una vez alcanzado ese resultado, se deriva la consecuencia de que la legislación aplicable se determinará conforme al principio de la norma más favorable.

nes de los principios de aplicación de las normas laborales», en AA.VV.: *Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Profesores Españoles de Derecho del Trabajo*, IES, MTSSS, Madrid, 1981, p. 61.

¹⁹ MONTÓYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 216.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS PARA EL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: PRESENCIAS, AUSENCIAS Y EVOLUCIÓN

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO:

I. NOTA INTRODUCTORIA.—II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.—III. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS EN LOS CONVENIOS PARA EL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. 1. Derecho a la igualdad y no discriminación. 2. Derecho a la vida y a la integridad física. 3. Derecho a la integridad moral y al honor. 4. Derecho a la intimidad. 5. Libertad de residencia. 6. Derecho a la educación. 7. Los derechos ausentes.—IV. SÍNTESIS DE UNA DÉCADA Y EXPECTATIVAS DE FUTURO.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Uno de los debates tradicionales y característicos del Derecho del Trabajo es el de los límites de los derechos fundamentales en el ámbito laboral; en concreto, de los llamados derechos inespecíficos ¹ en su confrontación con los poderes empresariales de organización del trabajo.

Desde hace años venimos asistiendo a un proceso de revitalización de este tipo de conflictos, por obra de diversos fenómenos sociales que redimensionan la cuestión: la generalización del desarrollo tecnológico y su incidencia en el ámbito laboral, así como la masiva incorporación femenina al mercado de trabajo, suponen un nuevo espaldarazo para la puesta en cuestión del alcance que en el marco del contrato de trabajo tienen los derechos a la intimidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones, a la igualdad y no discriminación. Como el Tribunal Constitucional ha afirmado hasta la saciedad, la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano ², pero sí modula el ejercicio de sus derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen

¹ En ya tradicional denominación acuñada por PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Sobre la vertiente laboral de los derechos constitucionales no directamente proyectados en las relaciones de trabajo, véanse ALONSO OLEA, M.: «Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución», en *RAJL*, Madrid, 1981, p. 28; F. SUÁREZ GONZÁLEZ: «El marco constitucional de los derechos laborales», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3, 1997, p. 77.

² SSTC 197/1998, de 13 de octubre; 151/2004, de 20 de septiembre. En el mismo sentido, SSTC 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, de 21 de enero; 99/1994, de 11 de abril; 21/2000, de 31 de enero; 80/2001, de 26 de marzo; 20/2002, de 28 de enero; 126/2003, de 30 de junio.

por qué serlo dentro del ámbito de esa relación contractual ³. Esa restricción de derechos fundamentales estará legitimada sólo en la medida estrictamente imprescindible, proporcional y adecuada al correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva ⁴. Además, ha de estar objetivamente justificada ⁵.

El incremento de los litigios sobre el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral ha conllevado, lógicamente, un renovado interés en el tema por parte de la doctrina científica iuslaboralista, llamando siempre al legislador y a los negociadores convencionales para que tomen cartas en el asunto. Aunque de modo algo tímido, puede decirse que los convenios colectivos han comenzado a responder a la citada invitación.

Pues bien, aprovechando la ocasión que brinda la regulación de un Estatuto del Empleado Público por la Ley 7/2007 (EBEP), en las páginas que siguen pretende darse un primero y decisivo paso en el análisis del tratamiento convencional de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores del sector público. Por razones de extensión, se centra el estudio en los convenios que rigen las relaciones laborales en la Administración General del Estado: I y II Convenios Colectivos Únicos (en adelante CC/1998 y CC/2006, respectivamente), examinando los derechos de igualdad y no discriminación, vida e integridad física, integridad moral y honor, intimidad, educación, tutela judicial efectiva, libertad de residencia, de expresión e información, ideológica, religiosa y de culto.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Aunque los convenios objeto de análisis se negociaron con carácter previo a la promulgación del EBEP, es importante partir de la configuración actual de los derechos fundamentales inespecíficos en la citada norma, para ver hasta qué punto los primeros se ajustan a ésta o han de modificar su contenido en su próxima renegociación. De hecho, tanto el CC/1998 como el CC/2006 contemplan esta posible necesidad de cambio, al incluir entre las funciones de sus Comisiones paritarias la de «actualizar el contenido del presente convenio para adaptarlo a las

³ SSTC 99/1994, de 11 de abril; 94/1995, de 19 de junio; 197/1998, de 13 de octubre; 151/2004, de 20 de septiembre. Véanse también SSTC 6/1988, de 21 de enero; 186/1996, de 25 de noviembre; 80/2001, de 26 de marzo.

⁴ SSTC 99/1994, de 11 de abril; 186/1996, de 25 de noviembre; 20/2002, de 28 de enero; 213/2002, de 11 de noviembre; 126/2003, de 30 de junio.

⁵ STC 129/1989, de 17 de julio.

modificaciones que puedan derivarse de cambios normativos o de acuerdos o pactos suscritos entre la Administración y los sindicatos»⁶.

Se nota en el legislador del EBEP la voluntad de dar a los derechos fundamentales de los empleados públicos el papel preponderante que merecen. En tal sentido, ha incorporado de modo expreso varios de ellos, estableciendo así un nivel mínimo de respeto que, en su caso, a la negociación colectiva cabe mejorar. Además, el artículo 14.q) contiene una cláusula abierta según la cual los empleados públicos ostentan «los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». Teniendo en cuenta que este último se encuentra presidido por el texto constitucional, es una forma de admitir la aplicación de la totalidad de derechos fundamentales en el ámbito del empleo público. Aunque la ausencia de semejante remisión no habría supuesto de ningún modo la inaplicabilidad del ordenamiento jurídico, lo cierto es que su presencia permite subrayar la convicción legal de que el empleado público es sujeto de derechos fundamentales inespecíficos.

Sin duda alguna, el derecho a la igualdad y no discriminación es el que aparece con mayor frecuencia a lo largo del texto legal, bien para indicar que ha de presidir o inspirar ciertas actuaciones, bien para reconocer algunas de sus manifestaciones concretas. No en vano se lo ha calificado de «principio estructural» del EBEP⁷. Aunque en mucha menor medida, también están presentes en la norma los derechos al honor, intimidad, integridad física y moral, educación, participación, libertad de expresión, libertad de residencia, libertad ideológica, religiosa y de culto, tipicidad de las faltas y tutela judicial efectiva.

Además, entre los principios éticos que deben presidir la actuación de los empleados públicos, el artículo 53 EBEP cuenta el de basar su conducta en el «respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». De este modo, se ordena el respeto de los derechos fundamentales no sólo a la Administración empleadora, sino también a sus empleados, y corresponde a aquélla vigilar el cumplimiento de semejante mandato. En correspondencia, se tipifica como falta leve del empleado público «el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución», así como «toda actuación que suponga discriminación», «la obstacu-

⁶ Artículo 3.3.k) CC/1998 y CC/2006.

⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación” parcial de estatutos», en *Revista de Trabajo y Seguridad CEF*, núm. 293-294, 2007, p. 178.

lización del ejercicio de las libertades públicas», y «el acoso laboral» (art. 95.2 EBEP).

III. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS EN LOS CONVENIOS PARA EL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. Derecho a la igualdad y no discriminación

El artículo 14 CE consagra el principio de igualdad ante la ley, configurando como un derecho lo que es igualmente un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Su concepción como derecho fundamental, a pesar de encontrarse a las puertas de la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución, es aceptada unánimemente por la doctrina ⁸.

El perfil concreto del derecho de los trabajadores a la igualdad de trato ha sido delimitado por el Tribunal Constitucional, que ha matizado su alcance en función de la existencia de una causa que justifique objetivamente un trato desigual. El fundamento de esta limitación, perfectamente extrapolable al más amplio ámbito del empleo público, es la búsqueda de la igualdad real a costa del sacrificio de la formal, siendo justamente la consagración de la primera la que admite el recurso a regímenes jurídicos diferenciados ⁹. Básicamente, se trata de aplicar consecuencias iguales sólo a supuestos de hecho iguales ¹⁰, quedando prohibidas en todo caso las distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias ¹¹. En razón de esta última tendencia, merece ser traída a colación en este punto la doctrina de las «acciones afirmativas» o «positivas» a favor de grupos considerados especialmente desprotegidos. Según el Convenio, núm. 111 de la OIT, la misma comprende «medidas especiales de protección y asistencia» y tiene por objeto compensar una tradición de marginación de dichos grupos.

⁸ Véase, en este sentido y por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Igualdad y no discriminación en el empleo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998, p. 51.

⁹ Cfr. artículo 9.2 CE y STC 3/1983, de 25 de enero, de la que S. DEL REY GUANTER destaca su relevancia en orden al establecimiento de «las bases esenciales e imprescindibles para interpretar y aplicar adecuadamente el conjunto de los derechos laborales constitucionales» («La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales* 1988-I, p. 372).

¹⁰ En sintética expresión, parafraseando al TC, de MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 24.^a ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 312. Véase STC 170/1988, de 29 de septiembre.

¹¹ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 197/2000, de 24 de julio.

El análisis de los convenios para el personal laboral de la Administración General del Estado permite observar que el derecho a la igualdad y no discriminación ocupa un papel igualmente destacable en la negociación colectiva, si bien no tan amplio como el detectado en el EBEP. Preside la preocupación convencional por este derecho la previsión contenida en los artículos 4 y 6 CC/1998, relativa a la creación, con carácter permanente, de una Comisión para la Igualdad de Oportunidades. Esta comisión, que depende y se integra en la Comisión paritaria de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del Convenio, ha de velar por la evitación de la «discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»¹². En el CC/2006 se reitera la referencia a esta Comisión en similares términos, añadiendo a sus funciones el control del desarrollo y cumplimiento de la legislación para la igualdad. A pesar de esta ampliación formal de funciones entre un Convenio y otro, quizá la promulgación del EBEP aconseja que se extienda aún más el ámbito de actuación de la citada Comisión, adicionando a las causas de discriminación contra las que ha de luchar, las referidas a la orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad y edad, en los términos del artículo 14.i) EBEP. Además, téngase en cuenta que, en aplicación de la DA 8.^a EBEP, el próximo convenio colectivo de la Administración General del Estado habrá de desarrollar un Plan de Igualdad para evitar discriminaciones entre mujeres y hombres.

Con independencia de estas previsiones de carácter más genérico, los Convenios analizados contemplan aplicaciones concretas del principio de igualdad, que podrían clasificarse según la condición o momento específico de la relación laboral en la que actúan:

Así, en cuanto a la contratación o cobertura de vacantes, los sistemas selectivos se rigen por el principio de igualdad¹³, y se establece expresamente la obligación de remover los obstáculos que impidan la efectividad del derecho para las personas discapacitadas (a quienes se reserva un cupo del 3 por 100 en el CC/1998, y ya del 5 por 100 en el CC/2006, ajustándose desde este último a lo dispuesto en el artículo 59 EBEP)¹⁴.

En el desarrollo de la relación laboral, la regulación de los permisos retribuidos presenta perfiles interesantes en conexión con el derecho a la igualdad. Supuesto emblemático de la no discriminación es el de

¹² En relación con la creación de este tipo de comisiones, si bien destinadas exclusivamente a analizar las posibles desigualdades de trato por razón de género que pudieran tener lugar, véase VILCHES, M. J.: «La negociación colectiva desde una perspectiva de género», en AA.VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, CCNCC, MTAS, 1999.

¹³ Artículo 34 CC/1998 y artículo 31 CC/2006.

¹⁴ Artículo 33 CC/1998 y artículo 32.4 CC/2006.

la convivencia *more uxorio* por lo que resulta lógico que algunos convenios comiencen a contener previsiones sobre el particular¹⁵. Es el caso de los CC/1998 y 2006, en los que se equipara para el disfrute de algunos de los permisos a matrimonios y parejas de hecho¹⁶. También extienden los supuestos de excedencia causados por cuidado de familiares o por agrupación familiar, a «la persona con la que convivan maritalmente»¹⁷ o «conviviente acreditado»¹⁸.

Atendidos los términos restrictivos en que el legislador del ET diseña el permiso por nacimiento de hijo, hay que resaltar el avance que supone que los CC/1998 y 2006 mejoren la protección legal extendiendo el derecho expresamente a los supuestos de adopción o acogimiento.

Se observa una refrescante evolución de un Convenio a otro en algunas disposiciones de conciliación de la vida familiar y laboral, superando trampas sexistas en las que había caído el primero. Así, por ejemplo, en 1998 se contemplaba la posibilidad de disfrutar las vacaciones a la conclusión del período de suspensión por maternidad que disfrute «la mujer trabajadora», olvidando que también es posible la cesión al otro progenitor, que no tiene por qué ser mujer¹⁹, y ya en 2006 se utiliza una fórmula neutra no excluyente²⁰ —si bien habría que incluir ahora la figura de la paternidad, que permanece ausente—. En todo caso, se echa de menos un paso más, ampliando alguna figura que el legislador sigue manteniendo anudada al género del titular, como es el caso del permiso femenino para la realización de técnicas de preparación al parto, que ambos convenios calcan de la redacción legal²¹.

Junto a las anteriores previsiones existen otras cláusulas también enmarcadas en la conciliación de la vida familiar y laboral que introducen acciones de discriminación positiva. Tal es el encuadre de la pre-

¹⁵ Como indica C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (*Los permisos retribuidos del trabajador*, Aranzadi, 1999, p. 78), con reiteración se ha planteado en todos estos temas la posibilidad de que al restringir el beneficio a quienes optan por determinado modelo de unión estable (la matrimonial) se estaría discriminando a cuantos trabajadores prefieren otra fórmula, invocándose al efecto la genérica protección constitucional en favor de la familia (elart. 39.1 se refiere a ella y no al matrimonio) y el principio de no discriminación (art. 14 CE). La jurisprudencia ordinaria y constitucional han venido conciliando dos criterios aparentemente opuestos: se admite que la convivencia *more uxorio* —siempre que cumpla ciertos requisitos— puede comportar consecuencias jurídicas diversas y al tiempo se subraya que no es realidad equivalente a la matrimonial por lo que el legislador puede atribuir consecuencias diversas a ambas.

¹⁶ Artículo 49 CC/1998 y artículo 47 CC/2006.

¹⁷ Artículo 56.b.3 CC/1998 y artículo 54.b.3 CC/2006.

¹⁸ Artículo 56.d) CC/1998 y artículo 54.d) CC/2006.

¹⁹ Artículo 47.3 CC/1998. Aunque es verdad que la propia LO 3/2007 alude igualmente a la maternidad de «la empleada pública» (art. 59).

²⁰ Artículo 45.3 CC/2006.

²¹ Artículo 49.e) CC/1998 y artículo 47.h) CC/2006.

ferencia que establecen los CC/1998 y 2006, a la hora de elegir turno de vacaciones por parte de los trabajadores con responsabilidades familiares²².

El acoso sexual, vinculado clara y directamente a la discriminación por razón de sexo tras la promulgación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, encuentra también acomodo en los Convenios analizados, pero de modo bastante escueto, al igual que sucede en el EBEP²³. Se tipifica convencionalmente como infracción laboral²⁴, y sólo en virtud de su conexión con la dignidad de los trabajadores cabe entender que se incluye —al igual que el acoso por razón de sexo del que nada mencionan los Convenios— en las mínimas previsiones sobre un procedimiento de denuncias a instancia de parte. Este último establece que «todo trabajador podrá dar cuenta por escrito por sí o a través de sus representantes, de los actos que supongan faltas de respeto a su intimidad o a la consideración debida a su dignidad personal o profesional. La Administración a través del órgano directivo al que estuviera adscrito el interesado, abrirá la oportuna información e instruirá, en su caso, el expediente disciplinario que proceda»²⁵. Desde luego, este es un terreno en el que la negociación colectiva todavía puede decir mucho más, sobre todo si se aprovecha el mandato dado a la Administración Pública en la LO 3/2007 para que establezca medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art. 51.e), así como la obligación de negociar un protocolo de actuación en estos casos (art. 62).

Lamentablemente, aunque seguro que sin intención de los negociadores, aún podían encontrarse en el CC/1998 demostraciones formales de discriminación por razón de género en la nomenclatura utilizada para la clasificación profesional²⁶. Así, cabe citar referencias a «titulado», «coordinador», «calígrafo», «corrector», «jefe», «conductor», que en realidad podrían hacer pensar en un uso neutro del masculino, si no fuera porque también se aprecian alusiones a «gobernanta», «planchadora», «limpiadora», «fregadora», «azafata», «camarera», «encargada central telefónica», «encargada guardarropa», «costurera». En realidad, hay que tener en cuenta que lo que hace el citado Convenio es incorporar las clasificaciones profesionales de los Convenios Colectivos de origen, que quedan ahora subsumidos en el ámbito del Convenio único, de modo

²² Artículo 47.4 CC/1998 y artículo 45.5 CC/2006.

²³ Que reconoce el derecho de los empleados públicos al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad, «especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral» (art. 14.h). Igualmente, alude al «acoso laboral» —lo que podría interpretarse a modo de fórmula genérica que englobara tanto el sexual y por razón de sexo como el moral— como falta muy grave (art. 95).

²⁴ Artículo 80.2.c.9 CC/1998 y artículo 78.2.c.9 CC/2006.

²⁵ Artículo 85 CC/1998 y artículo 83 CC/2006.

²⁶ Anexo I CC/1998.

que la crítica sería más bien a aquéllos, no obstante lo cual se podría haber aprovechado la ocasión para homogeneizar la nomenclatura evitando perfiles sexistas. Esta decantación de los sistemas de clasificación en el CC/1998 hace que, además de las categorías reseñadas, se encuentren referencias más afortunadas a «secretario», «limpiador», «gobernante», o incluso «camarero/a» «limpiador/a», «personal limpieza», «ingeniero/a». Todo esto desaparece en el CC/2006, sustituido por un escueto esquema de clasificación profesional en el que se opta por el masculino neutro²⁷, irreprochable según la Real Academia Española de la Lengua.

Ya para finalizar, puede señalarse, entre las infracciones laborales recogidas en los CC/1998 y 2006, una que resulta proyectable sobre toda vulneración de derechos fundamentales, incluida la igualdad y no discriminación. Se trata de la falta grave consistente en el abuso de autoridad en el desempeño de las funciones encomendadas, por el cual un hecho arbitrario cometido por un superior infringe derechos del trabajador reconocidos en el propio convenio, el ET y demás leyes vigentes, de donde se deriva un perjuicio notorio, material o moral, para el empleado²⁸. Siguiendo con el catálogo de infracciones, quizá la negociación colectiva debería incorporar la tipificación de toda actuación discriminatoria, en los términos contemplados en el artículo 95.2.b) EBEP.

2. Derecho a la vida y a la integridad física

El artículo 15 CE abre formalmente la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución, consagrandolo el derecho a la vida y a la integridad física. Se trata de derechos muy amplios (el derecho a la vida constituye el soporte físico de todos los demás derechos fundamentales²⁹) que poseen una concreta proyección en el ámbito laboral si los reconducimos a la seguridad y salud en el trabajo. En efecto, la prevención de riesgos laborales tiene por fin articular mecanismos eficaces para evitar que se produzcan accidentes o enfermedades que atenten contra la vida, salud e integridad física y psíquica de los trabajadores.

Aunque la plasmación concreta de este derecho laboral se encuentra recogida en el artículo 40.2 CE, como mandato a los poderes públicos para que velen por la seguridad e higiene en el trabajo, no hay duda de que el origen de toda política pública orientada a tal fin tiene su punto de partida genérico en el derecho fundamental a la vida y a la integridad

²⁷ Anexos I y II CC/2006.

²⁸ Artículo 80.2.b.15 CC/1998 y artículo 78.2.b.15 CC/2006.

²⁹ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: «Derecho a la vida y a la integridad física y moral», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2002.

física. Desde este punto de vista, interesa destacar algunos aspectos de la regulación del tema en los convenios colectivos analizados.

El EBEP reconoce el derecho de los empleados públicos a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14.1), y los obliga a observar en su conducta las normas sobre prevención de riesgos laborales (art. 54.9). Por su parte, los CC/1998 y 2006 desarrollan bastante más esta regulación, dedicándole sendos capítulos de su articulado³⁰, en el que se detallan principios generales —que incluyen el derecho del empleado a la protección eficaz y su obligación de cumplir la normativa preventiva—, se establece la obligación de la Administración de facilitar medios y equipos de protección personal, se regula la movilidad funcional por incapacidad laboral, por maternidad y por otros motivos relacionados con la salud, y se prevén garantías de cumplimiento de la normativa preventiva en caso de contratas y subcontratas. A pesar del paralelismo entre uno y otro convenio, se aprecia cierta evolución, incorporando el CC/2006 algunas precisiones que estaban ausentes en el CC/1998, como por ejemplo la obligación de la Administración General del Estado de desarrollar una labor de seguimiento permanente de la actividad preventiva, para perfeccionarla y adaptarla a los cambios que puedan incidir en la prestación de trabajo³¹, así como también la adaptación de las garantías en caso de subcontratación a lo dispuesto en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero³².

El incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales constituye falta sancionable en ambos Convenios, de carácter grave o muy grave según los casos³³. Es infracción muy grave cuando del mismo puedan derivarse riesgos para la salud y la integridad física o psíquica de otro trabajador o de terceros, tipificación ésta que aparece con mucha frecuencia en convenios colectivos de otros ámbitos.

No ha de llevar a engaño el hecho de que los Convenios se expliquen bastante más que el EBEP en materia de prevención de riesgos laborales, porque la regulación sigue resultando a todas luces insuficiente. Se echan de menos cláusulas dedicadas a regular una verdadera política preventiva en la Administración General del Estado, más allá de declaraciones programáticas y reconocimiento de ciertas figuras concretas. Nada se dice, por ejemplo, sobre la creación de órganos específicos, establecimiento de designación de delegados, mejora de competencias, facultades y garantías, criterios de evaluación de riesgos, constitución de servicios de prevención, vigilancia de la salud, etc.

³⁰ Capítulo XII CC/1998 y Capítulo XII CC/2006.

³¹ Artículo 61.2 CC/2006.

³² Artículo 66 CC/2006.

³³ Artículo 80.2.b.4 y c.17 CC/1998; artículo 78.2.b.4 y c.17 CC/2006.

Por último, debe llamarse la atención sobre la inclusión en el catálogo de permisos retribuidos de ambos Convenios, del derecho a la interrupción de la prestación laboral para asistir a consulta médica durante el horario de trabajo ³⁴. La amplitud de la redacción posibilita llegar a defender, en su caso, la extensión de este derecho no sólo a las consultas propias del trabajador sino a las de parientes cercanos a quien éste debiera acompañar.

3. Derecho a la integridad moral y al honor

El artículo 15 CE consagra el derecho a la integridad moral, claramente emparentado con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE); igualmente, el artículo 18 CE reconoce el derecho al honor, que también se vincula estrechamente a la dignidad personal. De hecho, el TC define el derecho al honor como el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser su titular escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás; el honor es la buena reputación³⁵.

Desde esta perspectiva del denominador común de la dignidad puede analizarse el derecho a la integridad moral y el honor en los convenios colectivos, como garante del respeto a las personas en el marco de la prestación de servicios.

Las alusiones directas o indirectas a la dignidad de los trabajadores en los Convenios analizados, se encuentran fundamentalmente en los elencos de infracciones laborales recogidos en aquéllos. En realidad, el propio EBEP, más allá del escueto reconocimiento del derecho a la dignidad de los empleados públicos (art. 14.h), le dedica el resto de su atención a la hora de tipificar las faltas de estos últimos.

Hay que advertir que mediante la previsión de las infracciones laborales no sólo se protege el derecho a la integridad moral y honor de los trabajadores sino también de terceros (faltas de respeto a superiores, compañeros o subordinados ³⁶, desconsideración con el público ³⁷).

También la tipificación del acoso moral se incluye en este apartado, no obstante lo cual no existe en los convenios examinados una referencia expresa sobre el mismo. En cualquier caso, podría entenderse tácitamente comprendido en la tipificación del abuso de autoridad o la falta de respeto a que antes se ha hecho alusión. Por el mismo motivo que ya

³⁴ Artículo 49.f) CC/1998 y artículo 47.i) CC/2006.

³⁵ STC 219/1992.

³⁶ Artículo 80.2.b.1 CC/1998 y artículo 78.2.b.1 CC/2006.

³⁷ Artículo 80.2.b.3 CC/1998 y artículo 78.2.b.3 CC/2006.

se expuso en relación con el acoso sexual y por razón de sexo, cabría suponerle aplicable al acoso moral lo dispuesto en los Convenios respecto a las denuncias a instancia de parte de actos contrarios a la dignidad personal o profesional. No hay duda de la necesidad de que la negociación colectiva se adentre por fin en la regulación del acoso moral, como riesgo psicosocial emergente.

Por último, resta mencionar alguna alusión a la dignidad de los trabajadores derivada inmediatamente de la Ley, limitándose los Convenios a reflejar los mandatos del legislador en tal sentido. Es el caso de las referencias a la dignidad como límite a la movilidad funcional ³⁸.

4. Derecho a la intimidad

Según el TC, el derecho a la intimidad de la persona implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás ³⁹. Por otra parte, una faceta específica del derecho a la intimidad es la facultad de decidir sobre la apariencia externa y la imagen que se desea proyectar de uno mismo ⁴⁰, que se pone en juego en los casos en los que las empresas obligan a los trabajadores a llevar un uniforme. Al margen de la ropa de trabajo que exija la prevención de riesgos laborales, la obligación de uniformidad para los trabajadores que encarnan la imagen pública de la empresa es sencillamente un límite al derecho a la intimidad de los trabajadores, derivado del poder directivo empresarial, que habrá de ajustarse a los requisitos exigidos por el TC para admitir la restricción del ejercicio de derechos fundamentales (superación del test de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y justificación de la medida).

A diferencia de lo que ocurre con carácter general en la negociación colectiva de otros ámbitos, el derecho a la intimidad ocupa un espacio bastante reducido en el clausulado de los Convenios de la Administración General del Estado. Sólo pueden citarse dos incursiones en la materia. Por un lado, la atribución a las subcomisiones departamentales dependientes de la comisión paritaria, de la competencia para negociar la determinación concreta de la ropa de trabajo y/o uniformes, que la Administración, en su caso, deberá suministrar a los trabajadores y que

³⁸ Artículo 22.3 CC/1998 y artículo 21.3 CC/2006.

³⁹ SSTC 92/2000, de 10 de abril; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio.

⁴⁰ Cosa distinta del derecho a la propia imagen, que implica la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, o representación visible de figura humana identificada o identificable; en tal sentido STS de 6 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 9910]. El artículo 14.h) EBEP reconoce este derecho a los empleados públicos.

éstos habrán de utilizar obligatoriamente⁴¹. Por otro lado, aunque en los catálogos de infracciones no existen referencias directas al derecho a la intimidad, puede adivinarse su cobertura en la tipificación de conductas como «la utilización o difusión indebidas de datos o asuntos de los que se tenga conocimiento por razón del trabajo» (en la medida en que un empleado pudiera desvelar datos íntimos de un compañero de trabajo), o el abuso de autoridad con infracción de derechos del trabajador⁴². En cualquier caso, como se adelantó más arriba, se reconoce el derecho de los trabajadores a denunciar los actos que supongan faltas de respeto a su intimidad⁴³.

5. Libertad de residencia

El artículo 19 CE garantiza a los españoles el derecho a elegir libremente su residencia. Este derecho fundamental suele pasarse por alto por la doctrina siempre que repasa el elenco de derechos inespecíficos con proyección laboral, y lo cierto es que las relaciones de trabajo poseen una incidencia bastante fuerte en la libertad de residencia, ya que puede afirmarse que la movilidad geográfica constituye un límite a la misma⁴⁴.

Los Convenios analizados regulan varios aspectos relacionados con esta libertad. Así, se establece que las subcomisiones departamentales adscritas a la comisión paritaria deberán recibir comunicación previa en lo relativo a la movilidad geográfica⁴⁵, se articula el procedimiento de movilidad de centro sin cambio de funciones⁴⁶, de traslados voluntarios y forzosos —precisando el kilometraje a partir del cual se entiende que existe movilidad geográfica y pormenorizando los requisitos, límites y garantías para los traslados obligatorios—⁴⁷ y de desplazamientos temporales⁴⁸.

La incorporación en el EBEP de la movilidad por razón de violencia de género (art. 82) sugiere la conveniencia de que la negociación colectiva del ámbito de la Administración General del Estado incorpore alguna previsión al respecto.

⁴¹ Artículo 7.1.f) CC/1998 y artículo 6.1.e) CC/2006.

⁴² Artículo 80 CC/1998 y artículo 78 CC/2006.

⁴³ Artículo 85 CC/1998 y artículo 83 CC/2006.

⁴⁴ R. SERRANO OLIVARES conecta movilidad geográfica con el respeto a la vida privada y familiar del trabajador («La movilidad geográfica disciplinaria a la luz del respeto a la vida privada y familiar del trabajador», en *Actualidad Laboral*, 2000, www.lalely.net).

⁴⁵ Artículo 7.1.e) CC/1998 y artículo 6.1.e) CC/2006.

⁴⁶ Artículo 25 CC/1998 y artículo 24 CC/2006.

⁴⁷ Artículos 26 y 27 CC/1998 y artículos 25 y 26 CC/2006.

⁴⁸ Artículo 28 CC/1998 y artículo 27 CC/2006.

6. Derecho a la educación

Según establece el artículo 27.1 CE, todos tienen el derecho a la educación. Este derecho fundamental inespecífico se proyecta en el ámbito laboral a través de aquellas figuras jurídicas que permiten a los trabajadores acceder a la formación y compatibilizarla con el trabajo ⁴⁹.

El EBEP sitúa entre sus objetivos la cualificación profesional permanente del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1.3.g) y establece la obligación de los empleados públicos de mantener actualizada su formación y cualificación (art. 54.8). Por su parte, el artículo 23 ET contempla diversas figuras que permiten conciliar trabajo y formación, y remite a los convenios colectivos la fijación de los términos de su ejercicio. En concordancia con ello, los Convenios afirman el derecho de los trabajadores a «ver facilitada» la realización de estudios para obtener títulos académicos o profesionales o para el perfeccionamiento profesional, así como el acceso a cursos de capacitación o reconocimiento profesional organizados por la propia Administración ⁵⁰. El CC/2006 añade, en este punto, criterios de preferencia en las actividades formativas para los trabajadores discapacitados ⁵¹.

Las citadas facilidades consisten, concretamente, en la consideración como tiempo de trabajo del invertido en la asistencia a los cursos programados por la Administración General del Estado u organizaciones sindicales, siempre que se celebren dentro del horario laboral y así lo permitan las necesidades del servicio ⁵². Nuevamente el CC/2006 mejora la redacción de la cláusula en varios aspectos. Por un lado, adiciona que esas necesidades del servicio que, en su caso, limiten el derecho, han de estar debidamente motivadas. Por otro, introduce precisiones conectadas con la conciliación de la vida familiar, laboral y personal: el acceso a estas actividades formativas podrá tener lugar también durante los permisos de maternidad, paternidad y excedencia por motivos familiares; la Administración establecerá la posibilidad de armonizar los periodos de formación con jornadas especiales que garanticen el descanso obligatorio; y «se procurará que las medidas acordadas puedan hacerse efectivas en centros

⁴⁹ PEDRAJAS MORENO, A.: «Formación y derechos individuales», en *Actualidad Laboral*, 1999 (www.laley.net), distingue entre el derecho a la formación específicamente laboral y el derecho inespecífico a la educación, que sólo vincula al empresario por su dimensión como libertad del trabajador para formarse que no puede restringir o limitar. Por su parte, el TC indica que la materia de formación profesional ocupacional, en su modalidad de formación continua de los trabajadores asalariados o en activo, no pertenece al ámbito de la educación sino que está orientada a dotar a los trabajadores asalariados de los adecuados instrumentos formativos para hacer eficaz el artículo 40.2 CE (STC 95/2002, de 25 de abril).

⁵⁰ Artículo 50 CC/1998.

⁵¹ Artículo 48 CC/2006.

⁵² Artículo 52 CC/1998.

donde resulte difícil la sustitución de empleados públicos que precisen conciliar su vida familiar y laboral»⁵³.

Igualmente, se reconocen convencionalmente permisos formativos⁵⁴:

a) Para concurrir a exámenes finales, pruebas selectivas en la Administración y demás pruebas definitivas de aptitud y evaluación para la obtención de un título académico o profesional, durante el tiempo necesario para su celebración y desplazamiento⁵⁵. Se trata de un permiso retribuido.

b) Para asistir a cursos de perfeccionamiento profesional que se celebren fuera del ámbito de la Administración General del Estado, siempre que su contenido se vincule al puesto de trabajo o carrera profesional del trabajador. En este caso el permiso se retribuye con el salario base correspondiente y algunos complementos personales, y tiene un límite máximo de cuarenta horas al año.

c) Para asistir a cursos de perfeccionamiento profesional no directamente relacionados con la función pública, siempre que la gestión del servicio y la organización del trabajo lo permitan. Se trata de un permiso no retribuido y limitado a una duración máxima de tres meses cada dos años.

7. Los derechos ausentes

La libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE) no se contempla en los Convenios analizados, y la escueta referencia del EBEP a evitar discriminaciones por razón de religión o convicciones (art. 53.4) hace pensar que no se incluirá en futuras negociaciones convencionales, más allá de la citada prohibición de discriminar por tal motivo. Sin embargo, no estaría de más que los negociadores articularan soluciones para los problemas relacionados con tiempo de trabajo y prácticas religiosas no cristianas, cada vez más frecuentes en la sociedad multicultural en la que vivimos. Sería la ocasión de sumarse a los escasos pero vanguardistas convenios que abordan esta problemática.

Las libertades de expresión y de información (art. 20.1 CE) tampoco encuentran acomodo en los Convenios de la Administración General del Estado, fuera de sus manifestaciones vinculadas a la libertad sindical. Evidentemente, las libertades que interesan como derechos inespe-

⁵³ Artículo 50 CC/2006.

⁵⁴ Artículo 53 CC/1998 y artículo 51 CC/2006.

⁵⁵ Aunque en términos no tan amplios, también se reconoce este permiso para los funcionarios públicos en el artículo 48 EBEP.

cíficos no son las de los órganos de representación, sino la de los trabajadores en general, en cuanto ciudadanos vinculados por un contrato de trabajo, y, como decimos, desde esta perspectiva no existe ninguna cláusula convencional que las recoja. Dado que el artículo 14.k) EBEP reconoce el derecho de los empleados públicos a la libertad de expresión y que el artículo 14.i) EBEP alude a la no discriminación por motivos de opinión, al menos esta última referencia debería incluirse en la próxima renegociación colectiva. Dar pasos más ambiciosos parece difícil, pues, en general, la libertad de expresión no cuenta con una recepción clara y perfiladora en la negociación colectiva. Sus límites en el ámbito laboral permanecen en esa zona gris de la casuística, sin que los convenios colectivos aporten luz al tema ⁵⁶.

El derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 CE se recibe en el EBEP a través de la contemplación del derecho de los empleados públicos 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 (art. 14.f). Por lo que se refiere a los Convenios analizados, omiten cualquier referencia este derecho.

IV. SÍNTESIS DE UNA DÉCADA Y EXPECTATIVAS DE FUTURO

Los Convenios del ámbito de la Administración General del Estado no son una excepción a la regla general predicable de la negociación colectiva en su conjunto: puede calificarse como muy tímidos en la regulación de los derechos fundamentales inespecíficos ⁵⁷. Ahora bien, entre ellos es el de igualdad y no discriminación el que más atención recibe, cosa que reviste una importancia subrayable, ya que este derecho puede ser, en muchas ocasiones, la base para el reconocimiento de otros. Así, de la mano de la igualdad cabría proteger la libertad de expresión, la religiosa y la ideológica, y es un hecho que estos Convenios han acogido de modo decidido la conciliación de la vida familiar y laboral, cuyo fun-

⁵⁶ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003.

⁵⁷ Ya apreciaba esta timidez en el tratamiento convencional de los derechos fundamentales inespecíficos, hace una década, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador», en *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, p. 38 y ss., y pudimos corroborar que la conclusión seguía siendo válida hace un quinquenio en A. V. SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003.

damento podría residenciarse también, al menos parcialmente, en la igualdad de trato.

Desde luego, queda mucho por hacer en materia de no discriminación, y en el texto se ha procurado señalar por dónde deberían conducirse los avances. Las perspectivas son esperanzadoras. Si en algún tema se observa con claridad la evolución de un Convenio a otro es en éste, y todavía queda por aplicar lo dispuesto en la LO 3/2007, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.

El derecho a la vida y a la integridad física, proyectado en las medidas de seguridad y salud en el trabajo, está aún por desarrollar adecuadamente. La presencia de cláusulas convencionales es innegable, como también su perfeccionamiento de un Convenio a otro, pero quedan muchos espacios por cubrir y, desde luego, no llegan a configurar una verdadera política preventiva en la Administración General del Estado.

En materia de derecho a la educación, la negociación colectiva todavía puede entrar a regular fórmulas adicionales para compatibilizar tiempo de trabajo y de formación. De 1998 a 2006 se observa una evolución positiva (vinculada a la igualdad y a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal), pero se siguen echando de menos precisiones sobre algunas figuras reconocidas por el legislador y que los Convenios no contemplan, y otras que estos últimos pudieran implementar por sí mismos.

Derechos de escasa recepción en los Convenios analizados son el de la integridad moral y el honor, en relación con la dignidad de la persona, y el de intimidad. Aquí ha de llamarse la atención sobre una gran ausencia: el acoso por razón de sexo y el moral constituyen una asignatura pendiente de urgente atención. Aunque de menor importancia, tampoco se encuentra ninguna previsión respecto del uso de herramientas de trabajo tecnológicas y su control por la Administración, o de la vigilancia electrónica de los trabajadores.

Finalmente, por supuesto que conviene que los derechos ausentes en la negociación colectiva vayan incorporándose a ésta, para que los convenios puedan cumplir el papel que están llamados a desempeñar entre las fuentes del Derecho del Trabajo, modulando y mejorando las disposiciones legales en función de las particularidades de su ámbito de aplicación. Probablemente, las primeras incursiones convencionales en estos derechos sean de carácter programático, pero tendrán la importancia y significación de ser el pórtico de entrada a futuras y esperadas profundizaciones.

Comunicación a la Ponencia Temática II

**¿NIEGA EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO
PÚBLICO LAS EXCEDENCIAS POR CUIDADO DE
HIJOS A LOS FUNCIONARIOS INTERINOS?**

CARMEN SOLÍS PRIETO

Ayudante de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: DIFERENCIAS ENTRE LOS DISTINTOS TIPOS DE PERSONAL.—
II. FUNCIONARIOS INTERINOS Y EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: CRÓNICA DE UN DEBATE JURISPRUDENCIAL.—III. LA POSTURA DEL EBEP ANTE EL DISFRUTE DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN DE CONJUNTO.—IV. POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RESPECTO DE OTRO PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: EN PARTICULAR, EL PERSONAL LABORAL TEMPORAL.

I. LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: DIFERENCIAS ENTRE LOS DISTINTOS TIPOS DE PERSONAL

El punto de partida de esta comunicación ha de ser necesariamente poner de manifiesto que nuestra Administración Pública cuenta, entre el personal a su servicio, con efectivos que se encuentran sometidos a regímenes jurídicos distintos, con la problemática constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal que se ha desprendido de la coexistencia de los mismos.

Fue en el año 1964 cuando el artículo 7 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado ¹ abrió la posibilidad para que la Administración Pública tuviera entre sus servidores a personal sometido a régimen laboral ². Por el contrario a lo que pudiera pensarse, la aprobación de la Constitución ³ no supuso ningún tipo de alteración de esta situación de dualidad, rigiéndose cada tipo de personal por su normativa específica. Varias fueron las normas que al respecto entraron en la materia relativa a esa incorporación de personal laboral al servicio de la Administración. Así, el Estatuto de los Trabajadores no negaba el carácter de empleador a los sujetos de naturaleza jurídico-pública ⁴ y la Ley 30/

¹ A través del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, se aprobó el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (BOE, núm. 40, de 15 de febrero).

² Resulta muy interesante, por el estudio hecho de la evolución de la contratación temporal en el seno de la Administración, DEL SAZ CORDERO, S.: *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Marcial Pons, Madrid, 1995. A su vez, también puede consultarse al respecto MARÍN ALONSO, I.: «La relación laboral especial de empleo público», en *Relaciones Laborales*, en prensa.

³ Constitución de 27 de diciembre de 1978 (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre), a la que en alguna ocasión se citará como CE.

⁴ Así el artículo 1.2 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (BOE, núm. 64, de 14 de marzo), definía al empresario como quien recibía la prestación de servicios de los sujetos incluidos en el artículo 1.1, pudiendo ser aquél, por tanto, un sujeto privado o público.

1984⁵, además de establecer los supuestos en los que se podía recurrir a dicho personal (art. 15), prohibió la contratación administrativa de carácter temporal (Disposición Adicional Cuarta)⁶, lo que supuso un fuerte impulso de carácter cualitativo para la prestación de servicios en régimen laboral. Tan alargada fue la sombra de la utilización de personal laboral en la Administración Pública que, en 1988⁷, la Ley 30/1984 fue reformada como consecuencia de la STC 99/1987, de 11 de junio, que reconocía la admisibilidad de la dualidad de regímenes jurídicos de los servidores de la Administración Pública, sin perjuicio de que nuestra Constitución mantuviese una manifiesta preferencia por el régimen funcionarial. Así, la existencia del personal laboral debía ser excepcional y correspondería, precisamente, a la Ley el establecimiento de los parámetros para especificar los puestos de trabajo que podrían venir desempeñados por el citado personal⁸.

La última norma que se ha referido a esta cuestión ha sido el Estatuto Básico del Empleado Público⁹, que continúa con la línea marcada por la STC 99/1987 y manifiesta una fuerte preferencia por el régimen funcionarial, como se desprende de la posibilidad de que el personal laboral fijo que desempeñe funciones específicas de funcionarios participe en pruebas selectivas de promoción interna para alcanzar dicha condición, valorándose como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición (Disposición Transitoria Segunda del EBEP). También la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP recoge una medida en ese sentido al permitir que se efectúen convocatorias de 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 a 1 de enero de 2005¹⁰. Esta firme posición resulta, además,

⁵ Nos referimos a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (BOE, núm. 185, de 3 de agosto).

⁶ Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que dicha prohibición no fue tan absoluta como de sus propios términos se desprendería pues cabía toda una serie de excepciones también recogidas en la propia norma: el contrato de colaboración temporal, que perviviría para determinadas categorías de profesores universitarios (Disposición Adicional Vigésima de la Ley 30/1984), y el contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales (Disposición Adicional Cuarta, apartado 2 de la Ley 30/1984).

⁷ Tal modificación se produjo a través de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (BOE, núm. 181, de 29 de julio).

⁸ RTC 99/1987.

⁹ Nos estamos refiriendo a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE, núm. 89, de 13 de abril), al que, en adelante, citaremos como EBEP.

¹⁰ Según PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, página 60, dichas disposiciones no son más que un mero reclamo para obtener votos en las elecciones, dada la proximidad de las mismas.

especialmente reforzada con la ampliación de los supuestos en los que se puede acudir a los funcionarios interinos (art. 10.1 EBEP), en detrimento de la contratación laboral temporal, que se ve imitada en esas nuevas figuras, como se verá más adelante.

Sabiendo de la razón de la existencia de dicho modelo dual de empleo público y de su legalidad, resulta necesario abordar los problemas que la misma puede suscitar respecto a la institución de la excedencia por cuidado de hijos en relación con los distintos tipos de personal existente y su diverso régimen jurídico, partiendo de que es conveniente la definición de las funciones que corresponden a cada uno de ellos para evitar agravios nacidos de situaciones en las que distintos servidores públicos realicen funciones similares bajo regímenes diversos ¹¹.

Entre el personal funcionario han de distinguirse los de carrera de los interinos ¹². Las diferencias entre los mismos se justifican por el hecho de que los segundos están unidos a la Administración de manera provisional por motivos de urgencia y necesidad y no cabe exigir un tratamiento igualitario con respecto a los funcionarios de carrera basándose en el artículo 14 CE por la propia naturaleza del vínculo que le une a la Administración ¹³. En el caso de los funcionarios, la excedencia y, más concretamente, la excedencia por cuidado de hijos, se recoge entre las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los funcionarios de carrera (art. 85.1 EBEP) y encuentra su regulación en el artículo 89.4 de la mencionada norma.

Por lo que hace al personal laboral, en el ámbito de la Administración Pública ha de distinguirse entre el personal indefinido, el personal fijo y aquellos que están unidos a la misma a través de una relación de carácter temporal. Para todos ellos, la regulación de la excedencia por cuidados de hijos se halla recogida en el artículo 46.3 TRET ¹⁴.

¹¹ Según el *Informe de la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP (Estudios Goberna), Madrid, 2005, p. 48, no se trata de eliminar los mismos, sino de aproximarlos. Así, la legislación debe establecer, en la medida de lo posible, un único tipo de régimen jurídico, estatutario o laboral, para los empleados que realizan cada tipo de función (p. 53 del mencionado *Informe*).

¹² Con anterioridad al EBEP, los eventuales eran considerados funcionarios de empleo, mientras que ahora «esta clase de personal, en ningún caso debe ser confundida, ni siquiera terminológicamente, con los funcionarios públicos», como se desprende del citado *Informe* (p. 49).

¹³ Según la STC 7/1984, de 18 de enero (RTC 7/1984), los diversos cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras creadas por el Derecho y en cuanto tales, y prescindiendo de su sustrato sociológico, al ser el resultado de la definición que éste haga de ellas, quedan configuradas como estructuras diferenciadas, con características propias, entre las que, en principio, no puede exigirse, ex artículo 14 CE, un tratamiento igualitario.

¹⁴ Nos referimos al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE, núm. 75, de

Esta sucinta referencia a los distintos tipos de personal existente al servicio de la Administración Pública y a la forma en la que la institución de la excedencia por cuidado de hijos se encuentra regulada para cada uno de ellos hace saltar las señales de alarma para cualquier jurista y le hace plantearse las siguientes cuestiones:

— Dado que la excedencia por cuidado de hijos está prevista en el texto del EBEP como una situación administrativa de los funcionarios de carrera, ¿quiere ello decir que se les está negando tal posibilidad a los funcionarios interinos?

— A su vez, partiendo de la ampliación de los supuestos en los que es posible el recurso a los funcionarios interinos en detrimento de la contratación laboral temporal y de las progresivas modulaciones que se vienen produciendo en la legislación laboral al objeto de aproximar el contenido de la relación jurídica de los empleados públicos con contrato laboral a la de los funcionarios ¹⁵, ¿no se produciría un trato discriminatorio para los funcionarios interinos con respecto a los empleados temporales en régimen laboral que sí tienen derecho al disfrute de la excedencia por cuidado de hijos?

Tratar de dar respuesta a las anteriores cuestiones es el objetivo que se marca la presente comunicación en las páginas que siguen.

II. FUNCIONARIOS INTERINOS Y EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: CRÓNICA DE UN DEBATE JURISPRUDENCIAL

Tras un largo camino no exento de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales derivados de la actuación de la Administración negando a los funcionarios interinos la excedencia por cuidado de hijos ¹⁶, dicho

29 de marzo). Para un estudio detallado de esta figura, puede consultarse *in extenso* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1998, y MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, pp. 173-181. Además, resulta especialmente interesante por la comparación que hace entre la excedencia en los ámbitos laboral y administrativo, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia (Un estudio en los ámbitos laboral y funcional)*, Montecorvo, Madrid, 1983.

¹⁵ Según el mencionado *Informe* (p. 54), a través de la negociación colectiva, a menudo se establecen condiciones de empleo para los laborales muy semejantes a las de los funcionarios y directamente inspiradas en la legislación aplicable a estos últimos, con lo que se produce un verdadero proceso de ósmosis por lo que hace al régimen del personal laboral con respecto al del personal funcionario.

¹⁶ LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 277-280, comenta diversos dictámenes en atención de consulta sobre la posibilidad de los funcionarios interinos de disfrutar la excedencia por cuidado de hijos.

personal consiguió ser beneficiario de la misma siempre que se dieran una serie de requisitos. Ahora bien, dicho camino estuvo marcado por diversos fallos, tanto de carácter afirmativo como en contra de su pretensión.

Entre los primeros se hallan aquellos que se la otorgaban, encontrando fundamento en que la literalidad del precepto en que se recogía la misma en la Ley 30/1984 (art. 29.4¹⁷) sólo hacía referencia a los funcionarios en general, sin caracterizarlos como de carrera o de empleo (*ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*); en que aquel derecho habría de aplicarse a los interinos en la medida que lo permitiera su naturaleza y régimen jurídico y en que el reconocimiento del derecho a esta excedencia no suponía la desaparición para el interino su peculiar régimen jurídico, distinto del de carrera, con lo que no se impedía que el puesto ocupado por el interino lo fuera mediante la provisión en forma legal por un funcionario de carrera, en cuyo caso, en principio, se producirá el cese del interino, decayendo la eficacia de la excedencia que, en su caso, se hubiere otorgado. Además, tampoco constituiría un problema insoslayable la posibilidad de llamar a otro interino a reserva de que sea ocupado por el interino¹⁸.

La opción contraria a que los funcionarios interinos pudieran hacer uso de dicha posibilidad se basaba en la naturaleza temporal de la relación que les unía a la Administración Pública, debida a la necesidad o urgencia de cubrir o atender un puesto de trabajo mientras se cubre la plaza, sin que obedezca a trato discriminatorio alguno, al partir de situaciones totalmente distintas en cuanto a la vinculación con la Administración: la de un funcionario titular de una plaza frente a la vinculación temporal de un interino¹⁹. A su vez, también se alegó que la finalidad del contrato de interinidad no es otra que la suplencia temporal de una plaza para evitar que la vacante existente carezca de persona que la sirva y, si se otorgase tan excedencia a los funcionarios interinos, se obviaría dicho principio pues el servicio público sufriría tal vacío servicial²⁰. Para negar que el artículo 29 de la Ley 30/1984 resultase de aplicación a dicha categoría, a pesar de no efectuar distinción alguna sobre el carácter de los funcionarios a quienes resulta de aplicación, se argumentaba que la situación administrativa que regulaba sólo podía reconocer-

¹⁷ En los mismos términos se expresaba el artículo 14 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (BOE, núm. 85, de 10 de abril).

¹⁸ STSJ de Castilla y León (Burgos) (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de septiembre de 2001 (RJCA 717/2002).

¹⁹ STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de junio de 1998 (RJCA 2168).

²⁰ STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de mayo de 1997 (AS 2644).

se a los funcionarios de carrera, por cuanto que los beneficios derivados de ella (derecho a la reserva del puesto de trabajo, cómputo del tiempo a efectos de trienios, derechos pasivos y consolidación de grado) no podían disfrutarse por los funcionarios interinos, en la medida en que aparecen vetados por determinados preceptos legales ²¹.

Ante esta discordancia de pareceres en la jurisprudencia ordinaria y teniendo en cuenta que la negación del disfrute de dicho tipo de excedencia podía producir la afectación de un bien digno de tutela constitucional como es la protección de la familia (art. 39.1 CE) y la imposibilidad de cumplir el mandato de asistencia de todo orden de los padres con respecto a los hijos (art. 39.3 CE), no se hizo esperar un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. El mismo abordó dicha cuestión en la STC 240/1999, de 20 de diciembre ²².

Esta sentencia, partiendo de los mencionados apartados 1 y 3 del artículo 39 CE, entiende que la excedencia por cuidado de hijos responde a principios y exigencias de relieve constitucional. Ahora bien, como la misma no recoge de manera expresa el derecho de todo trabajador a gozar de este tipo de excedencias, cabe en principio negar su disfrute, sin que resulte por ello inconstitucional, a cierto tipo de personal al servicio de la Administración Pública: en concreto, a los funcionarios interinos, por el hecho de prestar sus servicios de manera provisional y por motivos de urgencia. Así, la negación del disfrute por parte de este personal de la excedencia por cuidado de hijos se justificaría en el interés público de la prestación urgente del servicio, pues de esta forma no quedarían plazas temporalmente vacantes, aunque sea para atender bienes de relevancia constitucional como los recogidos en los mencionados apartados.

Dando un salto cualitativo, la referida sentencia del Tribunal Constitucional entra en la justificación de ese distinto trato otorgado a los funcionarios interinos frente a los de carrera cuando la relación que une al interino con la Administración es de larga duración: cinco años en el supuesto enjuiciado ²³. Esta «permanencia» del interino en el desarrollo

²¹ STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de abril de 2000 (RJCA 536).

²² RTC 240/1999. Esta sentencia ha resultado comentada de manera sucinta por CUA-DRADO ZULOAGA, D.: «Régimen jurídico del personal interino», en *Actualidad Administrativa*, núm. 4/2007, pp. 481-482.

²³ CANO GALÁN, Y.: «Discriminación laboral y reconocimiento a los médicos interinos del derecho a la excedencia por cuidado de hijos» (BIB 2000/206), en *Aranzadi Social*, 1999 (IV), p. 5, critica el establecimiento de ese plazo y plantea si habría de analizarse el caso concreto y, «a la vista de estos elementos, establecer un plazo inferior o superior». El señor Magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS, en el Voto Particular que suscribe a la STC 240/1999, establece que «lo que cuenta no debe ser tanto su tiempo de duración hasta el momento de solicitud de la excedencia [...] cuanto su precariedad consustancial hacia el futu-

de su puesto de trabajo hace que la justificación de un trato diverso pierda toda su razón de ser en los casos de personal interino que ocupa el mismo puesto de trabajo durante un período superior a cinco años, pues el carácter temporal y provisional de la relación funcionarial interina y la necesidad urgente en la prestación del servicio, se relajan de tal forma que resultaría en extremo formalista y desproporcionado negarles el disfrute de tal derecho, pues hay supuestos en los que las plazas no son objeto de cobertura definitiva o la misma se demora *sine die*.

Pero, entre los argumentos esgrimidos por nuestro Alto Tribunal el de la posible discriminación que puede derivarse de esta negación de la excedencia por cuidado de hijos a los funcionarios interinos de larga duración es el más significativo pues, según se manifiesta en la realidad y se comprueba a través de la estadística, son «las mujeres las que de forma casi exclusiva» la solicitan y, en consecuencia, al serles denegado, «prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral como consecuencia de esta circunstancia». De esta forma se produce una discriminación indirecta por razón de sexo.

El Tribunal Constitucional ha reiterado esta doctrina recogida en la sentencia 240/1999 en otra posterior: la STC 203/2000, de 24 de julio²⁴, que también se refería a un supuesto de interinidad de los denominados «de larga duración».

A pesar de las bondades de esta interpretación jurisprudencial, la misma no constituye la panacea para todos los supuestos que en la realidad pueden manifestarse pues ¿qué ocurre con los funcionarios interinos que no puedan ser considerados «de larga duración» debido a que no han venido prestando servicios para la Administración durante un prolongado período de tiempo? Así, han visto la luz pronunciamientos a través de los que se ha reconocido tal excedencia incluso en los supuestos de prestación de servicios de duración sensiblemente menor, basándose en que, como ya apuntábamos anteriormente, el artículo 29.4 de la Ley 30/1984 no distinguía entre funcionarios de carrera e interinos²⁵.

ro, al estar condicionada por la regular provisión de la plaza interinada por un funcionario de carrera, y al no tener por tanto ninguna garantía de proyección temporal ulterior».

²⁴ RTC 203/2000. Para un extenso comentario de esta sentencia puede verse ALONSO GARCÍA, B.: «Excedencia por cuidado de hijos menores de tres años de los funcionarios interinos (STC 2003/2000, de 24 de julio)», en VV.AA.: *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y La Ley, Madrid, 2004, pp. 3-25.

²⁵ En el caso estudiado por la STSJ de Castilla y León (Burgos) (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de septiembre de 2001 (RJCA 717/2002) la prestación de servicios tenía una duración de tres años. Cfr. con la STSJ de Castilla y León (Valladolid) (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de julio de 2002 (JUR 248454/2002), que niega la excedencia a un interino cuya prestación de servicios se había prolongado durante un perio-

III. LA POSTURA DEL EBEP ANTE EL DISFRUTE DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN DE CONJUNTO

El EBEP introduce una polémica novedad en relación con el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos por parte de los funcionarios interinos. Ello es debido a que la regulación de la misma se encuentra dentro de su Título VI, donde se recogen el artículo 85, que determina cuáles son las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, y el artículo 89.4, dedicado a la concreta regulación de dicha excedencia de los mencionados funcionarios ²⁶. Así, el EBEP se posiciona de forma diferente a la mención recogida con anterioridad en el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, ya que esta última sólo se refería a los funcionarios con carácter general, sin realizar ningún tipo de distinción entre los mismos.

Partiendo de este ineludible presupuesto, fluyen de forma natural las siguientes preguntas ²⁷:

— ¿Se debe esa exclusión de los funcionarios interinos a un error o descuido accidental pasado inadvertido durante la tramitación y aprobación del EBEP? Si la respuesta fuese afirmativa, un error como ese resultaría hartó criticable dado el alto grado de estudio y análisis a que dicha materia ha sido sometida.

— O, por el contrario, ¿el EBEP tiene como objetivo reducir el disfrute de esas excedencias al mero supuesto de que el beneficiario de la misma sea un funcionario de carrera? Esta opción puede venir sostenida porque el EBEP recoge en su articulado otros preceptos (art. 48-50) en los que, sin embargo no distingue entre los distintos tipos de funcionarios existentes, como en su día hiciera el artículo 29 de la Ley 30/1984 con respecto a las «situaciones de los funcionarios». Si ésta fuera

do inferior a cinco años. A su vez, el hecho de que la relación sea «de larga duración» no justifica que al interino le resulten de aplicación otras excedencias no relacionadas con bienes constitucionalmente protegidos como se desprende de la STSJ de Castilla y León (Valladolid) (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de julio de 2006 (RJCA 745). En el sentido de otorgar al interino una excedencia por razones de estudio a pesar de que su relación no era de larga duración, *vid.* la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de septiembre de 2002 (AS 2300/2003).

²⁶ Sobre la nueva regulación dada por el EBEP a las excedencias y su consideración como situación administrativa, puede consultarse CEA AYALA, Á.: «La regulación de las excedencias en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad Administrativa*, núm. 1/2008.

²⁷ Las dos primeras ideas han sido tomadas en préstamo de MARÍN ALONSO, I.: «La Ley Orgánica de Igualdad y el Estatuto Básico del Empleado Público ante el trabajo femenino en la función pública», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136 (2007), p. 880, quien se decanta claramente por la segunda de las opciones.

la finalidad de la nueva regulación, la misma resultaría contraria a la interpretación que el Tribunal Constitucional viene realizando sobre el derecho de los funcionarios interinos «de larga duración» a disfrutar de la excedencia por cuidado de hijos en atención a la posibilidad de que pueda encubrir una discriminación indirecta y a la relevancia constitucional de los bienes en juego (apartados 1 y 3 del art. 39 CE).

— Cabe esgrimir una tercera postura que consiste básicamente en lo siguiente: quizás el EBEP haya querido adoptar conscientemente una posición velada, necesitada de una interpretación de conjunto sobre los preceptos recogidos en su articulado, que le facilite tanto la argumentación a favor del disfrute por los interinos como de la opción contraria. Así, a través de su artículo 89.4, el EBEP procede a acotar el campo de los eventuales sujetos beneficiarios de la excedencia por cuidado de hijos a los funcionarios de carrera, que vienen definidos como «quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente» (art. 9 EBEP). Si se trae a colación, lo dictado en el artículo 10.5 EBEP, según el cual a los interinos «les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera», el posible campo de maniobras de la Administración resulta ampliado pues puede tanto negar al funcionario interino el disfrute de la excedencia alegando que su vinculación de carácter no permanente justifica la no aplicación de esa posibilidad especialmente prevista para los funcionarios de carrera²⁸, con lo que se volvería a las interpretaciones que venían haciendo los tribunales de instancia, como extender la misma a otros funcionarios. Cabe también afirmar que las situaciones administrativas, entre las que se encuentra la excedencia por cuidado de hijos, están recogidas expresamente para los funcionarios de carrera, pero lo cierto es que algunas de las mismas son aplicables por su propia naturaleza a los funcionarios interinos²⁹.

²⁸ El propio *Informe de Expertos*, en su página 57, tiene dudas sobre si los interinos tienen realmente carácter de funcionarios, debido a que su relación no está caracterizada por la inamovilidad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la inamovilidad no es patrimonio exclusivo de los funcionarios de carrera desde el momento en que también los laborales se encuentran investidos de la misma ya que, en caso de que su despido sea declarado improcedente, sólo cabe la readmisión, y no la opción por la indemnización (art. 96.2 EBEP). Sobre este particular puede consultarse, VIVERO SERRANO, J. B.: «El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Revista de Derecho Social*, núm. 40 (2007), pp. 63-82.

²⁹ Como bien señala BOLTAINA BOSCH, X.: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en VV.AA. (Dir.: DEL REY GUANTER, S.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 177 y 178, a pesar de que el servicio activo es una de las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, no cabe duda de que la misma resulta también de aplicación a los interinos. Sobre la excedencia por cuidado de hijos no se

— Otra posibilidad mucho más utópica resultaría de la interpretación del artículo 10.4 EBEP, según el cual «las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos», por no haber sido posible su cobertura por funcionarios de carrera, «deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización». Así, el EBEP parece confiar, en contra de que lo que demuestra la realidad³⁰, en que dichas interinidades no van a tener una «larga duración». Pero no ha de olvidarse que no constituye éste el único supuesto en que puede recurrirse a los funcionarios interinos [art. 10.1.b), c) y d) EBEP]. Por otro lado, el EBEP prevé la facultad de que ese empleo se convierta en estable mediante «pruebas con mochila»³¹ (Disposición Transitoria Cuarta), por lo que tampoco habrá un excesivo número de interinos al servicio de la Administración, y menos con derecho a optar a dicha excedencia.

Ante esta multiplicidad de opciones, quedaremos a la espera de que la resolución de nuevos procesos judiciales pueda arrojar un poco de luz sobre la diatriba interpretativa que el EBEP nos plantea. Quizás, incluso resulte necesario un nuevo pronunciamiento al respecto por parte de nuestro Tribunal Constitucional para clarificar la velada posición que, en mi opinión, adopta el EBEP.

pronuncia de manera inequívoca, aunque parece decantarse por su aplicación a los interinos estables como consecuencia de las ya citadas SSTC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 240/1999), y 203/2000, de 24 de julio (RTC 203/2000). En el mismo sentido se posiciona, con respecto a la excedencia por cuidado de hijos, la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS: *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)*, Madrid, 2007, p. 4. También entra en el estudio de la posible aplicación de ciertas situaciones administrativas a los interinos, aunque refiriéndose expresamente a la suspensión que no implique pérdida del puesto de trabajo, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Clases de personal», en VV.AA. (Dir.: SÁNCHEZ MORÓN, M.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 101.

³⁰ Además, no debe olvidarse que el EBEP no establece sanción para los supuestos de incumplimiento de esta norma, por lo que los mismos no se harán esperar. Para un amplio estudio sobre la temporalidad en la Administración, con aportación de numerosos datos estadísticos, *vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *La temporalidad en el empleo en el sector público*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, cuyo texto puede ser consultado en <http://www.ces.es/informes/2004/inf0304.pdf>. También es digno de ser mencionado DEFENSOR DEL PUEBLO: *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Madrid, 2003, cuyo texto se halla disponible para la consulta en <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp>.

³¹ Así las denomina, PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo, II: Organización y Empleo Público*, 19.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 486-488.

IV. POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RESPECTO DE OTRO PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA³²: EN PARTICULAR, EL PERSONAL LABORAL TEMPORAL

En el caso de decantarse por la opción que postula la negación de la excedencia por cuidado de hijos a los interinos o por aquella cuya ambigüedad hace que quede en manos de la Administración Pública si otorgar la misma o no, podría producirse un manifiesto trato desigual entre servidores públicos unidos a la Administración a través de relaciones de carácter temporal³³: de un lado, estaría el personal laboral temporal al servicio de la Administración, que sí podría disfrutar de la excedencia por cuidado de hijos³⁴, y, del otro, los funcionarios interinos que, gracias al EBEP, han visto ampliado el elenco de supuestos en que es posible acudir a ellos, en perjuicio de los contratados temporalmente.

Así, actualmente será posible recurrir a los funcionarios interinos en las siguientes situaciones³⁵:

— Cuando una plaza de plantilla quede vacante debido a que no sea posible su cobertura por un funcionario de carrera, siempre que concurren circunstancias de necesidad o urgencia en el desempeño del puesto de trabajo correspondiente [art. 10.1.a) EBEP].

³² Pese a que el EBEP incorpora el concepto de «empleado público», que ya había sido acuñado por la doctrina científica (entre otros, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Marco jurídico y competencial del personal al servicio de las Administraciones Públicas», en VV.AA.: *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, Granada, pp. 64-71), por inercia se sigue haciendo uso de la expresión personal al servicio de la Administración Pública.

³³ De manera genérica, no en particular sobre la materia concreta de la excedencia por cuidado de hijos, entendiéndose que se da una discriminación entre el personal funcionario y el sometido al régimen laboral, *vid.* MAIRAL JIMÉNEZ, M.: *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público: un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Granada, 1990.

³⁴ Así se posicionan MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 849, y ROMERO RÓDENAS, M. J.: «La excedencia por cuidado de hijos y familiares», en VV.AA.: *Mujer y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 80-81. También hay referencias al respecto en la jurisprudencia [STSJ de la Comunidad Valenciana, de 25 de noviembre de 1997 (AS 4030)] y en la normativa de desarrollo del artículo 15 TRET [art. 7 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (BOE, núm. 7, de 8 de enero de 1999)].

³⁵ Sin perjuicio de las recogidas en el EBEP, pueden encontrarse en la legislación sectorial otras causas semejantes de nombramiento en régimen temporal de personal de carácter funcional o estatutario. Así, se recoge, por ejemplo, en el artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE, núm. 301, de 17 de diciembre).

— Cuando se deba proceder a la de sustitución de funcionarios ausentes por diferentes motivos que tengan reservada la plaza (licencias, servicios especiales...), situación que es muy frecuente en la enseñanza y la sanidad públicas [art. 10.1.b) EBEP].

— Cuando resulte necesario para el desarrollo de programas temporales que respondan a necesidades no permanentes de la Administración [art. 10.1.c) EBEP].

— Cuando situaciones imprevistas de necesidad o urgencia hagan necesario contar, por plazo máximo de seis meses dentro de un período de doce meses, con un aumento de los efectivos como consecuencia de un exceso o acumulación de tareas [art. 10.1.d) EBEP] ³⁶.

La semejanza con el régimen laboral se aprecia de manera nítida en el artículo 10.1.d) EBEP que señala que podrán contratarse funcionarios interinos en el supuesto de «exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses», coincidente con el contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos del artículo 15.1.b) TRET. Igual apreciación podría hacerse entre el funcionario interino contratado para la ejecución de programas de carácter temporal, regulado en el artículo 10.1.c) EBEP, y el contratado laboral para obra o servicio determinado, contemplado en el artículo 15.1.a) TRET.

Ese mimetismo de figuras, que conlleva la posibilidad de poder optar en los supuestos anteriormente mencionados por la contratación de personal laboral de carácter temporal o por el nombramiento de funcionarios interinos, hace de nuevo saltar la alarma jurídica del intérprete del EBEP: ¿Qué ventaja le puede reportar a la Administración el nombramiento de un funcionario interino para la ejecución de programas de carácter temporal frente a la posibilidad de hacer uso del contrato por obra o servicio determinado? ¿Y en el caso del nombramiento de funcionario interino por exceso o acumulación de tareas frente al contrato laboral eventual? Además de la diferencia que antes se apuntó respecto a la posibilidad de disfrute por parte de los laborales temporales de la excedencia por cuidado de hijos frente a la velada posición que asumía el EBEP en relación con los funcionarios interinos, existen profundas razones de carácter económico que proceda a justificar la duplicidad que se produce ampliando los supuestos en que cabe el nombramiento de funcionarios interinos.

³⁶ En palabras de MARTOS NAVARRO, F.: *La nueva regulación del empleo público*, Mad, Sevilla, 2007, p. 38, los dos últimos novedosos supuestos tienen ciertas reminiscencias con los contratos temporales en régimen de Derecho Administrativo, que fueron prohibidos por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984.

Entre dichas razones cabe ser citada, por su importancia cualitativa, que cada vez se acudirá más por parte de la Administración a la figura de los funcionarios interinos en detrimento de los laborales temporales³⁷, con el objetivo de que no les resulte de aplicación las limitaciones y consecuencias establecidas en el artículo 15.5 y en la Disposición Adicional Decimoquinta TRET para los supuestos de uso reiterado de dichos contratos, para los supuestos de ficticia temporalidad³⁸. Se produce así un «indulto» de la Administración con respecto a la sanción recogida en el artículo 15.5 TRET³⁹.

Para concluir, teniendo en cuenta todas las circunstancias reseñadas, la situación del funcionario interino no puede resultar más precaria: no sólo parece que el EBEP le niega el derecho a la excedencia por cuidado de hijos dejando a la decisión de la Administración su eventual disfrute, sino que no le resultarán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 15.5 y en la Disposición Adicional Decimoquinta TRET, con lo que su precariedad se verá elevada a la máxima potencia. Y todo ello se ve más acrecentado en los supuestos de funcionarios interinos de programas o por exceso o acumulación de tareas pues, si en vez de haber sido nombrados funcionarios interinos, hubieran sido contratados laboralmente con carácter temporal, el régimen que les resultaría de aplicación tendría un marcado carácter garantista en aras de reducir la precariedad en el ámbito de la Administración Pública.

³⁷ Según el apartado 6, referido a los funcionarios interinos, de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE, núm. 150, de 23 de junio), con el nombramiento de los funcionarios interinos se pretende reducir al mínimo indispensable la utilización de las figuras de los contratos por obra o servicio y por circunstancias de la producción.

³⁸ El *Informe de Expertos*, en su p. 49, ha definido la misma como el desempeño de funciones de carácter permanente con la consiguiente prolongación indefinida de su situación, tanto en el caso de funcionarios interinos como de empleados laborales con contrato temporal.

³⁹ BOLTAINA BOSCH, X.: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», *ob. cit.*, p. 173.

Comunicación a la Ponencia Temática II

UN MODELO-PROPUESTA DEL CONTENIDO BÁSICO NORMATIVO DEL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN Y PREVENCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

FERNANDO DE VICENTE PACHÉS

Profesor TU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Jaime I de Castellón

SUMARIO:

I. EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO COMO FENÓMENO SOCIAL DE MÚLTIPLES Y DIFERENTES DIMENSIONES: SU PARTICULAR INCIDENCIA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—II. EL DEBERECHO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS AL RESPETO DE SU INTIMIDAD Y DIGNIDAD EN EL TRABAJO Y «ESPECIALMENTE» A LA PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO: EL TRATAMIENTO-CONEXIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL EBEP Y EN LA LOI.—III. UNA BREVE DELIMITACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO.—IV. REFLEXIONES EN TORNO A UN «MODELO-PROPUESTA» DE PROTOCOLO DE ACTUACIÓN Y PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 1. La obligación de elaborar y difundir un documento negociado a modo de protocolo de actuación en la Administración Pública. 2. Contenido normativo del documento-protocolo de actuación y prevención del acoso sexual/por razón de sexo en el empleo público, de conformidad con los principios básicos recogidos en el artículo 62 LOI. 2.1. Declaración de principios o compromiso ético frente al a. sexual/ a. por razón de sexo. 2.2. Delimitación clara y expresa del acoso sexual y por razón de sexo como conducta indebida e ilegal en el trabajo. 2.3. Obligación de informar a los empleados públicos de las actitudes y situaciones consideradas como acoso sexual/por razón de sexo. 2.4. Obligación de promover y facilitar una formación —suficiente, adecuada y completa— al personal del sector público. 2.5. Concreción de los procedimientos a seguir en caso de la existencia de acoso sexual/por razón de sexo en el trabajo. 2.6. Contemplar un cuadro expreso de las garantías que disponen los trabajadores —acosados y testigos— contra represalias por haber presentado una denuncia de acoso sexual/razón de sexo. 2.7. Régimen disciplinario y efecto ejemplarizante y disuasorio frente a este tipo de conductas. 2.8. Proporcionar asesoramiento y asistencia —por personal cualificado— a los trabajadores objeto de acoso sexual/razón de sexo. 2.9. Establecer y contemplar medidas de carácter asistencial para la víctima de acoso. 2.10. Revalorizar la intervención de los representantes legales de los empleados públicos.

I. EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO COMO FENÓMENO SOCIAL DE MÚLTIPLES Y DIFERENTES IMENSIONES: SU PARTICULAR INCIDENCIA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Según el Instituto de la Mujer, una de cada diez trabajadoras españolas ha sido víctima de acoso sexual. El 2,1 por 100 lo ha padecido a un nivel «muy grave», lo que implica abrazos, besos y tocamientos no deseados para conseguir sexo a cambio de mejoras laborales o incluso bajo amenazas de despido. El 3,6 por 100 de las trabajadoras reconoce haber sido acosada de forma «grave», siendo preguntadas acerca de su vida sexual y sobre la posibilidad de mantener relaciones fuera del trabajo¹.

El acoso sexual, además de ser un tema muy incómodo —tanto social como profesionalmente— es difícil sacarlo a la luz por toda la complejidad que conlleva probar los hechos, ya que los incidentes más graves suelen llevarse a cabo en ambientes privados, lejos de cualquier testigo neutro. Esta es la principal razón por la que en un 75 por 100 de los casos la víctima permanece callada, siendo el silencio de las propias víctimas lo que da fuerza a los acosadores; y, la mitad de las veces, cuando el acoso se comunica o denuncia, las organizaciones no se implican en el conflicto existente, importando más la imagen que puedan dar al exterior que el interés en resolver sus problemas internos. De ahí la importancia —al objeto de conseguir la igualdad— de promover y facilitar mecanismos internos que posibiliten la «transparencia» de una problemática apenas visible, pero que merma la calidad laboral de muchas mujeres.

¹ Puede consultarse en la página web del Instituto de la Mujer, Secretaría General de Políticas de Igualdad (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), el estudio e investigación elaborado por la entidad Inmark (Estudios y Estrategias, S. A.) sobre: «El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral: resumen de resultados», y publicado en abril de 2006.

El reconocimiento de que el acoso sexual constituye un problema en el entorno laboral de las distintas administraciones públicas y que tiene un efecto perjudicial en el bienestar individual de la persona y en la eficacia de las organizaciones administrativas, nos ha conducido a concebir medidas adecuadas para prevenirlo y combatirlo seriamente. El acoso sexual no es solamente una forma de poder para conseguir sexo, sino también una forma de utilizar el sexo para mantener el poder ². Por ello se destaca su uso como fórmula para alejar a la mujer de trabajos considerados tradicionalmente como masculinos y para retener los mejores trabajos en manos del hombre, perpetuando la desigualdad económica entre los sexos ³.

Por otra parte, el acoso laboral por razón de sexo (género), particularmente, a mujeres embarazadas o madres, es común en todas las escalas profesionales; el hecho de hacerla la vida imposible a la embarazada o madre (lo que ha venido a denominarse como «mobbing maternal») y lograr, en ocasiones, que la trabajadora se vea obligada a dejar su trabajo es una lacra latente. Un 13 por 100 de víctimas de acoso moral laboral creen que éste se produjo por la «única razón» de ser mujeres.

En nuestro país, la Administración Pública, lamentablemente, es el sector de actividad con el mayor índice de acosados (22,5 por 100). Estas formas de acoso laboral se producen actualmente en empresas donde la práctica del despido es poco frecuente, y como es sabido, es en la Administración pública donde se da el mayor número de casos y dentro de éste, sectores con especial incidencia son los de sanidad, educación, asistencia social, medios de comunicación, sector turístico, ONGs, empresas ideológicas (hospitales, colegios, universidades, ayuntamientos y, en general, en organismo administrativos públicos). Esto lo podemos poner en conexión con las propias peculiaridades organizativas y estructurales del sistema: la estabilidad en el puesto de trabajo, la estructura jerarquizada y cerrada, la práctica inexigencia de responsabilidad ante situaciones de abuso, la incompetencia e inoperancia en el cargo... son el caldo de cultivo perfecto para el surgimiento de este tipo de comportamientos ⁴.

Pero, además, existe una falta de visibilidad del acoso sexual, debido sobre todo a la tendencia al ocultamiento y su escasa notoriedad

² PERNAS, B.; OLZA, M. y NAREDO, M. J. (2000): *La dignidad quebrada. Las raíces del acoso sexual en el trabajo*, Madrid (Libros de la Catarata).

³ Wise, S., y STANLEY, L. (1992): *El acoso sexual en la vida cotidiana*, Barcelona, (Paidós).

⁴ AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R. (2002): «El acoso moral en el trabajo (mobbing): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución (legal)», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 233-234.

mediática, que tiende a circunscribirlo exclusivamente a la frontera del delito, y, en consecuencia, a que los casos leves permanezcan invisibles. Por otra parte, existe un fondo ideológico que no sólo actúa como caldo de cultivo para que se produzcan este tipo de conductas, sino que de alguna manera «lo justifica» y «normaliza», sobre todo en sus manifestaciones menos graves.

Por fortuna, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) —entre otros derechos individuales— reconoce, «especialmente», el derecho de los empleados públicos a la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), consagra —para la prevención de estas conductas— la obligación de las Administraciones públicas de negociar un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. En consecuencia, la tutela preventiva debe ser el instrumento adecuado para evitar que el acoso sexual/por razón de sexo prolifere en las administraciones públicas, pues la existencia de este riesgo laboral implica que la Administración pública, respecto del personal a su servicio, debe actuar para que éste no se produzca, analizando y evaluando el riesgo y adoptando cuantas medidas sean necesarias en prevención del mismo, a fin de evitar un daño a la salud de los empleados públicos y garantizar así, a través de estos protocolos de actuación negocia dos, un ambiente de trabajo sano y seguro ⁵.

Por consiguiente, se trata de poner en funcionamiento, de una vez por todas, los mecanismos para erradicar estos comportamientos de acoso sexual/por razón de sexo, actuando desde el ámbito interno de las administraciones en base a la racionalidad jurídica preventiva, como instrumento idóneo para que no prolifere estas formas de violencia laboral de género en los centros de trabajo.

⁵ Cabe recordar, que el objetivo de la LPRL, tal como se señala en su Exposición de Motivos, no es otro que «la protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo», lo que se corrobora en el artículo 14.1 LPRL al señalar que «el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo supone la existencia de un correlativo deber de protección del empresario-Administración frente a los riesgos laborales de sus trabajadores». Y el acoso sexual se ha considerado como un riesgo de naturaleza laboral, y es un riesgo profesional desde el momento en que se da en relación con el trabajo, entre dos personas que están vinculadas por un contrato laboral, que, o bien tienen una relación de jerarquía, o son compañeros de trabajo que prestan sus servicios en la misma organización productiva. Además, no podemos limitarnos a considerar como riesgos solamente aquellas situaciones que han causado accidentes y enfermedades, sino que habrá que entender por riesgos profesionales todas aquellas situaciones de trabajo que pueden romper el equilibrio físico, mental y social de los trabajadores. Y las conductas de acoso son casos típicos que pueden producir una lesión física o emocional a la víctima, y, por tanto, perfectamente incardinada en el concepto de riesgo laboral.

En definitiva, la cuestión concreta y fundamental a abordar en el presente trabajo, consiste en elaborar y exponer —de conformidad con los principios básicos recogidos en el art. 62 LOI y en ausencia todavía de disposición reglamentaria de desarrollo— una propuesta normativa —a modo de «decálogo»— sobre cuáles deben ser los contenidos esenciales que deberá comprender el protocolo de actuación y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el seno de las Administraciones Públicas⁶.

II. EL DERECHO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS AL RESPETO DE SU INTIMIDAD Y DIGNIDAD EN EL TRABAJO Y «ESPECIALMENTE» A LA PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO: EL TRATAMIENTO-CONEXIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL EBEP Y EN LA LOI

El acoso sexual se ha configurado, tradicionalmente, como una lesión del derecho a la intimidad del trabajador/a. No obstante, y a pesar de su conceptualización como una lesión del derecho a la intimidad, es llamativo que el acoso sexual en el trabajo, pueda violar un número significativo de derechos fundamentales básicos de la persona, además del derecho a la intimidad-dignidad. De ahí que se haya llegado a definir al acoso sexual como un «ilícito pluriofensivo», pues es éste susceptible de lesionar: 1) el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE); 2) el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE y art. 17 ET); 3) el derecho a la seguridad, la salud y la integridad física y moral del trabajador (arts. 15 y 40.2 CE); 4) el derecho a la libertad sexual y, finalmente, de manera indirecta, 5) el propio derecho al trabajo.

En este sentido, el EBEP reconoce, dentro del ámbito del derecho a su intimidad-dignidad en el trabajo, «especialmente», el derecho de los empleados públicos a la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo [art. 14.h)]. Y por lo que respecta al régimen disci-

⁶ La Disposición Final Sexta LOI recoge la previsión que la aplicación del protocolo de actuación sobre medidas relativas al acoso sexual o por razón de sexo regulado en el artículo 62 tendrá lugar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto que lo apruebe. El contenido de esta norma nos informa que para la implantación del protocolo de actuación de las medidas preventivas del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en la Administración General del Estado se llevará a cabo en un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la disposición reglamentaria que apruebe el Gobierno y que venga a desarrollar, de forma más detallada y completa, el contenido del artículo 62 LOI, el cual establece, a modo de mínimos, los principios básicos del protocolo de actuación de medidas preventivas frente a estas conductas, y que deberán ser negociadas con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores del sector público.

plinario, el «acoso moral, sexual y por razón de sexo» tiene la consideración de falta muy grave [art. 95.2.b)]. Asimismo, la LOI —para conseguir la erradicación y prevención de estas conductas— establece la obligación de las Administraciones públicas de negociar un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art. 62).

La LOI, siguiendo las indicaciones de las Directivas europeas, define los conceptos y categorías jurídicas básicas relativas a la igualdad, como las de discriminación directa e indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y acciones positivas. Y un aspecto sumamente interesante de la LOI es que incluye explícitamente, entre los derechos laborales de los trabajadores y las trabajadoras, la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. La LOI y el EBEP se han considerado normas, además de oportunas, absolutamente necesarias, estimándose muy positivo que —en leyes de esta naturaleza— se hiciera una regulación y tratamiento más específico o con una referencia «especial» al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

El tratamiento del acoso sexual y por razón de sexo —tanto en la LOI como en el EBEP— no es que haya supuesto una novedad jurídica, pero sí representa un instrumento eficaz para combatir el acoso y un mecanismo importante para promover la igualdad real entre mujeres y hombres.

En la LOI, en materia de acoso sexual/por razón de sexo, nos encontramos con tres preceptos fundamentales: el artículo 7 LOI, en el cual, con carácter general, se definen estas conductas y que, por su ubicación en el texto normativo, va dirigido a la sociedad en su conjunto; el artículo 48 LOI recoge las medidas específicas de prevención del acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral estrictamente; y, finalmente, el citado artículo 62 LOI, que establece las medidas de prevención —protocolos— para el ámbito concreto de la Administración Pública⁷.

En la LOI se recogen dos conceptos de acoso relacionados con el sexo. Se establece, por una parte, que constituye acoso sexual «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degra-

⁷ Pero, además de estos preceptos nucleares, se modifica la letra g) del apartado 2 del artículo 54 ET, convirtiéndose el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa en causa de despido disciplinario. Se modifica el artículo 4 ET, donde se reconoce el derecho a la intimidad-dignidad, comprendiendo en el mismo la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo. Asimismo, es llamativo constatar que su referencia aparece por todo el articulado de la LOI: artículos 12, 14, 27, 46, 51, DF 6.ª; artículo 13.bis LISOS; artículo 11.bis LEC; artículo 19 LJCA; artículo 18 LGS.

dante u ofensivo» y, por otra, «constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo»⁸. Tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo, en consonancia con la normativa comunitaria europea, se consideraran en todo caso discriminatorios. Y el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

Pero, en qué consisten exactamente estas dos conductas discriminatorias, en definitiva, ¿qué es el acoso sexual y el acoso por razón de sexo? ¿en dónde radican las diferencias de estas manifestaciones de violencia laboral de género?

III. UNA BREVE DELIMITACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

Por lo que se refiere al concepto de acoso sexual consagrado en el artículo 7.1 LOI, hemos de advertir que su definición deriva del resultado de todo un proceso histórico normativo (del derecho internacional, del derecho norteamericano y del comunitario europeo) que ha hecho que, a lo largo de los tiempos, el acoso sexual tenga múltiples conceptualizaciones y acepciones⁹.

⁸ El fundamento normativo en relación al acoso sexual y al acoso por razón de sexo se encuentra en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (modificada por la Directiva 2002/73/CE) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, considerando que «la conducta no deseada de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, es inaceptable y puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato». Esta Directiva, así como otras relativas al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral han sido refundidas en una sola disposición, en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁹ Como hitos normativos significativos —además de las *Directivas* ya mencionadas— es obligada la referencia a la *Recomendación* 92/131/CE de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, en cuyo anexo se contempla el *Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual*. Sin olvidar, como antecedente a toda esta normativa comunitaria, el *Informe Rubenstein*, realizado en 1987 por encargo de la Comisión, que hace un estudio pormenorizado de las diversas implicaciones de tal conducta, propone medidas para combatirlo y solicita un proyecto de Directiva específica sobre la materia. Y el reciente *Acuerdo Marco*

Es cierto que estamos ante uno de los temas más complicados que ha de acometer la doctrina laboralista. De una parte, y entre otras razones, porque el acoso sexual se refiere a comportamientos muy difíciles de especificar¹⁰, desconociéndose qué comportamientos pueden quedar encuadrados como conductas de acoso y cuáles no. Obviamente, esta falta de determinación o concreción del tipo ilícito genera una enorme inseguridad jurídica. De otra, porque hay que tener presente que el acoso sexual refleja una concepción social, en el sentido de que «en su delimitación desde la perspectiva jurídica interfieren diversas concepciones sociales —dominantes o al menos muy extendidas— sobre cuál es la conducta *normal* tanto masculina como femenina en sus mutuas relaciones, especialmente cuando en dicha relación existen componentes de carácter sexual»¹¹.

En ocasiones, socialmente se entienden como aparentemente «normales», comportamientos que en realidad son considerados ilícitos: mitos, estereotipos, prejuicios, falsas ideas, ya sea referidas a las mujeres que son objeto del acoso, sobre sus agresores, o el contexto en el que se producen. Tales ideas se hallan estrechamente relacionadas con las creencias dominantes acerca de los roles sexuales, es decir, sobre la creencia que en nuestra sociedad se adjudica a hombres y mujeres, y sobre las características de las relaciones sexuales. Todo ello conlleva una tendencia a minimizar el problema del acoso sexual en el entorno laboral. De esta forma, se demuestra la importancia que tiene delimitar qué conductas son constitutivas del acto ilícito de acoso sexual, materia que se ha convertido en un reto difícil al que se ha enfrentado tradicionalmente la doctrina judicial y nuestro ordenamiento jurídico¹².

Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007, cuya finalidad es aumentar el conocimiento, sensibilización y comprensión de los empleadores, de los trabajadores y de sus representantes sobre el acoso laboral y proporcionarles unas pautas orientadoras para identificar, prevenir y afrontar los problemas de acoso y la violencia en el trabajo.

¹⁰ «Una misma conducta por parte de un trabajador hacia otro puede ser considerada por este último como sumamente rechazable o, por el contrario, como intrascendente o incluso positiva, dependiendo de las circunstancias y de las personas en cuestión», DEL REY GUANTER, S. (1993): «Acoso sexual y relación laboral», en *Relaciones Laborales*, núm. 3 y 4, p. 86.

¹¹ Eso hace que «a veces determinados estereotipos de conductas están tan extendidos que (...) los propios sujetos activos del acoso están totalmente sorprendidos de que sus comportamientos puedan ser considerados como ilícitos», DEL REY GUANTER (1993): «Acoso sexual y relación laboral», en *Relaciones Laborales*, núm. 3 y 4, p. 86.

¹² El Tribunal Constitucional entiende que el «acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador» (STC 224/1999, 13-12-1999). Según la doctrina de los tribunales, se puede considerar acoso sexual en el trabajo «toda conducta de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de organización y dirección de una empresa o en relación o como consecuencia de una realización del trabajo, cuyo sujeto activo sabe o debe saber que es ofensiva y no deseada por la víctima, cuya

Si hacemos una breve referencia a los orígenes del acoso sexual, éstos los encontramos en EEUU, país pionero en su regulación y tratamiento. Va ser en este país en donde se producen los primeros pronunciamientos jurisprudenciales y en donde se va a llevar a cabo las primeras construcciones doctrinales, que a la postre, van a ser de considerable influencia en la legislación comunitaria europea y en la de otros países. La idea originaria que domina en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales americanos, es que el acoso sexual está relacionado con el poder, es manifestación de una relación de poder y se encuentra íntimamente relacionado con la situación desventajosa y de inferioridad de las mujeres en el mercado de trabajo ¹³.

Se entiende por **acoso sexual** «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo» (art. 7.1 LOI).

La definición de la LOI no coincide en su totalidad con la contemplada en la Directiva europea de donde proviene —Directiva 2002/73/CEE—, dado que elude los términos «hostil», «humillante», y no se hace referencia al acoso no verbal, o que se trate de una conducta no deseada ¹⁴. En esta definición quedan comprendidas, las dos modalidades de acoso sexual:

posición ante la misma determina una situación que afecta al empleo, a las condiciones de trabajo de ésta y que, en todo caso, tiene como objetivo o como consecuencia crearle un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante» (STSJ Andalucía 9-10-1998) o «que impliquen trato vejatorio para el/la trabajador/a, atenten al respeto de la intimidad y dignidad de la mujer o el hombre. En el supuesto en que tales acciones se lleven a cabo sirviéndose de su relación jerárquica con la persona afectada y/o sobre personas con relaciones de trabajo de duración determinada, la falta será considerada muy grave. La publicidad de la acción será otra circunstancia agravante» (STSJ Castilla y León 30-3-1998).

¹³ Como afirma MACKINNON: «toda imposición indeseada de requerimientos sexuales en el contexto de una relación de poder desigual». Y en esta línea pone de relieve que: «el acoso sexual ejemplifica y promueve las prácticas laborales que ponen en situación de desventaja a las mujeres en el trabajo... minando su potencial para su igualdad social (...) el acoso sexual tiene lugar principalmente porque las mujeres ocupan posiciones y funciones laborales inferiores; al mismo tiempo, el acoso sexual coadyuva a mantener a las mujeres en tales posiciones». Y en este sentido, «el acoso sexual es un fenómeno que afecta un grupo definido por el sexo de las personas que lo componen, las mujeres, para tratarlas de una manera especial que tiene repercusiones deplorables y ataca su condición de trabajadoras. El acoso sexual impone restricciones a las mujeres que no se aplican a los hombres. La priva de posibilidades que pueden beneficiar a los empleados masculinos sin condicionantes sexuales. En definitiva, crea dos normas para el empleo: la una para las mujeres, comprensiva de exigencia sexuales, la otra para los hombres, sin estas exigencias». MACKINNON, C. (1979): *Sexual Harassment of working women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven, CT, Yale University Press.

¹⁴ El propio Consejo Económico y Social (CES) en su dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Igualdad, valoró positivamente que se diera cumplimiento a la obligación de transposición de la Directiva 2002/73/CEE, ahora bien criticó que la LOI no contemplara

- *Acoso sexual de intercambio (quid pro quo)*, más conocido con la denominación de chantaje sexual, que es el realizado bien por el empresario o personal directivo de la empresa o bien por trabajadores jerárquicamente superiores a otros, que condicionan, directa o indirectamente, alguna decisión laboral a la aceptación de la propuesta sexual por parte de éstos. Su característica esencial está en que la aceptación del requerimiento de carácter sexual se hace condición de empleo; el empresario o personas con poder delegado de él, toma decisiones laborales condicionándolas a si el trabajador/a se somete a sus requerimientos. Existe siempre una relación de jerarquía.

- *Acoso sexual ambiental* («hostile environment harassment»), un ambiente hostil es uno en el cual el acoso es lo suficientemente grave e intenso como para alterar las condiciones laborales del trabajador y crear un ambiente laboral abusivo. En este tipo de acoso no se impone ninguna condición, dado que lo definitorio es el desarrollo de un comportamiento de naturaleza sexual de cualquier tipo (bromas persistentes y graves de carácter sexual (ofensas verbales), alusiones o comentarios groseros sobre la vida íntima del trabajador, los requerimientos a trabajadores para que lleven una ropa sexualmente insinuante...) que tiene como consecuencia —querida o no— producir un contexto laboral negativo —intimidatorio, hostil, ofensivo, humillante— para un trabajador, lo cual tiene a su vez como consecuencia el que dicho trabajador no pueda desarrollar su prestación laboral en un ambiente mínimamente adecuado. No existe relación de jerarquía, pero el trabajador se ve sometido a tal tipo de presión por conductas de tipo sexual en el trabajo que termina creándole una situación laboral intolerable.

Por su parte, constituye *acoso por razón de sexo* —de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.2 LOI— «cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo»¹⁵.

Del contenido y contraste de ambas definiciones, parece que se introduce algún elemento de confusión en torno a la delimitación exacta entre acoso sexual y acoso por razón de sexo. La clave para despejar

en su integridad las definiciones de acoso y acoso sexual que hace la Directiva europea, considerando que el texto de la Ley Igualdad debería ceñirse en mayor medida a la redacción de la Directiva, «a fin de lograr una mejor adecuación del ordenamiento jurídico español a sus objetivos».

¹⁵ Al igual que el acoso sexual, la definición de acoso por razón de sexo proviene de la Directiva 2002/73/CE —que modifica la 76/207/CEE—. La definición de acoso por razón de sexo del artículo 7.2 LOI no es idéntica a la de la Directiva 2002/73/CE dado que tampoco se incluyen los términos «hostil» y «humillante», además de ofrecer una definición del denominado «acoso relacionado con el sexo», concepto mucho más amplio que el de acoso por razón de sexo.

dudas interpretativas reside en que el acoso sexual, en cualquiera de sus manifestaciones (chantaje o acoso sexual ambiental), ha de tener un contenido sexual; de índole o naturaleza sexual, expresión que se utiliza en referencia a las conductas directa o indirectamente encaminadas a la consecución de satisfacción carnal, esto es, en el acoso sexual existen favores o pretensiones de índole sexual.

Mientras que, por el contrario, el acoso por razón de sexo se refiere a cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona¹⁶, pero en este caso, el sentido de la expresión «sexo» hace referencia al sexo como género¹⁷ —masculino o femenino— de la persona¹⁸. En consecuencia, es la condición de ser mujer u hombre, el factor determinante que motiva el acoso, o —dicho de otra forma— el factor que condiciona determinadas conductas perjudiciales para la mujer o el hombre se produce por los estereotipos sociales contruidos en torno al papel en la sociedad de mujeres y hombres¹⁹, diferenciando así el acoso sexual del acoso sexista —en el carácter sexual o asexual del comportamiento mismo constitutivo de acoso—. En definitiva, en la mayoría de los casos, se trata, lamentablemente, de un proceso de persecución a la mujer por el estereotipo social que sigue pesando sobre ella, como sujeto responsable del cuidado de los hijos y ascendientes y relegada a las tareas domésticas o manteniéndola en trabajos peores o un «trabajo de segunda». Si bien, los hombres incumplidores de los roles de su género podrían ser, asimismo, eventuales víctimas.

¹⁶ VALLEJO DACOSTA, R. (2007): «El acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», en *Relaciones Laborales*, núm. 5.

¹⁷ Se ha utilizado el término «género» para denominar una realidad compleja que alude a las características consideradas «apropiadas» para la mujer y el hombre dentro de la sociedad. En estos casos, «no se acosa por razón del sexo femenino de la víctima (características físicas y biológicas), sino por razón de los estereotipos sociales asociados al sexo femenino de la víctima» y, en definitiva, «el acoso sexista consiste en imponer a la víctima una conducta incluida en los estereotipos sociales asociados a su sexo», LOSUADA AROCHE-NA, J. F. (2003): «El acoso moral por razón de género», en *Aranzadi Social*, núm. 15.

¹⁸ Ejemplos de acoso por razón de sexo serían no ascender a una persona por el hecho de ser mujer (o hombre) o pagarle unos salarios inferiores o realizar continuas referencias misóginas —sin carácter estrictamente sexual— por parte de un superior sobre sus trabajadores. Otra forma de acoso por razón de sexo sería los supuestos de acoso por razón de la maternidad o por el ejercicio general de responsabilidades familiares, pues muchos supuestos de acoso tienen su origen en la maternidad y en la situación que la misma conlleva; mal admitido por algunos empleadores no dispuestos a asumir los derechos derivados de la maternidad. También constituye acoso por razón de sexo las expresiones tendentes a desvalorizar al género femenino (o masculino) su actuación laboral con comentarios ofensivos tipo —entre otras—: «vete a tu casa a fregar», «mujer tenía que ser», «todas las mujeres estáis locas» o «no puedo confiar en ti porque eres madre y no puedes trabajar» (sentencia del Juzgado de lo Penal, núm. 8, de Valencia, de 21 de abril de 2005).

¹⁹ MOLINA NAVARRETE, C. (2006): «El acoso moral laboral por razón de género como delito», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 27, pp. 13 y 14.

Desde esta asimilación, podemos tomar como referente la Ley Gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres²⁰, que viene a definir al acoso moral por razón de género «como cualquier acción u omisión relacionada con el género y, en especial, con las situaciones de maternidad o de asunción de otras cargas familiares que tengan como finalidad o como consecuencia atentar contra la dignidad de la persona, sea mujer u hombre, a través de la creación de un entorno intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo» (art. 53).

De forma más simplificada, pero clara y útil, en la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco²¹, se utiliza la expresión «acoso sexista» considerando a éste —en el trabajo— como «cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado dirigido contra una persona por razón de su sexo y con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona o de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Cuando dicho comportamiento sea de índole sexual se considera acoso sexual» (art. 43). Observamos en esta definición —nítidamente— la distinción entre acoso sexual y acoso sexista —o por razón de sexo, tal y como viene expresado en la LOI—.

IV. REFLEXIONES EN TORNO A UN «MODELO-PROPUESTA» DE PROTOCOLO DE ACTUACIÓN Y PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es importante subrayar, que la mayor novedad que presenta la LOI radica en la prevención de las conductas discriminatorias —como es el caso del acoso sexual y el acoso por razón de sexo— y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Y para la consecución de los objetivos fijados a través de los Planes de Igualdad²², éstos podrán contemplar, entre otras materias, «la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo» (art. 46.2 LOI); esto es, la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo es una de las materias que van a formar parte del contenido de los planes de igualdad

²⁰ Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, publicada en el Diario Oficial de Galicia, núm. 149, de 3 de agosto de 2004.

²¹ Boletín Oficial del País Vasco, núm. 42, de 2 de marzo de 2005.

²² En este sentido, se dispone que el Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, y que dicho Plan de Igualdad establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medias a adoptar para su consecución (art. 64 LOI).

de las empresas y de las Administraciones públicas ²³. Por lo que podemos concluir, que el legislador lo que pretende es erradicar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral y que uno de los mecanismos clave para su consecución es a través de la prevención ²⁴. La LOI debería haber incidido en modificar y reformar la LPRL, considerando explícitamente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo como un riesgo profesional que es y, por tanto, tutelable a partir del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.

En cualquier caso, es significativo y muy loable, que, al igual que en las relaciones de trabajo, el instrumento fundamental para eliminar y combatir el acoso sexual en el ámbito de las Administraciones públicas se materialice también desde la perspectiva de la prevención, pues, en definitiva, estamos frente a la existencia de un riesgo más que se acontece en las relaciones del personal al servicio de las Administraciones públicas y, como es sabido, con unas consecuencias devastadoras en la persona del trabajador ²⁵.

1. La obligación de elaborar y difundir un documento negociado a modo de protocolo de actuación en la Administración Pública

El Título V LOI regula el principio de igualdad en el empleo público, estableciéndose los criterios generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de las Administraciones públicas y la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado. Dentro de este Ti-

²³ Si no existiera obligación de elaborar un plan de igualdad o no se adoptará éste de forma voluntaria, la prevención del acoso sexual/por razón de sexo se convierte igual en una de las materias sobre las que se deberá negociar (contenido obligatorio de convenio), ya que la empresa viene, en cualquier caso, obligada a «adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 LOI.

²⁴ Debemos tener presente que el artículo 27.3.c) LOI, establece que «Las Administraciones públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, las siguientes actuaciones (...): c) la consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo». Asimismo, debemos mencionar, que la LOI crea un nuevo apartado 4 en el artículo 5 LPRL, señalando que: «Las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres (...), con el objeto de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores».

²⁵ El Código de Conducta Europeo sobre las medidas para combatir el acoso sexual, recuerda que el acoso, además de «constituir un riesgo para la salud y la seguridad «contamina el entorno laboral» y puede tener un «efecto devastador sobre la salud, la confianza, la moral y el rendimiento de las personas que lo padecen».

tulo V, el capítulo III se dedica a las medidas de igualdad en el empleo en el ámbito de la Administración General del Estado, en sentido análogo a lo previsto para las relaciones de trabajo en el sector privado, y con la previsión específica del mandato de aprobación de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo.

Como se puede comprobar, lo que pretende el legislador con este capítulo es trasladar las medidas sobre igualdad en el empleo al ámbito de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, tal y como está previsto para el ámbito de las relaciones de trabajo en el sector privado. Es decir, se quiere trasladar el mismo bloque de medidas sobre igualdad al sector público —de la misma forma que existe tal conjunto de medidas en el sector privado— si bien introduciendo y acomodando esta normativa a las peculiaridades o particularidades que el sector público presenta ²⁶.

Con la expresión «protocolo», entendemos que el legislador hace referencia —partiendo del enfoque de la prevención— a todo el conjunto de principios, normas y medidas de actuación a los efectos de combatir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Asimismo, el «protocolo» debe recoger el procedimiento de actuación a seguir en los casos en que existan denuncias de acoso laboral. El acoso sexual y por razón de sexo es una materia que preocupa al legislador, y ello se corrobora en el hecho de que la LOI dedique un precepto exclusivo, de manera que la previsión específica de obligada aprobación de un protocolo de actuación, es prueba más que evidente de la importancia que para conseguir la igualdad en el empleo público tiene la prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

Es más, la materia no la deja el legislador en papel mojado y vacía de contenidos, puesto que en la disposición adicional sexta LOI se precisa que la aplicación de este protocolo de actuación sobre medidas relativas al acoso sexual o por razón de sexo, tendrá lugar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de un Real Decreto que lo apruebe ²⁷.

²⁶ Si en el sector privado las empresas vienen obligadas —dentro del contenido de sus planes de igualdad— a eliminar la discriminación por razón de sexo y para alcanzar tal objetivo los planes de igualdad deberán incorporar, entre otras materias, la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (arts. 46 y 48 LOI); en el sector público, la Administración General del Estado viene también obligada a la aprobación de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo.

²⁷ Ello significa, que este protocolo que implante las medidas preventivas del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en la Administración General del Estado, se regulará a través de una disposición reglamentaria. Por lo tanto, se regulará por un Real Decreto de desarrollo y se dará un plazo concreto de seis meses para su implantación y aplicación. En consecuencia, habrá que esperar al contenido de esta disposición reglamentaria que regulará de forma más minuciosa y detallada todo lo relativo a esta particular materia, demostrando, una vez más, la importancia de la erradicación de estas formas de acoso en las relaciones de los empleados públicos.

Otro aspecto interesante, consiste en el hecho que el protocolo de actuación deberá negociarse con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, poniendo nuevamente de relieve, al igual que en las relaciones laborales reguladas en el ET (art. 48 LOI), la importante implicación de los representantes legales de los trabajadores y trabajadoras para la eliminación de estas formas de discriminación por razón de sexo. En consecuencia, la ley recoge explícitamente, una vez más, la decisiva implicación de estos sujetos para conseguir los objetivos marcados en materia de igualdad en el empleo. El hecho de involucrar frente a este fenómeno a todos los agentes sociales, hace que estos protocolos de actuación —al igual que en el sector privado los códigos de conducta o de buenas prácticas (art. 48 LOI)— adquieran un marcado carácter de «acuerdos» o «pactos» entre la Administración y la representación de los trabajadores y trabajadoras, como una forma o elemento más de consensuar políticas en común para combatir estas formas de acoso laboral.

En este sentido, el artículo 62. LOI, consagra una serie de principios que deberá comprender el protocolo de actuación. Entendemos que estos principios recogidos en el artículo 62 LOI no son una relación exhaustiva y cerrada, sino que se trata, más bien, de unos principios básicos o fundamentales —a modo de guía e inspiración— que debe regir el contenido del protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. Se trata de unos principios genéricos, a modo de mínimos (expresamente se indica en el art. 62 LOI que comprenderá, «al menos») que deberán tomarse en consideración y quedar plenamente contemplados y desarrollados en el futuro reglamento que regule minuciosamente la implantación de estos protocolos de actuación en el sector público (DF 6.^a LOI) ²⁸.

Por todo ello —en ausencia todavía de disposición reglamentaria de desarrollo de este precepto de la LOI— vamos a pasar a exponer, a modo de «propuesta-modelo», el contenido esencial normativo —mínimo y fundamental— que deberá comprender el protocolo de actuación y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el seno de las Administraciones Públicas, conscientes de la naturaleza y peculiaridades que la misma presenta. Para la «confección» de esta propuesta legislativa, tomamos en consideración, como punto de partida, el análisis de la normativa —internacional, europea y nacional— existente sobre esta singular materia, y de la experiencia en la elaboración y

²⁸ En cualquier caso, mantenemos la opinión de que los principios de este artículo 62 LOI, son unos principios generales, muy elementales, a tener en cuenta en la elaboración de los protocolos de actuación, pero que, indefectiblemente, será el futuro Real Decreto que regule la implantación de estos protocolos el que deberá ser más riguroso y completo en la regulación de la materia.

regulación de protocolos de actuación sobre acoso existentes en la administración autonómica y en la negociación colectiva —acuerdos o pactos— de los diferentes sectores de nuestro país ²⁹.

2. Contenido normativo del documento-protocolo de actuación y prevención del acoso sexual/por razón de sexo en el empleo público, de conformidad con los principios básicos recogidos en el artículo 62 LOI

2.1. Declaración de principios o compromiso ético frente al acoso sexual/acoso por razón de sexo

Es esencial partir en el documento-protocolo con una «Declaración de Principios», en la que se disponga expresamente el respeto debido a la dignidad de todos los trabajadores y que no se permitirá y tolerará el hostigamiento sexual. En esta línea se sitúa el Código de Conducta Europeo, que como medida concreta, propone la elaboración por parte de las empresas de una «Declaración de Principios» que disponga expresamente el respeto debido a la dignidad de todos los trabajadores y que no se permitirá y tolerará el hostigamiento sexual, así como el derecho que tienen todos los trabajadores a presentar denuncias si estos hechos llegan a producirse.

²⁹ Sin menospreciar el estudio de la destacada doctrina judicial y científica española y extranjera que ha trabajado en este campo; además de la anteriormente citada, puede hacerse ahora referencia a: ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002): *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch); CAVAS MARTÍNEZ, F. (2002): «Avanzando por la senda de la igualdad entre géneros (Noticia breve de la Directiva 2002/73/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE)», en *Aranzadi Social*, núm. 13 (2007); «El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo», en *Aranzadi Social*, núm. 11; DUNCAN CHAPPELL y VITTOTIO DI MARTINO (2006): *Violence at work*, Ginebra, (OIT), 3.ª ed.; GARCÍA-PERROTE, I (2008): «Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres», en *Relaciones Laborales*, núm. 4; KURCZYN VILLALOBOS, P. (2004): *Acoso sexual y discriminación por maternidad*, México (Universidad Nacional Autónoma de México); LOUSADA AROCHENA, J. F. (1985): «La protección jurisdiccional en el orden social frente al acoso sexual en el trabajo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid (Aranzadi), núm. 185, de 16 de febrero (1996); *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Granada, (Comares), (2003): «El acoso moral por razón de género», en *Aranzadi Social*, núm. 15 (2003); «Las exigencias de trasposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002», en *Aranzadi Social*, núm. 5; LUELMO MILLÁN, M. A. (2006): «La normativa que viene sobre el acoso moral y sexual y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes a su tratamiento jurídico», en *Aranzadi Social*, núm. 12.; MERCADER UGUINA y ROMERO SOLANA, A.: «El concepto de acoso por motivos sexuales: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres», en MERCADER UGUINA, J. R. (2007): *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Valencia (Tirant lo Blanch); PURCALLA BONILLA, M. A. (2004): «Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo),

Se trata que en el documento se prohíba —de forma tajante— este tipo de conductas, y que exista constancia de un compromiso —asumido por todos— de «tolerancia cero» frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo, ya que ambas conductas suponen, además, un comportamiento inaceptable y un claro incumplimiento del deber de buena fe contractual³⁰.

En este sentido, uno de los principios recogidos en el artículo 62 LOI hace expresa referencia al «compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo». En una ocasión más, y de forma insistente, adopta el legislador el enfoque en virtud del cual ha de ser la prevención el instrumento fundamental para erradicar el acoso en las relaciones de trabajo, e incide de nuevo en la idea de mantener una postura clara de «tolerancia cero» ante el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Además, se habla de «compromiso» de la Administración General del Estado, prueba palpable de que la lucha frente al fenómeno del acoso sexual se plantea sin formalismos y dejando clara que no se hace a modo de mera declaración de buenas intenciones. La expresión compromiso tiene calado, pero, necesariamente, tendrá que ser la norma de desarrollo la que dé sentido y contenido para saber en qué consiste y en qué se traduce realmente tal compromiso.

En el «Protocolo para la prevención y tratamiento de los acosos moral y sexual en el trabajo» de la entidad bancaria Bancaja (Valencia, 2007), en su declaración de principios, declara que todo el personal tiene la responsabilidad de ayudar a garantizar un entorno laboral en el que resulte inaceptable e indeseable todo tipo de acoso y, en concreto los directivos tienen la obligación de garantizar con todos los medios a su alcance que no se produzca acoso moral ni sexual en los grupos de trabajo o unidades que estén bajo su responsabilidad; y que de producirse una situación de acoso debe quedar garantizada la ayuda a la persona que lo sufra y evitar con todos los medios posibles que la situación se repita³¹.

Aranzadi Social, núm. 10; VICENTE PACHÉS, F. DE (1998): *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, (CES); (2005): «La configuración del acoso moral en el trabajo y las soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales», en *Revista Tribuna Social*, núm. 180 (2007): «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho Comunitario Europeo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67 (2007): «Comentarios a los artículos 7, 48, 62, Disposición Adicional 11.ª, Disposición Adicional Final 6.ª LOI (y otros)», en AA.VV. (J. I. GARCÍA NINET, Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia (CISS).

³⁰ En este sentido son interesantes los «Principios directores» consignados en el «Acuerdo entre la Universidad del País Vasco y las organizaciones sindicales representativas en la UPV/EHU sobre prevención y solución de quejas en materia de acoso».

³¹ En el mismo sentido, el «Protocolo para la prevención del acoso sexual en el trabajo y el establecimiento de un procedimiento especial para el tratamiento de los casos que

Un aspecto interesante a subrayar en el —que podemos denominar— «Protocolo de actuación frente al acoso moral y sexual en la administración vasca» (Orden de 4 de octubre de 2006, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, que regula las medidas de prevención y el procedimiento de actuación en casos de acoso moral y sexual en el trabajo, en el ámbito de la Administración General y sus Organismos Autónomos)³² consiste en comprobar como —en sus disposiciones generales— considera al acoso moral y sexual que se realice en el seno de la organización administrativa, como riesgo laboral de carácter psicosocial y, en consecuencia, que se adoptarán las medidas correctoras necesarias para que tales conductas cesen, además de adoptarse medidas de protección de las víctimas (art. 1.2).

Por su parte, los principios en los que se basa la propuesta de «Protocolo de prevención y actuación para casos de acoso» (Paradores de Turismo) son «la prevención, la eficacia y la efectividad de los procedimientos, así como la celeridad y confidencialidad de los trámites. También es común en las declaraciones de principios de los protocolos de actuación, la referencia al derecho de la persona a un «trato cortés, respetuoso y digno», así como el derecho de trabajadores/as a un entorno laboral libre de conductas y comportamientos hostiles e intimidatorios hacia su persona; entorno laboral que tiene que garantizar su dignidad así como su integridad física y psíquica o moral»³³.

2.2. *Delimitación clara y expresa del acoso sexual y por razón de sexo como conducta indebida e ilegal en el trabajo*

El protocolo debe identificar claramente qué es el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (e incluso, la comisión de estas conductas qué infracción implica y qué sanción conlleva para el empleado público). Se trata, en definitiva, de delimitar y conceptualizar estas figuras y su tratamiento como manifestaciones —o subtipo— del acoso moral o psicoló-

puedan producirse» (Jaén, enero de 2006) de la Caja Provincial de Ahorros de Jaén, en donde inicia la Declaración de Principios, con una expresión rotunda: «ser tratada con dignidad es un derecho de toda persona trabajadora», describiendo al acoso sexual como acto discriminatorio y la forma que afecta negativamente al trabajo «favoreciendo la frustración, el absentismo y la menor productividad». También, «Protocolo de actuación en materia de acoso, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

³² En la misma línea normativa, debemos hacer mención de la Orden de 11 de julio de 2007, reguladora de las medidas de prevención y el procedimiento de actuación en los casos de acoso moral o sexual en el trabajo del personal laboral de los Servicios Auxiliares de la Administración de Seguridad y de la Academia de Policía del País Vasco.

³³ «Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso moral sexual y por razón de sexo en el puesto de trabajo» (Madrid, diciembre de 2007), de Supermercados Sabeco, S. A.

gico en el trabajo («mobbing») o, más allá de este concepto, como formas de acoso «relacionado con el sexo» o, en general, como formas de violencia laboral de género. En la mayoría de los protocolos analizados se proporciona un concepto de acoso moral y del acoso sexual —tanto del ambiental, como de chantaje o intercambio—. En unos casos, el documento se remite a las definiciones de acoso y acoso sexual contempladas en las Directivas europeas, a las del artículo 7 LOI, y a las de las notas técnicas de prevención del INSHT (476 y 507)³⁴; en otros, de forma muy conveniente e ilustrativa, se relacionan a título de ejemplo —y sin ánimo excluyente ni limitativo— toda una serie de conductas de acoso sexual para identificar a éste y diferenciarlo de otras conductas que no se pueden definir como acoso³⁵.

En este mismo punto del documento-protocolo debe determinarse qué consecuencias tiene estas modalidades de acoso para la persona y la empresa, aunque en ocasiones, este aspecto ya se ha recogido en la misma Declaración de Principios del punto anterior. También es conveniente, definir, en términos generales —que luego se especificarán en el procedimiento— cuáles son las acciones para prevenirlo, esto es, las líneas de la política preventiva en las unidades administrativas, puesto que la prevención, insistimos, debe ser el instrumento adecuado para evitar que el acoso sexual/por razón sexo proliferen en los centros de trabajo.

2.3. *Obligación de informar a los empleados públicos de las actitudes y situaciones consideradas como acoso sexual/por razón sexo*

Es importante que los trabajadores estén debidamente informados de qué conductas son constitutivas del acto ilícito de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Si en el punto anterior se definen las conductas de acoso sexual/por razón de sexo, el objetivo de este apartado del documento-protocolo consiste en que los empleados públicos sean debidamente informados, que en las administraciones públicas exista una auténtica política de información y divulgación, es decir, que sean precursoras de sus empleados públicos son conocedores realmente de las actitudes y situaciones consideradas como acoso, y que, verdaderamente, reciben esta información, en el sentido de que se constate que la difusión de tal información ha llegado al conjunto de los empleados

³⁴ «Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso moral, sexual y por razón de sexo en el puesto de trabajo», de Supermercados Sabeco, S. A.

³⁵ Convenio Colectivo sector de Grandes Almacenes, 27 de febrero de 2006 (capítulo IX); «Protocolo para la prevención del acoso sexual en el trabajo y el establecimiento de un procedimiento especial para el tratamiento de los casos que puedan producirse», de Caja Provincial de Ahorros de Jaén.

públicos, al objeto de prevenir, desalentar, evitar y sancionar los comportamientos de acoso sexual ³⁶.

De manera, que tiene que existir un compromiso —por parte de las administraciones y los representantes legales— de informar debidamente al conjunto de sus empleados públicos, y que la información sea trasladada y la reciban adecuadamente los empleados públicos, a través de una eficiente política de información y divulgación. En ocasiones, los mecanismos para divulgar tal información consiste en colocar un ejemplar en la Intranet de la entidad o publicar el contenido del protocolo —en donde se delimita qué es y no es acoso sexual— a través de los medios de comunicación de la empresa u organización administrativa: tablón de anuncios, envío de copia a los delegados de prevención, delegados de personal, «o todas las personas contratadas por la empresa a partir de su firma» ³⁷.

En este sentido, y para el ámbito del sector privado, en el inciso final del artículo 48.1 LOI se señala, que se podrán establecer medidas específicas para prevenir estas formas de acoso —que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores— tales como «la realización de campañas informativas o acciones de formación», además de las de «sensibilización» frente al mismo a trabajadores y trabajadoras por parte de los representantes legales. Por consiguiente, en el protocolo debe quedar constancia del compromiso en la realización de campañas informativas y los mecanismos para que éstas se lleven a efecto.

En esta misma línea de sensibilización e información incide el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007, razonando que el incremento de la sensibilización y la formación adecuada (directivos y trabajadores) pueden reducir de forma significativa las manifestaciones de acoso y violencia en el trabajo.

³⁶ La difusión de información sobre acoso tiene una influencia sobre las personas que lo están ejerciendo o son cómplices de él o simples espectadores pasivos, pues con la difusión de esta información sabrán que se trata de un comportamiento que no se puede hacer, con el que no hay que colaborar y al que hay que enfrentarse.

³⁷ «Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso sexual en el trabajo», Caja Jaén. En la Disposición Final del «Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso moral, sexual y por razón de sexo en el puesto de trabajo», Supermercados Sabeco, S. A.: se señala que «las partes firmantes se comprometen a difundir el presente protocolo, para conocimiento de todos los trabajadores y de sus representantes en los centros, mediante un sistema uniforme, consensuado en cuanto sea posible la forma de difusión».

2.4. *Obligación de promover y facilitar una formación —suficiente, adecuada y completa— al personal del sector público*

El objetivo principal consiste en la formación —suficiente, adecuada y completa— del personal directivo, mandos intermedios, supervisores y trabajadores —funcionarios y laborales— de las organizaciones administrativas y el compromiso de todos ellos de asumir la formación necesaria en esta materia, es decir, el carácter obligatorio y de «aprovechamiento» de la misma para los destinatarios de esa formación. Se trata, también, que la formación de todo lo relacionado con esta singular materia se comprenda en los planes de formación de las Administraciones públicas y que exista una previsión/provisión de ayudas para la formación de este personal ³⁸.

Otro de los principios del artículo 62 LOI se refiere a «la instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres». Ello viene a consagrar los derechos fundamentales que deben protegerse dado que éstos son los principalmente lesionados cuando se produce un acto de acoso sexual/por razón de sexo (la dignidad, la intimidad, la igualdad, entre otros...). Se incide en la importancia de la «instrucción», esto es, en proporcionar por parte de la Administración pública la formación a los trabajadores para que no se produzcan estas conductas. Habría que traer aquí a colación —que no entraremos por razones de espacio— toda la doctrina en cuanto al ejercicio de los derechos de información y formación de los trabajadores y trabajadoras en materia preventiva, según viene dispuesto, fundamentalmente, en los artículos 18 y 19 LPRL.

En materia de formación, el Código de Conducta Europeo determina que un importante medio para garantizar que no se produzca el acoso sexual y que, si se produce, el problema sea resuelto con eficacia lo constituye la formación de los directivos y supervisores. Dicha formación debería tener por objeto la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de todo acoso sexual y permitir que los participantes sean plenamente conscientes de sus responsabilidades en el marco de la política fijada por el empresario y de cualquier problema que pueda surgir. Además, las personas que tengan algún cometido oficial en el marco del procedimiento formal de examen

³⁸ En el «Protocolo de actuación frente al acoso moral y sexual en la administración vasca», se indica que, «se pondrá en marcha un plan de formación para la prevención del acoso moral y sexual en el trabajo destinado a los trabajadores y directivos» y que a través de este plan se «pretende dar a los trabajadores y directivos instrumentos adecuados para afrontar de manera adecuada los conflictos que surjan con relación al acoso moral y sexual en el ámbito laboral» (art. 7).

de la denuncia de acoso sexual deberían recibir una formación especial. También es aconsejable incluir en los correspondientes programas de iniciación y de formación, información relativa a la política del establecimiento sobre el acoso sexual y procedimientos para tratar esta cuestión.

2.5. *Concreción de los procedimientos a seguir en caso de la existencia de acoso sexual/por razón sexo en el trabajo*

El procedimiento de denuncia es un elemento fundamental para que la política contra el acoso tenga éxito. El procedimiento específico a seguir en los casos de denuncias de acoso deberá comprender las fases de: 1) orientación-mediación, 2) investigación y 3) resolución. La finalidad de una fase previa de orientación o mediación —y de apoyo a la persona afectada— es solucionar los conflictos interpersonales y organizacionales rápida y eficazmente, con el fin de que un desencuentro inicial no se agrave y no se haga permanente. La forma más efectiva de conseguir esa finalidad es implicar a los órganos encargados de la gestión de personal en la prevención y el manejo de este tipo de comportamientos (intervención de un mediador). Sin embargo, se ha de ser consciente de que el acoso laboral, es un riesgo laboral grave que sobrepasa claramente los límites de un conflicto interpersonal ordinario puesto que puede causar daños en la salud del trabajador que en ocasiones son difícilmente reparables. Por esta razón, se debe contemplar también en el protocolo, la denominada fase de investigación, que permitirá adoptar —tras una investigación exhaustiva— las medidas necesarias para poner fin a conductas intimidatorias y proteger los derechos, y, sobre todo, la salud de las víctimas. Finalmente, en la fase de resolución, se elaborará un informe en la que se indicará si ha existido acoso o no, así como las medidas —correctoras precisas para poner fin o minimizar el riesgo laboral que se ha producido— y que se proponen para solucionar el problema. Corresponderá al Servicio de Prevención el control de la efectividad de las medidas correctoras propuestas.

En este sentido, en el procedimiento del protocolo de actuación —en la fase que corresponda— es imprescindible delimitar y determinar:

— A quien habrá que *dirigir* la denuncia la víctima de acoso y *cómo* habrá que presentarla. La denuncia deberá ser trada con seriedad, rapidez y confidencialidad.

— Tener previsto —antes de acudir a la vía judicial— un *procedimiento previo*, interno e informal de resolución de conflictos interperso-

nales, sin perjuicio de la utilización paralela o en un momento posterior por parte de la víctima de vías administrativas o judiciales ³⁹.

— Procedimientos *simples, imparciales y claros* para formular quejas y reclamaciones, al objeto de facilitar la denuncia del conflicto.

— Creación de *instancias internas de mediación* y arbitraje y el establecimiento de canales que permitan la exteriorización del problema o conflicto.

— Intervención de un *mediador*, quien procederá proporcionando pautas de actuación y propuestas que intenten poner fin al conflicto y evitar que se vuelva a producir en el futuro. Poner a disposición del mediador la formación necesaria para el desarrollo de esta actividad, así como el asesoramiento de expertos en la materia —internos o externos a la organización— que le ayudarán en la tarea de mediación.

— Creación de la figura del *asesor* que asista a los trabajadores públicos, con la función de resolver los problemas que en materia de acoso se presenten. Asesor confidencial que podría llevarse a cabo a través de la figura del delegado de prevención, en cuanto representante especializado.

— Si procede o no solicitar la apertura de un *expediente sancionador* por la comisión de una falta muy grave, grave o leve en función de los hechos probados.

2.6. *Contemplar un cuadro expreso de las garantías que disponen los trabajadores —acosados y testigos— contra represalias por haber presentado una denuncia de acoso sexual/razón de sexo*

Ello significa, que debe contemplarse en el documento-protocolo todo el conjunto de derechos y deberes que deben disponer tanto la presunta víctima como el presunto acosador. Uno de los problemas que aquejan al acoso en el trabajo es la dificultad de probar que se ha producido el acoso sexual. Se tiene únicamente el testimonio de la víctima, no hay pruebas escritas. Se trata de hechos ante los cuales, en la generalidad de los casos, no existen testigos, y, si los hay, se tiene

³⁹ «En caso de comunicación de los hechos al Juzgado de Instrucción o al Ministerio Fiscal, y en caso de seguirse actuaciones penales a instancia de la persona denunciante, se paralizará el procedimiento disciplinario contra la persona denunciada en tanto no recaiga sentencia judicial o auto judicial de sobreseimiento firme o, si no hay actuación judicial, en cuanto no decrete el archivo el Ministerio Fiscal», Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres.

miedo a las posibles represalias. En ocasiones no sólo tienen miedo a las posibles represalias los testigos, sino también las propias víctimas del acoso: perder el puesto de trabajo, la posibilidad de ascender, un posible cambio de puesto. El temor a una publicidad excesiva o malintencionada. Y, si dificultades de prueba plantea el acoso del empleador o de cargo directivo, no digamos el de los propios compañeros de trabajo. El temor a una publicidad injustificada en el proceso judicial motivado por la denuncia del acoso, entrando a juzgar abiertamente la conducta sexual o vida privada de la trabajadora acosada supone esto una humillación para la misma, pudiendo verse vulnerada su dignidad e intimidad.

Con esta idea, se propone que, en todo momento se garantice la protección al derecho a la intimidad y dignidad de las personas que han tomado parte en cualquiera de las fases del procedimiento. Asimismo, a toda aquella persona que tenga relación de servicio con la Administración correspondiente y que haya participado en cualquiera de las fases previstas en el procedimiento se les exigirá el deber de sigilo ⁴⁰. Por su parte, el tratamiento de la información personal generada en cualesquiera de las fases del procedimiento se regirá por lo establecido en la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal.

En los casos de denuncia de acoso sexual y hasta el cierre del procedimiento, y siempre que existan indicios suficiente y razonables de la existencia de acoso, se solicitará cautelarmente la separación de la víctima y la presunta persona acosadora, así como otras medidas cautelares que estime oportunas y proporcionadas a las circunstancias del caso. En definitiva, el procedimiento deberá ser urgente y confidencial, protegiendo en todo momento la intimidad y dignidad de las personas afectadas, y el archivo de las actuaciones deberá estar bien custodiado.

2.7. Régimen disciplinario y efecto ejemplarizante y disuasorio frente a este tipo de conductas

En este sentido, la Administración podría adoptar toda una serie de medidas disciplinarias que, en función de la gravedad de la conducta, podrían concretarse, desde el apercibimiento verbal o por escrito, suspensión firme de funciones o de empleo y sueldo del personal laboral, traslado forzoso del agresor (movilidad) o separación del servicio de

⁴⁰ De manera que «en todo el procedimiento se mantendrá una estricta confidencialidad y todas las investigaciones internas se llevarán a cabo con tacto y con el debido respeto tanto a la persona que ha presentado la denuncia como al denunciado/a, el/la cual tendrá el beneficio de la presunción de inocencia», en el «Protocolo para la prevención del acoso sexual en el trabajo y el establecimiento de un procedimiento especial para el tratamiento de los casos que puedan producirse», de Caja Provincial de Ahorros de Jaén.

los funcionarios o el despido disciplinario para el caso del personal laboral. Como se recordará, la LOI recoge como nueva causa de despido disciplinario el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y el EBEP tipifica como falta grave el acoso sexual y el acoso por razón de sexo [art. 95.2.b)]⁴¹.

Asimismo, se trata de adquirir un compromiso de no relativizar sobre el problema del acoso y que se persiga seriamente, de manera que la actitud de la Administración Pública produzca un efecto ejemplarizante y disuasorio frente la comisión por parte de los empleados públicos de estas conductas ilícitas. En definitiva, el recurso al poder disciplinario puede servir como técnica de prevención de este riesgo laboral. Otra medida disciplinaria que pudiera tener cabida sería la de establecer la obligación de someterse el acosador a tratamiento psicológico-preventivo.

2.8. *Proporcionar asesoramiento y asistencia —por personal cualificado— a los trabajadores objeto de acoso sexual/razón sexo*

Con el hecho de recoger esta medida en el protocolo, se pretende que la víctima de acoso sexual/por razón de sexo cuenta con toda la información legal y atención necesaria para hacer frente a su situación, e incluso que pueda contar con la atención —no sólo de la figura del delegado de prevención o del asesor del trabajador anteriormente citada— sino también del personal médico, psicológico o psiquiátrico de los servicios de prevención integrados en las administraciones públicas.

2.9. *Establecer y contemplar medidas de carácter asistencial para la víctima de acoso*

En este sentido, debería contemplarse en el documento-protocolo que a las víctimas de acoso se les proporcionarse tratamiento psicológico y de rehabilitación (al objeto de recuperar a la víctima la confianza en sí misma) así como la posibilidad de realizar terapias que ayuden a recuperar la autoestima y a salir del estado en que se encuentra tras la agresión sexual sufrida.

⁴¹ El artículo 96 EBEP dispone que «el alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación»; XIV Convenio Colectivo general del la Industria Química.; Convenio Colectivo del sector transporte de enfermos y accidentados en ambulancias.

En esta línea, en el «Protocolo de actuación frente al acoso moral y sexual en la administración vasca», se pone de relieve que «la Administración adoptará las medias correctoras necesarias para garantizar una protección adecuada de la salud del/la trabajador/a que haya sido víctima de acoso moral en su ámbito. Así como, brindará el apoyo organizativo y psicológico necesario para lograr su total restablecimiento» (art. 29).

2.10. *Revalorizar la intervención de los representantes legales de los empleados públicos*

Con esta propuesta, se pretende revalorizar el importante papel de la representación legal de los empleados públicos —ordinaria, sindical y especializada— ante este fenómeno, actuando éstos en auténtica defensa de las víctimas de acoso. En el documento-protocolo debería quedar constancia de su obligada implicación en la lucha frente el acoso. Es evidente que la norma legal ya, de por sí, les obliga, pero, ello no debería ser obstáculo para que las medidas legales tuvieran también su oportuno «reflejo» o «traslación» en el protocolo de actuación y prevención del acoso sexual/por razón de sexo en el seno de las administraciones públicas ⁴².

⁴² Y se podría llevar a cabo incidiendo en una serie de obligaciones —la mayoría de ellas reconocidas expresamente para el sector privado en el ET y LOI—, que, entendemos, como órganos de representación les compete: 1) La obligación de contribuir a la prevención del acoso sexual/razón de sexo, tal y como viene contemplada en el artículo 48.2 LOI, que viene a suponer el reconocimiento de un auténtico deber de cooperación por parte de estos órganos de representación; 2) La obligación de mantener una comunicación directa con quien sufre la agresión, y, en todo momento, del proceso de esclarecimiento de los hechos de acoso; 3) Revalorizar su intervención en el proceso de negociación colectiva, dado que el acoso sexual/por razón de sexo se convierte en una materia que forma parte del contenido obligatorio del convenio colectivo; 4) La obligación de informar a la dirección de las organizaciones administrativas —a modo de denuncia— de las conductas de acoso que tuvieran conocimiento (art. 48.2 LOI), lo que implica una importante labor de investigación; 5) La obligación de conseguir una mayor sensibilización o concienciación a los trabajadores (art. 48.2 LOI), a modo de promoción de una «cultura preventiva» en materia de erradicación del acoso sexual y por razón de sexo.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS TRAS LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE IGUALDAD Y ESTATUTO BÁSICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

M.^a TERESA VELASCO PORTERO
INSA-ETEA. Facultad de Empresariales
Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. LA COMPLEJA ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—2. CATÁLOGO DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL PARA EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2.1. Las excedencias familiares. 2.1.1. La excedencia por cuidado de familiares de los empleados públicos. 2.1.2. El derecho de los funcionarios a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar. 2.2. Reducciones de jornada. 2.2.1. La reducción de jornada por lactancia. 2.2.2. La reducción de jornada por parto prematuro o en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado. 2.2.3. La reducción de jornada por guarda legal y cuidado directo de un menor o de persona necesitada. 2.3. Las suspensiones y permisos para la conciliación de vida laboral y familiar de los empleados públicos. 2.3.1. Los permisos o suspensiones derivados del parto, adopción o acogimiento y paternidad. 2.3.1.1. El permiso por parto y la suspensión por maternidad. 2.3.1.2. Permiso por adopción o acogimiento y suspensión por adopción o acogimiento. 2.3.1.3. La protección de la paternidad: el permiso de paternidad de los funcionarios y el permiso por nacimiento de hijo y la suspensión por paternidad de los trabajadores laborales. 2.3.1.4. El mantenimiento de condiciones laborales de las personas que ejercen los permisos por parto, por adopción o acogimiento y por paternidad y las suspensiones por maternidad y paternidad. 2.3.2. Permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto de las embarazadas. 2.3.3. El permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar. 2.3.4. El riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses. 2.3.5. Permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de los deberes derivados de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

1. LA COMPLEJA ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Debido al especial sesgo de género que, aun hoy en día, «arrastran» los trabajos del cuidado de la familia, la conciliación de la vida laboral y familiar se encuentra íntimamente ligada a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ¹. Por ello, la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres de 22 de marzo de 2007 (en adelante LOI) dedicó especial atención a los derechos de conciliación, regulando con exhaustividad un conjunto de medidas laborales y de seguridad social para el ámbito del empleo privado, mientras que para el ámbito del empleo público hizo una referencia general en su artículo 56, en el sentido de prever que en su regulación se establecieran medidas de protección de la maternidad y conciliación de vida personal, familiar y laboral ².

¹ Y, por ello, sus raíces se asientan en los artículos 9.2, 14 y 39.1 de la CE. En ellos se reconoce, respectivamente, el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición; así como «el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia» y, «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas...».

² Artículo 56. *Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*. Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos y otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Con la misma finalidad se reconocerá un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa.

Pese a que la literalidad de la LOI parece darle una importancia subsidiaria a la conciliación en el ámbito del empleo público, pues se detiene mucho más en regular los derechos de los trabajadores por cuenta ajena, no podemos minusvalorar el papel de los derechos de conciliación en este ámbito. Es más, podemos decir que la función de garantizar la igualdad de oportunidades que otorga la Constitución a los poderes públicos debe traducirse en que los trabajadores de las Administraciones Públicas gocen de una especial protección en esta materia, actuando así la Administración como punta de lanza, marcando al empresario privado la dirección en la cual debe avanzar.

A pesar de ello, la regulación de los derechos de conciliación en el empleo público es un tema que adolece de una profunda dispersión y complejidad, por diversos motivos. El primero de ellos es que se trata de un ámbito que abarca una amplia diversidad de sujetos contratantes (administración estatal, administraciones autónomas, administraciones locales...), cada uno con sus propias fuentes; a esto hay que añadir que, en cada Administración, coexisten trabajadores con diversos regímenes jurídicos, de manera que estos pueden ser tanto funcionarios de carrera como interinos, personal laboral e incluso, en algunas administraciones (como la sanitaria) personal estatutario. Es decir, que los derechos de las personas que trabajan para la Administración no se regulan de forma conjunta, sino a través de normas que pertenecen a distintas ramas del ordenamiento jurídico, cada una con su particular sistema de fuentes, sistematicidad interna y régimen jurídico.

Un problema añadido es que la LOI es mucho más prolija en lo referente a los derechos de los trabajadores por cuenta ajena que en sus referencias a los empleados públicos. Para los trabajadores de la Administración hace simplemente una referencia de carácter abierto y no exhaustivo que consiste en que, junto a la mención expresa de los derechos de los empleados públicos a las excedencias, reducciones de jornada y permisos, habla en general de establecer «otros beneficios» ligados a la maternidad o la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Hemos de tener en cuenta que tanto el contenido del artículo 56 como el del 57 de la LOI, se refieren, de forma genérica, al empleo en la Administración estatal, u organismos de ella dependientes, marcando un régimen básico aplicable a todas las Administraciones Públicas (también a las Administraciones autonómica y local) con amparo en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española. Lo que pretende es establecer un régimen primario, imponiendo al legislador el desarrollo de una normativa que incluya una serie de permisos y beneficios tendentes a mantener un adecuado sistema de protección del derecho a la igualdad y de la corresponsabilidad en el desarrollo de la vida familiar. Es decir, que la regulación básica contenida en la LOI afecta a todos los sujetos que presten servicios para la Administración Pública, sea cual sea su estatuto jurídico.

La cuestión era aún más dispersa por el hecho de que hasta el año 2007 no ha existido un texto legal que regulase de forma completa y con carácter general el régimen estatutario de quienes trabajan para la Administración, a pesar de la propia CE establecía la obligación de que la ley regulase el estatuto de los funcionarios públicos. Finalmente, con casi treinta años de demora, vio la luz la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Se trata de una norma mixta que, reconociendo la dualidad de regímenes de vinculación con la administración (funcionarial más contratación laboral), establece que se aplica «al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las administraciones territoriales, en sus tres niveles, es decir: a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las CC.AA. y de las ciudades de Ceuta y Melilla y a las Administraciones de las Entidades Locales; también se aplica a los empleados públicos de organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia»³.

El concepto de «empleado público» había sido acuñado por la doctrina, pero no se había incorporado a nuestro ordenamiento hasta la aprobación del EBEP, cuyo artículo 8 establece que «son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas, al servicio de intereses generales». Dichos empleados públicos «se clasifican en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal), y personal eventual». A pesar del carácter omnicompreensivo de la norma, se mantiene la tradicional dicotomía entre personal funcionario y personal laboral, indicándose en la Exposición de Motivos de la ley que el personal laboral incorpora, por razón de su estatuto jurídico, una mayor flexibilidad y una mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada. Teniendo esto en cuenta, la regulación del EBEP incorpora, por un lado, preceptos aplicables exclusivamente a los funcionarios de carrera, otros aplicables a los funcionarios en general (de aplicación por tanto al personal interino y eventual) por otro, preceptos, aplicables sólo al personal laboral y un tercer grupo de principios, y también de normas, que son de aplicación a todos los empleados públicos, es decir, de forma indistinta a funcionarios y contratados laborales. Así, entre otros, son aplicables de forma exclusiva a los funcionarios de carrera los preceptos relativos a carrera profesional (art. 16, 17 y DA 10.^a), promoción interna (art. 18) y regulación de jornada de trabajo, permisos y vacaciones (arts. 47 a 50); temas todos ellos íntimamente relacionados con la conciliación de vida personal, familiar y la-

³ Sobre el complejo tema del ámbito de aplicación del EBEP, *vid.* AZAMAR I MALLARD, L. (2008), en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, p. 125 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M. y cols. (2007): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova.

boral. Respecto a los preceptos en la materia que nos ocupa, aplicables exclusivamente a los empleados laborales, señalar que, en la mayoría de los casos, remiten directamente a la legislación laboral y las normas convencionales; sin embargo, el artículo 51 del EBEP establece que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a los establecido en el propio EBEP y en la legislación laboral correspondiente.

Siendo el EBEP una ley dictada dentro de la competencia exclusiva que tiene el Estado en el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18), nada impide que las distintas Comunidades Autónomas desarrollen dichas normas con respecto al personal a su servicio, incluyendo estos mismos aspectos o, en su caso, amplíen el abanico de medidas⁴, en virtud de la competencia para organizar su propia Administración, siempre que se haga con respeto a la citada regla 18.^a del artículo 149.1 de la Constitución Española⁵. Finalmente, hay que completar todo ello con las previsiones establecidas en la negociación colectiva, de carácter muy diverso dependiendo del ámbito de la negociación.

En este sentido, hay que señalar que, si bien es verdad que tanto la LOI como la LEBEP han recogido a nivel legal importantísimos derechos en el ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que hoy son de aplicación general, no podemos olvidar el papel innovador asumido por la negociación colectiva en esta materia, puesto que se anticipó a las reformas legislativas⁶.

Teniendo en cuenta todo ello, el presente estudio se centra en sistematizar los derechos de conciliación de vida personal, familiar y labo-

⁴ Vid. Ley (Cataluña) 8/2006, de 5 de julio, de Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña. Para la Junta de Andalucía, las medidas se han adoptado mediante el Decreto 347/2003, de 9 de diciembre, de la Consejería de Justicia y Administración Pública, así como, con carácter más reciente mediante la Instrucción 3/2007, de 10 de julio, de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía y su complementaria, la Instrucción 4/2007, de 11 de diciembre.

⁵ Vid. DF primera. 2 LOI.

⁶ Un elemento clave fue el llamado Plan Concilia, pionero a nivel nacional, fruto del Acuerdo alcanzado el 7 de diciembre de 2005 entre la Administración del Estado y las Organizaciones Sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP sobre medidas retributivas y mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, en el que, entre otros cuatro puntos más, se incluían medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y otras dirigidas a la protección integral contra la violencia de género. El Acuerdo quedó plasmado en la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, que dispuso su publicación y comenzó a estar en vigor a partir del 1 de enero de 2006, con el compromiso del Gobierno de impulsar las medidas de carácter legislativo, reglamentario y otras que resultasen precedentes para dar efectivo cumplimiento a los compromisos adquiridos en el Acuerdo.

ral de los empleados públicos, distinguiendo entre los que corresponden a los funcionarios y aquellos que corresponden al personal sometido a la legislación laboral. Dicha diferenciación es absolutamente necesaria, dada la diversidad de regímenes jurídicos de ambos tipos de empleados.

2. CATÁLOGO DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL PARA EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El conjunto de medidas de conciliación de vida personal, familiar y laboral de los empleados de las administraciones públicas es muy variado, con una profusa casuística, manteniendo diferencias entre distintos regímenes de vinculación que no siempre están justificadas.

Por claridad expositiva, en el presente estudio se agrupan los distintos derechos en función del tipo de medida y, dentro de cada medida, diferenciando según el hecho que la motiva. En cada caso, se exponen por separado el régimen jurídico de los derechos que pueden ejercer los funcionarios y el de los que corresponden a los trabajadores laborales.

2.1. Las excedencias familiares

Aunque con el mismo nombre, la excedencia es una figura distinta en el caso de los funcionarios que en el caso de los trabajadores laborales. Para los funcionarios es una situación administrativa, que asegura el mantenimiento de una relación jurídica permanente con la Administración Pública, aunque provisionalmente no se esté desempeñando ninguna función pública concreta. En el caso de los trabajadores laborales, puede tratarse de un supuesto de suspensión, con reserva de puesto de trabajo (en el caso de excedencia forzosa), o bien puede tratarse de una situación en que a las partes se las exonera de sus obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir, y el trabajador conserva durante un tiempo un derecho preferente al reingreso.

A pesar de ello, en las Administraciones Públicas prácticamente se está llegando a una igualación casi total del contenido de ambas figuras, en virtud en unos casos de las recientes modificaciones legislativas (como ha ocurrido, por ejemplo, en el supuesto que nos ocupa de las situaciones de excedencia por cuidado de familiares) y, en otras ocasiones, a través de los correspondientes convenios colectivos. Se trata de una situación deseable, en aras de la homogeneización de las condiciones de los empleados de cada Administración, factor que facilita la gestión de los recursos humanos en dichas entidades.

Expondremos los distintos supuestos de excedencias por motivos familiares del empleado público, separando entre personal funcionario y laboral:

2.1.1. La excedencia por cuidado de familiares de los empleados públicos

a) Para los funcionarios públicos (art. 89.4 EBEP)

En este caso, la excedencia se concede en dos supuestos: *para atender al cuidado de cada hijo* (ya sea por naturaleza o por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo), así como *para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive* de consanguinidad o afinidad por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

La *duración* será tres años como máximo. En el caso de cuidado de hijo, el plazo se cuenta desde la fecha de nacimiento o, en su caso, desde la resolución judicial o administrativa. El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante, de manera que, cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, su inicio dará fin a la que se viniera disfrutando. En el caso de que dos funcionarios generasen el derecho al disfrute por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

Por lo que respecta a los *efectos*, consisten en la reserva del puesto de trabajo durante al menos dos años. Transcurrido este tiempo, la reserva será de un puesto de trabajo en la misma localidad y de igual retribución. Este es el régimen general, aplicable a raíz de la entrada en vigor del EBEP: anteriormente, el tiempo de reserva del puesto de trabajo era tan solo durante un año.

Para todos los funcionarios, el tiempo de excedencia se computa a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que le sea de aplicación y, además, mientras dura esta situación los funcionarios tienen derecho a participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Lo expuesto se aplicaría, según el EBEP, tan solo a los funcionarios de carrera, puesto que se regula en el artículo 89.4 EBEP, que expresamente señala que quienes pueden acogerse a estas medidas son «los funcionarios de carrera», lo que deja fuera de su ámbito de aplicación no sólo al personal laboral (que tiene una regulación específica), sino

también al personal eventual e interino (que quedarían sin derecho a ningún tipo de excedencia)⁷. Esta exclusión es criticable, y esperable una reforma expresa del precepto en este sentido o bien un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el particular; pues su exclusión bien puede tacharse de discriminatoria⁸.

b) Para el personal laboral

El personal laboral tiene derecho a excedencia tanto para atender al cuidado de hijos como para atender a familiares, aunque con efectos distintos en uno y otro caso. La regulación básica viene dada por el artículo 46.3 del ET.

En cuanto a la excedencia para el cuidado de hijos, da derecho a ella tanto el nacimiento como la adopción, y el acogimiento tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Por tanto, los supuestos son más amplios que para los funcionarios, puesto que se amplía a los casos de acogimiento provisional. La duración de la excedencia para el cuidado de hijos será no superior a tres años. También se reconoce un derecho a la excedencia para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, aunque en este caso la duración será no superior a dos años. Tanto en el caso de la excedencia para el cuidado de hijos como en de la excedencia por cuidado de familiares, el periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada. Cuando un nuevo sujeto da derecho a la excedencia, su inicio dará fin a la que se viniese disfrutando.

El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad, y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva del su puesto de trabajo, y a partir de ese momento, la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. No obstante, cuan-

⁷ La cuestión, que estaba clara durante la vigencia de la LMRP, en el sentido de no aplicarse más que a los funcionarios de carrera, quedó modificada por la LOI, cuyo artículo 56 reformó la LMRFP en el sentido de considerar el derecho de «los funcionarios» a la excedencia para el cuidado de hijos, y, señala, con carácter general, como titulares del derecho a un régimen de excedencias «al personal al servicio de la Administración». Sin embargo, el problema resurgió con la posterior aprobación del EBEP, que volvió a regular el derecho a la excedencia por cuidado de familiares y por agrupación familiar entre los derechos de los funcionarios de carrera.

⁸ En el mismo sentido, MARÍN ALONSO, I. (2007), p. 882.

do el trabajador forme parte de una familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando la familia numerosa sea de categoría general y 18 meses si se trata de categoría especial. Se echa en falta con respecto a los trabajadores laborales la previsión de que la reserva sea de un puesto de trabajo en la misma localidad, como ocurre con los funcionarios.

2.1.2. El derecho de los funcionarios a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar

a) La reagrupación familiar de los funcionarios

El derecho a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar está reconocido por el artículo 89.3 EBEP entre los derechos de los funcionarios de carrera. Conforme a éste, podrá concederse la excedencia voluntaria sin el requisito de haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante el periodo establecido a los funcionarios cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones Públicas, Organismos Públicos y entidades de derecho público dependientes o vinculados a ellas, en los Órganos Constitucionales o del Poder Judicial y Órganos similares de las CC.AA., así como en la Unión Europea o en Organizaciones Internacionales.

Los efectos de esta excedencia son los mismos que los de la excedencia por interés particular; es decir, no se devengan retribuciones y no les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos de Seguridad Social que les sean de aplicación. La ventaja con respecto a ésta es que no existe límite mínimo de permanencia, y que no se exige ningún requisito salvo el mencionado respecto al cónyuge.

Como en el caso de las otras excedencias por motivos familiares (cuidado de hijos y familiares) este tipo de excedencia solamente se reconoce en la normativa de carácter nacional a los funcionarios de carrera (art. 89.3 del EBEP). Damos aquí por reproducidos los razonamientos hechos en los apartados anteriores sobre la discriminación que tal restricción supone.

b) La reagrupación familiar de los trabajadores laborales

El derecho a excedencia por motivo de reagrupación familiar no tiene parangón en el ET, por lo que no alcanza a los empleados públicos

cuya vinculación con la administración es de carácter laboral. A salvo de que pudiera ser establecido por la normativa autonómica al respecto.

En el caso de que se les presentase esta eventualidad, los trabajadores laborales podrían solicitar una excedencia voluntaria ⁹.

2.2. Reducciones de jornada

Otra de las posibilidades que tiene el funcionario o trabajador para hacer compatible su vida personal, familiar y laboral es la de reducir su jornada de trabajo. Según cual sea la causa que motiva la reducción, en unos casos la ley establece que, a pesar de la reducción de jornada, se mantiene la retribución (por lo que se trata de un derecho de naturaleza parecida a la del permiso retribuido) mientras que, en otros, la reducción de jornada lleva aparejada la reducción de retribución. En estos últimos supuestos, el plus de protección que se concede al trabajador en comparación con otras reducciones voluntarias de la jornada es, por una parte, que se trata de una reducción temporal y, por otra, que la concreción de la jornada no va a estar determinada por las necesidades de la producción, sino por el interés familiar que se intenta proteger.

2.2.1. La reducción de jornada por lactancia

Se trata de una reducción de jornada sin pérdida de retribución que, en el caso de los empleados de las administraciones públicas tiene un régimen similar en el supuesto de los funcionarios y en el de los trabajadores laborales.

En cuanto a las características que comparte la regulación para el personal funcionario como el laboral, está la posibilidad de sustituir la ausencia por lactancia de una hora (retribuida) por la reducción de jornada (retribuida) con la misma finalidad. También es posible la acumulación en jornadas completas del disfrute de estos permisos. Primero, lo fue para el personal laboral a raíz de la LOI y, después, para los funcionarios, tras la aprobación de EBEP. Asimismo, por aplicación tanto de la LOI como del EBEP, en caso de parto múltiple cada lactante dará derecho a su respectiva reducción o permiso de lactancia, pudiendo en tales casos, procederse a su acumulación global (todo el tiempo a que den derecho todos los niños). El permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen. Aun-

⁹ En cuyo caso, conservarán un derecho preferente al reingreso en el caso de que exista una vacante.

que la edad del menor que da derecho al permiso en el caso del 37.4 ET sólo alcanza hasta los nueve meses, mientras que el artículo 48.1.f) el EBEP reconoce el derecho para los funcionarios que tengan un hijo menor de doce meses, entendemos que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena de la administración pública el derecho se amplía hasta estos mismo límites, en aplicación del artículo 51 EBEP que establece que «para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo (del EBEP) y en la legislación laboral correspondiente».

2.2.2. La reducción de jornada por parto prematuro o en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado

El artículo 49.a) del EBEP no hace referencia a este derecho para los funcionarios, y el artículo 37.4.bis ET lo limita para los trabajadores laborales a la ausencia retribuida de una hora, y consagra el derecho a reducir la jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

Sin embargo, dado que los trabajadores laborales de la Administración Pública disfrutan de un régimen de derechos, en caso de parto prematuro, más favorable que los de la empresa privada (por remisión del art. 51 EBEP a lo establecido en materia de permisos para los funcionarios) esta posibilidad de reducir la jornada probablemente no sea ejercida, porque se subsuma en la ampliación del permiso de maternidad que analizaremos más adelante.

2.2.3. La reducción de jornada por guarda legal y cuidado directo de un menor o de persona necesitada

Se trata de un derecho a reducir la jornada con reducción proporcional de las retribuciones. Aunque la legislación laboral tiene un régimen distinto que la de funcionarios, para los trabajadores laborales de la Administración Pública se produce una equiparación de derechos, en virtud de lo establecido en el artículo 51 EBEP. El artículo 48.1.h) EBEP establece que, «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 una 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»¹⁰.

2.2.4. *La excepcional reducción de jornada sin reducción de salario por razón de enfermedad muy grave de un familiar de primer grado*

Se trata del derecho a reducir durante un tiempo la jornada de trabajo en un 50 por 100, sin disminuir proporcionalmente el salario. Lógicamente, es una situación excepcional, que la normativa estatal reconoce tan sólo en el caso de los empleados públicos, de manera directa para los funcionarios en el artículo 48 EBEP y de manera indirecta para los laborales en virtud del artículo 51 EBEP (ya que no se recoge un derecho paralelo en el ET).

De esta manera, 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.

2.3. Las suspensiones y permisos para la conciliación de vida laboral y familiar de los empleados públicos

2.3.1. *Los permisos o suspensiones derivados del parto, adopción o acogimiento y paternidad*

En este apartado nos vamos a referir a los que permisos de los funcionarios que el artículo 49 EBEP denomina «permiso por parto», «permiso por adopción o acogimiento» y «permiso de paternidad» (durante los cuales se garantiza la plenitud de derechos económicos de la persona que los ejerce, computándose como de servicio efectivo a todos los efectos), y a las figuras equivalentes para los trabajadores laborales,

¹⁰ La regulación del ET, más restrictiva, recordemos que establece que «quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien 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».

reguladas en los artículos 48.4 y 48 bis ET, que son la «suspensión por maternidad, adopción o acogimiento» y la «suspensión por paternidad» (durante las cuales se suspenden las obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir, pero el trabajador puede acceder a una prestación de seguridad social).

2.3.1.1. El permiso por parto y la suspensión por maternidad

Estos derechos, el primero de ellos aplicable a los funcionarios y el segundo al personal laboral tienen una regulación bastante similar, por lo que expondremos lo que tienen en común, para después detenernos en las diferencias entre uno y otro régimen de vinculación con la Administración. Ambos tendrán una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo en el supuesto de parto múltiple, así como en el supuesto de discapacidad de hijo¹¹, como establece expresamente tanto el artículo 49 del EBEP como el 48.4 del ET.

Titulares del derecho: En ambos casos la titular originaria del derecho es la madre, lo que no obsta su disfrute por el padre en determinados supuestos. Es coincidente para ambos estatutos, funcional o laboral, la posibilidad de que la madre ceda al padre parte de su disfrute, siempre que se respete que esta descansa al menos las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. En cambio, los padres trabajadores por cuenta ajena gozan de una mejora al respecto: en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, el padre o el «otro progenitor» tendrá derecho a suspender su contrato por el período que hubiera correspondido a la madre. Esta opción es compatible con el ejercicio del derecho al permiso adicional por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado tras el parto.

Supuesto de fallecimiento de la madre: En estos casos, tanto la legislación administrativa como la laboral permiten que el otro progenitor disfrute de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso. No obstante, la LOI incluyó tres mejoras expresas en el artículo 48.4 TRET, aplicable a los trabajadores laborales, que no figuraran en el Estatuto Básico del Empleado Público: 1) si la madre fallece, el padre puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso si aquella no trabajaba, 2) no se descontará la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto y 3), en caso de fallecimiento del hijo no se reducirá el período, salvo que al finalizar las seis semanas de descanso obligatorio la madre solicitara reincorporarse a su puesto de tra-

¹¹ Habrá que estar al baremo de valoración de la situación de dependencia contenido en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, con especial atención a su DA Tercera.

bajo. Por tanto, la regulación de los trabajadores laborales es también más favorable en este aspecto.

Disfrute del permiso: Tanto en el caso de los funcionarios como en el del personal laboral, está prevista la posibilidad de que el permiso pueda disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y en los términos que reglamentariamente se determinen. El disfrute puede ser simultáneo o sucesivo, siempre que no se supere la duración máxima del permiso.

Régimen del permiso en los casos de parto prematuro: Para los casos de parto prematuro, el EBEP y el ET dan soluciones diferentes, por lo que merece la pena estudiar ambos regímenes por separado. Sin embargo, a todos los trabajadores de la Administración se les aplica el mismo régimen privilegiado previsto en principio para los funcionarios, en virtud del mencionado artículo 51 EBEP. Dicho régimen es el siguiente: En el caso de parto prematuro y en aquellos supuestos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. Se trata, por tanto, de un permiso específico que se suma al de parto. Primero se disfruta el permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado y, a partir del alta hospitalaria, se disfrutará el permiso por parto. El artículo 49 EBEP no dice si el titular del derecho es la madre o el otro progenitor, ni si lo puede disfrutar solo uno u otro. La protección del menor nos lleva a defender la interpretación más amplia posible, por lo que consideramos que lo podrían pedir ambos, incluso simultáneamente¹².

2.3.1.2. Permiso por adopción o acogimiento y suspensión por adopción o acogimiento

Tanto en el caso de los funcionarios como en el de los trabajadores, el permiso o suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada menor, a partir del segundo, y también en caso de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido. El periodo se computa, a opción del beneficiario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción; sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

¹² En el mismo sentido, MARÍN ALONSO, I. (2007): «La Ley Orgánica de Igualdad y el Estatuto Básico del Empleado Público ante el trabajo femenino en la Función Pública», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, p. 890.

En la nueva redacción dada al Estatuto de los Trabajadores por la LOI se incluye, expresamente, el acogimiento provisional, que no se menciona en el EBEP (*vid.* art. 48.4 ET).

Tanto en el régimen funcionarial como el laboral, el permiso o suspensión se distribuirá a opción de los interesados si ambos progenitores trabajan, quienes podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre por periodos ininterrumpidos. En los casos de disfrute simultáneo de los periodos de descanso, su suma no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

El permiso o suspensión también podrán disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, como sucede en caso de parto.

En el caso de adopciones y acogimientos internacionales, el permiso o suspensión puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento. Además, en el caso de los empleados públicos (mejorando con esto lo previsto en el ET para los trabajadores laborales), y exclusivamente en los supuestos en que sea necesario un desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, se tendrá derecho, además, a un permiso adicional de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

2.3.1.3. La protección de la paternidad: el permiso de paternidad de los funcionarios y el permiso por nacimiento de hijo y la suspensión por paternidad de los trabajadores laborales

La consagración de un derecho específico del padre a suspender su prestación de trabajo sin pérdida de retribución, para atender al cuidado del hijo recién nacido, es un concepto novedoso en nuestro ordenamiento. Aunque inicialmente solo estuvo previsto para los empleados públicos, a partir del Plan Concilia, actualmente también lo recoge el ET. Tan solo haremos referencia a la regulación del EBEP, ya que, aunque en principio lo reconoce como un derecho de los funcionarios, en virtud del varias veces mencionado artículo 51 de este texto, el régimen de permisos de estos es también aplicable al personal laboral.

Según el artículo 49.c) EBEP, el permiso tendrá una duración de quince días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor (en clara referencia a los casos de parejas homosexuales) a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o

de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Este permiso es independiente del disfrute compartido de los permisos por parto, adopción o acogimiento.

Es una regulación excesivamente escueta, en la que no se señala, por ejemplo, si existe un plazo para el disfrute del derecho (en el caso del personal laboral, por ejemplo, se establece que el disfrute tiene que ser coetáneo con el de maternidad o justo a continuación de este). Tampoco se prevén ampliaciones en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples, ni se dice nada con respecto a la posibilidad de que el permiso sea cedido por el padre al otro progenitor (cuestión expresamente prohibida por el ET para la suspensión por paternidad).

2.3.1.4. El mantenimiento de condiciones laborales de las personas que ejercen los permisos por parto, por adopción o acogimiento y por paternidad y las suspensiones por maternidad y paternidad

Para los funcionarios, el artículo 49 EBEP establece expresamente que el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de éste si, de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso. Asimismo, una vez finalizado el periodo de permiso, tendrán derecho a reintegrarse en su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

En el caso del personal laboral, el artículo 48 ET establece que los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato. En cuanto al tema retributivo, como ya hemos indicado, al tratarse de una suspensión del contrato el trabajador no percibe remuneración, pero en los tres casos estudiados se puede acceder a una prestación de seguridad social, cumpliendo las condiciones previstas en la normativa específica.

2.3.2. *Permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto de las embarazadas*

Por el tiempo indispensable, tanto en el caso de los funcionarios como de los trabajadores laborales (art. 48 EBEP).

2.3.3. *El permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar*

El artículo 48.1.a) EBEP reconoce el derecho de los funcionarios (aplicable también al personal laboral, en virtud del art. 51 EBEP) a tres o cinco días hábiles en el caso de familiares de primer grado (según que se produzca en la misma o distinta localidad), y dos o cuatro cuando se trate de familiares dentro del segundo grado. Al precisar que se trata de días hábiles, solo se excluyen del cómputo los domingos y festivos, pero no los sábados (como viene reconociendo la doctrina judicial, entre otras la STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2006). Por otra parte, con este tenor literal, surge el problema de la determinación de la localidad de referencia (si la de residencia o la del centro de trabajo), para interpretar si el fallecimiento se ha producido «en la misma o en otra localidad». El tema fue solucionado por la Consulta de la Comisión Superior de Personal de 11 de marzo de 1992 en el sentido de considerar que, ya que la diferencia de días de permiso está motivado por la necesidad de desplazamiento del funcionario, este tiempo añadido no es necesario ni en el caso de que el suceso se produzca en la localidad de residencia ni en el de que se produzca en la de trabajo, pues el funcionario no requiere habitualmente de este tiempo. En consecuencia, solo procedería la ampliación del plazo si se produce en una tercera localidad, distinta de las dos mencionadas.

Es de lamentar que las recientes reformas no hayan clarificado el alcance del concepto de «enfermedad grave», que no ha sido suficientemente perfilado en nuestro Ordenamiento Jurídico ¹³.

¹³ Existe, no obstante, una definición en el artículo 10.bis 2 del Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre (tras su modificación por Real Decreto 215/199), de 5 de febrero): «Se considera enfermedad grave a estos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias de la Seguridad Social o entidades concertadas que atiendan al afectado:

a) Cualquier dolencia o lesión física o psíquica que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor en un centro hospitalario o tratamiento en el mismo.

b) Cualquier dolencia o lesión física o psíquica con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada,

2.3.4. *El riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses*¹⁴

La protección en estos supuestos es la misma para las trabajadoras laborales que para las funcionarias. Se trata de situaciones en que las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o de su hijo o hija, y no sea suficiente para solucionarla con la adopción de medidas de adaptación de dichas condiciones previstas en el artículo 26.1 de la LPRL¹⁵. En estos casos, la legislación laboral prevé la posibilidad de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1.d) ET], tratándose de contingencias cubiertas por las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. En el caso de las funcionarias se trata de supuestos de licencia, durante cuya duración se garantizan la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria, teniendo la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal. Esta asimilación con la IT tiene una salvedad, y es que al tener reconocida la plenitud de derechos económicos mientras dure la situación protegida, percibe la totalidad de sus retribuciones durante todo el tiempo (a diferencia de lo que ocurre con la IT, en que a partir del cuarto mes percibe solo las retribuciones básicas).

Para la cobertura prestacional de la situación de riesgo durante el embarazo de las funcionarias debe acudir a dos tipos de normas del sistema de protección social, pues la condición de funcionaria presenta diversas posibilidades de encuadramiento, en función de la adscripción a una unidad administrativa u otra. Para las funcionarias de la Administración local y autonómica, que están incluidas en el régimen general de la Seguridad Social, es de aplicación el Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. En cambio, para las funcionarias que se encuentren adscritas a un régimen mutualista (por ejemplo, MUFACE), rige una normativa específica¹⁶.

o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana».

¹⁴ Vid. Directiva CEE 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

¹⁵ Que consiste en la necesaria adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, o el cambio de puesto de trabajo.

¹⁶ El Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, desarrolla, en sus artículos 88 a 101, lo dispuesto en el Texto Refundido vigente de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, en cuanto a las prestaciones por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo.

2.3.5. *Permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de los deberes derivados de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*

A pesar de que este tipo de permisos no está previsto de manera genérica en el ET, sino sólo en el 48 del EBEP, se aplican también al personal laboral, pues ya hemos mencionado que en el tema de permisos del personal laboral el artículo 51 EBEP establece que se les aplicará el régimen previsto para los funcionarios.

Las solicitudes deberán presentarse con una antelación suficiente en función de la previsibilidad del hecho causante, para permitir su valoración y no infligir un daño desproporcionado a las exigencias funcionales y organizativas de la administración.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Profesora Contratada Doctora de la UCM

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la UCM

NURIA GARCÍA PIÑEIRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la UCM

SUMARIO:

I. DELIMITACIÓN.—II. LOS PERMISOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. 1. Permisos vinculados a «causas biológicas». 1.1. Realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto [art. 48.1.e) EBEP]. 1.2. Lactancia de un hijo menor de nueve meses [art. 48.1.f) EBEP]. 1.3. Nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto [art. 48.1.g) EBEP]. 2. Permisos vinculados a la atención y cuidado de hijos y familiares. 2.1. Fallecimiento, enfermedad o accidente de familiar hasta el primer grado de consanguinidad [art. 48.1.a) EBEP]. 2.2. Guarda legal [art. 48.1.h) EBEP]. 2.3. Cuidado de familiar hasta primer grado de consanguinidad [art. 48.1.i) EBEP]. 3. Otros permisos vinculados con la conciliación de la vida familiar y laboral. 3.1. Deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar [art. 48.1.j) EBEP].—III. PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL. 1. El permiso por parto. 2. El permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple. 3. El adopción o acogimiento de un hijo.—IV. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES.

I. DELIMITACIÓN

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), esta norma «contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio». Esta idea resulta clave para abordar el estudio de los preceptos de dicha norma que contienen referencias a los denominados por la Ley Orgánica 3/2007, de 2 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOI), derechos de conciliación de la vida personal familiar y laboral. En efecto, la LOI intenta aglutinar las distintas medidas o figuras jurídicas que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares en el término «derechos de conciliación de la vida personal familiar y laboral» (art. 44.1 LOI), pero no enumera dichos derechos, quizás partiendo de la idea de que los mismos son ya conocidos. Sin embargo, no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que contenga una enumeración de los que se consideran «derechos de conciliación», de manera que habrá que entender que dichos derechos están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares. Partiendo de esta definición y por lo que se refiere al Estatuto Básico del Empleado Público, son varios los preceptos que hacen alusión a derechos incluidos dentro del término derechos de conciliación, a saber:

— El artículo 14.j), al señalar que los empleados públicos tienen derecho «a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

— El artículo 48.1, que enumera los permisos de los funcionarios públicos, entre los que se encuentran varios permisos directamente relacionados con esta materia como a continuación analizaremos.

— El artículo 49, que lleva por rúbrica «permisos por motivos de conciliación de la vida persona, familiar y laboral y por razón de violencia de género».

— El artículo 89.4, relativo a la excedencia por cuidado de hijos y familiares.

Antes de analizar el contenido de estos derechos conviene precisar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos, pues no hay que olvidar que el artículo 7 EBEP señala que «el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». En consecuencia, es necesario concretar si los preceptos señalados se aplican indistintamente al personal funcionario y al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas o sólo a los primeros.

En primer lugar, por lo que se refiere a los permisos regulados en los artículos 48.1 y 49 EBEP, hay que señalar que ambos preceptos tienen un alcance y efectos distintos. Los destinatarios de los permisos regulados en el artículo 48.1 son los funcionarios públicos (funcionarios de carrera y funcionarios interinos), como la rúbrica del precepto se encarga de enfatizar. Por el contrario, el artículo 49 no fija como único destinatario a los funcionarios públicos por ello, como ha precisado la Secretaría General para la Administración Pública ¹, este precepto debe entenderse aplicable a todas las clases de empleados públicos.

Para el personal laboral, dice el informe de la citada Secretaría, «sólo serían aplicables los permisos del artículo 48 en el supuesto de que así estuviera expresamente establecido en sus normas laborales, legales o convencionales». Téngase en cuenta que el artículo 48.1 señala que «las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración». Es decir, las Administraciones públicas tienen competencia para establecer su propia regulación sobre permisos, y como el propio artículo 48.1 indica los permisos y su duración que enumera este artículo tienen carácter supletorio operando «en defecto de legislación aplicable». Los permisos del artículo 48.1 sólo serán, por tanto, de aplicación en defecto de normas específicas sobre la materia, teniendo además en cuenta que como ha concluido la Secretaría General para la Administración Pública, el régimen de permisos «es una materia que

¹ Informe de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del artículo 48 de la Ley 7/2007, de 13 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (13 de noviembre de 2007).

obligatoriamente debe ser negociada» de conformidad con el artículo 37.1 EBEP, que señala las materias que deben ser objeto de negociación. Podemos, por tanto, afirmar que, aunque en principio el artículo 48.1 EBEP no es aplicable al personal laboral podrá serlo en el supuesto de que así se negocie en el seno de la correspondiente Administración Pública.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la excedencia por cuidado de familiares regulada en el artículo 89.4 EBEP, debe tenerse en cuenta que es de aplicación exclusiva a los funcionarios de carrera. Los funcionarios interinos, interpretando literalmente el texto legal, carecen de este derecho. Sin embargo, no hay que olvidar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 240/1999, de 20 de diciembre, ha declarado el derecho a la excedencia por cuidado de hijos para aquellos funcionarios interinos que llevan mucho tiempo en esta situación (en el supuesto el funcionario solicitante llevaba cinco años en situación de interinidad). La duración de la interinidad es, por tanto, la clave para determinar si el funcionario interino tiene o no derecho a dicha excedencia. El personal laboral, por su parte, se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los convenios colectivos que les sean de aplicación.

II. LOS PERMISOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Como ya hemos señalado, a diferencia de otros permisos que prevé el Estatuto Básico del Empleado Público, cuya aplicación se dirige no sólo a los funcionarios públicos sino también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el artículo 48 EBEP restringe su ámbito de aplicación única y exclusivamente a los primeros. Son las Administraciones Públicas las que determinan los supuestos de concesión a los funcionarios, sus requisitos, efectos y duración. Así, y en defecto de legislación aplicable a los citados permisos, su duración será la prevista en el propio artículo 48 EBEP.

Vaya por delante el diferente tratamiento que sobre los permisos realiza la normativa funcionarial respecto de la normativa laboral. Así, por ejemplo, allí donde el EBEP habla de permisos, artículo 48.1.h), el ET habla de suspensión de la relación laboral. El configurar estos supuestos como permisos implica que el funcionario durante su disfrute percibirá tanto sus retribuciones básicas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias), cuanto sus retribuciones complementarias (complemento de destino, complemento específico y complemento de productividad).

Los permisos de los funcionarios públicos regulados en el artículo 48 EBEP y que pueden incluirse dentro de los denominados derechos

de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se pueden sistematizar del siguiente modo ²:

1. Permisos vinculados a «causas biológicas», dentro de los cuales se encuentran tanto la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto [art. 48.1.e) EBEP]; la lactancia de un hijo menor de nueve meses [art. 48.1.f) EBEP]; como el nacimiento de hijos prematuros [art. 48.1.g) EBEP].

2. Permisos vinculados a la atención y cuidado de hijos y familiares, a saber: fallecimiento, enfermedad o accidente de familiar hasta el primer grado de consanguinidad [art. 48.1.a) EBEP], guarda legal [art. 48.1.h) EBEP]; cuidado de familiar hasta primer grado de consanguinidad [art. 48.1.i) EBEP].

3. Otros permisos vinculados con la conciliación de la vida familiar y laboral [art. 48.1.j) EBEP], entre los que se ubica el permiso de muy amplio contenido que permite al funcionario ausentarse de su puesto de trabajo por deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar.

1. Permisos vinculados a «causas biológicas»

1.1. Realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto [art. 48.1.e) EBEP]

El Estatuto Básico del Empleado Público toma, literalmente, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 26.5 LPRL) el permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto de la funcionarias embarazadas.

Así, las funcionarias embarazadas, al igual que las trabajadoras por cuenta ajena, podrán ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para asistir bien a exámenes prenatales bien a sesiones de preparación al parto. Llama la atención, sin embargo, que la normativa funcionarial, a diferencia de la laboral, no incorpore ninguna exigencia sobre la duración o sobre la justificación del permiso. Parece, pues, que el único requerimiento al disfrute de este permiso consiste en la observancia del principio de buena fe, ya que ni se exige un «tiempo específico» para su disfrute, ni tampoco se requie-

² Llama la atención que el legislador dé cabida en la letra i) del artículo 48.1.j) EBEP a un permiso tan amplio que permita su disfrute por el tiempo indispensable por deberes de conciliación de la vida laboral y familiar, para después desarrollar el artículo 49 bajo el título «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

re «previa justificación de la necesidad de su realización» dentro de la jornada de trabajo ³.

*1.2. Lactancia de un hijo menor de nueve meses
[art. 48.1.f) EBEP]*

El reconocimiento a las trabajadoras de un permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses constituye una de las medidas tradicionalmente concedidas con el fin de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. De conformidad con el artículo 48.1.f) EBEP, las funcionarias, por lactancia de un hijo menor doce meses, tendrán derecho a una ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. Este derecho, que fue objeto de regulación por la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública, ha vuelto de nuevo a ser modificado ligeramente por la LOI.

Por lo que se refiere a la duración del permiso en el empleo público se ha incrementado hasta los doce meses. Este incremento representa una notable diferencia con respecto a la normativa laboral, que mantiene su disfrute hasta los nueve meses. Otro rasgo de contraste con el Estatuto de los Trabajadores es la posibilidad de los funcionarios de optar entre repartir su hora de ausencia en dos periodos a lo largo de la jornada o reducir su jornada de trabajo en una hora. En efecto, aún cuando la normativa laboral incorpora el derecho de las trabajadoras de acumular el permiso por lactancia en jornadas completas «en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella», se ha desaprovechado la reforma para conceder tal garantía por ley a los trabajadores.

En fin, el problema de la titularidad del permiso por lactancia, en el supuesto de que ambos trabajen, parece resuelto por el Estatuto del Empleado Público. A diferencia del artículo 30.1.f) de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública que aludía de forma expresa, al igual que hace el Estatuto de los Trabajadores, a la mujer/madre funcionaria, el artículo 48.1.f) EBEP dispone que «este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los trabajadores», pero sólo en el supuesto de que «ambos trabajen». Destaca, por tanto, el hecho de que «una norma como la LOI, dirigida a hacer efectivo el principio de igualdad no haya introducido una reforma de mayor calado en relación con el permiso de lactancia corrigiendo las vulneraciones que de dicho principio contiene la regulación actual» ⁴.

³ Ambas exigencias se preveían en el artículo 30.1.e) de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública.

⁴ R. AGUILERA IZQUIERDO: «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral dirigidos específicamente a conseguir dicha conciliación», en A. MONTOYA MELGAR

1.3. Nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto [art. 48.1.g) EBEP]

Según el artículo 48.1.g) EBEP, el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras. De esta forma el Estatuto del Empleado Público no sólo mejora el periodo de ausencia en el trabajo, que se incrementa de una a dos horas, sino que también circunscribe este derecho dentro de los denominados «permisos funcionariales», es decir, íntegramente retribuidos.

Frente al ejercicio de este derecho, la normativa funcional no exige un «tiempo específico» para su disfrute; lo que significa que los trabajadores podrán ausentarse del trabajo *sine die*, siempre que el menor permanezca hospitalizado.

Asimismo, el artículo 48.1.g) EBEP, al igual que prevé el artículo 37.4.bis ET, dispone el derecho de los trabajadores a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución salarial proporcional que corresponda. Debe entenderse que el funcionario, en caso de optar por esta reducción de jornada en el supuesto de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, tendrá además derecho a la ausencia retribuida durante dos horas diarias (reducción de jornada de dos horas con disminución salarial correspondiente + derecho a ausentarse, aun cuando su jornada haya sido reducida, dos horas al día sin pérdida de su retribución).

2. Permisos vinculados a la atención y cuidado de hijos y familiares

2.1. Fallecimiento, enfermedad o accidente de familiar hasta el primer grado de consanguinidad [art. 48.1.a) EBEP]

El EBEP, así como la normativa laboral, prevén la posibilidad de que los funcionarios y/o trabajadores puedan ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes en caso de fallecimiento, accidente o enfermedad grave que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador.

(Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, Madrid, 2007, p. 379.

Al margen de la diferencia entre primer y segundo grado de consanguinidad para reconocer el derecho a ausentarse del trabajo ante situaciones familiares muy especiales, llama la atención que en la función pública no se reconozca el permiso por hospitalización y el nuevo permiso que se concede a los trabajadores por cuenta ajena relativo a la intervención quirúrgica sin hospitalización. En este sentido, se advierte que, tras la entrada en vigor de la LOI, la diferencia entre el régimen funcional y laboral se centra más que en el número de días de permiso concedidos, en las causas o supuestos que dan origen a dichos permisos ⁵.

No obstante, podemos afirmar que la regulación funcional en materia de permisos suele ser más beneficiosa y en determinados supuestos se concede un mayor número de días de permiso. Así, por ejemplo en la función pública el número de días de permiso concedidos para los supuestos de fallecimiento, accidente o enfermedad grave se incrementa en un día frente al régimen laboral común cuando dichos acontecimientos afectan a un familiar en primer grado. En ese caso el número de días de permiso es de tres y de cinco si exige el desplazamiento del funcionario.

2.2. *Guarda legal [art. 48.1.h) EBEP]*

Aunque el artículo 48 EBEP se refiera a los permisos de los funcionarios públicos, una vez más nos encontramos con la utilización equívoca de las instituciones jurídicas «jornada de trabajo» y «permisos». Parece que la normativa sobre empleo público los utiliza indistintamente, y no es así. Sin embargo, el hecho de que incluya supuestos de «reducción de jornada», cuando realmente está enumerando «permisos retribuidos» no resulta la forma más coherente de sistematizar los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos. El artículo 48.1.h) EBEP constituye un ejemplo claro y fehaciente de lo que acabamos de señalar. En efecto, de su letra se deduce que la normativa de empleo público dispone el derecho de los funcionarios a reducir su jornada, con reducción proporcional del salario, en tres supuestos:

— Por guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años.

— Para el cuidado de persona mayor que no requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida alguna.

⁵ R. AGUILERA IZQUIERDO: «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral dirigidos específicamente a conseguir dicha conciliación», en A. MONTOYA MELGAR (Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., p. 381.

— Para el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad y/o afinidad que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Una vez más, el Estatuto Básico del Empleado Público sigue siendo en esta materia, más flexible. No sólo porque la LOI, en este sentido, amplía la edad del menor que puede dar derecho a la reducción de jornada hasta doce años, sino también porque tampoco introduce límites cuantitativos relativos al periodo de reducción de jornada. Lo que significa que el trabajador podrá hacer uso de este derecho con la única exigencia de su previa justificación.

2.3. Cuidado de familiar hasta primer grado de consanguinidad [art. 48.1.i) EBEP]

El permiso de cuidado de familiar hasta primer grado de consanguinidad, que no cuenta con ninguna referencia en el ET, constituye una de las novedades que la LOI introduce para los funcionarios públicos.

De conformidad con la nueva letra g) bis del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, incorporada literalmente al artículo 48.1.i) EBEP, el funcionario que precise atender al cuidado de un familiar en primer grado, 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.

Se trata de un derecho limitado a los familiares de primer grado de consanguinidad del funcionario, que podrá ser disfrutado individual o conjuntamente, en el caso de que concurran en la Administración Pública «más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante». En ese supuesto, se prorrateará el tiempo de disfrute de reducción del permiso, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.

3. Otros permisos vinculados con la conciliación de la vida familiar y laboral

3.1. Deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar [art. 48.1.j) EBEP]

Este permiso presenta una notabilísima diferencia con respecto a la legislación laboral, ya que ET no regula ningún permiso retribuido que recoja un derecho de contenido tan amplio. En efecto, el Estatuto Básico del Empleado Público incluye, dentro del precepto referido a los permisos de los funcionarios, «los deberes vinculados a la conciliación de la

vida laboral y familiar», sin enumerar cuáles pueden ser dichos deberes. En cualquier caso, en el artículo 49 enumera una serie de permisos que, en todo caso, se consideran vinculados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (permiso por maternidad, adopción y acogimiento y paternidad), pero el artículo 48.1.j) deja la puerta abierta a cualquier otro permiso que podamos entender relacionado con el ejercicio de los derechos de conciliación lo que, en la práctica, puede resultar conflictivo ante la pluralidad de supuestos imaginables.

Parece que la normativa funcionarial, al prever tales deberes, está pensando en permisos, de corta duración, retribuidos, y destinados de forma efectiva y real a conciliar la vida laboral y familiar. Nos referimos a situaciones que en la práctica se presentan con frecuencia y que provocan auténticos problemas para lograr tal objetivo. Entre estos posibles permisos apuntamos: los permisos para acompañar a los hijos menores de edad cuando necesiten recibir asistencia sanitaria y para la atención de éstos en supuestos de enfermedades infecto-contagiosas o el derecho a permisos retribuidos por los trámites legales y administrativos que necesiten los trabajadores para la adopción nacional o internacional que esté siendo objeto de tramitación.

III. PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

El artículo 49 EBEP regula, entre otros, los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Al respecto dispone que «en todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas». Ello significa que lo establecido en el EBEP se aplicará directamente, como norma mínima.

Tal y como se señaló al inicio de esta comunicación el artículo 49 EBEP es aplicable —a diferencia del art. 48 EBEP— a toda clase de empleados públicos definidos en los artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 13 EBEP (funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral fijo o temporal, personal eventual y personal directivo profesional) ⁶.

El artículo 49 EBEP regula el permiso por parto; el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, y el permiso de paternidad por el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo. A continuación se analizarán estos permisos, comparando su regulación con la prevista en el ordenamiento jurídico laboral. Advier-

⁶ Véase apartado 4 del Informe de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del artículo 48 de la Ley 7/2007, de 13 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, Secretaría General para la Administración Pública, 13 de noviembre de 2007.

tase que la primera y principal diferencia de estos permisos, con respecto a la legislación laboral, es su naturaleza jurídica. Así, mientras que el ET configura la protección de estas situaciones como suspensiones del contrato de trabajo que dan derecho a la percepción de la correspondiente prestación de la Seguridad Social si se reúnen los requisitos legalmente exigidos, el EBEP los configura como permisos retribuidos por la propia Administración.

1. El permiso por parto

Conforme al tenor legal, el permiso por parto tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliándose 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.

El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, la madre podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de IT.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple.

Este permiso 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.

Concluye la letra a) del artículo 49 EBEP disponiendo que «durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración».

El permiso por parto regulado en el EBEP en los términos señalados, se distingue del previsto en el artículo 48.4 ET en los siguientes aspectos:

— En el EBEP es un permiso retribuido, en el ET la maternidad genera una suspensión del contrato de trabajo, previéndose en la LGSS una contingencia contributiva de maternidad.

— El EBEP «no relativiza la naturaleza jurídica de la relación laboral de los progenitores, lo que significa que al ser la madre trabajadora autónoma o por cuenta ajena y el padre funcionario, éste no puede disfrutar de la cesión»⁷. Por el contrario el ET prevé que aún cuando la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho de paternidad (art. 48.4, párr. 3.º).

— El EBEP no condiciona la ampliación del permiso por parto, en los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, a que la hospitalización sea por un periodo superior a siete días, requisito que si precisa el artículo 48.4, párr. 5.º ET.

— El EBEP prevé expresamente que durante el disfrute del permiso por parto se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración, previsión no contemplada en el ET y que no puede deducirse de la expresión «mejora en las condiciones de trabajo»⁸.

2. El permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple

Este permiso, al igual que el permiso por maternidad, tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que 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.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en

⁷ SÁNCHEZ TORRES, E.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 613-614.

⁸ Al respecto, AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar...», *op. cit.*, p. 102.

ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

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.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año.

El permiso por adopción o acogimiento previsto en el EBEP se distingue del previsto en el artículo 48.4 ET en los siguientes aspectos:

— Tal y como se señaló anteriormente, el EBEP prevé un permiso retribuido y el ET un periodo de suspensión con protección del sistema público de Seguridad Social, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos.

— En el supuesto de adopción internacional el EBEP dispone que cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el funcionario tendrá derecho a disfrutar de

un permiso de hasta dos meses de duración percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas. Retribuciones que incluyen el sueldo, trienios y pagas extraordinarias, excluyéndose las retribuciones complementarias (complemento de destino, específico y de productividad). Téngase en cuenta que, como se ha señalado, se trata de un permiso independiente de la posibilidad que tienen todos los trabajadores, funcionarios o no, en los supuestos de adopción internacional, de disfrutar del periodo de dieciséis semanas de permiso (o de suspensión del contrato para los trabajadores por cuenta ajena) hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

3. El permiso de paternidad por el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo

Este permiso 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.

Este permiso es independiente del disfrute compartido de los permisos de parto y adopción o acogimiento.

En los casos de permisos de parto, adopción o acogimiento y paternidad el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.

Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad y adopción o acogimiento tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse en su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

Respecto del permiso de paternidad debe tenerse en cuenta que el Acuerdo de 20 de abril de 2007, de la Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal ha analizado las consultas planteadas respecto de la posibilidad de acumular el disfrute del permiso de paternidad regulado en el artículo 49.c) EBEP, con la suspensión del contrato

de trabajo en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento previsto en el artículo 48.bis ET. La Comisión Superior de Personal ha acordado que el permiso de paternidad del Estatuto Básico del Empleado Público sustituye al permiso de paternidad previsto en el II Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado. El citado Acuerdo sostiene que las normas del EBEP «priman sobre las existentes en la legislación laboral (ET y convenios colectivos), de acuerdo con los principios de jerarquía y especialidad», añadiendo que «a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, sólo existe un único permiso de paternidad en el ámbito de la Administración General del Estado, común al personal funcionario y al personal laboral de quince días naturales»⁹.

El EBEP contiene una regulación integral, formulada con pretensiones de generalidad y uniformidad, del régimen del personal al servicio de la totalidad de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de su relación jurídica. Esta regulación integral, en el caso del permiso de paternidad, ha consistido precisamente en establecer un permiso de paternidad de quince días naturales para el conjunto de los empleados públicos, sin distinguir su relación jurídica, funcional o laboral.

El supuesto de hecho protegido, la paternidad o la atención al menor por parte del otro progenitor, está regulado de manera más favorable en el EBEP ya que instituye quince días de permiso¹⁰, con percepción íntegra de las correspondientes retribuciones, sin condicionar su disfrute a que se acredite un periodo mínimo previo de cotización.

Además, el permiso de paternidad regulado en el EBEP se distingue del previsto en el ET, en los siguientes aspectos:

— El ET prevé el disfrute del permiso de paternidad en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador. El EBEP omite este aspecto, aunque sería posible establecer tal previsión por vía negocial.

— En cuanto al tiempo del disfrute de permiso por paternidad el EBEP señala expresamente que dicho permiso deberá disfrutarse «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

⁹ Interpuesto proceso de conflicto colectivo, la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2008, desestima la demanda sobre permiso de paternidad y suspensión del contrato de trabajo interpuesta por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras frente al Ministerio de Administraciones Públicas.

¹⁰ Frente a los trece días ininterrumpidos previstos en el artículo 48 bis ET.

adopción». No se deja opción al funcionario para fijar la fecha de disfrute, al contrario de lo que sucede en el ET. Como es sabido, el artículo 48.bis ET trata de que el periodo de suspensión del contrato por paternidad sea disfrutado en el momento que los trabajadores consideren más conveniente en función de las necesidades familiares y, en consecuencia, son tres las opciones que tiene el trabajador: disfrutarlo después de la finalización del permiso por nacimiento de hijo previsto legal o convencionalmente, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento; disfrutarlo en cualquier momento dentro de las dieciséis semanas del periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento; o, disfrutarlo inmediatamente después de la finalización de dicho periodo de suspensión. En coherencia con este diferente tratamiento del permiso por paternidad en el EBEP y en el ET, el artículo 59 LOI reconoce el derecho de los empleados públicos a disfrutar del periodo de vacaciones en una fecha distinta cuando coincida con el permiso por paternidad, opción que no se ofrece a los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 38 ET al tener éstos la posibilidad de disfrutar, a su elección, del periodo de suspensión del contrato por paternidad en un arco temporal muy amplio que hace difícil la coincidencia de ambos periodos.

IV. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES

Una de las instituciones jurídicas que permite a mujeres y hombres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares es la excedencia por cuidado de hijos y familiares. Mediante esta figura se pretende que los trabajadores puedan dedicar una parte de su tiempo al cuidado de cada nuevo hijo (por naturaleza, adopción o acogimiento) o familiar incapacitado para valerse por sí mismo por razones de edad, enfermedad o accidente, sin que esta situación provoque la pérdida de su puesto de trabajo. La excedencia por cuidado de hijos ha sufrido importantes reformas en los últimos años que se han ido introduciendo de forma paralela tanto en la normativa funcionarial como en la normativa laboral. Así, la situación administrativa de excedencia por cuidado de familiares ha sido sucesivamente modificada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, por la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Esta última norma modificó el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública

y días después este precepto quedó derogado por la entrada en vigor de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público que incorpora su contenido, con leves matizaciones, en su artículo 89.4¹¹.

Los funcionarios de carrera, al igual que reconoce la normativa laboral (art. 46.3 ET), tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un periodo de excedencia por cuidado de familiares, pero en este caso su duración difiere respecto de la normativa laboral. En efecto, la LOI ha ampliado el periodo de excedencia para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado inclusive de consaguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. Así, para los funcionarios de carrera la duración del periodo de excedencia ha pasado a ser de tres años, otorgándose de esta manera el mismo tratamiento que a la excedencia por cuidado de hijos, mientras que para los trabajadores por cuenta ajena la duración se ha ampliado a dos años.

El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin a la excedencia que se viniera disfrutando, al igual que señala el artículo 46.3 ET; y, del mismo modo que se prevé en la relación laboral común, en el caso de que dos funcionarios generasen el derecho a disfrutar de la excedencia por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de sus servicios. Sin embargo, y a diferencia de lo previsto en el artículo 46.3 ET tras su modificación por la LOI, el EBEP no contempla formas flexibles de utilización de la excedencia bajo una modalidad parcial o de forma fraccionada. La utilización de la excedencia bajo una modalidad parcial implica la posibilidad de disfrutar de la excedencia por días a la semana o al mes o al año. Por el contrario el disfrute de la excedencia de una forma fraccionada hace referencia a la posibilidad de que la excedencia no se disfrute de manera ininterrumpida sino que se pueda disfrutar en distintos periodos sin que la suma de todos ellos supere el máximo marcado por la Ley. Esta posibilidad, que había venido siendo admitida por la doctrina judicial teniendo en cuenta que la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, reconoce que los Estados y los interlocutores sociales pueden

¹¹ Se analiza aquí exclusivamente la regulación de la excedencia por cuidado de familiares en el EBEP sin hacer alusión a las referencias que sobre esta institución contiene el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo.

«decidir si el permiso parental se concede (...) de forma fragmentada»¹², ha sido recogida expresamente en el artículo 46.3 ET tras la entrada en vigor de la LOI, pero no así en el EBEP.

Por lo que se refiere a los efectos que la situación de excedencia por cuidado de hijos y familiares va a tener sobre los funcionarios de carrera que la soliciten, el propio artículo 89.4 EBEP señala que el tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación. Encontramos aquí una diferencia a destacar en relación con la regulación de esta materia en el derogado artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en la redacción que a dicho precepto dio la LOI. En efecto, el artículo 29.4 de la Ley 30/1984 señalaba que el periodo de permanencia en la situación de excedencia por cuidado de hijos o familiares era computable a efectos de consolidación de grado, mientras que el artículo 89.4 del EBEP señala que será computable ese periodo a efectos de carrera. El EBEP utiliza, por tanto, un concepto más amplio, pues dentro de la carrera administrativa de los funcionarios, existen distintas modalidades dentro de las que se encuentra el sistema de carrera vertical y el de carrera horizontal. Según señala el artículo 16.2 EBEP, «la carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad». La carrera se concibe desde una perspectiva funcional, «como un conjunto de oportunidades de ascenso y movilidad que la ley ofrece a los funcionarios (y otros empleados) en el seno mismo del empleo público»¹³. Dentro de las distintas modalidades de la carrera administrativa se encuentran la denominada por el EBEP carrera vertical que consiste en «el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión» establecidos legalmente [art. 16.3.b) EBEP] y el sistema de carrera horizontal o de ascenso por grados o categorías sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo. Por su parte, el grado personal revela algo así como la categoría profesional de cada funcionario individualmente considerado. «De alguna manera es un concepto sustitutivo de las categorías personales, que son características del modelo de carrera horizontal. Todo funcionario tiene su grado personal, expresado en una escala que coincide con la de los niveles de los puestos de trabajo, del 1 al 30»¹⁴. En la práctica, «el complicado (aunque ingenioso) sistema de grados personales no ha podido aplicarse para el fin que se pretendió y se ha

¹² STSJ de Baleares, de 29-11-1999 (AS 1999, 4654); STSJ de Murcia, de 12-3-2001 (AS 2001, 493).

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Ed. Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 2008, p. 148.

¹⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Ed. Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 2008, p. 153.

convertido en una especie de concepto retributivo»¹⁵. Ésta es una de las razones que han llevado al EBEP a introducir la posibilidad de configurar carreras horizontales, en las que se valore «la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación de desempeño» [art. 17.b) EBEP]. En coherencia con los cambios introducidos en esta materia por el EBEP, el artículo 89.4 de dicha norma prevé que el periodo que el funcionario permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijos o familiares será computable a efectos de carrera cualquiera que sea, por tanto, el sistema de carrera administrativa (vertical o horizontal) que se implante en la correspondiente Administración Pública para la que preste servicios.

El funcionario de carrera que disfrute de una excedencia por cuidado de hijos o familiares, tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaba, «al menos, durante dos años» (a diferencia de la relación laboral común donde el trabajador tendrá reservado su puesto de trabajo durante el primer año, pues el segundo año no tiene reservado su mismo puesto de trabajo sino un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente, art. 46.3 ET). En este punto también conviene poner de manifiesto una ligera diferencia con respecto a la regulación contenida en el derogado artículo 29.4 de la Ley 30/1984. Según este precepto, «durante los dos primeros años, tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban». Son, como puede apreciarse, dos las diferencias entre ambos preceptos:

— En primer lugar, el EBEP introduce la expresión «al menos», lo que quiere decir que es posible mejorar su regulación por los correspondientes Pactos y Acuerdos; y

— En segundo lugar, el derecho a la reserva del puesto de trabajo se mantendrá durante dos años, y no durante los dos primeros años como decía la Ley 30/1984 tras su modificación por la LOI, lo que nos lleva a concluir que el EBEP está pensando con esta regulación no tanto en una excedencia por cuidado de hijos, que como sabemos sólo puede disfrutarse hasta que el menor tiene tres años, sino en el supuesto de excedencia por cuidado de familiares que se disfrute de forma fraccionada, como ha admitido la doctrina judicial. En este caso, la reserva del puesto de trabajo se mantendrá durante dos años, pero no durante dos años en sentido natural, sino durante dos años de disfrute efectivo de la excedencia.

Transcurrido el periodo de dos años, la reserva lo será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución. De nuevo aquí apreciamos una diferencia con la regulación del derogado artículo 29.4 de la Ley 30/

¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Ed. Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 2008, p. 154.

1984, pues éste señalaba que la reserva lo sería no sólo a un puesto en la misma localidad y de igual retribución, sino además «de igual nivel», condición que ha desaparecido en la redacción del EBEP. De esta manera, en la actualidad, el puesto de trabajo reservado puede ser de un nivel distinto siempre y cuando la retribución sea la misma.

Por último, y con la finalidad de que el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos o familiares no suponga ningún obstáculo en la carrera profesional del funcionario, el artículo 89.4 EBEP prevé que los funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Ponencia Temática III

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
TRAS EL ESTATUTO BÁSICO**

JUAN LÓPEZ GANDÍA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Politécnica de Valencia

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO.—II. EL MARCO LEGAL.—III. ÁMBITO SUBJETIVO.—IV. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL. LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN.—V. SUJETOS NEGOCIADORES. LA COMPOSICIÓN DE LAS MESAS.—VI. CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN.—VII. PROCEDIMIENTO. ACUERDOS Y DESACUERDOS.—VIII. LA APROBACIÓN DEL ACUERDO.—IX. VIGENCIA Y DURACIÓN.—X. IMPUGNACIÓN, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.—XI. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES.—XII. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO

La construcción del derecho a la negociación colectiva ha estado condicionada por los problemas que suscitó su configuración una vez aprobada la Constitución. En gran parte, por la dificultad jurídica y dogmática —a falta de experiencias históricas propias al haberse regulado la función pública de modo unilateral (las extranjeras se estaban fraguando como el caso italiano de aquella época) (ORTEGA ÁLVAREZ, 1983; LÓPEZ GANDÍA, 1982)— de reconocer un derecho que trastocaba los esquemas históricos de regulación unilateral. Además en la experiencia laboral no se distinguía la propia negociación de su producto, de la fuente que nacía al mundo del derecho, el convenio colectivo. De ahí que se afirmara incluso que la negociación colectiva estaría «prohibida» por la Constitución a los funcionarios públicos (DEL SAZ, 1995, 101).

De otra parte, la Constitución había trazado una separación aparentemente clara entre funcionarios públicos y trabajadores, cada uno con su Estatuto correspondiente (art. 35 para los trabajadores, arts. 103 y 149.1.18 para los funcionarios). Esta lógica separación, que deriva de la diferencia entre relación contractual y relación estatutaria, fue utilizada como una barrera infranqueable para cualquier tentativa de asimilación o de «laboralización» tanto individual como colectiva de la función pública, esto es, para trasladar a ese nuevo terreno los planteamientos laborales. La separación entre ambos mundos se justificó también acudiendo a las diferencias en el propio plano de la relación individual (relación estatutaria y determinación heterónoma, y por tanto reforzamiento del principio de legalidad, ausencia de contrato), que acabaron trasladándose al plano colectivo, dada la propia construcción histórica de las fuentes colectivas al derivar de la autonomía colectiva y al haberse perfilado sobre categorías contractuales. De la ausencia de lo contractual en lo individual parecía derivarse como corolario su ausencia también en lo colectivo. De poco sirvió para cambiar este esquema dogmático previo el reconoci-

miento de la libertad sindical en el artículo 28 de la Constitución a los funcionarios públicos, pues la expresión «peculiaridades» ha sido clave no sólo para devaluar en cierto modo su alcance, sino también para justificar cualquier forma de participación en la determinación de las condiciones de empleo fuera negocial o no, acudiendo al convenio 151 de la OIT como criterio interpretativo. La influencia de este convenio ha sido ciertamente negativa, pues pese a las apariencias y a su frecuente alegación para fundamentar el derecho a la negociación colectiva, este convenio no era en absoluto garantista respecto al derecho a negociar, sino que más bien venía a dejar grandes márgenes de regulación al derecho interno lo que acaba devaluando el alcance de la libertad sindical, como se vio en su utilización por la jurisprudencia constitucional. En efecto, del artículo 28 cabía deducir ya un derecho que fuera más allá de una mera consulta, es decir, un verdadero derecho de negociación colectiva, independientemente de que se pudiera hablar de un convenio colectivo similar al laboral. Tampoco las previsiones constitucionales sobre la negociación colectiva del artículo 37 de la Constitución, que reforzaba la eficacia directa y vinculante del convenio colectivo, pero que históricamente se había construido desde la autonomía privada, pudieron trasladarse a la función pública, pese a algunos intentos doctrinales (APARICIO, 1983, 311; MARTÍNEZ ABASCAL, 1989, 455), en salvar los escollos derivados de su tenor literal («negociación colectiva laboral»), que erróneamente acabó interpretándose en sentido subjetivo, cuando en realidad se conectaba claramente con el artículo 28 y se refiere a su posible contenido objetivo. Y en principio no debía haber sido un obstáculo para una regulación especial para los funcionarios fundamentada en tal derecho. Pero es que tampoco el constituyente había sido muy claro a la hora de ordenar al legislador ordinario que garantizara no sólo la negociación colectiva laboral y la eficacia vinculante de los convenios colectivos, sino también la funcional y de ahí que la doctrina viera difícil ya en su momento pese al uso no técnico de la expresión «trabajadores» (RODRÍGUEZ PIÑERO, 1989), construir desde ahí el derecho (DEL REY, 1986, 120; LÓPEZ GANDÍA, 1988, 9; CASAS, 1988, 83; RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1997, 3; VALDÉS DAL RÉ, 1990, 85). Y así se pronunció la jurisprudencia constitucional (TC 57/982, 58/1985, 2/1998).

Esta laguna constitucional, la expresión peculiaridades del artículo 28, y los citados artículos 103 y 149.1.18, utilizados a la contra de la idea de negociación han impedido la configuración constitucional de un derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, pese a que este sea un contenido adicional de la libertad sindical, al identificarse la negociación con la elaboración de normas y la construcción de un modelo de negociación colectiva común para laborales y funcionarios, sin perjuicio de adaptar la regulación a las especialidades de los funcionarios. Ni siquiera para la negociación colectiva informal

anterior al reconocimiento y configuración legal del derecho a «participar en la determinación de las condiciones de trabajo» cabía recurrir al artículo 28 de la Constitución para otorgar eficacia jurídica directa a los convenios colectivos que empezaron a negociarse. La doctrina ha sido unánime en entender que la negociación colectiva no forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, si bien si que constituye contenido adicional si lo incorpora una ley de rango infraconstitucional (TC 80/2000, 85/2001). Pero no sería así para los funcionarios públicos en que el contenido esencial presentaría una configuración distinta a la de los trabajadores (D EL REY, 1986, 127; FERNÁNDEZ LÓPEZ y CRUZ VILLALÓN, 1989, 212). Sólo afectaría al contenido esencial la negociación colectiva de los funcionarios de manera indirecta, esto es, cuando con ocasión de la negociación se vulnerara o causara lesión a la libertad sindical (ROQUETA, 2007, 42 y 66 y TC 80/2000, 225/2005), pero no en cuanto a la garantía del propio derecho a la negociación colectiva y a su eficacia. Tampoco la libertad sindical alcanzaría toda su potencialidad en cuanto que el derecho a negociar no se puede llevar a cabo fuera del marco legal, aunque ello sería consecuencia de su configuración legal. Si bien es cierto que en la medida en que la ley reconoce el derecho a la negociación colectiva y tal derecho se integra como contenido adicional de la libertad sindical, sin embargo lo hace «con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [art. 6.3.b) y c) de la LOLS], siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcionarial y el derecho a ella de los sindicatos; no así en el de la genérica integración del referido derecho en el de libertad sindical» (TC 80/2000 y 85/2001).

La expresión «peculiaridades» impidió la analogía con la negociación colectiva laboral en la que incluso a pesar de que no encajaban en el marco estatutario trazado se reconoció la eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el ámbito funcionarial antes de la LORAP (ROQUETA, 1996, 87; BENGOTXEA, 2005, 86). Y esta figura tampoco resulta posible en la función pública una vez se existe un marco legal pues no cabe otro cauce de negociación que el trazado por la ley (TC 85/2001). La expresión «peculiaridades» introdujo elementos de indeterminación y ambigüedad (LÓPEZ GANDÍA 1981, 407; BLASCO ESTEVE, 1986, 5133) que parecían referirse al ámbito subjetivo de la libertad sindical, en cuanto a que determinados funcionarios no gozarían de tal derecho o los tendrían reconocidos, pero con especialidades, pero no necesariamente debía identificarse con la exclusión del derecho a la negociación, sino con su modulación o adaptación (V ALDÉS, 1997, 86). Y en cualquier caso el concepto debía interpretarse de manera restrictiva para no volver a una regulación unilateral del régimen estatutario (D EL REY, 1986, 112). Sin embargo, se acabó utilizando para debilitar el alcance del derecho y con-

vertirlo no en un derecho derivado de la Constitución, pese al reconocimiento de la libertad sindical de los funcionarios, sino en un derecho de configuración legal (TC 57/1982, 102/1988, 85/2001). Es decir, no trasladó al ámbito funcional la jurisprudencia constitucional sobre la negociación colectiva como contenido adicional de la libertad sindical que se aplicó a los trabajadores (TC 70/1982, 23/1983, 73/1983, 73/1984, 98/1985, 39/1986, 104/1987, 9/1988) y que aun precisando de una ley reguladora condicionara su contenido exigiendo una verdadera negociación colectiva, aun con todas las especialidades derivadas de la condición estatutaria de los funcionarios y de la parte pública que negocia. Algunas de estas especialidades por otra parte podían ser comunes a funcionarios y personal laboral de la Administración Pública, como su no concurrencia en el mercado, el poder sindical derivado de la estabilidad en el empleo y la carencia de instrumentos de contrapeso (GARCÍA MURCIA, 1993, 9) y que lleva a situar determinados aspectos como los retributivos en un ámbito distinto al de los trabajadores del sector privado, como el gasto público y la política económica o los principios de eficacia y jerarquía.

En cualquier caso, una vez se entiende como de configuración legal no podía dar lugar a cualquier desarrollo legal (LÓPEZ GANDÍA, 1981, 430). Sin embargo, el modelo legal en lugar de haber partido de la propia negociación colectiva con especialidades y de acuerdo con el modelo laboral y reconocer una negociación colectiva con eficacia propia, como nueva fuente de regulación, estuvo lastrado inicialmente por la pervivencia de un modelo funcional o administrativo de determinación de las condiciones de trabajo y de inserción en las categorías administrativas y de procedimiento. Y esto se produjo sobre todo a partir de la STC 57/1982, que bajo la influencia del convenio 151 de la OIT y ante la ausencia de una regulación ordinaria del derecho, devaluó el alcance de la propia idea de negociación lo que llevó incluso a que la LOLS, aun reconociendo el derecho de libertad sindical, en su artículo 6.3.c), acabara condicionada también por este convenio (D ESDEN-TADO, 1985, 50). Difícilmente se respetaba el «mínimo de libertad sindical» que exigía el artículo 28 de la Constitución (D EL REY, 1986, 107). El convenio de la OIT acabó limitando el alcance de la libertad sindical de los funcionarios públicos, pues las demás vías de participación no constituyen una verdadera negociación (LÓPEZ GANDÍA, 1982, 448; BAYLOS, 1982, 134). Ni siquiera irían más allá de la participación prevista en el artículo 105.a) de la Constitución. Además el convenio 151 deja excesiva libertad al legislador ordinario a la hora de configurar o perfilar ese modelo de participación, que podía no incluir derecho alguno de negociación, sino mera consulta o incluso participación institucional, instrumentos que más bien son los típicos supletorios de los colectivos funcionariales que no tienen libertad sindical y que no supone en absoluto el abandono del unilateralismo, cuando este ya no tenía cabida en

la Constitución (BENGOETXEA, 2005, 60). Tampoco se abandonaron otras manifestaciones preconstitucionales de unilateralismo en la Ley 9/1987 (LORAP) que acababan convirtiendo la negociación colectiva de los funcionarios públicos en una negociación de tono menor, devaluada, pese que su exposición de motivos hablaba de que se regulaban «aspectos derivados del derecho de libre sindicación». El mecanismo de consulta y otras manifestaciones del poder de supremacía, sin embargo, han pervivido hasta el Estatuto básico de 2007. Es decir, la normativa reguladora anterior, en definitiva la configuración legal del derecho, no han extraído todas las consecuencias que derivaban de la nueva perspectiva que la Constitución trazaba sobre la función pública a partir del reconocimiento de la libertad sindical, ni ha sido lo suficientemente garantista del derecho a la negociación. De ahí que se criticara esta interpretación al suponer una cierta devaluación o degradación de la libertad sindical de los funcionarios públicos y un vaciamiento de su contenido (BAYLOS, 1982, 135; DESDENTADO, 1985, 59), cuando no un alejamiento de los trabajadores en el disfrute de los derechos colectivos.

Sólo poco a poco, superando sus prejuicios iniciales, mediante su regulación legal partiendo de la denominación de participación en la determinación de las condiciones de trabajo, que no era más que una operación de escamoteo o de maquillaje (LÓPEZ GANDÍA 1988, 9) o de simple «prevención» (DEL REY, 1991, 282) —hasta la Ley 7/1990 ni siquiera se atreve el legislador a utilizar la palabra negociación— se ha ido configurando un derecho de negociación colectiva que ha ido aproximando en algunos aspectos al laboral desde sus orígenes en la Ley 9/1987 (LORAP), pasando por la Ley 7/1990, la Ley 21/2006 hasta el Estatuto Básico de 2007. La construcción ha sido dificultosa, por los prejuicios y por las carencias reguladoras, tanto en la Constitución como en su regulación legal. Muchos de los problemas podían haberse resuelto si, pese a ser de configuración legal el derecho a la negociación colectiva, se hubiera laboralizado desde el comienzo, esto es, si se hubiera partido de una regulación común y como peculiaridades se hubieran añadido las especialidades propias derivadas del ámbito funcional y de la Administración Pública. El derecho del trabajo está acostumbrado en el ámbito individual a crear relaciones especiales, a la idea de «especialidad» pero no había precedentes en el ámbito colectivo. La LOLS no podía llevarlo a cabo al no regular directamente la negociación colectiva y el ET se limitaba a los trabajadores por cuenta ajena. Ha tenido que ser la regulación ordinaria la que poco a poco ha ido acercándose a lo que se ha convertido en la meta cuando simplemente podía haber sido el planteamiento de salida, su regulación inicial.

Es evidente que fuera cual fuera el marco legal no podía dejar de tener en cuenta las especialidades derivadas de la presencia de una organización como la Administración Pública y sus reglas de funcio-

namiento (TC 241/2005), que la diferencian de una empresa privada (funcionamiento con arreglo a la ley, principios de eficacia al servicio de intereses generales, inserción en el gasto público de acuerdo con el art. 134.2 de la Constitución) y de ciertas previsiones constitucionales que afectan al empleo público en general (igualdad, mérito y capacidades, etc.). Así pues una característica esencial de la negociación colectiva es que es no sólo de configuración legal, sino también es una negociación con muchas especialidades. De ahí la justificación desde el artículo 14 de la Constitución, cuando no su propio carácter necesario, su presencia obligatoria (R. ODRÍGUEZ-PIÑERO, 1987, 52). Sin embargo, resulta difícil hallar parámetros y criterios válidos para juzgar y controlar las especialidades al no poder recurrir jurídicamente a la comparación con la regulación laboral. Tales especialidades, por otra parte, no están determinadas de una vez por todas sino que en su propia evolución han ido también modelando, perfilando e incluso variando el alcance del derecho a la negociación, desde una negación casi absoluta a su aproximación a la laboral, no sólo ya con los trabajadores del sector privado (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1997, 13), sino también con los propios trabajadores del sector público, aunque también cabría hablar de un acercamiento de estos al modelo funcionarial en el ámbito individual, aunque sobre esta cuestión volveremos más abajo. Ya veremos como el Estatuto básico de 2007, pese a su continuismo, presenta importantes novedades que aproximan el modelo funcionarial al laboral, aunque sin que deje de considerarse como una negociación colectiva «especial» en relación con el mismo (LANDA, 2008, 8).

Las especialidades derivan fundamentalmente del papel otorgado a la propia negociación colectiva que se concibe al servicio del régimen estatutario de los funcionarios públicos en sus diversos ámbitos, dada la dificultad de articular una relación entre el bloque normativo y la negociación colectiva similar a la que se da en el ámbito laboral. No es posible en la negociación colectiva funcionarial crear un convenio colectivo como algo separado de las normas reguladoras estatutarias, no sólo porque estas a su vez son objeto de negociación, sino porque resulta difícil que adopten el carácter de mínimas cara a la negociación colectiva y por la propia configuración histórica de la regulación estatutaria que tiende a los principios de generalidad, homogeneidad y de regulación común que justifican las bases del régimen estatutario, lo que supone un juego más reforzado del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución que en el ámbito laboral, entre otras razones también por la inexistencia de autonomía individual.

Pese a que el convenio 151 de la OIT ofrece diversos sistemas, ya se señaló como a nuestro juicio para hacer efectiva la libertad sindical el de la negociación colectiva era el exigido. Es decir, no parece de

recibo considerar ejercicio de la libertad sindical una mera consulta o la participación institucional, por lo que el legislador ordinario no tenía tanto margen de discrecionalidad como decía la TC 57/1982. Pese a ello, aun admitiendo que tuviera ese margen de maniobra, una vez elegido el método de la negociación formal, no parecía respetuoso con el mismo la ausencia de garantías para que se diera una verdadera negociación, sobre todo si se tiene en cuenta que no caben vías extralegales como en el ámbito laboral privado. No se trataba tanto de garantizar la autonomía colectiva, sino la propia negociación colectiva pues la ley a diferencia de la negociación colectiva laboral era la única habilitada para configurar el derecho, determinar los ámbitos y sujetos negociadores, el contenido de la negociación y su eficacia. El legislador no puede regularlo de manera incondicionada y con discrecionalidad, sino que debe establecer con claridad los órganos de representación y negociación y las líneas generales del procedimiento, en una especie de intervencionismo no sólo obligatorio (TC 85/2001), sino garantista. Y estos eran los principales defectos del modelo de la LORAP, la apuesta decidida por un verdadero sistema de negociación colectiva y la ruptura total con la determinación unilateral de las condiciones de trabajo.

La propia existencia de la negociación y sus problemas de contenido y eficacia no podían abordarse desde la tutela ofrecida por la libertad sindical (TS 27/5/1994). Sólo aquellos aspectos que afectan directamente a los sindicatos (DEL REY, 1986, 147; ROQUETA, 2007, 67) y especialmente en lo que se refiere al derecho a formar parte de la Mesa negociadora, a no ser excluido de la misma (TS 1/6/1994 16/7/1994, 19/9/200...) eran merecedores de la protección de los derechos fundamentales. La falta de constitución de la Mesa y, una vez constituida la misma, las vicisitudes y eventualidades de esta negociación, no vendrían a afectar a la libertad sindical (TS 14/7 y 3/11/1994), ni serían incumplimientos respecto de los cuales cabría acudir a los procedimientos de tutela de los derechos fundamentales. La construcción laboral según la cual negar, obstaculizar o desvirtuar el derecho a la negociación colectiva constituye un atentado a la libertad sindical (TC 105/1992, 208/1993) no se trasladaría a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, dadas sus peculiaridades (TC 4/1993, 39/1986, 106/1987, 184/1997, 9/1988, 127/1989, 75/1992). De otra parte, el artículo 6.3.c) y su Disposición Adicional 2.^a 2, de la LOLS al referirse a la negociación no van más allá de la indeterminación generada por la TC 57/1982 y su remisión al convenio 151 de la OIT (TC 99/1987). Esa visión tan distinta de la libertad sindical para los funcionarios, una vez se ha optado por el legislador ordinario por un procedimiento de negociación colectiva, probablemente ya no resulte justificada desde las «peculiaridades» alegadas recurrentemente. Aun admitiendo que las peculiaridades dejaran cierto margen de opción entre diversos procedimiento de participación, lo que

ya de por sí es discutible, no parece que quepa darles una eficacia expansiva tal que impidan una tutela de la libertad sindical, una vez se ha optado por un procedimiento de negociación, si este no se respeta. No parece que en tal caso se justifique una configuración del derecho tan diferente a la laboral. Lo mismo cabe decir bajo la regulación de la LORAP de la constitución de la Mesa negociadora por solo un sindicato, sin que necesariamente debieran estar todos los legitimados, o la adopción del acuerdo por solo uno de ellos, sin una mínima representatividad, cuestiones que según la jurisprudencia no afectaban a la libertad sindical (TS 27/5/1994, 9/2/1998), sino sólo a la negociación.

Ahora bien, la LORAP y actualmente el Estatuto básico inevitablemente al regular los sujetos negociadores y la capacidad representativa de los sindicatos inciden en materias sindicales (tanto la LORAP como ahora el art. 33.1 del Estatuto básico remitan a los arts. 6 y 7 de la LOLS) e introducen verdaderas especialidades en las mismas como la determinación legal de los sujetos negociadores y de los ámbitos, pero por tratarse de una regulación concreta de los procedimientos de participación en la determinación de las condiciones de empleo, como ocurre con los artículos 82 y siguientes del ET, esta regulación no exige reserva de ley orgánica, al no estar regulando directamente la libertad sindical por lo que es una materia que puede regularse por ley ordinaria. Puede discutirse si es la normativa llamada por el artículo 2.2.d) de la LOLS (BENGOETXEA, 2005, 86), pero resulta claro que aunque afectara indirectamente a la libertad sindical no se regulaba claramente como contenido adicional en la LOLS.

II. EL MARCO LEGAL

El derecho a la negociación forma parte del Estatuto básico de los empleados públicos de manera expresa y formal a partir de la Ley 7/1007, aunque nunca dejó de considerarse como tal desde la LORAP (Disposición Final) y sus modificaciones posteriores. Sólo que ahora se configura ya claramente. Es, además, un derecho individual de ejercicio colectivo (arts. 15 y 31).

El Estatuto —al igual que la normativa precedente— regula un sistema propio y peculiar de negociación colectiva, un régimen cerrado en sí mismo, de Derecho necesario cara a la propia y posterior negociación. El artículo 31.7 del Estatuto básico en este sentido dice que la negociación «deberá respetar en todo caso el contenido del presente Estatuto las normas de desarrollo previstas en el mismo»), salvo que se tratara de a modificación del propio Estatuto básico. El Estatuto regula el ámbito subjetivo, la estructura, los sujetos, el contenido, procedimiento, eficacia, vigilancia aplicación e interpretación de los acuerdos alcan-

zados y la tutela jurisdiccional. Es un modelo de construcción legal, muy intervenido, regulado y uniforme para todas las Administraciones Públicas, eso es, un régimen general y común válido para todos los ámbitos de negociación, autosuficiente, directamente aplicable sin necesidad de esperar a su desarrollo por las Comunidades Autónomas. No deja espacios de negociación ni procedimientos de negociación fuera del mismo, ni siquiera informal, ni permite su alteración por la propia autonomía colectiva, que no existiría fuera del marco legal, pero en contrapartida, al menos, cierta seguridad jurídica y garantismo, por otra parte necesario desde el punto de vista de los principios de eficiencia de la Administración.

Al regular esta participación y afectar a los propios sujetos colectivos es una materia básica para todos los funcionarios públicos de todas las Administraciones Públicas de acuerdo con los principios tradicionales de igualdad y generalidad derivados del artículo 149.1.18 de la Constitución (TC 7/1982 y 98/1985, 43/1996). Ello supone que la normativa sobre negociación colectiva básica sobre sujetos, procedimiento, contenido y eficacia acaba siendo también un límite para la autonomía colectiva en los demás ámbitos de negociación. La propia configuración del derecho llevada a cabo por el Estatuto básico no podría verse alterada en sus diversos ámbitos, no sólo por ser básica cara a los sujetos negociadores, sino también porque de este modo se convierte en una especie de marco necesario y no disponible para el propio contenido de la negociación.

Ni siquiera cara a los diversos niveles de negociación el Estatuto básico se configura como un marco de mínimos de manera que fuera susceptible de una diversa regulación incluso negociada, sino que es casi totalizador, por lo que no deja muchos espacios para una diferente regulación a nivel autonómico o local. Lo que presenta el inconveniente de que sus lagunas, carencias e inadecuaciones no permiten una regulación a niveles inferiores que facilite o garantice la negociación, como se verá más abajo respecto al ámbito local. En este sentido la jurisprudencia constitucional no ha admitido la posibilidad de desarrollo ni la de añadir aspectos no previstos en el mismo (TC 98/1985 y 57/1982), aunque la doctrina afirme que las Comunidades Autónomas y entes locales pueden «especificar las peculiaridades y ofrecer variantes» (ROQUETA, 2007, 50). Lo cierto es que es un modelo muy intervencionista, una norma más completa que básica (LANDA, 2008, 8), que deja poco espacio a una diversa regulación (ARENILLA, 193, 126) con el riesgo ya señalado de la rigidez y la inadecuación.

Cabe plantear si el reconocimiento de la negociación colectiva no debería llevar a pedir más autocontención al régimen Estatutario Básico, si se tiene en cuenta además que no opera como derecho mínimo. Por

ello quizás debería ser más restringido para dejar más espacios a lo negocial, aunque sólo se tratara de negociación prelegislativa. Y en este sentido no puede identificarse con una ley de función pública (B EN-GOETXEA, 20). No puede ser una regulación muy minuciosa, omnicomprendensiva, sino que sólo debe regular las líneas maestras, los aspectos fundamentales del régimen estatutario (RODRÍGUEZ-PINERO, 1997, 6), para así debe dejar espacio a las leyes de función pública y a su desarrollo reglamentario. De la misma manera que las leyes de función pública deben dejar espacios a la autonomía local (BLASCO ESTEVE, 19886, 2158).

El Estatuto Básico es la fuente reguladora del derecho a la negociación colectiva de manera exhaustiva y la fuente de regulación de las bases del régimen estatutario, del que la propia negociación forma parte. Aunque el artículo 37 fija las materias negociables de manera abierta, sin embargo, en la medida en que muchas de ellas ya están predeterminadas y reguladas por el propio Estatuto, indirectamente se viene a limitar la propia negociación no ya en el ámbito estatal, en el que el propio Estatuto sería materia negociable a través de la Mesa general de todas las Administraciones Públicas (art. 37 k) (la «regulación de las condiciones de trabajo y condiciones de trabajo cuya regulación exija rango de ley»), sino en los ámbitos autonómicos y locales al carecer de espacio regulador sobre lo básico. Incluso en las competencias restantes en el marco de las propias Comunidades Autónomas no se garantiza que la negociación pueda ir más allá de la elaboración de la ley de función pública correspondiente, salvo que ésta remita en algunos aspectos a su desarrollo reglamentario.

Algunas materias susceptibles de negociación, por tanto, ya están reguladas en el Estatuto básico, unas de manera abierta, como mínimas, otras de manera dispositiva, o supletoria, pero la mayoría de manera cerrada y autosuficiente, como se verá más abajo. Incluso el carácter de las que aparecen como condiciones o derechos mínimos no va dirigido necesariamente cara la negociación colectiva, como en el ámbito laboral, sino cara a otras regulaciones normativas del Estado, de las Comunidades Autónomas o entes locales, en las que se tendrá moverá la negociación en razón del producto negocial correspondiente y según se trate o no de materia de reserva de ley.

Así como dice la STC 1/2003 la ley de función pública autonómica no tiene, por ejemplo, competencias sobre aspectos que claramente forman parte del concepto constitucional de «estatuto de los funcionarios públicos» (SSTC 99/1987, 37/2002) [FJ 3] y siempre que hayan sido configurados expresamente como básicos o sean complemento necesario de las normas básicas al incidir de manera frontal en la regulación de dos ámbitos verdaderamente nucleares. Pese a que la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la función pública autonómica

y local reconocida corresponde a la Comunidad Autónoma STC 37/2002) [FFJJ 3 y 8.5] sin embargo puede que sea puramente teórica si la regulación estatal es completa y cerrada. El legislador estatal goza además, según esta sentencia, de una completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, aceptando o no las fijadas antes sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional (SSTC 32/1983, 37/2002).

No cabe alegar que algo similar ocurre en el Estatuto de los trabajadores pues en primer lugar las Comunidades Autónomas no tienen competencia en la materia ni tampoco la Administración local y en segundo lugar porque la relación entre ley y convenio colectivo es distinta pues en el campo laboral, los supuestos de Derecho Necesario absoluto son excepcionales y la norma opera como mínimo cara a la negociación colectiva (art. 3.3 del ET). Lo regulado en el Estatuto básico, en cambio, puede considerarse ya materia de reserva de ley —sin perjuicio en su caso del posible margen que reste a un desarrollo reglamentario— y a la vez materia básica para todos los funcionarios públicos en razón de los criterios de homogeneidad y de igualdad que tradicionalmente ha presidido la regulación de la función pública (TC 98/1985, 161/1991, 82/1994, 9/1995 y 135/1995) y constituye una parte ya muy importante del régimen estatutario sin que operen como regulación de mínimos cara a la negociación colectiva (TC 99/1987, 165/1986, 88/1995, TS 2/3/2004, 21/3/2002, 20/1/1998, entre otras), que no puede mejorarlo, ni disponer del mismo. El criterio no sería de favorabilidad o dispositividad sino de competencia reguladora. Por eso la negociación requiere no sólo que se lleve a cabo sobre materias negociables, sino además que se tenga competencia para negociar sobre las mismas en el ámbito de que se trate.

Una de las especialidades más relevantes de de la negociación colectiva funcional sería, por tanto, su inserción en el esquema de fuentes reguladoras de la situación estatutaria de los funcionarios basada en los principios de competencia, jerarquía y de reserva de ley. A diferencia de la negociación colectiva laboral la negociación colectiva no se sitúa en un espacio añadido a la ley y los reglamentos, sino en el interior de las fuentes, como condicionante de la propia regulación estatutaria. No se trata por tanto de si caben los convenios junto al bloque de legalidad sino cómo se relacionan con el mismo, cuál es el esquema de fuentes de regulación. La negociación colectiva funcional no es una fuente añadida al régimen estatutario sino la fuente de regulación del mismo, mediante la negociación prelegislativa, lo que no quiere decir que los acuerdos negociados sean absorbidos por estas, como se verá. De ahí que la reserva de ley ya no afecte sólo directamente a la negociación como tal (como subrayaba la doctrina, RODRÍGUEZ-PiÑERO, 1987,

53; ORTEGA, 1983, 327) sino también al propio resultado de la misma y al alcance de su eficacia vinculante, al distinguirse a efectos del contenido y eficacia de la negociación colectiva entre materias de reserva de ley y las demás. La reserva de ley ya no condiciona la propia existencia de la negociación como antes de la reforma de 1990, cuando se contraponía régimen legal y estatutario a negociación colectiva y por eso la doctrina para posibilitarla propugnaba una interpretación de la reserva de ley como relativa (R OQUETA, 1996, 44 y 2007, 56; BLASCO ESTEVE, 1986, 544), limitando la voracidad expansiva de la ley a expensas del reglamento-. Pero sí su alcance, procedimiento, contenido y eficacia una vez se reconoce la negociación prelegislativa y no la mera consulta en materias de reserva de ley. Ya tras la Ley 7/190 se amplía el contenido de la negociación a materias de reserva de ley y en especial a las retribuciones, con lo que se diluye el axioma defendido tradicionalmente según el cual serían incompatibles ley y autonomía colectiva (G ARCÍA MURCIA, 1993, 145; DEL REY, 1991, 2849). Nos encontramos así con que la ampliación de la negociación a las materias de reserva de ley de un lado supone un reforzamiento del principio de negociación, pero por otro corre el riesgo de centralizar la negociación y de ampliar el campo de la negociación prelegislativa con eficacia distinta a la derivada de materias susceptibles de regulación reglamentaria.

El Estatuto básico es a la vez una ley básica de la función pública —incluso en algunos puntos aplicable al personal laboral alterando el ET— y a la vez una ley de negociación colectiva que viene a sustituir a la LORAP de 1987, modificada por la Ley 7/1990. Viene también a refundir y codificar la materia incorporando los cambios introducidos por la Ley 21/2006 posibilitando una negociación colectiva conjunta de laborales y funcionarios frente a las dificultades jurisprudenciales que encontraba un convenio colectivo común a causa de la ausencia de previsión legal (TS 22/10/1993, ROQUETA, 2007, 91). Dificultades que afectaban tanto al acuerdo para los funcionarios como al propio convenio colectivo laboral. El Estatuto básico ha mantenido la dualidad formal de los productos obtenidos y de sus regímenes jurídicos. Sin embargo, no es seguro que el nuevo tipo de negociación conjunta no vaya a acarrear consecuencias jurídicas de orden jurisdiccional en caso de impugnación, como se verá más abajo. Por otra parte incorpora propuestas doctrinales, interpretaciones jurisprudenciales y algunas de las medidas y propuestas recomendadas por el Informe de la Comisión de expertos de 2005 —en lo sucesivo informe de la Comisión—.

Pese a que ya se ha dicho que el Estatuto básico es continuista, sin embargo presenta novedades importantes en el avance y profundización del derecho de negociación colectiva, así como en su garantía, pues no sólo viene a colmar las lagunas importantes detectadas en la normativa precedente, sino también a dar una cierta autonomía y eficacia propias

al acuerdo alcanzado, ratificado y publicado. La existencia calculada de estas lagunas, que se han mantenido durante veinte años, llevaron a una crítica global del modelo de negociación colectiva y a considerarlo como de segundo orden, de tono menor (B LASCO ESTEVE 1988, 2162; ESCUDERO, 1990, 91), si se le comparaba con el laboral. Eran numerosas las ambigüedades, las ausencias (ROQUETA, 1996, 106), las carencias (B ENGOETXEA, 2005, 88), las lagunas (D EL REY, 1990, 53; OJEDA, 1988, 24) especialmente en aspectos claves o decisivos como el propio procedimiento de negociación y su finalización en función de que hubiera acuerdo o no. Una de las lagunas más importantes de la LORAP se encontraba en la legitimación para formar parte de la mesa negociadora ya que no se regulaban los requisitos exigibles para su válida constitución. Tampoco se preveía si era necesaria una cierta mayoría para la adopción de los acuerdos. Otra carencia era la escasa regulación del proceso de negociación, sin que la jurisprudencia admitiera la aplicación, al menos supletoria, de la normativa laboral sobre negociación colectiva al estar en presencia de un sujeto negociador especial como la Administración Pública, que se rige por normas de derecho público. Algunos intentos de mejora como el reforzamiento del deber de buena fe en la negociación a través del derecho de información, que no se vieron plasmados en la reforma de 1990, al centrarse ésta en la ampliación de las materias negociables, se han visto ahora recogidos por el Estatuto básico.

El Estatuto básico si bien no supone una alteración sustancial del modelo anterior (ROQUETA, 2007, 88), ni del régimen de la negociación colectiva, que no deja de ser especial (L ANDA, 2008, 9), sin embargo, si supone un salto cualitativo importante, pues viene a introducir reformas que refuerzan el derecho a negociar: reconoce el derecho a la negociación colectiva como derecho individual de ejercicio colectivo, otorga una mayor eficacia directa y autónoma al acuerdo alcanzado, deja atrás la concepción de la negociación como mera participación en la elaboración de los reglamentos y otras disposiciones normativas, da un paso adelante al sustituir la consulta por la negociación y reduce la discrecionalidad administrativa y el recurso al unilateralismo en caso de desacuerdo o de no ratificación del mismo, potenciando la vía negocial o los procedimientos pacíficos de solución de conflictos. Tras el Estatuto Básico se habrían superado en buena medida las tradicionales resistencias del legislador y de la jurisprudencia «a la aceptación con todas las consecuencias del fenómeno contractual colectivo en el ámbito de la función pública» y que fueron señaladas por la doctrina (V ALDÉS, 1997, 846). Sus límites ya no estarían en la aceptación del fenómeno negociador sino en los que derivan de las especialidades del régimen estatutario de los funcionarios, por lo que de no modificarse éste, difícilmente cabría ir más allá en cuanto al contenido y eficacia de los acuerdos.

III. ÁMBITO SUBJETIVO

La regulación contenida en el Estatuto básico pretende constituirse dado su carácter en la normativa común de todos los funcionarios públicos que tienen reconocida la libertad sindical, por lo que evidentemente no se reconoce el derecho a la negociación colectiva, sino otras formas de participación (propuestas, informes, peticiones, etc.), al personal militar de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 1.3 de la LOLS). Si se reconoce, en cambio a los funcionarios de la policía local (art. 3.2 del Estatuto básico) pese a la diferencia de tratamiento que ello supone (MARTÍNEZ ABASCAL, 1989, 469).

A diferencia de la LORAP, cuyo procedimiento de negociación colectiva se aplicaba al personal estatutario pero sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en el Estatuto marco de 2003 (Ley 55/2003, art. 78), el Estatuto Básico se aplica también a este personal pues el artículo 2.4 lo equipara al personal funcional público, sin previsión alguna de especialidades, lo que plantea la cuestión de si siguen vigentes sus especialidades o han quedado sustituidas por la nueva regulación común. Si se procede a una comparación entre los artículos 79 y ss. del Estatuto Marco y los artículos 31 y ss. del Estatuto básico la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa. Es cierto que el artículo 79 contempla una Mesa sectorial en cada Servicio de Salud, mientras que no se contempla en el Estatuto básico al desaparecer, como se verá más abajo, el listado de Mesas contemplado por la LORAP. Sin embargo, nada impide que se siga manteniendo, si así lo decide la Mesa general correspondiente. De otra parte el artículo 80.3 del Estatuto Marco (deber de facilitarse información para la eficacia de la negociación) ya ha sido recogido por el Estatuto básico. En cambio la consulta a que se refiere el artículo 80.4 debe entenderse sustituida por la negociación y el artículo 80.5 del Estatuto Marco por el artículo 38.3 del Estatuto Básico en orden a las alternativas a la falta de acuerdo o de su ratificación.

Pese a su vocación personal omnicompreensiva surge también la cuestión de si se mantienen la regulación especial en materia de negociación colectiva existente en algunos sectores antes de la aprobación del Estatuto Básico, como la de los funcionarios de las Cortes y Asambleas legislativas (Estatuto aprobado por Acuerdo de 27 de marzo de 2006). Las divergencias del procedimiento de negociación colectiva de este personal con la prevista antes en la LORAP y ahora en el Estatuto Básico son considerables. La más importante afecta sin lugar a dudas a los sujetos negociadores pues en este sector no se contempla un monopolio sindical en la negociación sino que las asociaciones y candidaturas que hubieren ostentado representación en la Junta de personal tienen también legitimidad para negociar. En cambio, los sindicatos simplemente representativos por irradiación no gozan del derecho a

formar parte de la Mesa Negociadora, sino que sólo pueden asistir a sus reuniones. Lo mismo se plantea en relación con los funcionarios de la sociedad estatal de correos y telégrafos (RD 370/2004, art. 59 y ss.), sector para el que la LORAP preveía una Mesa sectorial. En este sistema de negociación las especialidades afectan al objeto y contenido de la negociación, a la estructura de la mesa negociadora, que puede descentralizarse en numerosas mesas en función de la materia (retribuciones, formación acción social, salud laboral, rurales, etc.) y en la posibilidad, ahora ya recogida en el Estatuto Básico para todos los funcionarios, de negociación conjunta con el personal laboral «en beneficio de la homogeneidad de criterios y actuaciones... cuando exista concordancia de funciones y materias sobre los respectivos ámbitos» (art. 61.3 del RD 370/2004). No parece que este modelo sea contradictorio y opuesto al previsto por el Estatuto básico, por lo que entiendo que el Estatuto Básico debe aplicarse directamente a este personal y no de manera supletoria, como se ha sostenido (R OQUETA, 2007, 107).

El sistema de negociación colectiva del Estatuto Básico no se aplica al personal directivo, que queda expresamente excluido [arts. 13 y 37.2.c)], por lo que la determinación de sus condiciones de trabajo queda fuera del control colectivo y será establecido unilateralmente por la Administración bien a través de una normativa *ad hoc* que no puede ser objeto de negociación, que puede remitir al contrato administrativo individual específico, bien a través de la relación laboral especial de altos cargos.

La regulación de la negociación colectiva de la LORAP no se aplicaba al personal laboral (art. 2.1.d). Tampoco se aplica tras el Estatuto básico pese a ser una normativa reguladora de los «empleados públicos». No obstante cuando se trate de negociación colectiva conjunta indirectamente se constituye como normativa especial en relación con el ET. Y lo mismo cabe decir en aquellos otros aspectos de la relación individual que según el Estatuto Básico resultan aplicables también al personal laboral de la Administración. Se ha querido mantener más o menos intacta la regulación contenida en el Estatuto de los trabajadores, a cuyo Título III se remite el artículo 32 del Estatuto Básico, sin introducir una regulación especial de la negociación colectiva laboral que algunos autores consideraban necesaria para resolver los problemas de adaptación o adecuación del modelo laboral privado a la Administración Pública especialmente en lo que se refiere a los conceptos de empresa, sector y centro de trabajo y sus consecuencias en la legitimación negocial del artículo 87 del ET (SALA, BLASCO, ALTÉS, 2005, 18-19, 25-26; LAHERA, 2007, 139), por lo que el silencio del Estatuto básico deberá seguir llevando a una interpretación flexible del precepto estatutario en sede jurisprudencial (TS —social—. 14/6/1999, RJ 526). No obstante, cuando se lleve a cabo la negociación conjunta en el marco del artículo 36.5 el Estatuto Básico acaba afectando

a la autonomía colectiva de los trabajadores al predeterminar por la ley la propia unidad de negociación y las Mesas correspondientes, los criterios funcionariales para la legitimación y para su válida composición a las que se tiene que adaptar la representación laboral. El Estatuto básico no viene a alterar la naturaleza de los acuerdos alcanzados en esta negociación conjunta por lo que será de aplicación al personal laboral el artículo 83 del ET (art. 38.8 del Estatuto Básico). Dejando a un lado que la remisión debería haberse hecho al artículo 82 del ET y siguientes, lo cierto es que el régimen jurídico de ET y sus consiguientes competencias jurisdiccionales no se han visto en principio afectados por el Estatuto de una manera importante.

IV. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL. LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN

Una de las especialidades más importantes de la negociación colectiva funcional y que la diferencia de la del sector privado es que la autonomía colectiva está limitada por una previa regulación legal que predetermina de manera necesaria e inalterable el propio ámbito y la estructura de la negociación. Es el modelo instaurado por la LORAP y que ha mantenido por el Estatuto Básico, como probablemente no podía ser de otra manera en razón del sujeto público y por razones de garantismo y eficacia (BENGOETXEA, 2005, 105). La negociación colectiva no es por tanto constituyente y soberana sino que está ya constituida y determinada por la ley. No es libre como en el ámbito laboral, para elegir las unidades de negociación sino que éstas vienen predeterminadas por la ley, como una realidad anterior a la propia negociación y de la que no cabe disponer (TC 1/2003, ROQUETA, 1996, 115; ALFONSO MELLADO, 2001, 21).

Estas, además, se configuran de un modo si no orgánico, sí al menos de manera estable y permanente en tanto no se revise su composición en función de los resultados electorales cada dos años. De ahí el propio concepto de Mesa frente al de Comisión negociadora y su doble papel como unidad de negociación y a la vez como Comisión negociadora de su ámbito a través de la cual se encauza el proceso negociador incluso de manera formal, pues no cabe negociación fuera de la misma lo que ha llevado a la jurisprudencia al malentendido de otorgarle a la Mesa la titularidad de la negociación, en lugar de decir de otra manera más correcta que no cabe una titularidad sindical no encauzada a través de la correspondiente Mesa (ROQUETA, 2007, 218-219; BENGOETXEA, 2005, 120; GARCÍA PERROTE, 2001, 32, y la abundante jurisprudencia ahí citada). La titularidad de la negociación colectiva no corresponde propiamente a las Mesas, que sólo son el «cauce», el único, para que aquélla se lleve a cabo, sino a los sindicatos con capacidad y legitimidad nego-

ciadora (TC 224/2000, 84/2001, 89/2003, 74/2005). Por esa razón la exclusión ilegal de un sindicato que reúna las requisitos exigidos de la Mesa o el incumplimiento por la Administración de comunicar a algunos sindicatos la constitución de la Mesa, independientemente de si la Mesa está bien constituida o no, dada la no previsión legal de requisitos claros para su válida constitución (a diferencia de lo previsto en el art. 88 del ET), constituye un atentado a la libertad sindical (TC 80/2000 y 85/2001 y jurisprudencia del Tribunal Supremo). Por esta razón y para evitar dudas el Estatuto Básico reconoce claramente a los propios funcionarios públicos la titularidad del derecho a la negociación colectiva, como un derecho individual de ejercicio colectivo (art. 31.1), derecho que se lleva a cabo a través de los órganos y sistemas específicos regulados en el presente capítulo (art. 31.5).

La negociación colectiva presenta por ello la peculiaridad de que se adapta a la propia estructura administrativa (LÓPEZ GANDÍA, 1988, 17; RODRÍGUEZ-PINERO, 1987, 57; BENGOTXEA, 2005, 105), por lo que podría decirse que resulta «administrativizada» en función de los sujetos públicos, y que debe adaptarse a la competencia del órgano (TS 20/1/1998, 10/2/197, 7/11/1995). Y además que se convierte en el único cauce de la negociación sin que pueda ser afectado en ámbitos inferiores ni sustituido por procedimientos informales o extraestatutarios (TC 80/2000 y 85/2001).

Se trata, además, de una estructura «concentrada» en unidades administrativas amplias a las que resulta difícil trasladar los conceptos de empresa, centro de trabajo, sector de la producción y ámbito supraempresariales (LÓPEZ GANDÍA, 1990, 276), propios de la negociación colectiva laboral del sector privado, aunque hay que destacar también, como se señaló más arriba, que lo mismo ocurre en la negociación colectiva laboral en el sector público.

La estructura de la negociación obedece a la idea de homogeneidad e igualdad en la determinación de las condiciones de trabajo, de manera que se evite la fragmentación, sea territorial, más allá de la inevitable estructura descentralizada del Estado y de las Comunidades Autónomas y entes locales, sea funcional o personal por cuerpos o categorías profesionales, esto es, se trataba de prevenir hasta donde fuera posible el corporativismo en este ámbito (LÓPEZ GANDÍA, 1988, 17). De ahí que las Mesas Sectoriales se configuraran en la LORAP por sectores de la Administración, no por criterios personales o de categorías.

Ello explica también, de un lado, la exclusión de ámbitos de negociación más restringidos por cuerpos o categorías profesionales, incluso de franja, y, de otro, la opción por un modelo representativo general, sindicalizado, que excluye a las Juntas de personal incluso en ámbitos

en que, al menos formalmente, estarían más próximas a la idea de centro de trabajo como la Administración local.

El Estatuto básico, retomando la Ley 21/2006, mantiene la existencia de una Mesa General de todas las Administraciones Públicas (art. 36). No supone una mayor centralización de la negociación sino que obedece a la finalidad de dar participación a las Administraciones autonómicas y a los entes locales en la negociación de materias que de todos modos adoptaría el Estado por ser materia básica o afectar a los incrementos retributivos y a los topes establecidos en la Ley de Presupuestos del Estado. Su carácter general es tal que afecta a todos los sectores (art. 92.4 del Estatuto Básico) incluso al personal laboral. Por esta razón, aunque no se presente ni defina a sí misma explícitamente como una Mesa conjunta de las mencionadas en el artículo 36.3, en realidad implícitamente también lo es al tratar materias retributivas que afectan a todo el «personal al servicio de las Administraciones Públicas» y al formar parte de la misma las organizaciones sindicales legitimadas en función de los resultados obtenidos en las elecciones sindicales de funcionarios y de trabajadores en el conjunto de las Administraciones Públicas de manera acumulada. En este sentido se ha criticado la utilización del criterio de audiencia electoral para la legitimación negocial y el reparto de puestos, dadas las materias tan generales a tratar (V ALVERDE ASENSIO 2006, 92-92; ROQUETA, 2007, 229) y probablemente hubiera bastado con la participación de los sindicatos más representativos de ambos colectivos. Se trata de una Mesa conjunta especial, ya que la eficacia de sus Acuerdos no es la misma que la prevista en el artículo 38.8 del Estatuto básico, pues en caso de personal laboral no se traduce en un convenio colectivo, sino en el mismo instrumento que los funcionarios. Se trata de negociar los incrementos retributivos a incorporar al proyecto de ley de presupuestos del Estado que limitan la propia negociación colectiva laboral. Los topes retributivos se negocian en este marco no porque sea una materia básica, que no lo son (TC 63/1986, 62/2001 y 148/2006), sino por tratarse de medidas coyunturales sobre el gasto público, una variable de la política económica, que por razones de igualdad y solidaridad se aplican a todos los empleados públicos (TC 96/190 237/1992 y 385/1993). Otras materias que se deben negociar por esta Mesa general se refieren a normas «básicas», concepto que obviamente y desde el punto de vista formal solo concierne a los funcionarios públicos (art. 149.1.18 Constitución). Sin embargo, en muchos aspectos el propio Estatuto Básico afecta directa o indirectamente al personal laboral más allá incluso de lo previsto en el ET, pero sin que ello pueda considerarse básico cara a las Comunidades Autónomas, lo que no dejará de suscitar problemas de regulación en algunas materias como el régimen disciplinario. En efecto la aplicación del Estatuto Básico en este punto (art. 93 y ss.) y en otros al personal laboral no puede autorizar un desarrollo autonómico, pero sí que será una razón

para la participación de los sindicatos representativos de funcionarios y laborales en la negociación de las modificaciones futuras que puedan producirse en el Estatuto básico que les afecten.

De ahí que en esta Mesa de todas las Administraciones Públicas estén representadas las Comunidades Autónomas y las entidades locales, pese a que las materias a tratar sean competencia del Estado. Aunque esta opción ha suscitado alguna crítica como la del Informe de al Comisión y de algún sector de la doctrina (ROQUETA, 2007, 231), sin embargo, en la medida en que las bases del régimen estatutario y el incremento de las retribuciones acaban afectando a las demás Administraciones Públicas y no sólo a la del Estado, parece justificado e incluso conveniente que todas ellas estén presentes. El Estatuto Básico, no obstante, no precisa cómo se compone la parte pública, ni de acuerdo con qué criterios, pero es indudable que la mayoría corresponderá al Estado, sin que a nuestro juicio puedan adoptarse, como se ha afirmado (ROQUETA, 2007, 421), Acuerdos al margen o por encima de los votos de los representantes del Estado.

La excesiva concentración o centralización de las unidades de negociación solo encuentra la excepción en la posibilidad de crear Mesas sectoriales. La propia intervención reguladora de la LORAP fue considerada en este sentido como «desmesurada» (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1997, 9), al crear no sólo una estructura muy centralizada (Lahera, 2007, 121; RIVERO, 1995, 131) sino también por determinar desde la propia ley de las Mesas sectoriales (art. 3.1 de la LORAP y art. 31 de la Ley 7/1990 que creo la de Sanidad pública). Pese a que resulta difícil trasladar el esquema laboral de la negociación colectiva articulada laboral al ámbito funcionarial este sería el único supuesto que presentaría alguna analogía, más por razones de especialidad que de descentralización territorial, pues las Mesas Sectoriales se crean en atención «al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos». Frente al modelo de determinación legal de la LORAP, que dejaba la puerta abierta a la creación de nuevas Mesas sectoriales, el Estatuto básico no recoge ya el listado de Mesas sectoriales sino que aparentemente otorga mayor protagonismo a la autonomía colectiva pues su creación, así como las materias que pueden negociar, dependen no ya de la ley, sino de la Mesa general correspondiente. Convierte así en la regla general lo que era una cláusula de cierre. El Estatuto Básico no mantendría ya el listado de Mesas Sectoriales sólo con la finalidad de introducir mayores espacios de autonomía y flexibilidad a definir por la Mesa general, sino también porque la lista de 1987 de Mesas sectoriales en el ámbito estatal habría quedado obsoleta después del proceso de traspasos de personal a las Comunidades Autónomas (enseñanza, sanidad, etc.) o de la reestructuración de algunos sectores (como correos tras la Ley 14/2000 y el

RD 370/2004). El Estatuto Básico simplemente procedería a adaptar la estructura negocial a la nueva distribución de competencias en las Administraciones Públicas (LAHERA, 2007, 123). De otra parte el Estatuto básico, dado su rango legal, no podría impedir que otras leyes, especiales, creen Mesas sectoriales como ya ocurrió durante la vigencia de la LORAP (ROQUETA, 2007, 160). Así lo recomendaba por el Informe de la Comisión, que si bien entendía que eran las propias Mesas generales las que debían adoptar el acuerdo de constitución de las Mesas sectoriales, todo ello lo era «sin perjuicio de aquellos supuestos en que puedan venir establecidas por leyes especiales.» Y también cabría añadir que esta forma de creación no queda fuera de la intervención de las Mesas generales pues estas deben intervenir en su elaboración a través de la negociación prelegislativa.

Además el Estatuto básico introduce la novedad de que la creación de las Mesas sectoriales por la General debe obedecer no sólo «al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos» sino también a criterios funcionales, en atención a las «condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas» (art. 31.4). Sin embargo, parece que en su creación siguen excluidos los criterios personales, de cuerpos o categorías, aunque no las peculiaridades de sectores concretos o incluso de centros de trabajo, pero siempre que afecten a todos los cuerpos y categorías presentes en los mismos. La creación de Mesas sectoriales por razones de las condiciones de trabajo en el ámbito de un centro de trabajo no estaba prevista expresamente en la LORAP (LÓPEZ GANDÍA, 1995, 276; DEL REY, 1988, 184), pese a los términos tan vagos y genéricos del artículo 3.1 de la LORAP; pues parecía siempre referirse a sectores, esto es, necesariamente tenía que ser sectorial, como su propia denominación indicaba. Aun así al hablar de sectores concretos de funcionarios se interpretó por algún autor que cabía crear Mesas sectoriales para colectivos concretos (por ejemplo, de policías municipales, BLASCO ESTEVE, 1988, 2164). En todo caso, tras el Estatuto básico, la creación de Mesas sectoriales parece más libre y flexible (ROQUETA, 2007, 114 y 160) y podría alcanzar a colectivos específicos. En definitiva dados los términos tan genéricos del propio Estatuto al recoger el supuesto de la LORAP sin alterarlo y añadir uno nuevo, la Mesa general dispone de amplios márgenes de discrecionalidad para crear Mesas sectoriales.

En todo caso serán las Mesas generales las que decidan la propia creación de las Sectoriales, las que ejercen funciones de tutela y control sobre las mismas, al configurarse como un procedimiento de articulación de la negociación, mediante el cual su competencia no sería propia sino delegada y además residual (ALFONSO MELLADO, 2008, 28). En efecto su competencia se extenderá a los temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por la Mesa General y

los que esta les reenvíe o delegue (art. 34.5 del Estatuto Básico). En todo caso la propia Mesa sectorial al ser una emanación de la general sólo podrá abordar temas propios de la competencia de la General que la crea (L ANDA, 2008, 14) y que, por tanto, no podrán constituir una regulación completa cara a las competencias de las Comunidades Autónomas y de los entes locales, lo que hará poco factible la negociación en sectores que ya han sido transferidos, como se señaló más arriba (enseñanza, sanidad, etc.). Estos sectores podrán negociar en un ámbito sectorial, si bien ahora a nivel de Comunidad Autónoma.

La estructura de la negociación entre Mesas generales y Mesas sectoriales, por otra parte, en la LORAP no era legislación básica (disposición final) lo que llevó a interpretar que las Comunidades Autónomas tenían un cierto margen de maniobra (PALOMAR OMEDA, 1991, 305; BENGOTXEA, 2005, 109-110), para crear o no una Mesa General y para decidir si esta era competente o no para crear Mesas Sectoriales. No obstante había interpretaciones doctrinales que limitaban tal alcance entendiendo que era de obligada observancia la constitución al menos de una Mesa general a nivel autonómico y de entidad local (Martínez Abascal, 1987, 382; DEL REY, 1988, 187; GÓMEZ CABALLERO, 1994, 292; ROQUETA, 1996, 110,) y de que la Mesa General autonómica tendría facultades para crear Mesas Sectoriales sin que la ley autonómica pudiera impedirlo (LÓPEZ GANDÍA, 1988, 17). La propia lista de Mesas sectoriales, incluso su existencia y creación por la Mesa General no eran de obligada observancia en el ámbito autonómico correspondiente. Tras el Estatuto básico surge la cuestión de si este espacio autonómico se mantendría. Pese a que la materia sí es básica cara a las Comunidades Autónomas, puede que la cuestión no tenga ya gran relevancia desde el momento que ha desaparecido el listado y de que en definitiva la creación de las Mesas sectoriales depende absolutamente ya de la Mesa general por lo que las Comunidades Autónomas únicamente estarían obligadas a constituir la Mesa general, ya que el artículo 34.1 dice que debe constituirse «en cada una de las Comunidades Autónomas... y entidades locales». También parece que también resulta claro que la constitución de Mesas Sectoriales debe depender de la Mesa General, pero teniendo en cuenta que leyes especiales pueden ser también la fuente de creación de las mismas. En resumidas cuentas el Estatuto básico viene a clarificar la cuestión derivada de una regulación probablemente defectuosa en la LORAP aun a riesgo de una cierta pérdida del espacio de autonomía del que las Comunidades Autónomas y las entidades locales disponían antes. No parece por ello que pueda seguir afirmándose que el legislador autonómico pueda no crear una Mesa general o abandonar la distinción entre Mesa General y Mesa sectorial, ni su articulación, procediendo a un diseño negocial propio distinto de los mínimos establecidos por el Estatuto básico.

Esa posibilidad hubiera sido interesante para los entes locales, para permitir la creación de una Mesa general en la que estuvieran presentes los entes locales, sin tener que constituir una Mesa en cada ente local. La posible rigidez e inadecuación de la estructura de la negociación prevista en la LORAP al ámbito local denunciada ya por la doctrina (LÓPEZ GANDÍA, 1988, 14; BLASCO ESTEVE, 1988, 2165) se intenta paliar en el Estatuto Básico al permitir de manera novedosa estructuras de negociación en ámbitos supramunicipales y la posibilidad directa de que la Mesa general del ente local cree Mesas sectoriales a imagen y semejanza del Estado y de la Comunidad Autónoma, sin que en ambos casos la ley autonómica pueda intervenir limitando la autonomía local, sino que es un derecho reconocido directamente como básico por el artículo 34.2. Sin embargo, la Mesa supramunicipal no podría sustituir la autonomía municipal ni por tanto la Mesa general propia, sino que a través de la misma deberá ejercerse la adhesión a los acuerdos alcanzados en ámbitos supramunicipales, pese a la deficiente regulación de este mecanismo de adhesión en el Estatuto Básico, pues no es unilateral, sino que sigue siendo un acuerdo colectivo (ALFONSO MELLADO, 2007, 25, en contra MAURI, 2007, 310). Los municipios, por tanto, podrán negociar directamente o adherirse previamente o con posterioridad a los acuerdos alcanzados en mesas supramunicipales, pero el acuerdo de adhesión no deja de ser una manifestación de negociación colectiva por lo que no puede ser unilateral, sino que exige el acuerdo de los representantes de los trabajadores. No se trata de que solo sea necesaria la negociación propia cuando la entidad local se niegue a asumir el acuerdo supramunicipal (ROQUETA, 2007, 196) sino que es la propia adhesión la que debe entenderse como el resultado de la negociación. Si no hay acuerdo de adhesión, la negociación se llevará ya a cabo en el ámbito municipal (ALFONSO MELLADO, 2008, 25), sin que quepa entender fracasada la negociación a los efectos correspondientes del artículo 38.7 del Estatuto Básico, pues la negociación supramunicipal no es obligatoria. Tampoco puede hablarse de falta de ratificación del artículo 38.3 pues esta se refiere a la aprobación expresa y formal por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de un acuerdo alcanzado, aprobación que no puede confundirse con la adhesión.

Por tanto, las dificultades para una verdadera negociación en el ámbito local derivadas de la propia constitución de una Mesa General por falta de sindicatos legitimados y representativos en el ámbito, contra lo que se ha pensado (LANDA, 2008, 15), no se resuelven por la vía del acuerdo supramunicipal ya que la citada Mesa no sustituye totalmente a la Mesa general Local, sino que la Mesa supramunicipal amortiza y economiza la multiplicidad de procesos negociadores en cada ente local pero el punto de partida o de llegada no deja de exigir una mínima negociación por los sujetos legitimados.

De otra parte, el artículo 342 se refiere a un ámbito supramunicipal que no parece que pueda confundirse con al autonómico en el sentido de que permita constituir una Mesa autonómica común para funcionarios autonómicos y locales, pues se refiere a «asociaciones de municipios y entidades locales supramunicipales». Tal posibilidad no resultaba excluida antes siempre que el Acuerdo no tuviera eficacia directa sino que debiera ser convalidado en el ámbito municipal y siempre que las asociaciones supramunicipales o entidades metropolitanas o asociaciones de municipios estuvieran reconocidas legalmente (TS 11/7/2000, 9/1/2001, 13/10/2005).

No obstante, antes del Estatuto Básico cabía constituir una Mesa general para todas las Administraciones Públicas incluida la local, como en el País Vasco (G OÑI y LANDA, 1999, 490). Tras el Estatuto Básico la cuestión sigue siendo compleja. En primer lugar hay que plantearse si por analogía o de acuerdo con las propias competencias autonómicas cabe la constitución de una «Supermesa» de todas las Administraciones públicas en el ámbito de cada autonomía por analogía con la prevista en el Estado por el artículo 36 del Estatuto Básico y para negociar las materias comunes en tal caso para funcionarios autonómicos y locales y en especial el incremento de las retribuciones. La respuesta debe ser afirmativa. Podrán por tanto ser creadas por la correspondiente ley autonómica en el ejercicio de su autonomía y a resultas de los acuerdos o de lo que desarrollen las propias leyes autonómicas (ALFONSO MELLADO, 2008, 12).

No obstante, cabe interrogarse si por lo que se refiere a la representación sindical estarían vinculadas por lo establecido por el propio artículo 16 del Estatuto básico para el Estado. La cuestión no es clara por no ser materia sindical, que entonces sería de competencia exclusiva del Estado. El Estatuto básico se ha encontrado con un problema difícil de resolver: al crear una Mesa general de todas las Administraciones Públicas no podía ir más allá de su carácter básico e imponer también a las Comunidades Autónomas además de una Mesa General (art. 34) también una Mesa de todas las Administraciones Públicas (la del art. 36). Pero al no hacerlo tampoco ha podido regular los sujetos legitimados para formar parte de la misma, tanto por lo que se refiere a la parte pública como a la sindical, ni las materias a tratar, con lo que la cuestión queda huérfana de regulación en una materia delicada en relación con el derecho a la negociación colectiva y con la autonomía local.

En este sentido cabe también plantear si tales «Supermesas» generales autonómicas podrían actuar como Mesas supramunicipales a los efectos de la negociación colectiva en los entes locales o si la ley autonómica debería que la regulara no podría otorgarle las competencias negociadoras en la materia y si en todo caso debería respetar el artículo 34.2 del Estatuto básico y la previsión de que formen parte de la

misma por la parte pública los municipios, no la Comunidad Autónoma. Sin embargo, como en definitiva la decisión última se encuentra en manos de la autonomía local, no parece que se impida una adhesión previa o posterior a un Acuerdo general negociado tanto para funcionarios autonómicos como locales en una Mesa común, si así se previera en una ley autonómica. En definitiva el cauce municipal trazado por el artículo 34.2 no es sino una de las múltiples posibilidades pues el artículo 34.3 tercer párrafo del Estatuto Básico avalaría otras vías como la adhesión a otros Acuerdos alcanzados en el ámbito de la Comunidades autónomas o supramunicipales. Lo que no cabría es que una ley autonómica diera eficacia directa normativa, *ex lege*, a un acuerdo de este tipo prescindiendo del requisito de la adhesión de cada ente local, como necesaria manifestación de la autonomía local. Al exigirse en todo caso la adhesión, la ley autonómica tendría mayor margen de regulación de la negociación colectiva de los entes locales que la que tiene para su propia Mesa general cuya composición por parte de los funcionarios ya viene determinada por los preceptos del Estatuto Básico, concretamente por el artículo 33.1.

Dado el vacío o silencio del Estatuto Básico sobre la citada «Supermesa», otra posibilidad que cabe plantear es si sería posible que la Mesa General de la Comunidad Autónoma fuera a la vez de funcionarios autonómicos y locales esto es, sin tener que recurrir al concepto general de Mesa general de «todas las Administraciones públicas». El artículo 34 del Estatuto Básico parece referirse únicamente a cada Administración sin prever Mesas generales interadministrativas tanto en el citado artículo, como en el artículo 36.3 sobre las Mesas conjuntas con personal laboral, por lo que no parece que pueda constituirse para todo el empleo público de una Comunidad Autónoma (autonómico, local y laboral). Además en cuanto a la legitimación para formar parte de la misma el artículo 33.1 cuando reconoce el derecho a participar en la Mesa a los sindicatos simplemente representativos adopta como parámetro el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en las unidades electorales «comprendidas en el ámbito específico de constitución». Sin embargo el precepto en tanto básico no agota todas las posibilidades de regulación y no cabría excluir que en el ejercicio de su autonomía la ley autonómica estableciera una Mesa general común para todos los funcionarios públicos e incluso una conjunta de todos ellos con el personal laboral, creando así un «ámbito específico de constitución» que, como ya se ha dicho más arriba no podría sustituir las competencias de a Mesa General de cada ente local.

De aceptarse esta posibilidad, no sería necesario constituir una «Supermesa» a imagen y semejanza del estado pues la Mesa General de Comunidad autónoma así constituida podría cumplir análogas funciones y cometidos. Así pues la válida constitución de una Mesa General inte-

administrativa autonómica no se vería impedida por el Estatuto Básico pues éste solo exige que exista, pero no determina su ámbito. Sólo se encontraría con el límite de que no sustituya a la Mesa de cada ente local. Esta Mesa podría aprobar acuerdos a los que puedan adherirse los entes locales. Y así se establece ya en alguna ley autonómica formando parte de la citada mesa general la junta autonómica y la Federación de municipios (por ejemplo, el Decreto legislativo de Extremadura 1/1990, art. 13).

La constitución por las Mesas Sectoriales puede requerir la creación a su vez, de nuevas estructuras de representación, de nuevas unidades electorales. Para ello es posible recurrir al artículo 39.4 del Estatuto Básico (ROQUETA, 2007, 161). No obstante, como la creación de Mesas Sectoriales en definitiva supone un cierto descuelgue de la negociación también la vía prevista en el Estatuto básico para la modificación o la creación de unidades electorales no es distinta y ajena a la prevista para la creación de Mesas Sectoriales. En primer lugar, es una materia negociable, no excluida por el artículo 37.2 del Estatuto básico, sino que puede subsumirse en la materia genérica de la letra h) del artículo 37 («las propuestas sobre derechos sindicales y de participación»). Y en segundo lugar, el artículo 39.4 contempla una reserva de ley en la materia pero previa negociación con los sindicatos representativos de los artículos 6 y 7 de la LOLS, por lo que el Acuerdo requerirá la posterior tramitación del correspondiente proyecto de ley (art. 39.4 del Estatuto básico). Corresponderá, por tanto, a los sindicatos que formen parte de la Mesa general acordar tanto la constitución de Mesas sectoriales como las modificaciones que se requieran en las unidades electorales.

V. SUJETOS NEGOCIADORES. LA COMPOSICIÓN DE LAS MESAS

El sistema de negociación colectiva configurado desde la LORAP presenta también la especialidad de que es una negociación colectiva sindicalizada. Y esta característica se mantiene en el Estatuto básico, pese a que algunas posturas doctrinales y las recomendaciones del Informe de la Comisión de expertos fueran partidarias de abrir el modelo a otros protagonistas como los delegados y Juntas de personal, al menos en ciertos ámbitos en que no exista presencia sindical.

El monopolio sindical en la negociación (TC 98/1985), o «titularidad sindical seleccionada» (LAHERA, 2007, 129), esto es, la configuración de los sindicatos de funcionarios, solos o en coaliciones estables, como únicos sujetos legitimados a través de los cuales los funcionarios ejercen el derecho de negociación colectiva, desde luego supone una forma clara de potenciar la presencia del sindicato en este sector, aun-

que restrinja la legitimación para formar parte de la Mesa de negociación de otras formas de representación y participación. No es sólo una opción constitucional (TC 98/1985, 242/2000) sino que además se trata de la opción más adecuada a las características de las Administraciones Públicas. De otra parte, esta regulación tendría carácter básico y no podría ser alterada por una ley autonómica o un acuerdo de una entidad local (TS 1/12/1992, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 1996, 116; LANDA, 2008, 16).

Las representaciones unitarias, que en el ámbito laboral pueden ser sujetos aptos para la negociación en el ámbito de la empresa, pierden ese protagonismo en el sector público, sea la negociación funcional solista o conjunta con los trabajadores, como se verá, para convertirse, sin perjuicio de sus derechos de consulta e información, en simples instrumentos objetivos de medición de la representatividad al basarse en la audiencia electoral (CASAS, 1986, 37) sin que se les reconozcan competencias negociadoras (TS 5/5/1994).

Se ha discutido en la doctrina si las secciones sindicales tendrían capacidad negociadora, ya que ni la LORAP ni el Estatuto Básico hacen referencia a las mismas, sino a los sindicatos representativos en ámbitos superiores (arts. 6 y 7 de la LOLS) no al ámbito de la «empresa» (art. 8 de la LOLS). Pese a que algunos sectores defienden con carácter general esta posibilidad (LAHERA, 2000, 278, y 2007, 124; MARÍN, 1999, 430), la mayoría de la doctrina entiende que no (DEL REY, 1988, 184, y FERNÁNDEZ LÓPEZ y CRUZ VILLALÓN, 1990, 235) porque ni siquiera el centro de trabajo se configura en el Estatuto Básico como unidad electoral. Si acaso su presencia sólo sería posible en los entes locales y Comunidades Autónomas unipersonales ya que en tal caso no habría diferencia alguna a efectos de capacidad negociadora entre los sindicatos y las secciones sindicales, siempre que éstas reúnan la representatividad exigida y reciban mandato o delegación de los sindicatos (TC 85/2001, TS 9/1/2001, 14/6/2004 y 2/2/2006) (ROQUETA, 1996, 192; LAHERA, 2000, 274 y 2007, 124; BENGOTXEA, 2005, 122-123; LANDA, 2007, 15). Quizá por esta razón, al poder negociar las secciones sindicales en los ámbitos mencionados, el Estatuto Básico haya decidido no seguir las recomendaciones del Informe de la Comisión de 2005 que propugnaban reconocer capacidad negociadora a las juntas de personal y delegados de personal. Pero la diferencia sigue siendo importante ya que incluso en los ámbitos locales más propicios a una negociación similar a la del ET la negociación sigue siendo sindicalizada por lo que no se resuelven adecuadamente los problemas de negociación en tales ámbitos si no concurren a las elecciones los propios sindicatos, por lo que se exige su existencia, o los representantes sindicales no resultaran elegidos como delegados de personal, que era el problema al que se refiere la Comisión. El Estatuto Básico no ha querido abrir esa fisura en la compleja estructura de la negociación

colectiva, sino que de alguna manera obliga a que el modelo de representación unitaria resulte sindicalizado.

La segunda característica propia del modelo de negociación de los funcionarios públicos es la utilización del principio de que la capacidad negocial sólo se reconozca a los sindicatos más representativos y suficientemente representativos por lo que ya la LORAP y ahora el Estatuto Básico (art. 33) se remitan a los artículos 6 y 7 de al LOLS, es decir, a los sindicatos más representativos o simplemente representativos de acuerdo con los criterios de audiencia electoral, representatividad que además debe acreditarse formalmente (art. 35.2 del Estatuto Básico, que por otra parte modifica la Dipos. Ad. 4.^a de la LORAP que había sido introducida por la Ley 18/1994). Los sindicatos que no alcancen esa mínima representatividad no tienen derecho ni siquiera a formar parte de la Mesa negociadora sin que ello suponga una vulneración de la libertad sindical, pues se trataría de una especialidad o peculiaridad de este modelo de negociación totalmente justificada (TC 224/2000 y TS 11/10/2002). En efecto, la negociación colectiva funcional de alguna manera estaría sometida a las necesidades de buen funcionamiento y de eficacia de la parte pública, por lo que no sería conveniente reconocer el derecho a formar parte de la Mesa a todos los sindicatos de funcionarios fuera cual fuera su representatividad, pues haría difícil el propio proceso negociador y no acabaría garantizando la propia negociación (LÓPEZ GANDÍA, 1981, 430). De otra parte también en el ámbito laboral se produce una selección sindical en el artículo 87 sin que ello suponga una vulneración de la libertad sindical. Otra cosa es que el ET, como ocurre en el Estatuto Básico, impida a cualquier sindicato negociar al margen del modelo establecido en el mismo, esto es, la negociación colectiva como contenido adicional de la libertad sindical, que no se agotaría en el sistema preestablecido por el ET como ocurre en la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Pese a que el artículo 28 de la Constitución respecto de los trabajadores reconoce el derecho a negociar de todos los sindicatos (L AHERA, 2000, 279), en la negociación colectiva funcional no sería así sino que de nuevo las peculiaridades del derecho acabarían justificando esta opción legal como algo razonable. Se hace necesaria, por tanto, una cierta representatividad mínima, una representación selecta. La exigencia de cierta representatividad obliga a una cierta concentración de la representación que evita la fragmentación y también el riesgo de una negociación separada con sindicatos corporativos. No es que estos no puedan existir en la función pública, pero deberán tener suficiente representatividad y además deberán negociar junto con los sindicatos generales.

En cuanto a la legitimación negocial y a la válida constitución de la Mesa negociadora el Estatuto Básico introduce novedades importantes en relación con la LORAP. Las modificaciones tienen por objeto de un

lado dar mayor seguridad jurídica al proceso negociador dadas las lagunas y deficiencias existentes en la regulación anterior y de otro reforzar y ajustar los requisitos de la simple representatividad a la audiencia electoral en el ámbito en el que se constituya la Mesa. En la LORAP era suficiente con la representatividad general por irradiación sin que fuera necesario que los sindicatos tuvieran una mínima audiencia en el ámbito de negociación, lo que podía dar lugar a que formaran parte de la Mesa negociadora sindicatos sin implantación en el ámbito. Luego la representatividad general o la simple representatividad en el ámbito de negociación (art. 33.1, que reproduce los arts. 6 y 7 de la LOLS) exigen además los requisitos de válida constitución de la mesa de acuerdo con el nuevo artículo 35 del Estatuto Básico. Se intenta de este modo evitar las distorsiones que se daban antes en el marco de la LORAP y que fueron denunciadas por la doctrina (GARCÍA MURCIA, 1990, 192). De otra parte a falta de una regulación expresa como la que introduce el Estatuto Básico no era posible suplir el vacío legal recurriendo por analogía al artículo 88.1 del ET (ROQUETA, 1996, 250-251, GÓMEZ CABALLERO, 1994, 299). La legitimación general del artículo 33.1 del Estatuto Básico la cumplen los sindicatos más representativos y los simplemente representativos que cuenten con el requisito del 10 por 100 como mínimo de audiencia electoral en el ámbito (LANDA, 2008, 16).

Pero es que además el artículo 35 del Estatuto Básico ha precisado mucho más la constitución y composición de la Mesa negociadora y además de los requisitos generales de legitimación del artículo 33.1 exige que las organizaciones sindicales «representen como mínimo la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación del ámbito de que se trate» lo que acaba afectando indirectamente también a los sindicatos más representativos en el ámbito estatal o autonómico. Estos requisitos del artículo 35 son comunes o generales, por lo que resultan aplicables a todas las Mesas, Generales o sectoriales del artículo 34 del Estatuto Básico, pero no a la «Supermesa» del artículo 36.1, dadas sus características y su ámbito y por ello no se ve lógicamente afectada.

También debe resultar de aplicación a las Mesas conjuntas pues, pese a que el artículo 35 se remita al artículo 34, no parece que deban excluirse las del artículo 36.2, pues la exigencia para los laborales ya resultaría obligatoria por el artículo 88 del ET que no parece que pueda dejar de aplicarse por el hecho de que estemos en una Mesa conjunta. Ahora tras el artículo 35 del Estatuto Básico los requisitos del artículo 88 del ET se trasladan tanto a las Mesas de funcionarios como también a las conjuntas, a pesar de que el artículo 35.1 debería haber sido más explícito y haber establecido ese criterio con carácter general, como lo hace en otros números al fijar el número máximo de miembros de la Mesa por cada parte, lo que resulta aplicable a todas las Mesas (art. 35.4).

De otra parte, la condición de sindicato más representativo otorga el derecho a formar parte de cualquier mesa negociadora, sea cual sea su ámbito (art. 33.1 del Estatuto Básico) (sin perjuicio de que no se suficiente para su válida constitución en los términos que se han analizado más arriba), por lo que los sindicatos más representativos de ámbito autonómico pueden formar parte de la Mesa de otras unidades de negociación, como la del Estado y las de los entes locales. En cambio, los sindicatos representativos en el marco del artículo 31.2 de la LORAP gozaban de una «excepcional irradiación» en todos los sectores que fue criticada por la doctrina pues podía no tener representatividad en ese sector concreto (ROQUETA, 1996, 231; GÓMEZ CABALLERO, 1994, 293; LAHERA, 2007, 127). Tras la Ley 21/2006 y el Estatuto Básico no es suficiente con la mera representatividad general por irradiación sino que será necesario que la ostenten en el ámbito concreto por lo que sólo tendrán capacidad negociadora si alcanzan la audiencia electoral mínima requerida en el mismo, por lo que si este son representativos únicamente en el ámbito sectorial no podrá formar parte de la Mesa general sea a nivel estatal o autonómico (LAHERA, 2007, 128) por tratarse de materia básica. Y lo mismo cabe decir del sindicato representativo autonómico en relación con la entidad local en cuestión. El Estatuto Básico ha importado este criterio del artículo 79.2 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud y lo generaliza a todos los sectores (ROQUETA, 2007, 250). De este modo la legitimidad se aproxima al ámbito funcional y territorial (DE SANDE, 2006, 86).

El Estatuto Básico (art. 35), frente al inexplicable y criticado, con razón, vacío de regulación de la LORAP en una materia tan importante (DEL REY, 1990, 52), introduce reglas no sólo sobre la válida constitución de las Mesas sino también sobre el número máximo de puestos de cada una de las partes, parte pública y parte sindical, y sobre la distribución de los mismos entre los sindicatos en función de su representatividad una vez se ha constituido la Mesa negociadora. La ausencia de regulación de la LORAP no puede decirse que fuera verdaderamente garantista y promocional del propio proceso negociador, ni de su correcto funcionamiento, pues podía constituirse y adoptar acuerdos con sindicatos escasamente representativos. Tras el Estatuto Básico no serán ya posibles tales acuerdos, sean de negociación o de adhesión a otros acuerdos, sino que en tal caso quedará expedita la vía unilateral del artículo 38.7 del Estatuto Básico. El Estatuto Básico ha importando la regulación laboral del artículo 88 del ET tanto para la válida constitución de la Mesas como para su composición. Se ha inclinado por el criterio propugnado por la doctrina (ROQUETA, 1996, 241; BENGOTXEA, 2005, 152) y por alguna jurisprudencia (TS 23/1/1995, aunque había otras sentencias en contra al no preverlo la LORAP que admitían incluso un criterio paritario en la composición de la parte sindical sin tener en

cuenta su mayor o menor representatividad como en TS 8/71992).) y que parecía el mas lógico: el de la proporcionalidad, el mismo que se contempla para la negociación colectiva laboral (art. 88 del ET) y al que podía haberse acudido ya antes por analogía, si la jurisprudencia de lo contencioso no hubiera sido tan legalista. El criterio de la proporcionalidad obviamente no puede aplicarse cuando la representatividad obedezca a la irradiación, no a la audiencia electoral, por lo que en tal caso se otorgará sin más un puesto a los sindicatos más representativos y los restantes se distribuirán de manera proporcional en función de los resultados electorales obtenidos en el ámbito (R OQUETA, 2007, 268).

Así pues, los nuevos requisitos para la válida constitución de la Mesa negociadora y el reparto de los puestos en proporción a la representatividad (art. 35.1 del Estatuto Básico) otorgan a los sindicatos presentes en la Mesa con implantación en el sector una papel relevante que antes no tenían garantizado pues de ellos dependerá la suerte de la negociación de tal manera que su no concurrencia o el abandono de las negociaciones supondrá una frustración de la misma y la imposibilidad de llegar a acuerdos con los sindicatos que acudan o permanezcan en la misma, si no alcanzan los requisitos para que la mesa este válidamente constituida o para la adopción del acuerdo. De no ser así, no cabe estipular acuerdo alguno, lo que en el marco de la LORAP sí era posible. Tampoco cabe defender la tesis de que en tal caso resultaba preferible llegar a un acuerdo con un solo sindicato, no con todos, antes que la regulación unilateral (art. 38.7 del Estatuto Básico). Cabe plantear si puede suplirse el fracaso de la negociación mediante la adhesión por el órgano de gobierno a acuerdos de ámbito superior del artículo 34.2 del Estatuto Básico para evitar el vacío normativo. En principio no habría inconveniente frente a la mera regulación unilateral (en este sentido, ROQUETA, 2007, 276), pero siempre y cuando se hubiera intentado la negociación por lo que no cabría un acuerdo de adhesión previo unilateral pues como ya se indicó más arriba el propio acuerdo de adhesión es un acuerdo colectivo que exige negociación (ALFONSO MELLADO, 2008, 25).

VI. CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN

El contenido de la de negociación tras la reforma introducida por la Ley 7/1990 ya se amplió a materias de reserva de ley antes excluidas y que eran objeto solo de consulta, al incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como al incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local y en general a todas aquellas

materias que afecten, de algún modo, al acceso a la función pública, carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social y a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos cuya regulación exija norma con rango de Ley.

Quedaban excluidas de la obligatoriedad de la negociación, en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos en las que ni siquiera se preveía la consulta, salvo que las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

El Estatuto Básico quizá partiendo del carácter de normalidad que ha adquirido la negociación prelegislativa o legislación negociada en el ámbito laboral da un paso más y suprime la diferencia entre consulta y negociación de los artículos 32 y 34 de la LORAP, de manera que las materias que eran objeto de consulta pasan a ser ahora materia de obligatoria negociación.

La consulta como tal nunca dejó de ser problemática pues tenía más inconvenientes que ventajas: no se precisaba si se hacía a los sindicatos o las Mesas, no era vinculante pero en todo caso se trataba de un requisito procedimental inexcusable (TS 6/3/1997, 26/5/1998, 10/11/1994, 4/2/2004). En la práctica en una dinámica lógica de relaciones colectivas en el empleo público, como suele ocurrir en otros modelos de derecho comparado, se acaba convirtiendo en una negociación colectiva informal, cuando la verdadera negociación otorga más plusvalías políticas y mayor legitimidad en cuanto a los acuerdos, al tratar materias de reserva de ley en todo caso no da lugar a acuerdos definitivos sino a proyectos que deben ser objeto de tramitación parlamentaria. Por todas estas razones, llegado un momento en que se superan los prejuicios tradicionales sobre la negociación prelegislativa, resulta más rentable desde el punto de las políticas legislativas y de la obtención del consenso sindical el reconocimiento de un derecho de negociación que el derecho de consulta.

En la LORAP había un listado ejemplificativo de las materias en las que la negociación era obligatoria y una cláusula de cierre, abierta, que venía a salvar algunas de las incomprensibles omisiones desde el punto de vista de la consideración de los empleados públicos como trabajadores, desde la relación de servicio con la Administración como son las condiciones de trabajo (tiempo de trabajo, jornada, horario, licencias y permisos, vacaciones, movilidad funcional y geográfica, etc.). En el artículo 37.1 del Estatuto Básico ya se mencionan expresamente

las citadas condiciones de trabajo, mientras que ha desaparecido la cláusula de cierre, aunque esto último no debe tener excesiva trascendencia dada la amplitud y probablemente exhaustividad del listado de materias. Para algunos intérpretes, sin embargo, supone una restricción (M AURI, 2007, 315), aunque creemos que algunas formulaciones son tan abiertas que en la práctica será imposible entender el listado del artículo 37 como *numerus clausus*. El problema se centrará más bien en interpretar y aplicar el propio artículo 37 a la hora de saber si a la hora de regular una determinada materia debe necesariamente ser objeto de negociación o no, pues la redacción no es muy clara y ni precisa ni es fácil en algunas materias distinguir en qué parte están incluidas y en que aspectos son materias excluidas.

De otra parte, el artículo 37.2 del Estatuto Básico también contempla una serie de materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación que aparecen formuladas, sin embargo, de manera bastante más genérica que las incluidas.

La distinción entre materias de obligatoria negociación y materias excluidas sigue presidida por una distinción que nunca ha sido suficientemente clara en el empleo público: la separación entre aspectos relacionados con la relación orgánica de los funcionarios con la Administración Pública y la relación de servicio (L ÓPEZ GANDÍA, 1988, 20). Hay supuestos que, como ocurre en el campo laboral, no pueden ser objeto de negociación por razones de orden público, sin tener que acudir a otros criterios. Mientras que algunas exclusiones son las mismas *mutatis mutandis* que podrán darse en el ámbito de la negociación colectiva laboral del sector público como la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, ya contemplada en la LORAP —y de los usuarios de los servicios públicos— supuesto añadido por el Estatuto Básico, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, por ser materias de procedimiento administrativo y ajenas a las cuestiones de personal, en otras entra en juego una cierta prevalencia de la relación orgánica sobre la de servicio de difícil justificación, cuando las fronteras entre ambas no son claramente deslindables. Así ocurre con la exclusión de la obligatoriedad de la negociación de «los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica». Se trata de una novedad introducida por el Estatuto Básico que ha sido interpretada como restrictiva del alcance del derecho de negociación colectiva (LANDA, 2008, 10). La ampliación que ello podría suponer de las materias excluidas en comparación con la LORAP debe llevar, sin embargo, a que se interprete restrictivamente, pues de otro modo cualquier control sobre los poderes de la Administración escaparían a la negociación colectiva. Esta concreta pero muy amplia y genérica exclusión recuerda el principio de jerarquía de los convenios colectivos del periodo franquista en que se excluía expresamente de la negociación el

poder de dirección empresarial. Por ello entiendo que el precepto debe interpretarse en el sentido de que es la propia existencia de este poder la que no puede cuestionarse por la negociación colectiva pero no las manifestaciones de su ejercicio. Además no parece que resulte admisible una interpretación amplia de estas potestades cuando son objeto de negociación las decisiones, no ya sobre dirección y control que afectan directamente al personal, sino el ejercicio de potestades de organización cuando tenga repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, decisiones que en principio no afectan directamente, como aquellas, a las condiciones de trabajo, sino indirectamente al ser el resultado de potestades organizativas.

En este último supuesto de materias excluidas el Estatuto Básico no introduce novedades sustanciales con lo que se seguirán produciendo los mismos problemas interpretativos que ya se suscitaban antes y en algunos casos puede que resulten agravados y dificulten la gestión del personal. Así, la dificultad que ha existido siempre a la hora de trazar las fronteras entre potestades organizativas puras y potestades cuyo ejercicio incide en las condiciones de trabajo y en este caso se mantiene la duda sobre si lo que es obligatorio negociar son las decisiones en origen o solamente las consecuencias una vez adoptadas. La cuestión ya se planeaba a propósito de la obligación de consulta, pero tras el Estatuto Básico al ser objeto de negociación existe el riesgo de que se produzca una interpretación restrictiva. Así con ocasiones de reorganizaciones administrativas que afectaban a los puestos de trabajo y a la promoción de los funcionarios o de la externalización de actividades la jurisprudencia ha entendido que las decisiones no debían ser objeto de consulta sino que había que esperar a ver los efectos de estas decisiones sobre las concretas condiciones de trabajo (TS 25/3/2002, 5/5/1998). En la fijación y determinación de las plantillas no resultaba claro si era una materia de obligada negociación o si se trataba de manifestación pura de los poderes de autoorganización, y sin embargo la jurisprudencia entendió que no procedía la consulta (TS 26/12/1990, 31/5/1990, 22/5/1989, 4/2/2004, 4/3/2003, 16/11/2001, 10/11/1994). Tampoco surgía la cuestión de si cabía distinguir su fijación de su modificación. La primera era potestad organizativa pura mientras que la segunda en la medida en que la potestad afecta a las condiciones de trabajo sí era objeto de consulta (ROQUETA, 2007, 293), si bien en función de si los puestos estuvieran vacantes u ocupados (TS 16 y 19/1/2004, 6/2/2004, 11/5/2004).

Esta interpretación restrictiva se defiende por algún sector de la doctrina que interpreta que el Estatuto Básico habría recogido esta interpretación jurisprudencial al mantener la misma redacción que la de la Ley 7/1990 (ROQUETA, 2007, 286-287). Sin embargo, somos partidarios de una interpretación menos restrictiva, pues el artículo 37.2 está diferenciando la exclusión o no del ejercicio de potestades administrativas

de organización en función de sus efectos, pues para negociar solamente estos no haría falta el citado número del artículo sino que bastaría con la lista de artículo 37.1, es decir, la negociación sin más de las condiciones de trabajo. Así pues creemos que debe negociarse el propio ejercicio de las reestructuraciones que afecten de modo inmediato a las condiciones de trabajo, de la misma manera que se ha aceptado la obligación de negociar el ejercicio de potestades de autoorganización cuando suponen modificación de las retribuciones o de la jornada de trabajo (TS 4/2/2004) o traslados (TS 11/5/2005). Hay que señalar, además, que en el ámbito laboral los artículos 40, 41, 51 y 52 del ET no distinguen entre el ejercicio de las facultades empresariales de movilidad geográfica, modificación sustancial o suspensión o extinción de contratos de carácter colectivo y sus consecuencias, pues cuando tienen consecuencias lo que se negocia es la propia adopción de las medidas, que no pueden separarse de sus consecuencias.

De otra parte, el Estatuto Básico en las materias de negociación obligatoria ha introducido modificaciones importantes no en cuanto a las mismas como tales sino en cuanto a su alcance recogiendo criterios jurisprudenciales igualmente restrictivos. Así se observa en la extendida utilización de la ambigua e imprecisa expresión «criterios generales» como contenido negocial, en contraposición a la de «determinación concreta», que estaría excluida de la negociación y que planteará en la práctica problemas interpretativos y aplicativos. Así pues, habría de un lado una aparente ampliación de materias en el artículo 37.2, pero también una sutil restricción de las mismas en el artículo 37.1 mediante la utilización de las mencionadas expresiones. El Estatuto Básico lista más materias pero con menor precisión (L ANDA, 2008, 10), pues no va a ser fácil distinguir los «criterios generales» de la «aplicación concreta» con lo que el riesgo de diversas interpretaciones está servido (ALFONSO MELLADO, 2008, 56). Ya antes del Estatuto Básico cuando se hablaba en la LORAP de algunas materias como la clasificación de los puestos de trabajo o de los sistemas de ingreso y provisión de los mismos se entendía que la ley debía interpretarse en el sentido de que la negociación solo alcanzaba a la preparación de la decisión (BENGOETXEA, 2005, 138). Y que la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público debían ceñirse a los criterios. En este sentido, la jurisprudencia en materia de acceso y promoción profesional ya señalaba que la negociación sólo afectaba a los criterios generales no a la regulación y determinación concreta en cada caso de los sistemas, criterios, órganos y procedimiento, las bases concretas de cada proceso (TS 9/3/2000, 9/2/1999, 4/5/1998, 1/3/1999). Así se ha afirmado (MAURI, 2007, 315) que la negociación no debe intervenir en «la producción de actos y resoluciones a adoptar por los diferentes órganos administrativos». Y así se recoge en el Estatuto Básico que solo establece la negociación obligatoria para la

regulación de los «criterios generales de acceso» al empleo público y promoción profesional y excluye «la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos» sobre las citadas materias. La aparente contradicción que pudiera darse entre ambos preceptos (R OQUETA, 2007, 298) debe resolverse interpretando que cuando el artículo 37.2 del Estatuto Básico habla de «regulación» debe referirse no a la normativa reguladora general sino a las bases concretas de cada concurso.

Lo mismo cabe decir de la relación de puestos de trabajo en la que se discutía si era materia negociable o no (a favor TS 13/72005, en contra TS 22/12/2001 y 5/5/1998). Tras el Estatuto Básico la negociación quedaría reducida a «las normas que fijen los criterios generales en materia de clasificación de puestos de trabajo», pero no se extendería a las propias relaciones de puestos de trabajo en cuanto aplicación concreta de las anteriores.

Ya con ocasión de la LORAP se planteó la cuestión de si al hablar de exclusión de la obligatoriedad de la negociación en ciertas materias cabía una negociación, aunque fuera facultativa, o no era posible. La doctrina se ha dividido entre partidarios y contrarios a la posibilidad de la negociación. Y dentro de los primeros había quienes distinguían materias de Derecho Necesario absoluto que en ningún caso serían negociables, como la formación de los actos administrativos y los derechos de los ciudadanos y usuarios, de otras que sí podrían ser objeto de negociación, como las potestades de autoorganización. Probablemente la cuestión se pueda seguir planteando tras el Estatuto Básico pues aunque ciertas potestades de autoorganización deben ser objeto de negociación se sigue hablando equívocamente de materias excluidas de la «obligatoriedad» en lugar de hablar pura y simplemente de materias excluidas de la negociación. Y así es como debería interpretarse el precepto, pues a nuestro juicio tanto la LORAP como el Estatuto Básico lo que vienen es a configurar el derecho de negociación colectiva en términos especiales y uno de ellos es la obligatoriedad a diferencia del carácter facultativo del sector privado derivado de otra concepción de la autonomía colectiva de manera que lo que vendrían a decir estas normas es que la negociación en las materias en que es posible es obligatoria y en las excluidas ni siquiera cabe plantearla pues la Administración no actuaría en este campo de manera discrecional sino reglada, hasta tal punto que algunos autores entienden que las materias excluidas también lo estarían de la negociación colectiva laboral en el sector público por la presencia de la Administración pública (GUILLÉN OLCINA, 2007, 321).

Pese a que el precepto central para determinar el contenido de la negociación colectiva de los funcionarios públicos es el artículo 37 del

Estatuto Básico, hay que tener en cuenta los condicionamientos derivados de la propia regulación contenida en el resto de su articulado o en el propio artículo 103 de la Constitución. En el Estatuto hay ya una regulación en una serie de materias que pueden considerarse de Derecho necesario o como topes cara a la negociación en ámbitos inferiores, en el propio ámbito estatal o en el autonómico o local.

De otra parte, como ya se ha ido señalando a lo largo de este trabajo el Estatuto Básico como regla general no puede considerarse como una norma de derechos o preceptos mínimos cara a la negociación colectiva, como ocurre en el sector privado, por lo que no cabe hablar de «imperatividad» en el mismo sentido que en el ET, sino que se coloca en una posición distinta en relación con el bloque de legalidad ya que la negociación colectiva de los funcionarios públicos al formar parte ya de la elaboración del mismo, al que condiciona, no se sitúa extramuros del mismo en una relación de exterioridad como el convenio colectivo laboral cara a la ley y al reglamento, aunque formalmente como se verá más abajo, los acuerdos colectivos tengan eficacia propia y se publiquen en los boletines correspondientes. Incluso los preceptos del Estatuto Básico que se presentan como mínimos, que por otra parte son excepcionales (vacaciones, permisos por conciliación en el art. 49), o los que aparecen como dispositivos (permisos comunes en el art. 48), no tienen el mismo significado que en el campo laboral, pues tal carácter no se predica directamente cara a la negociación colectiva (se ubican además en otro lugar del Estatuto), sino a efectos de la regulación que pueda llevarse a cabo en los diversos ámbitos de la Administración: Estado, Comunidades Autónomas, entes locales. Sólo en la medida en que en estos ámbitos la regulación pueda ser objeto de negociación cabrá que la correspondiente normativa mejore lo establecido por el Estatuto Básico y que la negociación colectiva participe en su elaboración. Normalmente se tratará de elaborar normas con rango de ley o acuerdos de los entes locales. Es evidente que puesto que no tiene el mismo alcance la negociación prelegislativa que la de las materias que no son de reserva de ley el alcance de la negociación colectiva está más condicionado por el de la propia reserva de ley que por la fijación de mínimos en el Estatuto Básico. Y esta es una cuestión que sigue siendo poco clara tras el Estatuto Básico, cuyo objeto es más bien establecer las bases del régimen estatutario que ser una ley de función pública.

Luego la negociación colectiva debe partir en primer lugar de la previa regulación que constituye el Estatuto Básico en cuya elaboración o modificación puede intervenir a través de la Mesa General de todas las Administraciones Públicas (art. 36); en segundo lugar del desarrollo del Estatuto Básico por las diversas leyes de función pública del Estado y de las Comunidades Autónomas, en cuya elaboración participará a tra-

vés de la correspondiente Mesa general (art. 34.1) o de las leyes especiales en los ámbitos de las Mesas Sectoriales. En todos los supuestos anteriores se trata de negociación colectiva prelegislativa del artículo 38.3 segundo párrafo. En segundo lugar cabrá la negociación mediante Acuerdos en los ámbitos reglamentarios dejados libres o a los que ley remita y la negociación colectiva en el ámbito local en lo no predeterminado por el Estatuto Básico, las demás leyes estatales y la normativa autonómica aplicable.

Así pues, la propia regulación por el Estatuto básico de los aspectos básicos —y a veces no tan básicos, sino bastante completos— de las materias que son de obligatoria negociación condiciona indirectamente no ya la negociación en sí misma ya que el propio Estatuto es a su vez negociable, sino la negociación de su desarrollo y en especial la que debe llevarse a cabo en los ámbitos autonómicos y locales.

Así, por ejemplo, el Estatuto Básico en materias que son fundamentales en la negociación colectiva (art. 37.1.b) como las retribuciones excluye de la negociación en ámbitos inferiores su estructura no porque este en la lista del citado artículo, sino porque se considera básica (art. 22.1). No obstante, en relación con la regulación anterior en que las posibilidades de la ley autonómica y de los entes locales de introducir conceptos retributivos nuevos más próximos a los laborales eran muy reducidas y por tanto la su negociación, dada la uniformidad y generalidad impuesta desde la ley (art. 93 LBRL y art. 23 de la LMRFP) (TS 1/9/2004, 22/2/199, 30/5/1992, ROQUETA, 2007, 321) el artículo 22 del Estatuto Básico tras fijar la estructura retributiva, esto es, retribuciones básicas y retribuciones complementarias y pagas extraordinarias en cuyo cálculo por cierto se incluyen ya las retribuciones complementarias (salvo algunas voces), se limita a establecer unos conceptos muy genéricos que dejan bastante espacio para su concreción a la ley autonómica o al ente local (por puesto de trabajo, carrera profesional, desempeño, rendimiento, resultados). En efecto, el Estatuto (art. 24) dice que «la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias se establecerán por las leyes de cada Administración Pública» atendiendo entre otros a una serie de factores que el propio Estatuto enumera (progresión en la carrera profesional, condiciones de puesto de trabajo, interés, iniciativa y esfuerzo, rendimiento y resultados, servicios extraordinarios), pero que son muy similares a los del artículo 22 y por lo tanto tienen un carácter tan genérico que dejan bastante espacio a la regulación por la ley de manera diferenciada en función del ámbito o Administración de que se trate. No puede ya afirmarse que todo el régimen retributivo sea básico (TS 1/9/2004, 22/2/1997, 30/5/1992) y que en la Administración Pública los clásicos principios de uniformidad e igualdad impedirían como si fuera algo por naturaleza una cierta diversificación retributiva que ten-

gan en cuenta las condiciones de trabajo es decir una aproximación a lo laboral que una visión tradicional de la relación de servicio. Esta ampliación del campo no de la negociación directa puede servir para adecuar mejor la retribución a las condiciones de trabajo y al coste y nivel de vida del ámbito geográfico, pero también puede convertirse en un arma de doble filo y crear agravios comparativos no ya por cuerpos o categorías, sino por ámbito territoriales, trasladando las presiones corporativas clásicas a una nuevo «coporativismo» de tipo territorial en función de si a idénticos servicios las retribuciones son distintas según el empleado público dependa del Estado o de las Comunidades Autónomas, o entre las propias Comunidades Autónomas. A diferencia del sector privado no existe una diversidad por sectores productivos que justifiquen desigualdades entre convenios colectivos de diverso ámbito. De ahí la regulación histórica uniforme y generalizada de ciertas condiciones de trabajo para todos los empleados públicos, como las retributivas, que tras el Estatuto Básico deberán abordarse por las Mesas Generales de todas las Administraciones a partir de las cuales sería conveniente prever también Mesas sectoriales también a nivel estatal de todas las Administraciones Públicas para coordinar las retribuciones de los funcionarios de los mismos cuerpos sean del Estado o de las Comunidades Autónomas y evitar desigualdades no justificadas.

Lo mismo ocurre en materia de tiempo de trabajo, pues el propio Estatuto Básico ni siquiera entra a regular la jornada (art. 47), por lo que no cabrá ya mantener una norma como la LBRL (art. 94) según la cual la jornada de los funcionarios de la Administración Local tenía que ser la misma que la de los funcionarios de la Administración civil del Estado de manera que no podía ser alterada ni para elevarla ni para rebajarla (TS 2/2/2004, 15/12/2003, 7/11/1995, 13/7/1995). No cabe ya sostener tal uniformidad, ni siquiera, como hace algún sector de la doctrina (ROQUETA, 2007, 338) con el argumento de la relación entre duración de la jornada y las retribuciones. Tampoco se admitían permisos o licencias nuevos, ni la ampliación de las vacaciones (TS 14/12/2006, 28/7/2006, 5/12/1997, 2/11/1997, 30/6/1997, entre otras) (art. 142 del Real Decreto legislativo 781/1986). En el Estatuto Básico, como ya se señaló, la duración de las vacaciones es como mínimo de 22 días, y la regulación de los permisos y licencias se configura como mínima (art. 49) o como supletoria (art. 48).

Las situaciones administrativas, la adquisición y pérdida de la condición de funcionario y el régimen disciplinario no aparecen mencionadas expresamente en el artículo 37 del Estatuto básico como materias de obligatoria negociación, como tampoco aparecían en la LORAP. Según la STC 1/2003 la ley de función pública autonómica no tiene competencias sobre situaciones administrativas y pérdida de la condición de funcionario público por tratarse de normas básicas del Estado. Tanto la pér-

dida de la condición de funcionario, como las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcionarial, son dos aspectos que claramente forman parte del concepto constitucional de «estatuto de los funcionarios públicos» (SSTC 99/1987, 37/2002). Parece difícil en la configuración tradicional estatutaria de la relación que estas materias encajen dentro del concepto de «condiciones de trabajo» de la letra k) del citado artículo, que además se contempla como algo distinto de la carrera profesional y provisión de puestos de la letra c). Más bien parecen formar parte una configuración estatutaria como opuesta a la laboral y próxima a la relación orgánica y por tanto no susceptible de negociación, cuando no tendría por qué ser así y en especial en algunas de las materias como las situaciones administrativas. De otra parte, no hay ninguna incompatibilidad en el ET entre la titularidad empresarial del poder de dirección y disciplinario y la intervención de la negociación colectiva en la regulación del régimen disciplinario. Aun así se interpreta que la exclusión de la negociación de los «poderes de dirección y control» impediría la negociación de la materia disciplinaria como si se tratara de Derecho Necesario absoluto (ROQUETA, 2007, 344). Y por esa razón se regula en el propio Estatuto Básico (art. 93 y ss.) e incluso de manera común para funcionarios y personal laboral, lo que no deja de suscitar o plantear numerosos problemas en la medida en que se trata de una normativa básica a desarrollar por las normas que las leyes de función pública dicten en desarrollo del Estatuto.

En efecto, la primera cuestión es si esta materia formará parte de la negociación prelegislativa o, al no estar contemplada por el artículo 37 del Estatuto Básico, la Administración Pública podrá negarse a que sea objeto de negociación en la Mesa correspondiente. En segundo lugar no parece que los artículos 93 y ss. del Estatuto Básico puedan otorgar competencias reguladoras en la materia a las Comunidades Autónomas por tratarse de materia reservada al Estado. Y en tercer lugar surge la cuestión de si el régimen disciplinario del Estatuto Básico vendría a impedir la negociación colectiva del personal laboral en la materia y que lo que es negociable en el ámbito de la empresa privada no lo sería en el sector público creándose un nuevo tipo de Derecho necesario absoluto especial, en razón de las características del empleador que, no sólo constituiría un grave precedente, sino que probablemente no sería conforme a la Constitución. De seguirse esta interpretación que nos parece a más conforme con la Constitución, cabría la negociación colectiva del régimen disciplinario del personal laboral de las Administraciones Públicas pues como decía el Informe de la Comisión, aun partiendo de los principios básicos estatutarios, habrá que concretar el régimen disciplinario en cada ámbito. Tampoco debería haber obstáculo para que sea admitida como materia negociable también respecto de los funcionarios públicos, por lo que las situaciones administrativas y el régimen disci-

plinario podrían serían materias comunes del artículo 36.3 del Estatuto básico y ser objeto de negociación en mesas conjuntas.

El Estatuto Básico, a diferencia del artículo 32 h) de la LORAP, no hace referencia como materias objeto de negociación a las de índole sindical, pero no creemos que sea una omisión relevante ni suponga su exclusión, pues los derechos sindicales se configuran en la LOLS (art. 8.2) como mínimos por lo que pueden ser mejorados por la negociación colectiva sea laboral o funcionarial (TC 73/1984, 184/1991) incluso de manera no igualitaria sino selectiva (TC 188/1995). Otra cuestión será si debe interpretarse la materia sindical en sentido estricto, como ha hecho la jurisprudencia por lo que no cabría incluir mejoras que afectan a derechos de la representación unitaria como el crédito horario, el ámbito temporal de las garantías, etc. (TS 28/7/2006) o en sentido más amplio. Creemos que no debe aplicarse en sentido estricto la regulación general básica de los artículos 40 y ss. del Estatuto Básico de tal manera que se impida su mejora en otros ámbitos de regulación. En todo caso hay que tener en cuenta que la creación o modificación de unidades electorales para adecuarlas a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación, como ya se señaló, es materia de reserva de ley, que requiere negociación con las organizaciones sindicales más representativas (art. 39.4 del Estatuto Básico).

Los convenios colectivos de funcionarios, al igual que los de los laborales, deberán incluir como contenido obligatorio (art. 38.4 del Estatuto Básico) las partes, los ámbitos personal, funcional territorial, su duración, la forma, plazos de preaviso y las condiciones de denuncia. En cuanto a otros aspectos el artículo 38.9 de Estatuto Básico ha procedido a importar la regulación laboral del artículo 83.2 del ET. Sin embargo, su eficacia y trascendencia será menor ya que es difícil que surjan conflictos de concurrencia similares a los del sector privado, dada la regulación prevista en la propia ley de los ámbitos en función de los principios de competencia y jerarquía y de la consiguiente limitación de la autonomía colectiva para fijar la estructura de la negociación, salvo a la hora de crear Mesas sectoriales y establecer una negociación articulada, que en todo caso no obedece a razones territoriales, sino de especialidad.

Más novedoso y verdaderamente trascendental será el artículo 38.5 que prevé el establecimiento de Comisiones Paritarias de Seguimiento, ya que, como se verá más abajo, no sólo tienen competencias en la interpretación y aplicación de los acuerdos, sino que también pueden servir de cauce para la solución extrajudicial de conflictos colectivos (art. 38.5 en relación con el 45.1 del Estatuto Básico).

VII. PROCEDIMIENTO. ACUERDOS Y DESACUERDOS

Ya se señalaron las enormes carencias y lagunas de la LORAP en la regulación del procedimiento de negociación. En efecto en la LORAP solo se establecía la obligatoriedad de una reunión anual, sin perjuicio de que también fuera posible la reunión cuando la Administración o todos los sindicatos formalmente legitimados lo solicitaran o se fijara por acuerdo de ambas partes. De este modo convertía en innecesariamente rígida la negociación y poco garantista pues la reunión anual aunque no lo hubiera dicho la ley necesariamente debía producirse al tener que negociarse los incrementos retributivos a incorporar en el correspondiente proyecto de ley de presupuestos. De otra parte parecía excesivo exigir unanimidad de todos los sindicatos para que pudiera reunirse la mesa negociadora. Por otra parte la LORAP establecía que en la propuesta de convocatoria de reunión de la Mesa la parte sindical debía determinar las materias a tratar, pero nada establecía sobre cómo se determinaban tras la propuesta, si debía haber acuerdo sobre las mismas, qué ocurría si no existía acuerdo sobre la fecha de iniciación de las negociaciones, al exigir que todos los sindicatos estuvieran de acuerdo sobre tal extremo (M ARÍN ALONSO, 1999, 462).

El Estatuto Básico aunque no viene despejar todas estas dudas, se ha inspirado en el artículo 89 del ET y ha procedido a una mejor regulación de estos aspectos del procedimiento. En su artículo 34 viene a decir que el proceso de negociación se abrirá en cada Mesa en la fecha quede común acuerdo fijen la Administración correspondiente y la mayoría de los sindicatos —ya no hace falta que el acuerdo sea por unanimidad— y, a falta de acuerdo entre las dos partes, se iniciará a partir del mes siguiente desde que lo promuevan las partes legitimadas. Se ha pasado por tanto a un criterio mayoritario más favorecedor de la negociación que el de unanimidad pues no parecía lógico que la solicitud de al constitución de la Mesa debiera solicitarse necesariamente por todos los sindicatos legitimados (D EL REY, 1988, 194). De otra parte se prevé algún mecanismo supletorio frente a la negativa expresa de la Administración —o a la vía tácita de dar largas a la solicitud de los sindicatos—, y para ello se ha importado el sistema previsto en el artículo 89.2 del ET, que era el propugnado por la doctrina (R OQUETA, 1996, 331; BENGOTXEA, 2005, 149). En este sentido el artículo 34.6 del Estatuto Básico establece que «a falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que al mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva».

Tampoco se configura como un requisito o condición para la constitución de la Mesa que en la solicitud se formulen o precisen las materias sino que creo que el Estatuto deja cierto margen de flexibilidad y por esa razón no se han seguido las recomendaciones del Informe de

la Comisión. El Informe proponía que en el escrito de iniciación de la negociación y de solicitud de constitución de la Mesa se indicara la legitimidad o competencia, el ámbito del acuerdo y las materias a tratar. Esto último no parece necesario. Sin embargo algún sector de la doctrina entiende que deberá siendo exigible (ROQUETA, 2007, 381, 394) por lo que el desacuerdo sobre las materias podría ser un motivo para su no constitución. Creo que el Estatuto Básico debe interpretarse de otra manera para no acudir ya en esta fase a la frustración de la negociación, además de que en tal caso aunque la Administración no acepte constituir la Mesa por no estar de acuerdo con las materias siempre cabría la vía supletoria antes señalada, pues en cualquier momento de la negociación podrá negarse si hay motivos justificados a negociar sobre las mismas. La Administración solo puede negarse a constituir la Mesa si hay causa legal o pactada que lo impida, pero no porque no se aleguen en el escrito las materias a tratar, ni porque no esté de acuerdo con las mismas o considere que no son negociables. Ya podrá tener en cuenta estas dificultades a la hora de determinar el contenido de la negociación y de llegar a acuerdos.

Tampoco cabe interpretar que las materias indicadas en el escrito de solicitud sean las únicas que puedan tratarse, sino que nada impediría añadir nuevas materias a las inicialmente propuestas conforme avance el proceso negociador o una vez constituida la Mesa sin que por ello el procedimiento resulte viciado.

Creo que a la hora de abordar todas estas cuestiones hay que partir de un principio favorable a la negociación y de buena fe negocial y no limitarla por razones puramente formales de procedimiento administrativo, y sobre todo si la ley claramente no las contempla, cuando podía haberlo ya que tanto LORAP como el artículo 89 del ET las exigen expresamente. En ese caso el vacío regulador tiene por finalidad más bien facilitar y garantizar la negociación que dificultarla o ponerle límites y trabas injustificadas.

En cuanto a la fecha de apertura del proceso negociador de un lado no se ha contemplado como se intentó en la reforma de 1990 que tuviera lugar con una mínima antelación que permitiera de verdad abrir un verdadero proceso de negociación en ciertos casos como la negociación del proyecto de ley de Presupuestos. Así se propugnaba (ESCUDERO, 1990, 96) iniciar la negociación al menos cuatro meses antes de la entrada del proyecto de ley en el Parlamento. La cuestión ahora ya no tiene importancia desde el momento en que la Mesa debe constituirse en cualquier caso en el plazo de un mes desde la solicitud.

Fuera de este supuesto la fijación de la fecha antes del Estatuto Básico la fecha concreta se debía acordar entre la Administración Pública y los sindicatos legitimados para formar parte de la Mesa, no siendo

suficiente con el acuerdo con los sindicatos más representativos, excluyendo a los restantes pues de esa manera se vulneraba la libertad sindical (TS 18/10/1995, E SCUDERO, 1990, 97; DEL REY, 1991, 287). Tras el Estatuto Básico, la solicitud de constitución no exige el acuerdo de todos los sindicatos por lo que indirectamente tampoco la fijación de la fecha concreta sino que basta con el acuerdo de la mayoría.

La negativa de la Administración a constituir la Mesa podrá ser objeto de recurso ante los tribunales por la vía del procedimiento ordinario y no a través del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales pues no estaría implicado un derecho fundamental como la libertad sindical. Lo mismo cabe decir cuando la Administración dicte unilateralmente disposiciones sin haber acudido al procedimiento de negociación, aunque pudiera entenderse que en la medida vulnera el contenido adicional de la libertad sindical, que es la negociación colectiva (TS 18/10/1995, 6/5/1996, M AURI, 2007, 303). En cambio, una vez constituida la Mesa sí que resulta afectada la libertad sindical si se excluye a alguno de los sindicatos legitimados o no se les convoque y en tal caso si resulta aplicable el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales (TS 18/10/1995, 6/6/1995, 1/12/1992, 27/9/1992). En tal caso tras algunas dudas jurisprudenciales la legitimidad no corresponde a las Mesas sino a los propios sindicatos que son los titulares del derecho (TC 101/1996, 84/2002, 89/2003, 142/2004, 28/2005, 74/2005). El procedimiento de tutela resultaría adecuado para la promoción y efectividad de la propia negociación, a diferencia del ordinario que puede ser ineficaz cuando la negociación verse sobre materias de reserva de ley, esto es, en el caso de negociación prelegislativa, como se vera más abajo, pues puede que la materia se haya regulado ya por una ley aprobada por el Parlamento. De otra parte, no deja de resultar algo paradójico que la exclusión de uno de los sindicatos se proteja como vulneración de la libertad sindical y no la de todos ellos, cuando ni siquiera haya un intento de negociación. Por todo ello cabe plantearse si la jurisdicción contencioso-administrativa y las normas de procedimiento comunes (LPA, LJCA, LRJAP) son las más adecuadas para la eficacia de la negociación y para la propia eficacia administrativa. Así, por ejemplo, que la reclamación contra negativa de la Administración a negociar exija el agotamiento de la vía administrativa previa (art. 107 LRJAP) no deja de ser un contrasentido. La transformación del deber de negociar en deber de impulsar el procedimiento de oficio hasta su resolución (art. 74.1 LRJAP) o la concepción del sindicato como «interesado» (art. 31 LRJAE) no parecen las categorías jurídicas adecuadas a los nuevos fenómenos de negociación colectiva de los funcionarios públicos.

Una vez se decida la constitución de la Mesa, como se acaba de señalar, hay que convocar a todas las partes legitimadas. Corresponderá

a la Administración tal convocatoria como ha entendido la jurisprudencia y no a los sindicatos solicitantes de la constitución de la Mesa. En la LORAP nada se precisaba sobre los requisitos para la válida constitución de la Mesa, cuando podría muy bien haber adoptado un criterio similar al del artículo 88.1 del ET. El Estatuto Básico en su artículo 35 ha venido a colmar la laguna lo que plantea si estos nuevos requisitos van a incidir también en la válida adopción de acuerdos, como se verá más abajo.

La negociación se rige por una serie de principios, unos comunes a todo proceso de negociación colectiva, como el deber de negociar de buena fe, que inexplicablemente en el LORAP no se mencionaba explícitamente, pero que fue exigido por la doctrina (ROQUETA, 1996, 267; VALDÉS DAL-RÉ, 1997, 855) y que ahora se menciona ya expresamente por el Estatuto Básico, acompañado de ciertos derechos/deberes de información (art. 34.7 del Estatuto Básico) y otros específicos del ámbito de la función pública en que se produce la negociación, como de obligatoriedad, legalidad, transparencia, publicidad y cobertura presupuestaria (art. 33.1). Es obligatorio negociar de buena fe y hacer todos los esfuerzos por llegar a acuerdos, lo que debe constar en acta, de manera que quede acreditado que ha existido procedimiento de negociación (TS 18/10/2004). Sólo si se ha producido una negociación es posible hablar de desacuerdo a los efectos de la aplicación del artículo 38.7 del Estatuto Básico, como se verá más abajo. De no haber habido o no haberse intentado una verdadera negociación, el recurso supletorio posterior a la regulación unilateral podría entenderse viciado (TS 10/11/2004). Sólo de este modo puede cerificarse y llevarse a cabo un control formal de la propia negociación, si se han podido formular propuestas, si se han debatido, etc. (TS 13/10/2006).

En la LORAP se discutía si era necesario que el acuerdo fuera adoptado por la mayoría de los sindicatos legitimados, como defendía alguna doctrina judicial, pese al silencio legal (TSJ de Castilla-León, de 20/10/2006, Rec. 1121/2005, y Comunidad Valenciana, de 23/5/1995, Rec. 2048/1993) o si bastaba con la firma de uno de los sindicatos, sin que fuera imprescindible el acuerdo de la mayoría al no estar previsto legalmente, como ha admitido la jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria (TC 222/2005 y TS 9/2/1998, 6/6/1995). Pese a ello la generalidad de la doctrina entendía que el acuerdo debía adoptarse por mayoría (ROQUETA, 1996, 340; BENGOTXEA, 2005, 160).

El Estatuto Básico podía haber clarificado directamente la cuestión y haber importado el artículo 89.3 del ET que exige para la válida adopción del acuerdo que éste sea aprobado por la mayoría de ambas partes. Pero no lo ha hecho así. Pese a todo debe interpretarse en este sentido (ROQUETA, 2007, 413; ALFONSO MELLADO, 2008, 33), aunque hay

interpretaciones (MAURI, 2007, 313) que siguen defendiendo que tras el Estatuto Básico no hace falta mayoría sindical en la adopción del acuerdo sino que basta con llegar a un acuerdo con cualquier organización sindical que esté dispuesta a suscribirlo. A favor de la primera interpretación podría alegarse cierta coherencia con la exigencia de válida constitución de la Mesa negociadora. En efecto, no tendría mucho sentido exigir que esta sea representativa, que cuenta con la mayoría absoluta de los representados y luego admitir que el Acuerdo pueda ser adoptado con los votos de solo una minoría. Es cierto que de esta manera se introducen requisitos muy exigentes en relación con la LORAP y que se otorga a los sindicatos más representativos un papel decisivo de veto (ROQUETA, 2007, 413), pero es lo más coherente con la idea de lo que es un acuerdo derivado de una negociación colectiva que es la única posible y que inevitablemente va a tener carácter general. Puede alegarse que es mejor un acuerdo, aun con un solo sindicato que el desacuerdo y consiguiente regulación unilateral del artículo 38.7. Sin embargo, ante el desacuerdo todavía quedan otras posibilidades de solución de conflictos y además un acuerdo con un solo sindicato carece de suficiente legitimidad político-sindical, cuando no también jurídica, que sólo otorga la firma de la mayoría.

El procedimiento puede finalizar con acuerdo o desacuerdo. En caso de acuerdo se adoptan Acuerdos y Pactos, como se verá más abajo. En caso de desacuerdo antes del Estatuto Básico no se contemplaban mecanismos alternativos de solución del conflicto, salvo la mediación lo que no parecía muy conforme con las exigencias del convenio 151 de la OIT (LÓPEZ GANDÍA, 1988, 23; BLASCO ESTEVE, 1988, 2173; DEL REY, 1998, 247). No cabía acudir a otras vías al no estar legalmente previstas y sin que fuera posible recurrir por analogía al arbitraje como en el supuesto del artículo 11 del RDLRT de 1977. Al contrario, se daba por concluida la fase bilateral y quedaba expedita la regulación unilateral por la Administración (art. 37.2 y art. 38 de la LORAP); es decir se contemplaba una facultad normativa «subsidiaria» (GONZÁLEZ ORTEGA, 1990, 456) que no se da en el ámbito laboral y que constituye una especialidad de la negociación colectiva funcional.

En el Estatuto Básico superando ciertos prejuicios todavía presentes en el Informe de la Comisión antes de acudir a este mecanismo de regulación se barajan otras alternativas que van más allá de la simple mediación. Así establece ya una relación directa entre la negociación colectiva y los procedimientos de solución de conflictos, a diferencia de la LORTAD. El procedimiento a que se refiere el artículo 38.7 antes de acudir a la regulación unilateral, es el del artículo 45, esto es, la vía al establecimiento de medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos y no sólo a la mediación, siempre que no se refiera a negociación prelegislativa y siempre se hayan acordado entre las Administraciones

Públicas y las Organizaciones Sindicales a que se refiere este capítulo, esto es, a nuestro juicio, las que tengan capacidad negocial en el ámbito correspondiente (art. 45 del Estatuto Básico). El propio Estatuto menciona la mediación, que será obligatoria cuando la solicite una de las partes, y el arbitraje, que exige el acuerdo de ambas partes de encomendar a un tercero la solución del conflicto, con el compromiso, a diferencia de la mediación, de aceptar la resolución del árbitro. En ambos casos el acuerdo derivado de la mediación o de la resolución arbitral tiene la misma tramitación y eficacia jurídica que los Acuerdos y pactos, es decir, exigirá la válida constitución de la Mesa y la aprobación por mayoría como hemos defendido antes para los acuerdos alcanzados directamente en la Mesa. Tales exigencias quizá dificulten el recurso a vías extrajudiciales. Cabe el recurso a las mismas tanto en caso de desacuerdo total, como en caso de desacuerdos parciales pues no se distingue (GALA, 2008, 512). El Estatuto Básico no ha querido contemplar como alternativa la regulación unilateral por un laudo arbitral obligatorio (ALFONSO MELLADO, 2008, 64) y que hubiera supuesto una mayor igualdad entre las partes.

Lo que no parece que exija tal tramitación es el propio desacuerdo. Es decir, «no hace falta acordar el desacuerdo», sino que simplemente se deberá hacer constar en el acta de las negociaciones, si acaso indicando los puntos y motivos. Aunque el Estatuto básico no precisa el concepto de desacuerdo ya señalamos más arriba que no cabe hablar de desacuerdo cuando ni siquiera se ha intentado la negociación o la constitución de la Mesa negociadora. Las propias exigencias de buena fe negociadora llevan a que para que haya desacuerdo debe haberse constituido la Mesa negociadora y haber negociado con vistas a llegar a un acuerdo, es decir debe haberse intentado (DEL REY, 1988, 244). Pese a que solo cabe hablar de desacuerdo referido a la última fase de la negociación, si una vez iniciado el proceso de negociación alguno de los sindicatos se niega a continuar negociando o a estipular el acuerdo haciéndolo imposible, habrá que entender que se ha producido ya el desacuerdo, siempre que se haya intentado negociar de buena fe.

El recurso a la regulación unilateral no es una decisión discrecional sino reglada, aunque la Administración de acuerdo con sus propios criterios podría todavía intentar de nuevo la negociación pues no existe necesariamente como regla general un plazo a partir del cual pueda dar por cerrada o concluida definitivamente la negociación, aunque esta no puede ser indefinida (TS 6/6/1995), y mucho menos cuando afecte a los incrementos retributivos a incluir en el proyecto de ley de Presupuestos.

Cabe también plantarse si la propia facultad del artículo 38.7 del Estatuto, el recurso a la regulación unilateral, es de Derecho necesario o si a través de la negociación colectiva podría limitarse o incluso anu-

larse esta regulación subsidiaria, estableciendo por ejemplo prórrogas automáticas de la normativa anterior, antes que una regulación nueva. Pese a que la prórroga tácita de los acuerdos sólo se prevé en el Estatuto Básico cuando vencida su duración no hubiera denuncia de los mismos, cabría admitir otros supuestos de prórroga y este podría ser uno de ellos. El propio artículo 38.12 del Estatuto dice que «la vigencia del contenido de Pactos y Acuerdos una vez concluida su duración se producirá en los términos que los mismos hubieran establecido». Luego cabría pactar la prórroga de los acuerdos en caso en que denunciado el mismo, iniciado el proceso de negociación no se llegue a un nuevo acuerdo, es decir una cláusula de ultractividad como alternativa a la regulación unilateral del artículo 38.7 del Estatuto Básico. Es decir, los procedimientos pacíficos de solución extrajudicial de conflictos no son la única alternativa que cabe pactar en caso de desacuerdo como forma de evitar la regulación unilateral de la Administración sino la propia prórroga del acuerdo anterior hasta que se alcanza uno nuevo. El Estatuto Básico no ha contemplado el principio de ultractividad del artículo 86 del ET, pero tampoco impediría que se pactara, dado el amplio espacio que deja a la negociación el artículo 38.12 del Estatuto Básico.

De otra parte, las alternativas contempladas para el desacuerdo deben ser objeto de consideración especial cuando se trate de negociación colectiva conjunta de funcionarios y personal laboral. En estos casos para el personal laboral cabe el recurso a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, pero no como alternativa a la regulación unilateral del artículo 38.7 del Estatuto Básico, pues en defecto de acuerdo se aplicaría el artículo 86.3 del ET según el cual salvo que otra cosas se haya pactado se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio. Esta solución para los laborales parece aconsejar que se pacte una regla similar para los funcionarios en relación al menos con acuerdos conjuntos anteriores.

La regulación unilateral que se lleve a cabo al amparo del artículo 38.7 no puede compararse al acuerdo o pacto, no tiene su naturaleza jurídica y eficacia. Por esa razón no se aplican en tal caso los apartados 11, 12, y 13 del artículo 38 del Estatuto Básico al estar pensados para los acuerdos. Todo ello es un argumento más a favor de la imposibilidad de equiparar los acuerdos con simples actos preparatorios de proyectos o reglamentos, en los que se traducirían diluyéndose en los mismos, como se verá más abajo. Es decir, la regulación unilateral no tendría una vigencia determinada sino la indefinida propia de las normas, ni necesitaría ser denunciada para abrir una nueva negociación, ni tendría la fuerza derogatoria de los acuerdos, sino la propia del instrumento normativo en el que se concrete. El ejercicio de esta facultad de regulación subsidiaria no derivada del acuerdo, sino sustitutiva del mismo, no impide la negociación colectiva posterior. El fracaso de la ne-

gociación no hace recuperar la facultad de regulación unilateral *sine die*, ni autorizaría modificaciones unilaterales posteriores de la norma en cuestión al margen de la negociación, sino que cualquier modificación deberá exigir de nuevo la apertura del procedimiento de negociación aunque el anterior hubiera fracasado (LÓPEZ GANDÍA, 1988, 24).

VIII. LA APROBACIÓN DEL ACUERDO

Una vez se alcanza el Acuerdo tanto la LORAP como ahora el Estatuto Básico (art. 38.3) exigen su aprobación expresa y formal. Se trata de un requisito previo para su posterior publicación en el boletín oficial correspondiente, que constituye de nuevo una especialidad de la negociación colectiva de la función pública que no se da en el ámbito laboral y por esa razón llevó a la doctrina tanto laboralista como administrativista y a la jurisprudencia a elaborar diversas argumentaciones en torno a la naturaleza reglamentaria o contractual del Acuerdo alcanzado. No se trata ahora de reconstruir en todos sus detalles estas diversas interpretaciones (pueden verse en BENGOTXEA, 2005, 166 y ss., y ROQUETA, 2007, 474), sino de verificar en que medida el Estatuto Básico habrá podido aportar algún elemento novedoso que permita avanzar en la configuración jurídica del Acuerdo.

La necesidad de ratificación fue utilizada como argumento a favor de interpretar que la negociación colectiva en este campo no daba lugar como resultado a un verdadero convenio colectivo con eficacia jurídica propia, sino que su papel se limitaría a la participación en la determinación de las condiciones de empleo, en la elaboración de la normativa reglamentaria (tesis del acuerdo-reglamento). El acuerdo alcanzado desaparecería como tal, se suicidaría, para renacer como Reglamento. La novedad de la negociación colectiva consistiría únicamente en la introducción de un modo convencional de elaboración del Reglamento como cauce necesario en la determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos, alterando sus notas tradicionales de unilateralidad, potestad de supremacía y discrecionalidad.

La tesis reglamentista hacía perder, sin embargo, a la negociación colectiva como manifestación de la libertad sindical y de la autonomía colectiva valor propio al subordinarla a la elaboración del reglamento. En la propia LORAP habría ya elementos o bases para una construcción más próxima a la laboral aunque sin identificarse con ella. Así, la ley hablaba ya de «ratificación» y de que lo que se publica es el acuerdo; éste debe tener un contenido mínimo obligatorio, puede contemplar cláusulas obligacionales, Comisiones de seguimiento, que no encajan en la tesis reglamentista por lo que no se les podía negar una cierta eficacia

propia, un valor normativo como tales. De ahí que se hablara por otros sectores doctrinales de contratos normativos en el ámbito de la función pública como productos derivados de la de la negociación colectiva.

Probablemente nos encontremos con una manifestación de la negociación colectiva más que de la autonomía colectiva tal como se ha entendido en el ámbito laboral que no acabe de encajar ni en las categorías clásicas administrativas ni en las laborales propias del contrato colectivo laboral. Se trataría, no obstante, de ver si es posible aproximarse más a esta última —con todas las especialidades que haya que introducir— que a las tesis administrativistas del reglamento negociado. Una de esas especialidades sería la necesidad de ratificación que como tal no debería alterar la propia existencia del acuerdo pues la autoridad que procede a la misma no elabora una norma, un reglamento, sino que simplemente aprueba o ratifica el acuerdo para que tenga «validez y eficacia». La cuestión no estaría sólo en si el acuerdo puede considerarse como tal, sino también si la Administración cede también en esta fase su potestad de supremacía o conserva facultades discrecionales; es decir si haya un verdadero procedimiento de negociación colectiva con valor propio como nueva forma de regulación de las condiciones de trabajo. Una vez se ha adaptado este procedimiento de entre los diversos señalados por el convenio 151 de la OIT, no parece coherente que al final del procedimiento se recupere por parte de la Administración una unilateralidad que inicialmente y por mandato legal se habría abandonado. Una vez adoptado este modelo la propia libertad sindical exige que se trate de una verdadera negociación, no de una consulta, ni una mera fase de proposición o propuesta, como a veces la jurisprudencia interpreta el acuerdo antes de su ratificación (TS 23/3/2000, 17/6/1991), sino vinculante. De observarse estos derechos no habrá dificultad alguna para distinguir el acuerdo alcanzado en la Mesa, que podría considerarse como un preacuerdo (ALFONSO MELLADO, 2007, 64) del acuerdo final resultado de la ratificación, que no sería en principio más que un acto de trámite, no un acto normativo.

El Estatuto Básico habría venido desde nuestro punto de vista a reforzar y confirmar la eficacia jurídica del acuerdo ratificado y publicado. No puede decirse que deje de ser un acuerdo y por eso el Estatuto Básico introduce una especificación novedosa que viene a reforzar el papel del acuerdo como resultado de la negociación y con valor por sí mismo cuando lo distingue de los efectos formales reglamentarios. El artículo 38.3 dice que cuando tales Acuerdos hayan sido ratificados el contenido de los mismos será directamente aplicable, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente. Se afirma de este modo con toda claridad la eficacia jurídica del Acuerdo y su no disolución en el Reglamentos, sino que son de cuerpos distintos con existen-

cia propia, aunque entre ambos exista un vínculo directo, como se verá. Por esta razón no puede interpretarse la ratificación como la elaboración de un Reglamento o inclusión de lo acordado en un proyecto de ley.

Otro argumento que se deriva de la nueva regulación del Estatuto Básico es que a nuestro juicio han desaparecido los márgenes de discrecionalidad de que disponía el órgano de gobierno para que se produzca o no la ratificación y para la regulación unilateral en su defecto. En primer lugar, se discutía en el ámbito de la LORAP si la falta de ratificación podía deberse a motivos de legalidad únicamente o también a razones de oportunidad. No se mencionaban por la LORAP las causas o razones por las que no se ratificaba el acuerdo alcanzado, pero que debían aparecer en la motivación del acto (LÓPEZ GANDÍA, 1988, 23-24). Algunas de las que menciona la doctrina pueden ser discutibles, como cuando la parte pública en la Mesa negociadora no se atiene a las instrucciones recibidas (art. 32.2 del Estatuto Básico) o cuando el contenido del Acuerdo plantea problemas de legalidad. En el primer caso no parece que desde el principio del deber de negociar de buena fe tras el Estatuto Básico pueda seguir afirmándose esta causa de no ratificación, pues es la parte pública la responsable y no puede ser juez y parte, aunque en el marco de la LORAP se admitió por la doctrina (BLASCO ESTEVE, 1988, 2171). En el segundo caso, por motivos de legalidad tampoco parece admisible. Aunque en el Estatuto Básico no se contemple un procedimiento especial de impugnación de los acuerdos similar al del artículo 90 del ET, no creemos que éste pueda llevarse a cabo de manera interna por el propio órgano de gobierno en la fase de ratificación, sin que nada haya previsto la ley, pues ya podía haberse tenido en cuenta a la hora de alcanzar el propio Acuerdo y no haberlo suscrito. Tampoco cabe ya a nuestro juicio introducir en la fase de ratificación cuestiones de oportunidad o la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, como se ha manteniendo en la interpretación del Estatuto Básico (ROQUETA, 2007, 455; ALFONSO MELLADO, 2007, 66), aunque ya se defendía con anterioridad (BLASCO ESTEVE, 1986, 532; OJEDA, 1990, 302; ROQUETA, 1996, 3809). La toma en consideración del cambio de circunstancias aparece ya expresamente contemplada en el Estatuto Básico pero no en orden a la no ratificación del acuerdo sino para su suspensión o modificación (art. 38.10 del Estatuto Básico). Esta es la previsión que se ha adoptado para abordar los problemas planteados por el Acuerdo plurianual de 1994 y que dio lugar a la SAN de 7/11/1997 y a las sentencias posteriores del Tribunal Supremo de 21/3/2002 y del Tribunal Constitucional (ATC 33, 34, y 35/2005), aunque la cuestión afectaba también a la incidencia del Acuerdo en la elaboración legislativa de las leyes de Presupuestos. Es difícil que pueda hacerse una interpretación extensiva de la utilización de este motivo alegando que desde la negociación hasta la ratificación las circunstancias pueden haber cambiado.

Por todas las razones que se acaban de señalar creemos que la ratificación no puede tener un alcance revisor del acuerdo ni servir para un control de legalidad o de oportunidad de lo que se ha negociado y acordado, sino un mero acto de trámite ya que la parte pública que representa a la Administración al actuar por delegación, incluso de manera técnica no tiene poderes de comprometer formalmente a la parte que representa en la negociación. De ahí que el órganos de gobierno lo que lleve a cabo es ratificar «formalmente» el acuerdo, no fiscalizar su contenido.

En todo caso, aunque se interprete que cabe un cierto control del acuerdo que impida su ratificación, tras el Estatuto Básico ha desaparecido la facultad de regulación unilateral por la Administración. Al contrario, procederá la renegociación con lo que puede relativizarse el alcance de aquel control que obedecería más bien a defectos en el propio proceso de negociación que a la discrecionalidad de la Administración o a razones de oportunidad. Ya bajo la vigencia de la LORAP, aun cuando no hubiera un apoyo legal, se defendía la tesis de que a falta de ratificación no cabía la regulación unilateral sino que se debía a volver a negociar el Acuerdo (GONZÁLEZ ORTEGA, 1990, 461), especialmente cuando la no ratificación pudiera deberse a que la parte pública presente en la Mesa no se atuvo a las instrucciones (DEL REY, 1988, 244). Ahora se prevé expresamente en el Estatuto Básico. Independientemente de qué es difícil saber cuáles pueden ser las razones o los motivos por los que no se produce la ratificación, o la negativa a incorporar lo acordado en el proyecto de ley correspondiente, lo cierto es que en tal caso procede reabrir la negociación en el plazo de un mes (art. 38.3, último párrafo), es decir, exactamente en el mismo plazo en que se constituía la Mesa ante la solicitud de una de las partes (art. 34.6 del Estatuto Básico). Así pues la regulación unilateral sólo cabe en defecto de acuerdo, no en defecto de ratificación. En este caso, ciertamente al procederse a la renegociación, si ésta no da lugar a nuevo acuerdo, en tal caso sí procederá la regulación unilateral (art. 38.7 del Estatuto Básico). Como esto puede ocurrir algunos consideran desde el punto de vista de la eficacia la reapertura de la negociación podría ser un recurso poco útil (ROQUETA, 2007, 457). Sin embargo, eso dependerá de las causas por las que no se ha producido la ratificación y en todo caso la nueva regulación resulta más respetuosa del principio de bilateralidad que la LORAP.

Por estas razones se interpretaba en el ámbito de la LORAP que no cabía ratificación parcial (B LASCO ESTEVE, 1986, 532; ROQUETA, 1996, 380; BENGOTXEA, 2005, 180) o, al menos, no se preveía, lo que debe resultar ahora todavía más claro al proceder la renegociación a falta de ratificación.

Una vez ratificado y publicado el Acuerdo tiene eficacia jurídica por sí mismo y por ello vincula a la Administración. Hay que averiguar

cuando el Estatuto habla de eficacia, de qué eficacia se trata. El Estatuto Básico dice que los acuerdos sobre materias de competencia de los órganos de gobierno serán directamente aplicables, mientras que si tratan sobre materias de reserva de ley no tienen eficacia directa. Es evidente que se está hablando de una eficacia distinta según la materia objeto del acuerdo. Cabe inmediatamente plantear en el primer caso qué significa que el contenido de los acuerdos sea directamente aplicable. Podría indicar que por sí mismo tiene valor normativo directo (L ANDA, 2008, 11) y en consecuencia podría alegarse ante jueces y tribunales, lo que con la LORAP no era posible (TSJ Andalucía 18/4/1994, Rec. 2640/993) sin perjuicio de que en otras materias no se haya pactado un contenido normativo suficiente sino que se remita a futuros acuerdos o se este ante cláusulas obligacionales.

Sin embargo, el artículo 38 a renglón seguido dice que «sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente». La expresión «sin perjuicio» parece más bien decir lo contrario de lo que afirma, pues pese a reafirmar la eficacia directa del acuerdo, sin embargo, la referencia a los aspectos formales en el mundo de la creación de normas no es algo baladí y en este sentido se ha hablado de una contradicción dentro del mismo precepto (ROQUETA, 2007, 446-447). Luego su sentido debe ser distinto. Otros intérpretes (MAURI, 2007, 318-319) siguen considerando la negociación colectiva en la función pública como de medios, no de resultado, por lo que consideran que es innecesaria la previsión del artículo 38.3 del Estatuto Básico, esto es la posterior modificación o derogación de los reglamentos, como algo distinto del acuerdo, pues siguen interpretándolo en el marco conceptual de la teoría del procedimiento especial de elaboración de normas reglamentarias, en el que la negociación tendría un mero papel preparatorio (siguiendo la jurisprudencia anterior, las TS 10/3/1993, 24/11/1995 y 21/10/1997).

Los acuerdos tienen una eficacia distinta, una eficacia especial, si los comparamos con los convenios colectivos del ámbito laboral y con los reglamentos. Ocupan una posición intermedia, un lugar propio: requieren para que su contenido se alegue por el personal incluido en su ámbito de aplicación ante jueces y tribunales las modificaciones normativas necesarias, salvo que sean alegables como tales para impugnar o recurrir las citadas normas, pero no cuando estas no se elaboran. Creemos que no se ha incorporado la recomendación del Informe de la Comisión que propugnaba que el propio Acuerdo pudiera contemplar su obligado cumplimiento, si no se elabora un reglamento que le dé eficacia externa. No sabemos si será posible como se ha interpretado (ROQUETA, 2007, 472), que el propio Acuerdo se otorgue a estos efectos a sí mismo eficacia directa normativa externa frente a los Reglamentos anteriores, pues sólo se contempla que puede derogar Acuerdos anteriores

(art. 38.3 del Estatuto Básico). Parece que la respuesta debe ser negativa pues aunque el Estatuto Básico habla de que sólo «a efectos formales» se requiera una modificación o derogación de los citados reglamentos, mientras tanto siguen en vigor. Pero las modificaciones normativas no pueden llevarse a cabo ya como una manifestación del ejercicio de poder reglamentario de supremacía, sino que su contenido está directamente predeterminado por el acuerdo, por lo que es susceptible de control e incluso cabía plantear si podría servir como criterio interpretativo o de integración de lagunas, como a veces se ha sostenido (TS 5/5/1993, 4/2/1992 y doctrina judicial). Luego el Reglamento al igual que la ratificación no sustituyen al acuerdo sino que ambos son instrumentos necesarios, pero más bien formales que de contenido para que el acuerdo tenga eficacia normativa externa. Tampoco el acuerdo se limita a tener una eficacia meramente obligacional cara a la regulación derivada del mismo que estaría vinculada por el Acuerdo. La cuestión es que no cabría alegar por parte de un funcionario el acuerdo para disfrutar de su contenido, en tanto en cuanto mediante el ejercicio ya «reglado» (vinculado por el acuerdo) de la potestad reglamentaria no se adopten las necesarias y obligadas medidas normativas. Si éstas no son conformes con el acuerdo, pueden ser impugnadas, pero si los actos reglamentarios no se producen y en tanto no se produzcan no cabría alegar el acuerdo para entender derogados los reglamentos vigentes.

La especialidad de estos acuerdos es su eficacia peculiar que la diferencia de los convenios colectivos laborales: En la negociación colectiva funcional no existen junto a la ley como fuente propia externa de regulación, pero tampoco dejan de tener eficacia interna, esto es, obligan a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas a incorporar los resultados del acuerdo y a no poder ejercer ese poder reglamentario al margen de lo acordado. Los acuerdos no se suicidan ya como tales para renacer como reglamentos sino que son como el código genético que tiene vida propia y obliga al desarrollo reglamentario al que determinan y condicionan (TS 16/11/1995, 30/5/1992). No se trata del acogimiento «formal» del acuerdo, sino de cumplirlo, de proceder a una actuación normativa, no material o de contenido, sino formal. Pese a que la Exposición de Motivos del Estatuto Básico hable claramente de «eficacia directa» y de que los Acuerdos pueden «sustituir lo dispuesto en normas reglamentarias y otras decisiones», lo cierto es que esto no se produce de manera automática sino mediante otro acto normativo, aunque éste se limite a ser meramente «formal».

Por esta razón no se acaba de entender por qué el Acuerdo sobre materias de reserva de ley no puede gozar de la misma eficacia directa que los de reserva reglamentaria cuando de lo que se trata es de vincular el contenido de un proyecto de ley. La razón puede estar en que la vinculación acuerdo-reglamento es automática, mientras que no po-

dría decirse lo mismo entre Acuerdo-ley, pues no puede condicionar o limitar la soberanía que tiene el Parlamento a la hora de elaboración y aprobar una ley, pues la negociación solo puede ser prelegislativa, nunca legislativa.

No puede en ambos casos decirse que el acuerdo por sí mismo no tenga eficacia normativa vinculante derivada del ejercicio de la autonomía colectiva (en este sentido ROQUETA, 2007, 441), aunque sea peculiar, esto es, es una eficacia normativa incompleta y en todo caso «interna», que no puede reducirse al concepto de eficacia «obligacional» de la negociación colectiva laboral como a veces se interpreta (ROQUETA, 2007, 442) ya que en este caso afecta a una parte del contenido del convenio no al propio acuerdo como tal, pero que tampoco alcanza a la eficacia normativa directa del convenio colectivo laboral.

En cuanto a la negociación prelegislativa, si bien los Acuerdos una vez ratificados y publicados no tienen eficacia directa, algún tipo de vinculación jurídica deben tener sobre el órgano de gobierno que los ratifica, aunque no sobre el Parlamento. No pueden limitarse a ser una consulta no vinculante, que por otra parte ha desaparecido en el Estatuto Básico. Luego el gobierno debe incorporar el contenido del Acuerdo al correspondiente anteproyecto de ley que convertido en proyecto de ley sea presentado al Parlamento (Ley 50/1997 de 27/11). La cuestión que se sigue planteando en relación con la negociación prelegislativa no es negar la legitimidad al parlamento en orden a la tramitación del proyecto de ley presentado, sino si el propio proyecto de ley que apruebe el gobierno no estaría ya viciado de no incorporar el Acuerdo alcanzado, si se quiere que el Acuerdo tenga eficacia jurídica, aun no directa, y que sea algo más que una mera consulta. La vinculación entre el acuerdo y el proyecto de ley es clara en el artículo 38.3 del Estatuto Básico cuando establece que el órgano de gobierno «procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes o Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas del correspondiente proyecto de ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera estipulado». El problema es que no prevé las consecuencias que puedan derivarse de incumplimiento por el gobierno de observar el acuerdo. Para alguna doctrina administrativista resulta difícil fijar una sanción jurídica a su incumplimiento y un control jurisdiccional (MAURI, 207, 318). Sin embargo, lo cierto es que habrá que buscar alguna vía para dar efectos jurídicos al acuerdo. No cabe devaluar el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios reduciendo la negociación prelegislativa a algo meramente político, como ha defendido a veces la jurisprudencia constitucional (TC 45/1990) y la doctrina (ROQUETA, 2007, 449), como la que se produce con las leyes laborales, dado el juego de la reserva de ley en el régimen estatutario y en relación con la negociación colectiva funcional tan distinto a la laboral. Mientras que en sector

laboral privado la negociación prelegislativa o legislación negociada, fruto de la concertación social entre los agentes sociales, es facultativa, en caso de funcionarios públicos es obligatoria (art. 33.1 del Estatuto Básico) y además constituye el único cauce de negociación de ciertas materias por ser de reserva de ley. De poco serviría establecer que se negociarán obligatoriamente las condiciones de empleo que son materia de regulación legal para luego no dar eficacia jurídica alguna a los acuerdos alcanzados. De ahí que coincidamos con la interpretación que entiende que en tal caso cabría una impugnación del proyecto de ley (ALFONSO MELLADO, 2007, 70-71) si no es conforme con el Acuerdo publicado. Además la negativa a incorporar el Acuerdo al proyecto de ley equivale a la ausencia de ratificación con lo que se suscitan las mismas cuestiones ya vistas más arriba. Si se incorpora de manera incompleta o alterada entendemos que debería considerarse como un vicio de procedimiento. Si no se impugna el proyecto, sino que se tramita y la ley resulta aprobada no hay previsto cauce alguno para recurrir contra una ley que deriva de un proyecto de ley viciado, pese a que la soberanía parlamentaria no habría convalidado o sanado los vicios de origen. Hará falta, por tanto, en el desarrollo procesal del Estatuto Básico prever un procedimiento de impugnación de los anteproyectos de ley que se refieran al régimen funcional.

Más compleja y difícil es la cuestión de la eficacia del Acuerdo cuando este no se canalice a través de un proyecto de ley sino mediante un Real Decreto-Ley (TS 31/1/1994, 25/5/1992).

Otra cosa será que el Acuerdo no pueda ir más allá del proyecto de ley y ni condicionar su tramitación parlamentaria. Solo será posible exigir al gobierno una cierta coherencia en la defensa del acuerdo alcanzado (ALFONSO MELLADO, 2007, 71). En esta segunda fase si que entráramos ya en un ámbito puramente político.

Los Pactos a diferencia de los Acuerdos —distinción existente ya desde al LORAP y que el art. 38 del Estatuto Básico mantiene— al ser una negociación de tono menor, ya que la mayor parte de las competencias sobre regulación de condiciones de trabajo corresponde al órgano de gobierno, sí tienen eficacia jurídica directa normativa externa y no precisan de aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno, sino que basta con la aprobación según el artículo 38.6 del Estatuto Básico. Por eso en la negociación es directa y no se prevén instrucciones previas (art. 33.3 del Estatuto Básico). Frente a la ambigua redacción del artículo 35 de la LORAP el artículo 38.2 del Estatuto Básico en relación con los números 3 y 6 precisa mucho mejor la eficacia normativa directa de los Pactos, aunque ya se reconoció por la doctrina y la jurisprudencia (TS 25/6/2001, 29/4/1996 y 16/11/1995). Es más, algunos han considerado los pactos no ya como contratos normativos, sino incluso como

verdaderos convenios colectivos similares a los del ámbito laboral (A L-FONSO MELLADO, 2008, 38).

Una posible quiebra de la eficacia vinculante y de la vigencia de Pactos y Acuerdos puede darse al otorgar el Estatuto Básico poderes exorbitantes y extraordinarios a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas para proceder a una suspensión o modificación de los acuerdos (art. 38.10 del Estatuto Básico) cuando se dé un cambio importante de circunstancias económicas. Esta actuación debe ser limitada, la estrictamente necesaria en su alcance material y temporal. Se abordan así los problemas suscitados con acuerdos de vigencia plurianual y que dieron lugar a pronunciamiento de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el Estatuto Básico tal facultad no se coordina bien la denuncia anticipada del propio acuerdo. Tampoco resuelve el Estatuto Básico si esta facultad excepcional es sustituible por otros procedimientos como la renegociación. Probablemente no cabría excluir que acumuladamente se dieran ambas situaciones, suspensión o modificación y renegociación.

Por lo demás el artículo 38 establece una serie de reglas comunes a Pactos y Acuerdos: Comisiones paritarias, contenido, regulación unilateral en defecto de Pacto, procedimientos de solución de conflictos, supuesto excepcional de suspensión o modificación, prórroga, duración, vigencia, sucesión y derogación, etc. Los Pactos, por tanto, no pueden ser modificados unilateralmente por la Administración (TS 30/5/1992). No obstante, su posición subordinada en relación con los Acuerdos ha llevado a la jurisprudencia a admitir que el Pacto puede ser alterado por futuras regulaciones reglamentarias derivadas de Acuerdos (TS 30/4/1992).

Cuando se trate de acuerdos alcanzados en las Mesa supramunicipal se discute si pueden sustituir a la autonomía municipal y por tanto a la Mesa general propia. La cuestión es si la adhesión previa o posterior a los acuerdos alcanzados en ámbitos supramunicipales puede llevarse a cabo por parte del órgano de gobierno del ente local unilateralmente o si necesita una previa negociación con los sujetos legitimados para negociar en el propio ámbito. Pese a la deficiente regulación de este mecanismo de adhesión en el Estatuto Básico, y pese a que se ha defendido por algún intérprete que es una decisión unilateral (en este sentido, MAURI, 2007, 310), sin embargo nos inclinamos por otras interpretaciones que entienden que por analogía con la negociación colectiva laboral la adhesión sigue siendo la manifestación de un acuerdo colectivo (A L-FONSO MELLADO, 2007, 25) por lo que no puede derivar de un acuerdo unilateral. Los municipios podrán por tanto negociar directamente o adherirse (previamente o con posterioridad) a los acuerdos alcanzados en mesas supramunicipales, pero el acuerdo de adhesión no deja de ser

una manifestación de negociación colectiva que exige el acuerdo en la Mesa municipal. No se trata de que solo sea necesaria la negociación propia cuando la entidad local se niegue a asumir el acuerdo supramunicipal (ROQUETA, 2007, 196), sino que es la propia adhesión la que debe entenderse como el resultado de la negociación. Si no hay acuerdo de adhesión, la negociación se llevará ya a cabo en el ámbito municipal (ALFONSO MELLADO, 2008, 25), sin que quepa entender fracasada la negociación a los efectos correspondientes del artículo 38.7 del Estatuto Básico, pues no es obligatoria la negociación supramunicipal. Tampoco puede hablarse de falta de ratificación del artículo 38.3, pues ésta se refiere a la aprobación expresa y formal por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de un acuerdo alcanzado, aprobación que no puede confundirse con la adhesión. Por tanto, las dificultades para una verdadera negociación en el ámbito local derivadas de la propia constitución de una Mesa General por falta de sindicatos legitimados y representativos en el ámbito, contra lo que se ha pensado (LANDA, 2008, 15), no se resuelven por la vía del acuerdo supramunicipal ya que la citada Mesa no sustituye totalmente a la Mesa general Local, sino que la Mesa supramunicipal amortiza y economiza la multiplicidad de procesos negociadores en cada ente locales pero el punto de partida o de llegada no deja de exigir una mínima negociación por los sujetos legitimados. Sólo interpretando que la adhesión podría darse por acuerdo de los órganos de gobierno en los supuestos en que no existan representaciones sindicales se habría avanzado en la solución del problema.

IX. VIGENCIA Y DURACIÓN

Frente a la regulación de la LORAP en el Estatuto Básico las partes gozan de la facultad de establecer libremente la duración de los Pactos y Acuerdos (art. 38.4). Es evidente —y a ello se refería el Informe de la Comisión— que ciertas materias como los aumentos retributivos al tenerse que incorporar a la ley anual de presupuestos tendrán ese carácter, aunque nada impide pactos o acuerdos con vigencia plurianual. No obstante, a diferencia de la regulación anterior al Estatuto Básico, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas cuentan ahora con instrumentos nuevos ante acuerdos de esa duración en caso de cambio de las circunstancias. Así como ya se ha señalado el artículo 38.10 les otorga la facultad excepcional de suspender o modificar los pactos y Acuerdos en la medida estrictamente necesaria y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas. En todo caso las causas deben ser alegadas por el órgano de gobierno y su decisión puede ser objeto de control judicial (ALFONSO MELLADO, 2008, 40).

Sea cual sea su duración, en todo caso deben contener la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos (art.38.4). Si no se denuncian, se produce una prórroga tácita legal salvo que otra cosa se haya pactado (art. 38.11 del Estatuto Básico). Cabe plantear si cabe una denuncia anticipada por cambio de circunstancias en el marco de la LORAP (SAN 13/3/2005 y TSJ Cataluña de 23/6/2002, Rec. 126/2002) o si tras el Estatuto Básico el cambio de circunstancias ya permitiría excepcionalmente una suspensión o modificación de los acuerdos, sin que sea necesaria la denuncia. Probablemente se trate de dos vías que no son incompatibles, aunque la primera evidentemente es más favorable al principio de negociación que el ejercicio por parte del gobierno de facultades extraordinarias. Pero el legislador no establece un orden de preferencia ni una relación entre ambas posibilidades por lo que cabe, bien la suspensión o modificación del acuerdo, bien la denuncia anticipada y la apertura de un nuevo proceso de negociación (M^{AURI}, 2007, 322), bien ambas cosas a la vez. También cabría plantear si el propio Acuerdo podría establecer que en caso de cambio de circunstancias proceda la denuncia anticipada y la consiguiente negociación en lugar del ejercicio de la facultad excepcional de suspensión o modificación de los acuerdos o si tal facultad de los órganos de gobierno sería de derecho necesario, de orden público y por tanto no negociable. Probablemente las circunstancias excepcionales deban llevara a interpretar esta facultad como directamente operativa no sustituible por una nueva negociación si hay razones de urgencia, celeridad y eficacia, aunque nada impediría que se negociara la obligatoriedad de que en caso de suspensión o modificación, sin perjuicio de la efectividad de estas medidas se deba reabrir la negociación. El Estatuto Básico no ha seguido el informe de la Comisión que recomendaba que en caso de alteración de las circunstancias se denunciara el acuerdo y se procediera a una nueva negociación, sino que ha ido más allá (R^{OQUETA}, 2007, 501). No obstante, la adopción de estas medidas, aunque no puedan calificarse como un «incumplimiento» de lo pactado, sí que debe interpretarse como una causa de denuncia del acuerdo que, pese a no estar prevista en el Estatuto Básico, dada la remisión total que en este punto efectúa a la autonomía negocial, así deberá considerarse independientemente de que se prevea o no de manera expresa en el acuerdo.

Denunciado el acuerdo el Estatuto Básico, a diferencia de lo que prevé el ET en la negociación colectiva laboral, no garantiza ni su ultractividad ni su retroactividad. Sin perjuicio de que se prevea en el propio acuerdo (TS 13/7/1995), lo cierto es que mientras no se llegue a nuevo Acuerdo las modificaciones reglamentarias a que dieron lugar los acuerdos siguen vigentes, pues no tienen la misma duración que la de los acuerdos que están en su origen, sino que exigen por motivos formales una modificación o derogación expresa (art. 38.3). Además los

nuevos acuerdos o pactos por el principio de modernidad ponen fin a la vigencia de los anteriores, salvo que las partes declaren expresamente que se mantienen en vigor algunos de los aspectos del precedente (art. 38.13 del Estatuto Básico). Cabe plantear si, en defecto de acuerdo y agotados en su caso los procedimientos de solución de conflictos y ante la perspectiva de que se produzca una regulación unilateral la propia negociación, puede pactarse el mantenimiento de la vigencia de la normativa precedente en lugar de una nueva regulación unilateral que se daría por frustración del proceso negociador y que vaya más allá del proceso negociador. La respuesta debe ser afirmativa, como ya se señaló más arriba, si bien hay interpretaciones en contra (M AURI, 2007, 323, TSJ País Vasco de 14/5/2001).

Otra especialidad en la negociación colectiva funcionarial es que tampoco se contempla en principio la retroactividad de las nuevas condiciones pactadas, aunque en algunas condiciones como las retributivas tendrán los efectos propios de la vigencia del acuerdo y por tanto de la ley o del reglamento al que se incorporen. Para el resto de las condiciones algún sector de la doctrina no admite la retroactividad de las nuevas condiciones negociadas (ROQUETA, 2007, 498; OJEDA, 1990, 305) como si hubiera alguna imposibilidad de naturaleza. No cabe, sin embargo por principio descartarla, siempre que se trate de derechos que puedan ejercitarse de manera retroactiva.

X. IMPUGNACIÓN, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Nada se preveía en la LORAP sobre las causas y el procedimiento de impugnación de los acuerdos. No se había previsto un régimen de impugnación similar al contemplado por el artículo 90 del ET, sino que se acudía a las reglas generales de impugnación de los Reglamentos (ROQUETA, 1996, 504) en la medida en que las normas reglamentarias recogían lo acordado, ya que los acuerdos una vez ratificados y publicados no tenían eficacia directa. En todo caso, la impugnación podía ser directa o indirecta aplicando la regulación administrativa (arts. 25 y 26 de la LJCA) (TS 16/11/1994).

En este sentido se discutía si el acuerdo podía impugnarse, no sólo por motivos de legalidad ordinaria y por vulneración de derechos fundamentales (TC 139/2005, 253/2005, 9/1995), sino también por lesión. Al no establecerse un sistema de impugnación externo público frente a un acto privado como en el ET, se discutía si la propia Administración podía impugnar una reglamento derivado de un acuerdo que ella misma hubiera estipulado y ratificado, cuando ya había tenido ocasión en los diversos momentos del proceso de negociación o en su fase

final de ratificación de haber ejercido un control y valoración de legalidad o de lesividad (arts. 19.2 y 43 de la LJCA y 103 de la LRJAP). La respuesta fue afirmativa (R OQUETA, 2007, 514-15, TSJ de Asturias, de 12/4/2005, Rec. 2488/2001). Cabía alegar que también podían impugnarlo los sindicatos siempre que habiendo participado en la negociación (TC 89/2003) no lo hubieran suscrito. Un acuerdo suscrito por una Administración también podía ser impugnado por otra. Así el Estado o la Comunidad Autónoma podían impugnar los acuerdos de los entes locales (art. 19.1 y 44 LJCA).

El Estatuto Básico no ha venido a resolver estos problemas. Es más cabría plantear si la impugnación por lesividad puede ejercitarse por las mismas causas del artículo 38.10 del Estatuto Básico o si ahora el interés que da lugar a la alegación de esta causa ya se canaliza a través de la suspensión o modificación excepcional del acuerdo, pues la impugnación del Reglamento puede llevar consigo la solicitud al juez de suspensión según los artículos 130.1. y 134.2 de la LJCA, alegando la necesidad de salvaguardar el interés general (TS 17/4/1996 y 16/11/1994). Creemos que habrá que estar a cada caso concreto pues la lesividad puede obedecer a motivos que no sean coincidentes con los graves perjuicios al interés público que derivan del cambio de circunstancias económicas.

Tampoco se ha abordado por el Estatuto Básico otra cuestión que resultó problemática en la LORAP: cómo afecta a la negociación colectiva la anulación parcial del acuerdo o del reglamento como consecuencia de su impugnación. Es evidente que en lo no anulado sigue vigente, pero también es cierto que lo anulado podría alterar el equilibrio de lo pactado y podría haberse previsto en la propia ley que pudiera ser un motivo para denunciar el acuerdo y solicitar una nueva negociación. No creo que el Estatuto básico impida una cláusula de este tipo en los propios acuerdos. Sin embargo, no resulta tan claro que, en su defecto, pueda solicitarse la apertura de un proceso de negociación de acuerdo con el artículo 34.6 del Estatuto Básico, pues la renegociación solo se contempla para el caso de que no haya ratificación y es muy difícil que pueda acudir a la analogía para su equiparación. Es decir, la nulidad parcial, al igual que la suspensión o modificación del artículo 38.10, podría haberse considerado *ex lege* como una alteración importante del equilibrio de la negociación que diera derecho automáticamente a reabrir la negociación. Pero nada se contempla en el Estatuto Básico sobre este supuesto ni sobre otros que dieran derecho a una denuncia anticipada de los acuerdos. Y así se ha defendido en caso de nulidad parcial de algún aspecto clave del acuerdo (R OQUETA, 2007, 522). Sin embargo, como en el propio ámbito laboral es necesario para que esto ocurra que se estipule en el convenio colectivo una cláusula de vinculación a la totalidad probablemente el derecho a renegociar solo sea efectivo si se contempla una cláusula de este tipo en los Acuerdos y Pactos.

El Estatuto Básico inspirándose en el artículo 91 del ET ha introducido, en cambio, novedades de gran calado en la interpretación, y aplicación de los acuerdos, al contemplar Comisiones Paritarias de seguimiento y procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos. No es que con anterioridad al Estatuto Básico no pudieran crearse, como órganos mixtos, externos a la Administración (TC 89/2003), sino que tras el mismo su constitución parece preceptiva («se establecerá» dice el art. 38.5). Sus funciones son interpretativas y de seguimiento de la aflicción del acuerdo, aunque también pueden desempeñar funciones de solución extrajudicial de conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Acuerdos y Pactos excepto para los acuerdos que se refieran a materias de reserva de ley (art. 45.1 del Estatuto Básico).

El Estatuto Básico no regula la composición de la Comisión más allá de que deba ser paritaria, sino que se remite al propio acuerdo que será el que establecerá su «composición y funciones» (art. 38.5). En primer lugar cabe plantear si tienen derecho a formar parte de la misma los mismos sujetos que están legitimados para formar parte de la Mesa Negociadora o si el propio acuerdo puede establecer que solo formen parte de la Comisión Paritaria los sindicatos que hayan firmado el acuerdo. A favor de esta segunda posibilidad se ha pronunciado la jurisprudencia (TS 17/10/2003) y la doctrina que ha admitido esta posibilidad en el ámbito laboral por lo que podría aplicarse supletoriamente (ALFONSO MELLADO, 2008, 67). En efecto, mientras que la exclusión de la Mesa negociadora de un sindicato con legitimidad para negociar constituye un atentado a la libertad sindical, no ocurre lo mismo con la exclusión de la Comisión Paritaria, siempre y cuando esta no lleve a cabo funciones que vayan más allá de la interpretación, seguimiento y aplicación del acuerdo, esto es, siempre que no desempeñe funciones de negociación (TC 222/2005, TS 21/7/201, 21/4/1997). Pese a que la interpretación que lleve a cabo se incorpore al acuerdo y goce de su misma eficacia no puede considerarse como una verdadera negociación.

Por todas estas razones la actuación de la Comisión Paritaria no puede equiparse en cuanto a composición, adopción de acuerdos, eficacia al propio procedimiento de negociación, de manera que exigiera como hemos visto los mismos requisitos de composición de la Comisión (art.35.1), como la mayoría absoluta, ni que sus acuerdos precisen de ratificación pues ya lo fue el acuerdo por el que se crea la propia Comisión paritaria (a favor, ALFONSO MELLADO, 2008, 68; en contra, ROQUETA, 2007, 534; GONZÁLEZ ORTEGA, 1990, 475).

Sin embargo, cuando se trate de resoluciones derivadas de los procedimientos de solución de conflictos que se produzcan con motivo de la aplicación de acuerdos y pactos, el artículo 45.4 del Estatuto Básico

dice que el acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución de arbitraje debe tramitarse como los Acuerdos y Pactos. No parece que a la función interpretativa de la Comisión Paritaria se le apliquen estas reglas, pues el artículo 45 estaría refiriéndose a procedimientos de solución de conflictos que se lleven a cabo «con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias». Por esta razón entendemos que también el recurso a las vías extrajudiciales de solución de conflictos como alternativa al desacuerdo requerirá un acuerdo por mayoría, no bastando, como se ha sostenido (G^{ALA}, 2008, 506, 512) con que se adopte con un sindicato minoritario o incluso con sindicatos no firmantes. En ningún caso cabe la participación de delegados y Juntas de personal ya que tampoco tienen legitimidad para negociar.

Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos en caso de acuerdos solo son posibles cuando de los mismos se derive una actuación reglamentaria, pero no cuando el acuerdo se refiera a materias de reserva de ley. La dificultad de distinguir materias de reserva de ley de materias reglamentarias se trasladará a esta fase (G^{ALA}, 208, 515). Quizá el legislador haya pensado que en tal caso no tendría mucho sentido recurrir a un mediador o a un árbitro para un acuerdo que no es definitivo, que sólo va a dar lugar a un anteproyecto de ley, por lo que en este punto la negociación queda como única y última posibilidad y a falta de acuerdo se abre directamente ya la facultad de determinación o regulación unilateral contemplada por el artículo 38.7 del Estatuto Básico. No parece muy justificada esta limitación, aunque el efecto de la mediación o el arbitraje no sea definitivo, al no ser más que una pieza dentro de la tramitación del proyecto de ley pues acaba debilitando el propio procedimiento de negociación. Además no es tan clara en la práctica la diferencia entre conciliación y mediación. Una vez se admite que el gobierno puede negociar perfectamente un proyecto de ley, no se ve por qué éste no puede ser el resultado de un arbitraje que tiene la misma eficacia que el acuerdo. La imposibilidad del Estado de aquietarse o de conciliarse como principio general en el ámbito individual parece así trasladarse al terreno de las relaciones colectivas. Sin embargo, no parece justificado pues cabe la mediación o el arbitraje cuando equivalga a acuerdos sobre materias reglamentarias.

XI. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES

Con anterioridad al Estatuto Básico, la negociación colectiva conjunta o mixta de funcionarios públicos y trabajadores se movía en una cierta inseguridad jurídica al no estar prevista en la LORAP, sin que fuera posible su reconocimiento como negociación extraestatutaria (TS

16/7/1998, 29/5/1998, 22/10/1993, 25/6/2001, 21/10/1999, 28/9/1999, 27/11/1995, entre otras) (MARÍN ALONSO, 1999). Se alegaba que no era posible un mismo modelo y un mismo procedimiento de negociación para ambos colectivos por no poderse equiparar el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios con la de los trabajadores, al venir regulada en normas distintas, el ET y la LORAP, que no se aplicaba a los trabajadores del sector público [salvo el art. 39 y las Disposiciones Adicionales 5.^a y 6.^a según su art. 2.1.d)] (TS 25/6/2001, 26/3/2001, 21/10/1999, 28/9/1999, 27/11/1995, 21/11/1994) (ROQUETA, 1999, 280-281). Únicamente se admitía como negociación colectiva «informal», esto es, sin eficacia jurídica propia (TC 85/2001), por lo que precisaba que formalmente se siguiera con posterioridad la tramitación aislada del proceso de negociación por cada uno de los colectivos y se adoptaran documentos separados. De otra parte los acuerdos colectivos de funcionarios precisan de una aprobación expresa y formal para tener eficacia jurídica, mientras que no es necesaria esta ratificación para la negociación colectiva laboral. El grado de autonomía colectiva de unos y otros es también distinto y también las formas y las vías jurisdiccionales de impugnación de acuerdos y convenios colectivos. Todo ello parecía dificultar una permeabilidad entre ambas formas de negociación.

Otros inconvenientes derivaban de la distinta regulación del procedimiento negociador en el ET y en la LORAP, pues en caso del personal laboral se precisaban con claridad los requisitos para la válida constitución de la Mesa negociadora y para la aprobación del convenio, mientras que la LORAP, como se ha visto mas arriba, guardaba silencio sobre estas cuestiones y la jurisprudencia se negaba a aplicar por analogía o de manera supletoria a los funcionarios el ET. De ahí que lo haya tenido que precisar el Estatuto Básico. De otra parte al no preverse la forma de constituir las Mesas conjuntas se planteaban problemas difíciles de resolver cuando la representatividad de los sindicatos legitimados no se reunía de manera acumulada en los dos colectivos, sino sólo en uno de ellos, de manera aislada (TS 13/11/2006). La exigencia de una representatividad conjunta al no estar prevista en la LORAP, ni en el ET, podía acabar afectando a la libertad sindical de los sindicatos representativos en el colectivo laboral.

También la jurisprudencia encontraba obstáculos para una regulación conjunta, pues mientras las condiciones de trabajo contempladas por la ley operan como derechos mínimos, en cambio, suelen ser de derecho necesario para los funcionarios públicos y salvo que la propia ley lo contemple no pueden mejorarse en los diversos ámbitos de las Administraciones Públicas a través de la negociación colectiva. Y esta fue otra de las razones de la impugnación de acuerdos de Ayuntamientos o Diputaciones cuando aprobaban un acuerdo común para funcionarios y trabajadores, pues mientras que determinadas mejoras de condi-

ciones (conceptos retributivos, cláusulas de garantía salarial, tiempo de trabajo, permisos, indemnizaciones por razón de servicio, etc.) eran válidas desde el punto de vista de la negociación laboral, no podían ser negociadas para los funcionarios al venir fijadas por su normativa básica no como mínimos sino como máximos (TS 30/5/1992, 22/10/1993, 9/2/1998, 2/3/2004), dadas las características ya señaladas de uniformidad, regulación pormenorizada y rigidez inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica estatal que impiden concebirla como legislación de mínimos (TS 16/11/1994 y 16/6/1995, 30/10/1995). En la negociación colectiva funcional prevalece el principio de competencia, es decir sólo cabrá negociar a partir de la legislación básica, salvo que esta se configure como mínima o dispositiva, como se vio más arriba. Depende por tanto de cómo la ley atendiendo al mandato del artículo 103 de la Constitución y observando los mínimos ya previstos en el mismo (principio de igualdad de acceso) y el alcance del propio concepto de función pública, configure lo básico, si de manera uniforme o rígida o permitiendo mayores competencias a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales.

Sin embargo, desde el punto de vista del contenido de la negociación, las diferencias entre ambos colectivos desaparecían al estar sometidos a limitaciones comunes, como los topes presupuestarios al aumento de las retribuciones que condicionan incluso la propia duración del convenio colectivo laboral —y los principios que informan la actividad administrativa—. La conjunción de contenidos se ha ido produciendo también por la aproximación al modelo funcional llevada a cabo por la negociación colectiva laboral del sector público y tendencia que se observa también en el propio Estatuto Básico. Por todo ello resultaba económico y eficiente abordar en común y en conjunto la negociación de funcionarios y laborales, independientemente de la diversa regulación del procedimiento de negociación de cada uno de los colectivos.

De ahí que el Estatuto Básico haya procedido a abordar los problemas que se derivaban de la laguna legal de la LORAP, de la ausencia de regulación, especialmente en lo que se refiere a los sujetos, procedimiento y efectos de este nuevo modelo de negociación colectiva, al que viene a reconocer y dar carta de naturaleza. De este modo se solucionan los problemas jurídicos existentes antes del Estatuto Básico aunque también es cierto que, como se verá, surgen otros nuevos.

El Estatuto Básico reconoce por tanto un espacio de negociación común o mixto. Regula en su artículo 36.3 la constitución de una Mesa general de negociación común o conjunta en cada ámbito de la Administración (Estado, Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla, y entidades locales) para ambas clases de personal para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcio-

nario, estatutario y laboral. Lo primero que hay que plantear es si la nueva Mesa conjunta es de constitución obligatoria o facultativa. Algún sector de la doctrina ha interpretado que se trata de una negociación «preceptiva» (ROQUETA, 2007, 114). Pese a la expresión «se constituirá», sin embargo, entendemos que no puede configurarse como algo obligatorio (en el mismo sentido LANDA, 2008, 15). Sólo será obligatoria cuando se opte por negociar conjuntamente. Es decir, si este es el cauce elegido, indudablemente ya no cabrá la negociación colectiva informal al existir un marco legal de obligado cumplimiento, pero ello no quiere decir que la existencia de materias y condiciones de trabajo comunes ambos colectivos lleve a la obligatoriedad de la negociación conjunta por razones de eficacia y buen funcionamiento de las Administraciones Públicas, y que los sindicatos pierdan la facultad de negociar separadamente. Si bien respecto del personal funcional cabría la imposición de un cauce de negociación común, al ser el derecho de negociación colectiva de configuración legal, esto no sería admisible para los trabajadores, pues vendría a afectar a su libertad sindical. El Estatuto Básico, por tanto, no habría venido a modificar en este sentido el ET. Por esa razón la Mesa conjunta no sustituye a las Mesas aisladas sino que lo que se crea es un cauce añadido que no sustituye a los propios o específicos, lo que puede complicar los procesos de negociación (MAURI, 2007, 308).

Un vez se opta por acudir a la constitución de esta Mesa general cabe plantear cuál es el régimen jurídico aplicable. El Estatuto Básico sólo se refiere a ellas en el artículo 33 quizá para prever las especialidades la legitimación para formar parte de la misma y para hacer la vaga referencia ya mencionada a la negociación de materias comunes. Pero nada dice sobre su constitución, válida composición, adopción de acuerdos. Cabría entender aplicable el régimen jurídico de las Mesas aisladas de funcionarios. De este modo, aunque el Estatuto Básico al hablar de Mesa conjunta general en el artículo 33 pareciera estaría impidiendo una negociación colectiva conjunta en una Mesa sectorial, cabría también este ámbito de negociación por analogía con la negociación funcional aislada, si así lo autorice la Mesa general, en este caso la Mesa general conjunta común (ALFONSO MELLADO, 2008, 27). A nuestro juicio el artículo 34 y el artículo 35 pese a que a veces hablan de funcionarios deben considerarse como una normativa común para todas las Mesas, sean aisladas o conjuntas, lo que tiene gran importancia para su válida constitución, su número máximo, reparto de puestos según proporcionalidad, la adopción de acuerdos por mayoría y para la negociación conjunta en ámbitos supramunicipales. Es cierto que resultara más complejo el reparto proporcional de los puestos entre ambas representaciones de la parte social, funcionarios y trabajadores, pues el número de unos y otros no es equivalente pues pueden existir más representantes del personal laboral que del personal funcional, pero lo deberá determi-

nar el desarrollo reglamentario del Estatuto Básico (ALFONSO MELLADO, 2007, 55-56).

El Estatuto Básico ha trasladado a las Mesas conjunta el criterio del monopolio sindical de la negociación, lo que supone una aproximación al régimen de negociación de tipo funcionarial y un alejamiento del laboral. Por tanto la opción por los trabajadores por una negociación colectiva conjunta impedirá que pueda negociar la representación unitaria. Se viene así a introducir una regulación propia de la legitimación para negociar, el artículo 36.3 del Estatuto Básico que se sitúa en relación con el artículo 87 del ET como norma especial y que prevalece sobre la regla general. La opción por el monopolio sindical no supone una vulneración de la libertad sindical pues al afectar a la representación unitaria no estaría implicado el artículo 28 de la Constitución (TC 37/1983, 118/1983, 95/1996, ALFONSO MELLADO, 2008, 11).

Los sujetos legitimados para la negociación colectiva conjunta son los sindicatos. En este sentido debemos distinguir la negociación colectiva conjunta expresa, la del artículo 36.3 de la implícita del artículo 36.1 esto es, la constituida por la Mesa general de todas las Administraciones Públicas. En la segunda tienen derecho a participar los sindicatos más representativo y representativos de los artículos 6 y 7 de la LOLS, pero la representación se distribuye en función de la audiencia electoral computando también delegados de personal y miembros del Comité de Empresa. Cuando se trate de Mesas conjuntas expresas del artículo 33.3 la legitimación en cambio exige la mayor representatividad conjunta en ambos ámbitos, laboral y funcionarial, sin que la falta de mayor representatividad en un colectivo pueda suplirse con la del otro. Pueden negociar también los sindicatos simplemente representatividad en el ámbito en uno u otro colectivo, pero no hace falta que sea de manera acumulada, siempre que el sindicato esté presente en la Mesa general. Este requisito puede dejar fuera a sindicatos de profesión con implantación en el ámbito, pero sin presencia en la Mesa general (ALFONSO MELLADO, 2008, 19). Estas dificultades podrían solucionarse mediante la constitución de Mesas sectoriales en esos ámbitos (por ejemplo, de bomberos o policías municipales), si los sindicatos profesionales son representativos en el ámbito sectorial de negociación (art. 33.1).

El Estatuto Básico no precisa cuáles son las materias y condiciones comunes que pueden negociarse de manera conjunta. No se precisan con suficiente claridad en el articulado del Estatuto Básico. De ahí que quepa plantear si el artículo 37 al listar las materias negociables se refiere a la negociación colectiva de los funcionarios o también a la de laborales y por tanto a la conjunta. Según su propio tenor literal algunas materias ya aparecen como comunes, como el incremento de las retribuciones del «personal al servicio de las Administraciones Públicas» (letra a) o las

condiciones de trabajo que afectan a los «empleados públicos» (letra m), expresiones que abarcan tanto a funcionarios como a laborales. En otras se menciona únicamente a funcionarios (como la «determinación y aplicación de las retribuciones complementarias»). Y en la mayoría, finalmente, no se distingue, aunque del resto del articulado del Estatuto Básico y al tratarse de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos puede concluirse que serían materias funcionariales (la evaluación del desempeño, los derechos de promoción profesional del art. 17 frente a las promoción del personal laboral del artículo 19 en que se produce una remisión al ET y a los convenios colectivos, etc.). Sin embargo ello no supone que los convenios colectivos del personal laboral no puedan adoptar criterios similares para la evaluación del desempeño —el propio art. 20 habla de que las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus «empleados»— y para la carrera y promoción profesional, provisión de puestos de trabajo, retribuciones complementarias, situaciones del personal y faltas y sanciones, si tenemos en cuenta la aproximación antes señalada a la regulación funcional. En definitiva serán las propias partes las que determinen cuáles son las materias comunes que van a negociar, lo que contribuirá a clarificar la cuestión.

Donde pueden surgir problemas en la negociación es en relación con las materias excluidas. Algunas de ellas, que según el artículo 37.2 del Estatuto Básico se refieren sólo a los funcionarios, a la relación estatutaria de empleo público, pueden entenderse excluidas también de la negociación colectiva laboral, como las potestades de organización, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y consumidores. Lo cierto es que el contenido de la negociación colectiva laboral cuando se trata de las potestades de organización se ha ido interpretando por la jurisprudencia de acuerdo con las categorías administrativas, por lo que se acaban limitando por igual la negociación colectiva administrativa como la laboral y por ello se plantean los mismos problemas a la hora de delimitar lo que son las potestades organizativas y sus efectos sobre las condiciones de trabajo (TS 22/2/2006 y 13/3/2006, esta última sobre establecimiento y modificación de la relación de puestos de trabajo para el personal laboral como facultad organizativa). En cambio, otras materias sólo resultarían excluidas para la negociación colectiva funcional como los poderes de dirección y control «propios de la relación jerárquica», por lo que no podrían ser materias comunes, salvo que se interprete el precepto de manera restrictiva como propugnábamos más arriba.

Cabe plantear también si en los Acuerdos conjunto se pueden abordar regulaciones específicas para uno u otro colectivo. A favor se ha pronunciado algún sector de la doctrina (A. LONSO MELLADO, 2008, 23). Sin embargo, nos inclinamos por una regulación que necesariamente

debe ser común pues el Acuerdo es materialmente común para ambos colectivos, sin perjuicio de que no lo sea su eficacia jurídica desde el punto de vista formal, ni su régimen jurídico. En efecto según el artículo 38.8 del Estatuto Básico los pactos y 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 ET para el personal laboral. Se trata por tanto de un solo documento, de un mismo contenido para ambos colectivos, lo que supone una diferencia fundamental en relación con la experiencia anterior al Estatuto Básico. No se trata de un nuevo producto desde el punto de vista formal sino la legalización de una práctica que se venía produciendo por razones de economía negociada y de eficacia por la vía de hecho, de manera informal (LANDA, 2008, 12). No obstante, si se interpreta de manera excesivamente rígida lo que son materias comunes y no se admite negociar materias específicas, la negociación conjunta puede ser poco funcional y eficaz pues, como ya se señaló la Mesa conjunta no sustituye a las Mesas aisladas sino que es una vía añadida por lo que no parece razonable desde el punto de vista de la eficiencia que se negocie en dos Mesas, una conjunta para asuntos comunes, y otras aisladas para asuntos específicos. La cuestión puede tener poca relevancia, pues no se darán tantas materias específicas negociables que no estén ya predeterminadas en ámbitos superiores, de manera que la cuestión será más bien qué materias son negociables por los funcionarios y con que alcance.

Hay otros aspectos del régimen jurídico de la negociación conjunta que no se regulan con claridad en el Estatuto Básico. En primer lugar la constitución de la Comisión Paritaria. El artículo 38.5 la establece para los Pactos y Acuerdos, pero nada dice en caso de Pactos y Acuerdos por un lado y convenios colectivos por otro, esto es cuando se produzca una negociación conjunta se constituirán dos Comisiones Paritarias o una sola, conjunta o mixta. A favor de una sola Comisión Paritaria se ha pronunciado algún intérprete (ALFONSO MELLADO, 2008, 41). Tampoco está resuelta la cuestión de cómo afectará en caso de negociación conjunta a la negociación colectiva laboral suspensión o modificación del pacto o Acuerdo de los funcionarios en el ejercicio por los órganos de gobierno por las facultades previstas en el artículo 38.10 del Estatuto Básico. No parece que formalmente pueda afectar a los trabajadores, pues no lo dice expresamente la ley, sino que esta se remite a los artículos 82 y ss. del ET. De ahí que solo cabrá, en su caso, denunciar anticipadamente el convenio colectivo laboral y proceder a una renegociación o impugnarlo por lesividad.

En caso de desacuerdo si se recurre a vías extrajudiciales de conflictos colectivos, el régimen jurídico a aplicar a las mismas no será conjunto sino el propio de cada regulación funcional o laboral, esto es el

artículo 45 del Estatuto Básico y normas de desarrollo, autonómicas o reglamentarias, y las de los artículos 85.1 y 91 del ET.

En todo caso la cuestión novedosa que plantea la elaboración de estos productos negociados conjuntamente con idéntico contenido no se limita al supuesto excepcional de suspensión o modificación por cambio de circunstancias, sino que afecta también a los efectos de la impugnación del Acuerdo o pacto sobre el convenio colectivo y viceversa. Cuando el motivo sea el mismo y afecte al mismo contenido surge la cuestión de si al poderse dar soluciones jurisdiccionales contradictorias la anulación declarada del pacto o Acuerdo por la jurisdicción contencioso-administrativa debe afectar al convenio colectivo laboral y viceversa. Ante el problema de resoluciones judiciales contradictorias algún autor (ROQUETA, 2007, 509) propugna que la sentencia tenga efectos también para la otra parte, sea de lo contencioso-administrativo o de lo social (cuya competencia en la materia cuando se trata de negociación colectiva laboral en el ámbito público es clara desde la TS de la sala de conflictos 22/3/1999, seguida por 28/4/2000, 2/12/2000, 21/5/2002, 24/2/2004, 1/9/2004 frente a una discutible jurisprudencia anterior que entendía que se estaba ante actos administrativos que aprobaban el convenio pese a ser materia laboral). A nuestro juicio, no hay una *vis expansiva* de los efectos de una sentencia sobre un colectivo sobre el que no se tiene competencia, pese a la existencia de algún pronunciamiento en este sentido, según el cual la sentencia de lo contencioso-administrativo debe extenderse al personal laboral en estos supuestos (TS 4/5, 17/2 y 1/9/2004) y viceversa, cuando resuelve antes la jurisdicción social (TS 24/1/1995). Y en este sentido se ha pronunciado algún intérprete tras el Estatuto Básico (GUILLÉN OLCINA, 2007, 333) alegando razones de tutela judicial, que el acto aprobatorio del convenio y del acuerdo es el mismo (lo que se refuerza tras el Estatuto Básico al aprobar mediante un solo acto un único documento válido para ambos colectivos), el principio de unidad de la negociación y la dificultad de segregación de lo pactado.

Sin embargo, nos inclinamos por otras soluciones más respetuosas con la negociación colectiva y con la competencia jurisdiccional. Así, como ya se ha propugnado (LANDA, 2008, 12; ALFONSO MELLADO, 2008, 41), entendemos también que en tal caso, si se anula para una de las partes, por coherencia con la propia idea de negociación conjunta, más que extender los efectos de la sentencia al otro colectivo, se debe proceder a renegociar para todo el conjunto por exigencias de la buena fe negocial volviendo a constituir la Mesa o a través de la Comisión Paritaria. De otro modo los trabajadores por el hecho de haberse embarcado en una negociación conjunta podrían verse abocados a una intervención de una jurisdicción contencioso-administrativa que no es seguro que utilice criterios interpretativos similares a los de la jurisdicción social, por lo que puede ser un factor disuasorio y de inseguridad juri-

dica para esta nueva forma de negociación. Se trata de una cuestión lo suficientemente importante para que no quede al albur de las interpretaciones judiciales a falta de una previsión expresa en el Estatuto Básico, que debería haber abordado este grave problema.

XII. CONCLUSIONES

El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios es de configuración legal a diferencia del laboral que pese que el artículo 37 de la Constitución prevé que la ley garantice la eficacia vinculante de los convenios, su existencia y eficacia no quedan condicionadas a su desarrollo legislativo.

En el caso de los funcionarios ha tenido que ser la propia ley, la LORAP en su momento y actualmente el Estatuto Básico los que han configurado un marco legal que para ser garantista ha tenido que ser más intervencionista que el laboral. El modelo legal, sin embargo, se encontraba con varias opciones reguladoras. Podía haber optado inicialmente por la vía del concepto de negociación colectiva y no tanto por la de participación en la determinación de las condiciones de trabajo. En lugar de haber partido de una negociación colectiva con especialidades con eficacia propia, y de acuerdo con el modelo laboral, como nueva fuente de regulación, estuvo lastrado inicialmente por la pervivencia de un modelo funcionarial o administrativo de determinación de las condiciones de trabajo y de inserción en las categorías administrativas. Y así se entendió que el legislador ordinario a la hora de configurar o perfilar ese modelo de participación gozaba de más discrecionalidad y libertad de la que hubiera tenido de partir de una negociación colectiva laboral con especialidades. Y de ahí la deficiente regulación de la LORAP que no acababa de abandonar totalmente determinadas manifestaciones de unilateralismo que acababan convirtiendo la negociación colectiva de los funcionarios públicos en una negociación de tono menor, devaluada. La normativa reguladora anterior al Estatuto Básico no extrajo todas las consecuencias que derivaban de la nueva perspectiva que la Constitución trazaba sobre la función pública a partir del reconocimiento de la libertad sindical, ni ha sido lo suficientemente garantista del derecho a la negociación.

Sólo poco a poco, superando sus prejuicios iniciales, se ha ido configurando un derecho de negociación colectiva que ha ido aproximándose al laboral, aun con dificultades, por los prejuicios y por las carencias reguladoras, tanto en la Constitución como en su regulación legal. Muchos de los problemas podían haberse resuelto si se hubiera laboralizado desde el comienzo y se hubieran previsto las especialidades propias derivadas del ámbito funcionarial y de la Administración Pública.

Es evidente que fuera cual fuera el marco legal no podía dejar de tener en cuenta las especialidades derivadas de la presencia de una organización como la Administración Pública y sus reglas de funcionamiento, que la diferencian de una empresa privada (funcionamiento con arreglo a la ley, principios de eficacia al servicio de intereses generales, inserción en el gasto público de acuerdo con el art. 134.2 de la Constitución) y de ciertas previsiones constitucionales que afectan al empleo público en general (igualdad, mérito y capacidad en el acceso según el art. 103 de la Constitución). Así pues una característica esencial de la negociación colectiva es que es no sólo de configuración legal, sino también es necesariamente una negociación colectiva con importantes especialidades, que se pueden justificar desde el artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, resulta difícil hallar parámetros y criterios válidos para juzgar y controlar las especialidades al no poder recurrir jurídicamente a la comparación con la regulación laboral. Tales especialidades, por otra parte, no están determinadas de una vez por todas sino que en su propia evolución han ido también modelando, perfilando e incluso variando el alcance del derecho a la negociación, desde una negación casi absoluta a su identificación o equiparación con la laboral a una aproximación, no sólo ya con los trabajadores del sector privado, sino también con los propios trabajadores del sector público, aunque también cabría hablar de un acercamiento de estos al modelo funcional.

En este sentido, el Estatuto B básico de 2007, pese a su continuismo, presenta importantes novedades que aproximan el modelo funcional al laboral, aunque sin que deje de considerarse como una negociación colectiva «especial» en relación con el mismo. Las especialidades derivan fundamentalmente del papel otorgado a la propia negociación colectiva que se concibe al servicio del régimen estatutario de los funcionarios públicos en sus diversos ámbitos, de la dificultad de articular una relación entre el bloque normativo y la negociación colectiva similar a la que se da en el ámbito laboral, dada la dificultad de configurar el convenio colectivo como algo separado de las normas reguladoras estatutarias, no sólo porque estas a su vez son objeto de negociación, sino porque resulta difícil que estas adopten el carácter de mínimas cara a la negociación colectiva. La propia configuración histórica de la regulación estatutaria que tiende a los principios de generalidad, homogeneidad y de regulación común que justifican las bases del régimen estatutario, lo que supone un juego más reforzado del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución que en el ámbito laboral y la inexistencia de autonomía individual han sido otros factores que han condicionado las posibilidades de a negociación colectiva en diversos ámbitos.

Una vez elegido el método de la negociación formal no parecía respetuoso con el mismo que no se hubiera garantizado una verdadera negociación, sobre todo si se tiene en cuenta que no caben vías extra-

legales como en el ámbito laboral privado. No se trataba tanto de garantizar la autonomía colectiva, sino la propia negociación colectiva pues la ley a diferencia de la negociación colectiva laboral era la única habilitada para configurar el derecho, determinar los ámbitos y sujetos negociadores, el contenido de la negociación y su eficacia por lo que el legislador no puede regularlo de manera incondicionada y con discrecionalidad, sino que debe establecer con claridad los órganos de representación y negociación y las líneas generales del procedimiento, en una especie de intervencionismo no sólo obligatorio sino necesario.

El derecho a la negociación forma parte del Estatuto básico de los empleados públicos de manera expresa y formal, aunque nunca dejó de considerarse así. En la medida en que afecta a la libertad sindical no podía ser sino normativa básica. Forma parte de su contenido adicional y puede ser alegado en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales cuando afectan directamente a los sindicatos, como el derecho a formar parte de la Mesa negociadora, a no ser excluido de la misma, peor no en cuanto al propio derecho a la negociación y a los resultados de la misma. Esa visión tan distinta de la libertad sindical para los funcionarios, una vez se ha optado por el legislador ordinario por un procedimiento de negociación colectiva, probablemente ya no resulte justificada desde las recurrentes «peculiaridades». Aun admitiendo que las peculiaridades dejaran cierto margen de opción entre diversos procedimientos de participación, lo que ya de por sí es discutible, no parece que quepa darle una eficacia expansiva tal que impida una tutela de la libertad sindical una vez se ha optado por un procedimiento de negociación, si este no se respeta.

Al regular la negociación colectiva como una materia básica para todos los funcionarios públicos de todas las Administraciones Públicas la normativa sobre negociación colectiva básica sobre sujetos, procedimiento, contenido y eficacia acaba siendo también un límite para la autonomía colectiva en los demás ámbitos de negociación, encontrando como límite la propia configuración del derecho llevada a cabo por el Estatuto Básico que no podría verse alterada en sus diversos ámbitos, no sólo por ser básica cara al sujeto negociador público, sino porque de este modo se convierte en una especie de marco necesario y no disponible para el propio contenido de la negociación.

Ni siquiera cara a los diversos niveles de negociación el Estatuto básico se configura como un marco de mínimos de manera que dejara espacio a una diversa regulación incluso negociada, sino que es casi totalizador y por tanto no deja abiertas muchas posibilidades para una diferente regulación a nivel autonómico o local. El Estatuto básico es la fuente reguladora del derecho a la negociación colectiva de manera exhaustiva, pero a la vez, aunque no sea una ley de función pública, es

la fuente de regulación de las bases del régimen estatutario. Algunas materias susceptibles de negociación están ya reguladas en el Estatuto básico, unas de manera abierta, como mínimas, otras de manera dispositiva, o supletoria, pero la mayoría de manera cerrada y autosuficiente. Sin que se puedan configurar como mínimas. El criterio no sería de favorabilidad o dispositividad sino de competencia reguladora. Esta sería por tanto una de las especialidades de la negociación colectiva funcional, su inserción en el esquema de fuentes reguladoras de la situación estatutaria de los funcionarios basada en los principios de competencia, jerarquía y de reserva de ley, de manera que a diferencia de la negociación colectiva laboral la negociación colectiva no se sitúa en otro espacio añadido a la ley y los reglamentos, sino en el interior de las fuentes, como condicionante de la propia regulación estatutaria. No es una fuente añadida al régimen estatutario sino la fuente de regulación del mismo, lo que no quiere decir que los acuerdos negociados sean absorbidos por estas. De ahí que la importancia de la reserva de ley ya no afecte directamente a la negociación como tal sino al propio resultado de la misma, al distinguirse a efectos del contenido y eficacia de la negociación colectiva entre materias de reserva de ley y las demás una vez se reconoce la negociación prelegislativa y no la mera consulta en materias de reserva de ley.

Pese a que ya se ha dicho que el Estatuto básico es continuista, sin embargo presenta novedades importantes en el avance y profundización del derecho de negociación colectiva, así como en su garantía, pues no sólo viene a colmar algunas de las lagunas importantes detectadas en la normativa precedente, sino también a dar una cierta autonomía y eficacia propia al acuerdo alcanzado, ratificado y publicado. Una de las lagunas más importantes de la LORAP se encontraba en la legitimación para formar parte de la mesa negociadora, al no precisar los requisitos para su válida constitución y la mayoría exigida para la adopción de los acuerdos. Otra era la escasa regulación del proceso negocial, sin que la jurisprudencia admitiera la aplicación, al menos supletoria, de la normativa laboral sobre negociación colectiva. Algunos intentos de mejora como el reforzamiento del deber de buena fe en la negociación a través del derecho de información que no se vieron plasmados en la reforma de 1990, al centrarse en la ampliación de las materias negociables, se han visto ahora recogidos por el Estatuto básico.

El Estatuto Básico incorpora propuestas doctrinales, interpretaciones jurisprudenciales y algunas de las medidas y propuestas recomendadas por el Informe de la Comisión de expertos de 2005, aunque ha descartado otras. El Estatuto —al igual que la normativa precedente— regula un sistema propio y peculiar de negociación colectiva de Derecho necesario cara a la propia y posterior negociación (el art. 31. 7 del Estatuto básico dice que la negociación «deberá respetar en todo caso el contenido del

presente Estatuto las normas de desarrollo previstas en el mismo»), salvo que se tratara de a modificación del propio Estatuto básico. Es un modelo de construcción legal, muy intervenido, regulado y uniforme para todas las Administraciones Públicas, eso es, un régimen general común válido para todos los ámbitos de negociación, autosuficiente y directamente aplicable sin necesidad de esperar a su desarrollo por las Comunidades Autónomas. No deja espacios ni procedimientos de negociación fuera del mismo, al menos formal, ni permite su alteración por la propia autonomía colectiva, que no existiría fuera del marco legal.

El Estatuto básico si bien no supone una alteración sustancial del modelo anterior, ni el régimen de la negociación colectiva ahí regulado, que no deja de ser especial, sin embargo sí supone un salto cualitativo, pues viene a suponer una profundización del derecho: reconoce el derecho a la negociación colectiva como derecho individual de ejercicio colectivo, otorga una mayor eficacia directa y autónoma al acuerdo resultado de la negociación colectiva, deja atrás la configuración de la negociación como mera participación o negociación de los reglamentos y otras disposiciones normativas, da un paso adelante al sustituir la consulta por la negociación, reduce la discrecionalidad administrativa, el recurso al unilateralismo en caso de desacuerdo o de no ratificación del mismo, potenciando la vía negocial o los procedimientos pacíficos de solución de conflictos y la previsión de Comisiones Paritarias de Seguimiento, que no sólo tienen competencias interpretativas y aplicativas sino que también pueden servir de cauce para la solución extrajudicial de conflictos colectivos (art. 38.5 en relación con el 45.1 del Estatuto Básico). En este sentido, el Estatuto Básico habría venido a reforzar y confirmar la eficacia jurídica del acuerdo ratificado y publicado, aunque no por ello su eficacia sería similar a la de un convenio colectivo laboral. No puede decirse que deje de ser un acuerdo y por eso el Estatuto Básico introduce una especificación novedosa, que viene a reforzar la eficacia del resultado de la negociación en si mismo considerada cuando lo distingue de los efectos formales reglamentarios. Se afirma de este modo con toda claridad la eficacia jurídica propia del Acuerdo y su no disolución en el Reglamento. Se trata de dos cuerpos distintos con existencia propia, aunque entre ambos exista un vínculo directo. Por otra parte han desaparecido los márgenes de discrecionalidad de que disponía el órgano de gobierno para que se produzca o no la ratificación y para la regulación unilateral en el segundo caso, esto es, en defecto de ratificación. Ha desaparecido la facultad de regulación unilateral por la Administración en caso de falta de ratificación expresa y formal. La regulación unilateral sólo cabe en defecto de acuerdo, no en defecto de ratificación.

Una vez ratificado y publicado el Acuerdo tiene eficacia jurídica por sí mismo. Y por ello vincula a la Administración. El Estatuto Básico dice

que lo acuerdos sobre materias de competencia de los órganos de gobierno serán directamente aplicables, mientras que si tratan sobre materias de reserva de ley no tienen eficacia directa. Los acuerdos tienen una eficacia distinta, una eficacia especial, si los comparamos con los convenios colectivos del ámbito laboral y con los reglamentos. Ocupan una posición intermedia, un lugar propio: requieren para que su contenido se alegue ante jueces y tribunales las modificaciones normativas necesarias. No se ha incorporado la recomendación del Informe de la Comisión que propugnaba que el propio Acuerdo pudiera contemplar su obligado cumplimiento, si no se elaboraba un reglamento que le diera eficacia externa. Pero las modificaciones normativas no pueden llevarse a cabo ya como una manifestación del ejercicio de poder reglamentario de supremacía, sino que su contenido esta directamente predeterminado por el acuerdo, su código genético, por lo que es susceptible de control e incluso de servir como criterio interpretativo o de integración de lagunas. Luego el Reglamento, al igual que la ratificación, no sustituyen al acuerdo, sino que ambos son instrumentos necesarios, pero más bien formales que de contenido para que el acuerdo tenga eficacia normativa externa. Los acuerdos ya no se suicidan ya como tales para renacer como reglamentos sino que son como el código genético que tiene vida propia y obliga al desarrollo reglamentario y los determina y condiciona.

En cuanto a las materias negociables en comparación con la LORAP se produce de un lado una cierta ampliación de las materias excluidas como el poder de dirección empresarial, lo que exige una interpretación restrictiva pues de otro modo cualquier control sobre los poderes de la Administración escaparía a la negociación colectiva. De otra parte, el Estatuto Básico en las materias de negociación obligatoria ha introducido modificaciones importantes, no en cuanto a las mismas como tales, sino en cuanto al alcance recogiendo criterios jurisprudenciales igualmente restrictivos. Así se observa en la extendida utilización de la ambigua e imprecisa expresión «criterios generales» como contenido negocial, en contraposición a la de «determinación concreta» que estaría excluida de la negociación. Así pues habría de un lado una aparente ampliación de materias en el artículo 37.2, pero también una sutil restricción de las mismas en el artículo 37.1 mediante la utilización de las mencionadas expresiones.

El sistema de negociación colectiva configurado desde la LORAP presenta también la especialidad en relación con el sector privado de que es una negociación colectiva sindicalizada. Y esta característica se mantiene en el Estatuto básico, pese a que algunas posturas doctrinales y las recomendaciones del Informe de la Comisión de expertos fueran partidarias de abrir el modelo a otros protagonistas como los delegados y Juntas de personal, al menos en ciertos ámbitos en que no exista presencia sindical.

La posible rigidez e inadecuación de la estructura de la negociación prevista en la LORAP al ámbito local denunciada ya por la doctrina se intenta paliar en el Estatuto Básico al permitir de manera novedosa estructuras de negociación en ámbitos supramunicipales y la posibilidad directa de que la Mesa general del ente local cree Mesas sectoriales a imagen y semejanza del Estado y de la Comunidad Autónoma, sin que en ambos casos la ley autonómica pueda intervenir limitando la autonomía local, sino que es un derecho reconocido directamente como básico. Sin embargo, la Mesa supramunicipal no podría sustituir la autonomía municipal y por tanto a su Mesa general propia, sino que a través de la misma deberá ejercerse la adhesión (previa o posterior) a los acuerdos de ámbitos supramunicipales, pese a la deficiente regulación de este mecanismo de adhesión en el Estatuto Básico. Los municipios podrán por tanto negociar directamente o adherirse previamente o con posterioridad a los acuerdos alcanzado en mesas supramunicipales, pero el acuerdo de adhesión no deja de ser una manifestación de negociación colectiva por lo que no puede ser unilateral. Por todo ello las dificultades para una verdadera negociación en el ámbito local derivadas de las dificultades que se encuentran a veces para la constitución de una Mesa General por falta de sindicatos legitimados y representativos en el ámbito no se resuelven por la vía del acuerdo supramunicipal.

En cuanto a la negociación prelegislativa, si bien los Acuerdos no tienen eficacia directa, una vez ratificados y publicados, algún tipo de vinculación jurídica deben tener sobre el órgano de gobierno que los ratifica, aunque no sobre el Parlamento, pues no puede limitarse a ser una consulta no vinculante, que por otra parte ha desaparecido en el Estatuto Básico. Luego el gobierno debe incorporar el contenido del Acuerdo al correspondiente anteproyecto de ley que tras su aprobación como proyecto se presente al Parlamento. La cuestión que se sigue planteando en relación con la negociación prelegislativa no es negar la legitimidad al parlamento en orden a la tramitación del proyecto de ley presentado, sino determinar como el propio proyecto de ley esta vinculado por el acuerdo de manera que si no lo recoge estaría ya viciado y cómo afectaría a su terminación parlamentaria posterior. La vinculación del proyecto de ley al Acuerdo es clara en el artículo 38.3 del Estatuto Básico, solo que no se prevén las consecuencias del incumplimiento por parte del gobierno. En tal caso cabría una impugnación del proyecto de ley si no es conforme con el Acuerdo publicado. Además la negativa a incorporar el Acuerdo al proyecto de ley equivale a la ausencia de ratificación.

Los Pactos a diferencia de los Acuerdos —distinción existente ya desde al LORAP y que el art. 38 del Estatuto Básico mantiene— al ser una negociación de tono menor ya que la mayor arte de las competencias sobre regulación de condiciones de trabajo corresponden al órgano

de gobierno, sí tienen eficacia jurídica directa normativa externa y no precisan de aprobación expresa y formal, esto es de ratificación por el órgano de gobierno sino que basta con la aprobación según el artículo 38.6 del Estatuto Básico.

Una posible quiebra de la eficacia vinculante y de la vigencia de Pactos y Acuerdos puede darse al contemplar el Estatuto Básico poderes exorbitantes y extraordinarios cuando se dé un cambio de circunstancias económicas, pues en tal caso el órgano de gobierno puede proceder a una suspensión o modificación de los acuerdos. Tal facultad no se coordina bien en el Estatuto con la denuncia ante tempus. Tampoco precisa el Estatuto Básico si esta facultad excepcional es sustituible por otros procedimientos como la renegociación. Probablemente no cabría excluir que se dieran ambas situaciones, suspensión o modificación y renegociación de manera acumulada.

El Estatuto Básico inspirándose en el artículo 91 del ET ha introducido, en cambio, novedades de gran calado en la interpretación, y aplicación de los acuerdos, al contemplar la necesidad de prever Comisiones Paritarias de seguimiento y la posibilidad de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos. Sus funciones son interpretativas y de seguimiento de la aplicación del acuerdo, aunque también pueden desempeñar funciones de solución extrajudicial de conflictos excepto respecto de los acuerdos que se refieran a materias de reserva de ley, exclusión que no se acaba de justificar. El Estatuto Básico no regula la composición de la Comisión más allá de que debe ser paritaria, sino que se remite al propio acuerdo que será el que establecerá su «composición y funciones». A nuestro juicio la actuación de la Comisión Paritaria no puede equiparse en cuanto a composición, adopción de acuerdos y eficacia al propia procedimiento de negociación.

En cambio, cuando se trate de resoluciones derivadas de los procedimientos de solución de conflictos que se produzcan con motivo de la aplicación de acuerdos y pactos, el acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución de arbitraje debe tramitarse como los Acuerdos y Pactos.

El Estatuto Básico incorpora los cambios introducidos por la Ley 21/2006 posibilitando una negociación colectiva conjunta de laborales y funcionarios frente a las dificultades jurisprudenciales que encontraba un convenio colectivo común dada la falta de un marco legal. El Estatuto básico ha mantenido la dualidad formal de los productos obtenidos y de sus regímenes jurídicos. Sin embargo, el nuevo tipo de negociación conjunta acarreará consecuencias jurídicas nuevas jurisdiccionales en caso de impugnación.

El Estatuto Básico haya procedido a abordar los problemas que se derivaban de la laguna legal de la LORAP, de la ausencia de regulación,

especialmente en lo que se refiere a los sujetos, procedimiento y efectos de este nuevo cauce de negociación colectiva, al que viene a reconocer y dar carta de naturaleza.

El Estatuto Básico reconoce por tanto un espacio de negociación común o mixto. Regula en su artículo 36.3 la constitución de una Mesa general de negociación común o conjunta en cada ámbito de la Administración (Estado, Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla, y entidades locales) para ambas clases de personal para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral. Creemos que pese a la expresión «se constituirá» no puede configurarse como una negociación obligatoria y que el Estatuto Básico, por tanto, no habría venido a modificar en este sentido el ET.

Una vez se opta por acudir a la constitución de esta Mesa general el Estatuto Básico no precisa con claridad cuál es régimen jurídico aplicable. Sólo se refiere a ellas para prever las especialidades la legitimación para formar parte de la misma y para hacer la vaga referencia ya mencionada a la negociación de materias comunes. Pero nada dice sobre su constitución, válida composición, adopción de acuerdos. Cabría entender aplicable, a nuestro juicio, el régimen jurídico de las Mesas aisladas de funcionarios.

El Estatuto Básico ha trasladado a las Mesas conjuntas el principio o criterio de la sindicalización de la negociación, lo que supone una aproximación al régimen de negociación de tipo funcional y un alejamiento del laboral. Por tanto la opción por los trabajadores por una negociación colectiva conjunta impedirá que pueda negociar la representación unitaria. Se viene así a introducir una regulación propia de la legitimación para negociar, el artículo 36.3 del Estatuto Básico que se sitúa en relación con el artículo 87 del ET como norma especial y que prevalece sobre la regla general.

El Estatuto Básico no precisa tampoco cuáles son las materias y condiciones comunes que pueden negociarse de manera conjunta. De ahí que quepa plantear si el artículo 37 al listar las materias negociables se refiere a la negociación colectiva de los funcionarios o también a la conjunta con laborales. La negociación colectiva laboral del sector público ya ha ido aproximándose a la funcional y remitiéndose a las leyes de función pública. Si a eso se añade que según el Estatuto serán las propias partes las que determinen cuáles son las materias comunes que van a negociar, no debe haber dificultades en la práctica para su determinación.

En relación con las materias excluidas, algunas de ellas, que según el artículo 37.2 del Estatuto Básico se refieren solo a los funcionarios,

a la relación estatutaria de empleo público, pueden entenderse excluidas también de la negociación colectiva laboral, como las potestades de organización, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y consumidores. Lo cierto es que en la práctica negociadora y en la interpretación jurisprudencial se ha ido equiparando en este sentido el contenido de la negociación colectiva laboral de manera que se plantean los mismos problemas a la hora de delimitar lo que son las potestades organizativas y sus efectos sobre las condiciones de trabajo.

Hay otros aspectos del régimen jurídico de la negociación conjunta que no se regulan con claridad en el Estatuto Básico. En primer lugar la constitución de la Comisión Paritaria, que probablemente deba ser también común. Tampoco está resuelta la cuestión de cómo afectará a la negociación colectiva laboral cuando se ha llevado a cabo conjuntamente la suspensión del pacto o Acuerdo de los funcionarios en el ejercicio por los órganos de gobierno por las causas previstas en el artículo 38.10 del Estatuto Básico. La negociación conjunta de un mismo contenido no parece que pueda afectar a los trabajadores pues no lo dice expresamente la ley, sino que esta se remite a los artículos 82 y ss. del ET. De ahí que solo quepa, en su caso, denunciar ante tempus el convenio colectivo laboral y proceder a una renegociación o impugnarlo por lesividad.

También se plantea la cuestión de si los efectos de la impugnación del Acuerdo o pacto alcanzarán también al convenio colectivo y viceversa. Cuando el motivo sea el mismo y la nulidad afecte al mismo contenido surge la cuestión de si al poderse dar soluciones jurisdiccionales contradictorias la anulación del pacto o Acuerdo declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa afectará también al convenio colectivo laboral y viceversa. Pese a ciertos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales no creemos que haya una vis expansiva de los efectos de una sentencia sobre un colectivo sobre el que no se tiene competencia, pese a la existencia de algún pronunciamiento en este sentido. Más bien nos inclinamos por otras soluciones más respetuosas con la negociación colectiva y con la competencia jurisdiccional como la de proceder a renegociar para todo el conjunto por exigencias de la buena fe negocial volviendo a constituir la Mesa o a través de la Comisión Paritaria.

Probablemente el modelo de negociación colectiva tras el Estatuto Básico haya podido encontrar su techo, sus máximas posibilidades, mientras se mantenga la relación funcional de los funcionarios públicos y especialmente mientras se subordine la negociación colectiva a la estructura administrativa y a los diversos niveles de regulación entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales. No se divisan perspectivas de laboralización de la función pública sino más bien al revés se esta produciendo una funcionarización del personal laboral. Y de ahí

en el propio plano colectivo la legalización de la negociación colectiva conjunta. Es el propio dualismo en el empleo público, entre personal funcionarial y laboral, el que resulta ya injustificado. Lo que podría ser personal laboral específico no equiparable a los funcionarios desde el punto de vista de los cometidos a realizar está siendo cada vez más «ajeno» a las Administraciones Públicas, dados los incesantes y cada vez más amplio procesos de externalización que están afectando incluso a funciones típicamente administrativas.

BIBLIOGRAFÍA

- APARICO TOVAR, J. (1983): «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales*, CEC.
- ALFONSO MELLADO, C. (2007): «Contenido y eficacia de la negociación colectiva de funcionarios en el Estatuto Básico», en *RDS* núm. 37, p. 53 y ss.
- (2008): *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Albacete, ed. Bomarzo (en prensa).
- ARENILLA SÁEZ, M. (1993): *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Madrid, La Ley.
- BAYLOS GRAU, A. (1982): *El derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley 4/1982.
- BENGOETXEA ALKORTA, A. (2005): *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BLASCO ESTEVE, A. (1986): «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *REDA*, núm. 52/1986.
- (1988): «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local», en AA.VV.: *Tratado de Derecho Municipal* (Coord. MUÑOZ MACHADO, S.), Tomo II, Madrid.
- CARRERA ORTIZ, C. (1989): «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», en *REDT* núm. 38/1989.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E. (1988): «Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las Administraciones Públicas Vascas». en AA.VV.: *Administración Pública y sindicalismo*, Madrid, IVAP.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2006): «La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública», en AA.VV.: *Mediación para la solución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas*, Sevilla, Mergablum.
- DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA (1997): «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *RL*, núm. 4/1997.
- (1991): «La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos en la función pública», en *RL*, núm. 11/1991.
- (1988): *Comentarios a la Ley LORAP*, Madrid, MAP.

- (1990): «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública», en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, IAAP.
- (1986): *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, Madrid, INAP.
- DEL SAZ CORDERO, S. (1995): *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Madrid, Documentación Administrativa.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2006): «Descentralización, articulación y flexibilidad en el empleo público: la Ley 21/2006», en *RL*, núm. 19/2006.
- DESDENTADO BONETE, A. (1985): «Una nota sobre los derechos sindicales de los funcionarios públicos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», en *Claridad*, núm. 8/1985.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (1990): «El nuevo marco de negociación colectiva de los funcionarios públicos. Novedades en materia de elecciones a órganos de representación unitaria», en *RL*, núm. 19/1990.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (1996): *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, ed. CEDECS.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ y CRUZ VILLALÓN (1990): «Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo», en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, IAAP.
- GALA DURÁN, C.: «La solución extrajudicial de conflictos colectivos», en DEL REY (Coord.): *Comentarios al Estatuto Básico de los empleados públicos*, Madrid, 2008, ed. La ley.
- GARCÍA MURCIA, J. (1991): «Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos», en *RTSS*, núm. 11/1993.
- (1990): «Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la función pública», en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, IAAP.
- GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. (2001): «Los derechos colectivos en el empleo público», en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. II, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, MTAS.
- GÓMEZ CABALLERO, P. (1994): *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Madrid, CES.
- GOÑI SEÍN y LANDA ZAPIRAIN (Coord.) (1999): *Derecho Social Vasco*, Madrid, 1999, IVAP.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1990): «Los medios de solución de los conflictos colectivos en la función pública», en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, IAAP.
- GUILLÉN OLCINA, J. (2007): «Convenios, Pactos y Acuerdos colectivos mixtos. Hacia una negociación colectiva laboral y funcionarial conjunta en el ámbito de las entidades locales», en AA.VV.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, 2007, p. 275 y ss.

- INFORME DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, INAP, 2005 y www.map.es.
- LAHERA FORTEZA, J. (2007): «Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del empleado público», en AA.VV.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, 2007, p. 113 y ss.
- (2001): *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y de los funcionarios*, Madrid, CES.
- (2007 bis): «Las mesas de negociación colectiva de funcionarios en el Estatuto Básico», en *RL*, núm. 18/2007.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P. (2008): *El empleo público después del Estatuto Básico del empleado público: en particular aspectos colectivos*. Ponencia XIX Jornades Catalanes de Dret Social, febrero de 2008.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (1981): «Las relaciones colectivas en el empleo público y al Constitución española», en *RDP*, núm. 83/1981.
- (1982): «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social*, núm. 18/182.
- (1988): «La negociación colectiva de los funcionarios», en *Revista de Treball*, núm. 8/1988.
- (1990): «El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo», en *AL*, núm. 2, 1990.
- MARÍN ALONSO, I. (1999): *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los Acuerdos mixtos*, Granada, Comares.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. (1989): «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», en *REDT*, núm. 39/1989.
- MAURI, J. (2007): «Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico de los empleados públicos», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Coord.): *El Estatuto Básico del empleado público*, Madrid, 2007, La Ley.
- OJEDA AVILÉS, A. (1988): «Los derechos de representación y de negociación de los funcionarios según la Ley 9/1987», en *RL*, T. II, 208 y ss.
- (1990): «Validez y eficacia de la negociación colectiva funcionarial», en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, IAAP.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1983): *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983, Tecnos.
- PALOMAR OLMEDA, A. (1991): «Comentarios a la Ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos» (Ley 7/1990, de 19 de julio), en *AA*, núm. 23/191.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1985): «El derecho de sindicación de los funcionarios públicos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 7/1985.
- RIVERO LAMAS, J. (1995): «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 6/7, 1995.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M. (1987): «La “participación del personal” en el empleo público», en *RL*, núm. 19/1987.
- (1997): «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987», en *RL*, núm. 20/1997.
- (1997): «Ley y negociación colectiva en la función pública», en *RL*, núm. 14/1997.
- ROQUETA BUJ, R. (2007): *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del empleado público*, Madrid, la Ley.
- (1996): *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SALA FRANCO y ROQUETA BUJ, R. (1995): *Los derechos sindicales de los funcionarios público*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SALA FRANCO, T. (2001): «La negociación colectiva en el empleo público», en AA.VV.: *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*, XIV Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, Madrid, 2001.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (1997): «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento español: una aproximación», en *REDT*, núm. 86/1997.
- VALVERDE ASENSIO, A. (2006): «Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: la Ley 21/2006», en *TL*, núm. 87/2006.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA NEGOCIACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: UN TÍMIDO INTENTO DE AMPLIAR HORIZONTES

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

1. PROBLEMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS ANTES DE LA LEY 7/2007: ¿EXISTÍA UNA VERDADERA NEGOCIACIÓN?—2. LAS UNIDADES NEGOCIALES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: LAS MESAS NEGOCIALES.—3. SUJETOS LEGITIMADOS: LA COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN.—4. PROCEDIMIENTO NEGOCIAL.—5. CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN.—6. COMPETENCIA DE LAS MESAS Y CONCURRENCIA ENTRE PACTOS, ACUERDOS Y LEYES.—7. RESULTADO: PACTOS Y ACUERDOS.

1. PROBLEMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS ANTES DE LA LEY 7/2007: ¿EXISTÍA UNA VERDADERA NEGOCIACIÓN?

El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios ha sido un tema controvertido largo tiempo ¹. La ausencia de base constitucional conduce a que sea «un derecho de configuración legal y solamente puede ser ejercido en los términos establecidos por el legislador, al que se reconoce una amplia habilitación constitucional para condicionarlo en el marco de una pluralidad posible de ordenaciones» ². Pese a contar con esta carta blanca, la regulación realizada por la LORAP ha sido tildada de «pacata y temerosa» ³.

Ésta frustró en buena medida las elevadas intenciones o, por mejor decir, esperanzas depositadas en las normas sobre negociación colectiva de los funcionarios. Lejos de promover la negociación propiamente dicha como medio de solución de conflictos entre los funcionarios y su empleadora, proporcionó un marco asfixiante y limitador del mismo ⁴, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional lo consideró «un modo de participación institucional cuya creación legal tiene asiento en el artículo 129.1 CE» ⁵.

¹ La negociación colectiva es un «elemento contingente, no necesario, del derecho sindical en la función pública que tropieza con la dificultad de suponer un acuerdo sobre materias *extra commercium*», PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, Madrid (Marcial Pons), 2007, p. 116.

² AA.VV.: *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2005, p. 163.

³ AGRA VIFORCOS, B.: «La negociación colectiva», en AA.VV.: *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Murcia (Laborum), 2006, p. 128.

⁴ MARÍN ALONSO, I.: «El derecho del trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos», en AA.VV.: *XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. II, Madrid (MTSS), 2001, pp. 259 y 261.

⁵ STCo 184/1987, de 18 de noviembre, o STS de 14 de julio de 1994 (RJ 6017).

Puestos de relevancia los desaciertos de la LORAP, el EBEP es la oportunidad anhelada para corregir los desmanes y crear una auténtica negociación pensada para la función pública, y así aparece recogido en su Exposición de Motivos: «en esta materia se ha hecho un importante esfuerzo, de acuerdo con las recomendaciones de los expertos, para clarificar los principios, el contenido, los efectos y los límites de la negociación colectiva y para mejorar su articulación, a la vista de la experiencia de los últimos años y de la doctrina legal establecida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo». El tiempo juzgará si ha sido o no una oportunidad perdida.

2. LAS UNIDADES NEGOCIALES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: LAS MESAS NEGOCIALES

Frente al principio de libertad de elección de la unidad de negociación en el ámbito laboral, en éste aparecen férreamente determinados los niveles, hasta el punto de sorprender la relevancia que adquieren estas Mesas (correspondientes a cada estrato negocial), frente al escaso interés que despierta, parece, el resultado de la negociación llevada a cabo en ellas.

Las unidades de negociación merecen, entonces, ser calificadas como «externas e independientes», consideradas tales definiciones como virtudes que racionalizan la estructura negocial a costa de sacrificar el margen de autonomía colectiva ⁶. En la búsqueda del equilibrio entre eficiencia y libertad la balanza se ha inclinado en favor de aquélla, poniendo un clavo en el ataúd de la negociación.

La razón de la distribución efectuada radica en la vinculación de las Mesas a la estructura de las diferentes Administraciones Públicas territoriales ⁷. De este modo, existirá una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales (art. 34.1).

El EBEP presenta, como mayores novedades en este aspecto, la creación de las Mesas Supralocales, la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas y una configuración parcialmente distinta

⁶ LAHERA FORTEZA J.: «Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público», en AA.VV.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas. A propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (CGPJ), 2007, p. 118, y ROQUETA BUI, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, p. 113 y ss.

⁷ PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas», en REDA, núm. 65, 1990, p. 60.

de las Sectoriales presentes en la LORAP. Sin embargo, la transformación más importante —y mejor— ha de ser llevada a cabo en el ámbito de la distribución competencial.

— Ahora, el EBEP reconoce la competencia de las asociaciones de municipios y entidades locales de ámbito supramunicipal (art. 34.2) y, de esta manera, afronta las dificultades que acarrea la negociación colectiva en pequeños municipios⁸. Además, al alejar al Ayuntamiento pequeño de las instancias decisorias, facilita una negociación más objetiva y rigurosa, lejos de las lógicas presiones vecinales, y una mayor homogeneización de las condiciones del personal⁹. Las únicas críticas proceden desde el lado de la representación, al asumir las entidades locales una función reguladora de unos funcionarios que no son suyos¹⁰.

— La Mesa General de Negociación diseñada por el artículo 36 Ley 7/2007 intenta resolver el vacío existente para la determinación de las bases del régimen jurídico estatutario de todos los empleados públicos, pero la solución proporcionada genera nuevos problemas¹¹ tanto respecto a los contornos del concepto «bases del régimen jurídico estatutario» como en cuanto hace a la legitimación establecida para su composición y abordada en el epígrafe correspondiente.

— La desaparición de las Mesas sectoriales tasadas y la consiguiente libertad para su creación amplía la reducida autonomía con que cuenta este derecho. Ahora, y de acuerdo con las competencias de cada Administración Pública, pueden existir: mesas sectoriales en la Administración del Estado, en cada Comunidad Autónoma y en cada Entidad Local, a las que se unen las mesas comunes para funcionarios y laborales en cada uno de los ámbitos referidos.

Su competencia «se extenderá a los temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a los que ésta explícitamente les reenvíe o delegue» (art. 34.4 y 5). Su creación, además, contribuye a descentralizar la estructura. Los problemas surgen a la hora de precisar la delegación efectuada por la Mesa de origen, por ejemplo, cuando en las sectoriales no lleguen a un acuerdo, la competencia volvería a la General o direc-

⁸ Como ya había sido demandado por los Tribunales, STS de 9 de enero de 2001 (RJ 1630).

⁹ SALA FRANCO, T.: «Los derechos colectivos de los empleados públicos», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid (Lex Nova), 2007, p. 303.

¹⁰ MAURI MAJÓS, J.: «Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en AA.VV. (ORTEGA ÁLVAREZ, L., Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley), 2007, p. 310.

¹¹ MAURI MAJÓS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 307.

tamente a la Administración competente, más respetuoso con el derecho analizado parece aquélla que ésta.

3. SUJETOS LEGITIMADOS: LA COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN

Por supuesto, la legitimación negocial está férreamente condicionada por la unidad (no elegida, sino impuesta), hasta el punto de llegar a atribuir la legitimación a las Mesas de Negociación y no a los sindicatos, éstos sólo tendrían legitimación para pedir la constitución de la Mesa¹². Pero los cambios realizados en este terreno son sustanciales; quizá no tengan una gran repercusión más tarde en el resultado o en la configuración de un mayor y mejor derecho a la negociación de los funcionarios, mas sí en cuanto afecta a las reglas procedimentales. El EBEP, a diferencia de la LORAP e inspirado en el ET, regula la constitución y composición de las Mesas, dando oportuna solución a algunos de los problemas planteados.

En un lado de las Mesas de negociación estarán presentes los representantes de la Administración Pública correspondiente (art. 33.1) y como novedad, ya mencionada *supra*, ostentan legitimación las asociaciones de municipios, así como a las Entidades Locales de ámbito supramunicipal.

También el EBEP aprende de las experiencias de otros países (Italia, por ejemplo) y pretende agilizar y profesionalizar la negociación colectiva, a la vista del desconocimiento de las técnicas utilizadas de muchos responsables políticos (municipales, sobre todo), facilitando así una negociación «menos condicionada» por elementos políticos (próximas elecciones) o personales¹³. La solución adoptada consiste en la posibilidad (siempre una opción, nunca una obligación) que tienen las Administraciones Públicas para encargar el desarrollo de las actividades de negociación a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán legitimación respetando siempre las previas instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello (art. 33.2). Incluso cabe ir un paso más allá e interpretar el precepto de forma flexible, permitiendo la participación de organizaciones mixtas con capacidad para asumir la representación de una pluralidad de entes públicos¹⁴.

¹² STS de 4 de julio de 2007 (RJ 6764).

¹³ SALA FRANCO, T.: *Los derechos colectivos de los empleados públicos*, cit., p. 303.

¹⁴ MAURI MAJÓS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 311.

Las bondades predicadas desmerecen al constatar cómo la facultad permanece en manos de las Administraciones Públicas en todo momento; ellas podrán crearlos, hacerlos desaparecer y privar de cualquier tipo de operatividad al resultado de la negociación. Entonces, el cambio operado dista de ser revolucionario y los presuntos beneficios de objetividad y transparencia quedan seriamente mermados.

En el otro, representando a los funcionarios, están legitimadas las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, las de Comunidad Autónoma, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones a Delegados y Juntas de Personal en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución (art. 33.1).

A la luz del precepto, cabe extraer varias conclusiones:

En primer lugar, el legislador sigue excluyendo a los representantes unitarios de los funcionarios del ejercicio de este derecho. El Informe de la Comisión de Expertos había manifestado la conveniencia de proceder a introducir, previo acuerdo con los sindicatos en la Mesa General de las Administraciones Públicas, la posibilidad de que se reconociera la capacidad para negociar también a las Juntas de Personal y a los Delegados del Personal funcionario en determinados ámbitos y muy especialmente cuantos carezcan de una presencia efectiva o, cuando menos, el derecho de estos representantes a participar con voz pero sin voto ¹⁵, pero al final quedó en agua de borrajas.

En segundo término, tal y como ocurre en el Título III ET, configura un «monopolio sindical cualificado» ¹⁶ («modelo sindicalizado» ¹⁷),

¹⁵ «La exclusión de cualquier intervención de las Juntas de Personal (o Delegados del personal funcionario) como sujetos legitimados para negociar colectivamente puede restar agilidad y flexibilidad a la propia negociación colectiva y limitar su alcance real, especialmente en el caso, de nuevo, de las Entidades Locales de menor población, ya que los sindicatos pueden carecer de representatividad entre el personal de muchas de ellas. Además, no puede desconocerse que la representatividad de los sindicatos que negocian las condiciones de empleo de los funcionarios no es, en absoluto, la misma, entre todos los grupos colectivos de funcionarios y que algunos de éstos no se consideran adecuadamente representados por aquéllos... La Comisión cree conveniente «que mediante negociación colectiva en la Mesa General de las Administraciones Públicas se pueda establecer para determinados ámbitos inferiores y, muy en particular, para las Entidades Locales que, además de los sujetos hoy legitimados, también puedan negociar colectivamente las Juntas de Personal y Delegados del personal funcionario», AA.VV.: *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2005, pp. 172-173.

¹⁶ REY GUANTER, S. (DEL): «Libertad sindical y funcionarios públicos», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Libertad sindical*, Madrid (Tecnos), 1986, p. 182; BENGOTXEA ALKORTA, A.: «Sindicatos de funcionarios públicos: de la prohibición al monopolio representativo», en AA.VV.: *XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, cit., p. 127.

¹⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración Pública», en AA.VV.: *XI Congreso*

al reconocer la prerrogativa únicamente a los sindicatos más representativos a nivel estatal, de Comunidad Autónoma o a los simplemente representativos, y, al tiempo, margina a cuantos otros no alcancen los porcentajes mínimos legalmente exigidos¹⁸. El fundamento último a tal previsión (o, mejor, limitación) radica en «evitar la atomización de los contratos colectivos [en este ámbito], evitando espinosos particularismos»¹⁹ a través de la «homogeneización de las condiciones de trabajo de los funcionarios, tan anhelada por el legislador»²⁰ como vilipendiada por los representados en múltiples ocasiones²¹.

La diferencia entre las facultades de actuación de los menos representativos en uno u otro campo estriba en la posibilidad de negociar convenios extraestatutarios, mientras éste es el recurso que les queda a estas organizaciones en el mundo laboral, en el funcional ni siquiera parecen tener tal alternativa. No obstante, el Tribunal Supremo ampara aquellos acuerdos sin alcance normativo, que «no comprenden una regulación general, ni pretenden hacerlo. Se limitan a plasmar la coincidencia a la que han llegado la Administración y los sindicatos firmantes sobre la persecución de una serie de objetivos... Se trata de criterios que, para cobrar virtualidad, habrán de ser adoptados por la Administración a través de las formas jurídicas que, en cada caso, procedan»²².

En fin, esta atribución exclusiva plantea también dudas sobre la legitimación negocial de las secciones sindicales cuyo ámbito de actuación coincida con la Mesa, sobre todo en las Entidades Locales; a la vista de las luchas fratricidas en el seno de las organizaciones obreras, la cuestión en dicha sede no es baladí.

Merece un análisis detallado la legitimación prevista para la Mesa General para todos los funcionarios de las Administraciones Públicas; en ella, de nuevo estarán presentes los más representativos estatales y autonómicos y cuantos tengan el 10 por 100 de representantes. La duda surge sobre el marco de referencia tomado para el último porcentaje: en cada Administración Pública presente en la Mesa o en el conjunto de todas ellas. La solución más coherente con el diseño seguido en la LOLS parece ser computarlo en el conjunto y no dificultar aún más el

Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, cit., p. 139.

¹⁸ SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, p. 248.

¹⁹ BENGOTXEA ALKORTA, A.: *Sindicatos de funcionarios públicos: de la prohibición al monopolio representativo*, cit., p. 128.

²⁰ ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, cit., p. 114.

²¹ AGRA VIFORCOS, B.: *La negociación colectiva*, cit., p. 136.

²² STS de 10 de julio de 2006 (RJ 5997).

acceso a esta Mesa ²³, ya de por sí insatisfactorio para aquellas organizaciones cuya representatividad se acredita en entidades públicas necesitadas de mayor número de votos para obtener la representación ²⁴.

Una vez constituida la concreta Mesa, la LORAP eludía consideración alguna sobre el reparto. Ahora, los sindicatos legitimados tienen derecho a participar en ellas en proporción a su representatividad (fiel reflejo de la exacta pluralidad de los distintos pareceres ²⁵), quedando válidamente constituidas cuando representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate (art. 35.1), mas esta norma no debe traer aparejado, en ningún caso, la marginación de las organizaciones minoritarias por los más representativos ²⁶.

Esta especificación, novedosa y bienvenida, puede hacer imposible la constitución de la Mesa, sin ninguna vía de escape hacia un «convenio extraestatutario» imposible por partida doble. Ante tal panorama, no cabe otra solución que la aplicación de la medida prevista en caso de desacuerdos en la negociación ²⁷.

La introducción de la proporcionalidad y la mayor representatividad reproduce en esta sede los problemas puestos de manifiesto durante muchos años en sede laboral. Tal sucede con los más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, pues su audiencia puede aparecer cifrada en porcentajes muy bajos —o incluso nulos ²⁸—, como consecuencia de la necesidad de trasponer los índices obtenidos en el de la Comunidad Autónoma al nacional. No obstante lo anterior, la norma les «catapultaba hacia arriba» ²⁹ y les asegura una vocalía, saliendo así al paso de ciertas interpretaciones judiciales que han venido aplicando el principio de proporcionalidad estricta ³⁰. De igual modo, la regla de la mayor

²³ LAHERA FORTEZA J.: *Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 128; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Madrid (Cedecs), 1996, p. 116.

²⁴ MAURI MAJÓS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 307.

²⁵ VALDÉS DAL-RE, F.: «La reforma de las reglas de legitimación negocial (III)», en *RL*, núm. 10, 1994, p. 5.

²⁶ STS de 31 de octubre de 1995 (RJ 7937) y NAVARRO NIETO, F. L.: *La representatividad sindical*, Madrid (MTSS), 1993, pp. 262-263.

²⁷ ROQUETA BUI, R.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en AA.VV.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, cit., p. 678.

²⁸ ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D.: *La composición de la representación social en la negociación colectiva estatutaria*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 78.

²⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Sindicatos de Comunidad Autónoma y negociación colectiva estatal», en *DL*, núm. 34, 1991, pp. 78 y 79.

³⁰ VALDÉS DAL-RE, F.: «La reforma de las reglas de legitimación negocial (II)», en *RL*, núm. 9, 1994, p. 7.

representatividad quebrará cuando en la concreta Mesa no logren el porcentaje mínimo exigido para el resto. En este caso, y trasladando las respuestas ofrecidas en sede laboral tendrían derecho a un único representante con voz y voto³¹, «distribuyéndose el resto de los puestos entre los representativos en el ámbito con criterios estrictamente proporcionales a su audiencia real»³².

La consecuencia lógica de la regla anterior es la necesaria mayoría de la parte sindical para suscribir el correspondiente instrumento colectivo y tal será, previsiblemente, la norma impuesta por los Tribunales; sin embargo, aun quedan voces que mantienen inalterada la doctrina que valida la facultad de la parte pública para llegar a un acuerdo con la organización presente en la mesa que esté dispuesta a aceptarlo³³. Entonces sí existirá una negociación «extraestatutaria» llevada a cabo por sindicatos representativos, excluyendo de estos acuerdos o pactos a los minoritarios y convirtiendo las reglas de proporcionalidad en papel mojado si sólo sirven para discutir con un número más equilibrado.

4. PROCEDIMIENTO NEGOCIAL

La LORAP apenas mencionaba el procedimiento negocial, «siendo ésta una de sus grandes lagunas»³⁴. El EBEP nuevamente «parchea» esta deficiencia y comienza estableciendo los principios que van a regir esta negociación: los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia (art. 33.1). Desde luego, el alcance de cada uno es diferente, destacando la legalidad y cobertura presupuestaria por su inmediata operatividad.

El proceso de negociación se inicia, en cada Mesa, en la fecha que, de común acuerdo, fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical (aquí sí aparece la regla de la mayoría para

³¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: «Sindicato más representativo por irradiación y composición de la comisión negociadora del convenio colectivo de eficacia general», en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid (CEOE), 1986, p. 87; CRUZ VILLALÓN, J.: «El reconocimiento legal de la representación y la acción sindicales en las empresas», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Coord.): *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, cit., p. 257. Con reticencias, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, Madrid (Civitas), 1995, p. 413.

³² RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Negociación colectiva en la empresa y secciones sindicales», en *DL*, núm. 22, 1987, p. 47.

³³ MAURI MAJÓS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 313.

³⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Los derechos colectivos en el empleo público», en AA.VV.: *XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, cit., p. 35.

adoptar la decisión). A falta de acuerdo, se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan (art. 34.6). Durante el proceso, y tal y como sucede en el ET, «ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación» (art. 34.7). En este punto, «se ha desaprovechado la oportunidad de establecer otras concretas manifestaciones del deber de negociar de buena fe, si bien cabe la posibilidad de pactar un Código de Buena Conducta Negocial en las Administraciones Públicas»³⁵.

El EBEP continúa atribuyendo la última palabra a la Administración Pública a falta de acuerdo, mas exige haber agotado los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Un rayo de luz hacia la solución paccionada de los conflictos es la posibilidad —no obligatoriedad— de crear vías de solución extrajudicial por parte de las Administraciones Públicas y sindicatos legitimados para cuantos conflictos derivan de la negociación, aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos sobre las materias contempladas en el artículo 37, exceptuando aquéllas con reserva de Ley (art. 45). En el fondo, «la recuperación de la unilateralidad se convierte en una carrera de obstáculos» para la Administración³⁶, en la que siempre va a conseguir, más tarde o más temprano, cruzar la meta en primera posición.

Pero esta espada de Damocles que pende sobre los sindicatos sigue desequilibrando la ficción de negociación, severamente criticada ya la contenida en la LORAP, en tanto es (y era) una abierta limitación unilateral a la autonomía sindical³⁷, torna «ineficaz el proceso de negociación»³⁸, y convierte —de manera incoherente— a la Administración en juez y parte³⁹.

El envés del procedimiento negocial lo proporciona la facultad (una novedad más) de los municipios para adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente (art. 34.2). Asimismo, una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del

³⁵ SALA FRANCO, T.: *Los derechos colectivos de los empleados públicos*, cit., p. 308.

³⁶ MAURI MAJÓS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 320.

³⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración Pública*, cit., p. 142; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987», en *RL*, núm. 20, 1987, p. 7.

³⁸ GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Madrid (CES), 1994, p. 335.

³⁹ OJEDA AVILÉS, A.: «Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 9/1987, de 12 de mayo», en *RL*, núm. 18, 1988, p. 25.

territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los firmados en un ámbito supramunicipal (art. 34.2).

Esta posibilidad, tal y como aparece diseñada, concede unilateralmente esa capacidad a las Administraciones, pero esta interpretación conllevaría una quiebra (otra más) de la capacidad negociadora de los representantes de los funcionarios, por tanto, habría de ser interpretada como adhesión por mutuo acuerdo ⁴⁰. Mas, en tal caso, la eficacia de la adhesión queda severamente mermada, pues únicamente evitaría el engorroso proceso negociador, sin proporcionar solución alguna en aquellos ámbitos donde no han podido constituir válidamente la Mesa por falta de sindicatos legitimados.

5. CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN

El EBEP exige, contenido mínimo, la determinación de las partes que los conciertan, el ámbito personal, funcional, territorial y temporal, así como la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos; además, establecerán Comisiones Paritarias de seguimiento con la composición y funciones que las partes determinen (art. 38.4 y 5).

El legislador vuelve a tomar como espejo el ET y, al igual que sucede en esta norma, salvo acuerdo en contrario, los Pactos y Acuerdos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de una de las partes (art. 38.11) y cuantos sucedan a otros anteriores los derogarán en su integridad, a menos que existan aspectos que expresamente acuerden mantener (art. 38.12).

Respecto a las Comisiones Paritarias, la posición de los Tribunales era radicalmente contraria a la atribución a éstas de un valor interpretativo general, afirmando que la Administración posee libertad para interpretar los pactos y acuerdos colectivos, sin otro límite que la mejor opinión de las resoluciones judiciales ⁴¹. Con el EBEP las facultades interpretativas de la Administración a cerca de las normas paccionadas continúan intocables ⁴², aun cuando pueden atribuirlos, voluntariamente, a estas Comisiones como reconoce el propio artículo 45.1.

Sorprende la ausencia de previsión expresa respecto a la vigencia en caso de denuncia, en tanto la pervivencia del contenido de los pactos y acuerdos una vez concluida su duración se producirá en los términos

⁴⁰ SALA FRANCO, T.: *Los derechos colectivos de los empleados públicos*, cit., p. 308. Considerándolo facultad exclusiva de la Administración, MAURI MAJÓS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 310.

⁴¹ STSJ Comunidad Valenciana, de 17 de febrero de 1999 (RJCA 490).

⁴² SALA FRANCO, T.: *Los derechos colectivos de los empleados públicos*, cit., p. 307.

que los mismos hubieren establecido (art. 38.12). El Informe de la Comisión de Expertos aconsejaba, en cambio, prolongarla durante un período máximo de seis meses, a partir del cual la Administración competente podría regular de manera unilateral las condiciones de trabajo. Con la norma actual es preciso plantear qué ocurrirá cuando nada se haya pactado⁴³ o prever la solución ya desde el inicio de la negociación, entendiéndolo como un nuevo contenido mínimo cual es la determinación de la ultraactividad; optar por otro camino dejaría en manos de la Administración la regulación mientras duren las negociaciones en la Mesa correspondiente.

Pero el «gran problema, la cruz *iuris*» de esta negociación es la determinación de las materias negociables; por ello, el EBEP hace un esfuerzo para precisar las materias objeto de negociación y numerar las excluidas⁴⁴. La comparación con la anterior regulación, y pese a los serios defectos apuntados (producía «una situación real de manifiesta inseguridad»⁴⁵), no arroja un saldo favorable, las diferencias con la LORAP son más aparentes que reales⁴⁶, aun cuando, quizá, cabe advertir un «retroceso tímido» de la regulación heterónoma a favor de la convencional⁴⁷. El EBEP, entre conceder libertad absoluta, dentro del respeto a la jerarquía de fuentes y enumerar las materias negociables y no negociables elige la última opción, como ya ha sido anticipado, pero el elenco seleccionado peca de asistemático y poco clarificador.

El artículo 37, en su primer apartado, tras advertir cómo sólo podrán ser negociadas en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública, enumera las siguientes materias: la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas; la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios; las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño; los planes de previsión social complementaria; los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna; los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; las propuestas sobre derechos

⁴³ SALA FRANCO, T.: *Los derechos colectivos de los empleados públicos*, cit., p. 310.

⁴⁴ PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 118.

⁴⁵ AA.VV.: *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit.

⁴⁶ SALA FRANCO, T.: *Los derechos colectivos de los empleados públicos*, cit., p. 306.

⁴⁷ ROQUETA BUI, R.: *El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 182.

sindicales y de participación; los criterios generales de acción social; las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales; las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley; los criterios generales sobre ofertas de empleo público; en fin, las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Desde el punto de vista opuesto, el EBEP señala las materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación, algunas innecesarias por obvias⁴⁸, ampliando su campo de actuación y, por ende, «el ámbito material propio del sistema de determinación unilateral»⁴⁹:

— Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización (cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la negociación con los sindicatos legitimados). Por supuesto, el campo de ejercicio de esta excepción queda supeditado a la extensión que tenga (o quiera darse) a la potestad de organización y al mismo concepto de condiciones de trabajo. Los Tribunales, al examinar el precepto derogado, han entendido cómo «la interpretación de la locución “condiciones de trabajo” no puede extenderse al punto de comprender toda regulación que afecte un determinado cuerpo de funcionarios sino que ha de limitarse a las circunstancias que repercutan en la forma en que se desempeñe el trabajo en un puesto determinado»⁵⁰.

— La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas. El legislador consagra aquí nuevamente el principio de igualdad y, en consecuencia, una prohibición de negociar un acceso más favorable a los mismos para los funcionarios.

— La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo, en tanto «se identifica orgánicamente con la Administración Pública porque, o bien expresa su voluntad al exterior, o bien contribuye a su formación»⁵¹. La ocasión es tildada de «perdida» para acabar con la

⁴⁸ ¡Hasta ahí podíamos llegar!, PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 119.

⁴⁹ ROQUETA BUI, R.: *El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 155.

⁵⁰ STS de 6 de febrero de 2007.

⁵¹ ROQUETA BUI, R.: *El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 166.

corrupción y opacidad con que están rodeadas estas contrataciones y las mejoras retributivas adjudicadas ⁵².

— Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica, habida cuenta «constituyen una cuestión inherente a la potestad pública y resultan innegociables» ⁵³.

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

La interpretación del tenor literal del artículo 37 puede conducir a la impresión de la obligación de negociar que tienen las partes legitimadas el *numerus clausus* del apartado primero; mientras que en su segundo apartado únicamente menciona aquéllas sobre las que no existe dicha imposición: «quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación». Desde luego, la traslación práctica no es tal, sino el veto efectivo a su pacto.

6. COMPETENCIA DE LAS MESAS Y CONCURRENCIA ENTRE PACTOS, ACUERDOS Y LEYES

Otro de los problemas comunes a la existencia de una multiplicidad de instancias normativas es la concurrencia entre las reglas creadas. Es preciso, por un lado, precisar los contornos del campo de actuación de las Mesas frente a la ley y, por otro, la competencia entre las diferentes unidades negociadoras.

En cuanto hace al primero, «las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación» ⁵⁴.

A la negociación colectiva le corresponde una competencia de detalle, de especificación de puntos abordados legalmente o, cuando no sea el caso, de ordenación de cuestiones no tratadas por la norma hete-

⁵² PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., pp. 119-120.

⁵³ ROQUETA BUI, R.: *El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 167.

⁵⁴ STS de 22 de octubre de 1993 (RJ 7544).

rónoma, reenviadas expresa o implícitamente. Los pactos y acuerdos, entonces, sólo podrán contener normas en sentido acorde con la misma, matizar y concretar sus líneas generales, pero no modificarla, mejorarla o empeorarla a menos que ella lo autorice. «En el ámbito funcional hay más ley que en el laboral, y suele ostentar la naturaleza de derecho necesario absoluto y no relativo, impidiendo la tarea de mejora tradicional y hasta cierto punto connatural a la autonomía colectiva»⁵⁵.

La alternativa y de hecho el futuro de la norma autónoma radicará en el principio de especialidad por razón de la materia; acudiendo a tal criterio, las previsiones reglamentarias se considerarían «defectivas», aplicables en defecto de una colectiva⁵⁶.

Respecto al segundo, mientras en la LORAP la competencia de las Mesas de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Sectoriales era residual, se extendía solamente a temas que no hubieran sido abordados por la Mesa General de la Administración del Estado, siendo nulos los pactos y acuerdos de ámbito autonómico, local o sectorial contrarios o más favorables que los estatales⁵⁷, el EBEP pone en las manos de los pactos y acuerdos el establecimiento de la estructura de la negociación colectiva en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración Pública, fijando los criterios de primacía y complementariedad. Para conocer las materias negociables en cada Mesa es preciso realizar dos operaciones previas; en primer lugar, efectuar un recorrido por las normas de la función pública para ver qué aspectos son competencia del Estado, cuáles de las Comunidades Autónomas y cuáles otros de las Entidades Locales⁵⁸; en segundo término, analizar la estructura de la negociación para conocer su ámbito de actuación determinado.

Tanto la Administración como los sindicatos han actuado rápidamente y han firmado el Acuerdo Administración-Sindicatos para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado de 20 diciembre de 2007. Dicho Acuerdo pretende configurar la estructura de la negociación que venga a sustituir y completar la existente en ese momento, de tal manera que todo el entramado de Mesas que derivan de distintos Acuerdos se vea sustituido por la estructura en

⁵⁵ ROQUETA BUI, R.: *El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 178-179, y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Los derechos colectivos en el empleo público*, cit., p. 21.

⁵⁶ MAURI MAJÓS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 302, y OJEDA AVILÉS, A.: «La negociación colectiva en el sector público», en AA.VV. (CASTILLO BLANCO, F., Coord.): *Situación actual y tendencias en la función pública española*, Granada (CEMCI), 1998, p. 542.

⁵⁷ SSTs de 25 de septiembre de 2003 (RJ 7198) y 15 de junio de 2004 (RJ 3953).

⁵⁸ ROQUETA BUI, R.: *El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 173 y 175.

él desarrollada, la cual aspira a ser tremendamente respetuosa con las especificidades y particularidades que puedan ocurrir en cada ámbito concreto. La simplificación realizada en ese texto va a contribuir a dotar de mayor seguridad y certeza jurídicas a la negociación en este campo.

En fin, las sectoriales están sujetas a los criterios de primacía (obligación de no tratar las materias que hubieran sido objeto de decisión en la general) y complementariedad⁵⁹ (abordarán aquéllas no reguladas por las Generales).

7. RESULTADO: PACTOS Y ACUERDOS

El resultado de la negociación, como sucedía en la LORAP, da lugar a dos instrumentos diferentes en atención a la competencia de quien los ha realizado. La naturaleza jurídica de ambos diferirá de igual modo: el pacto equivaldría a una resolución administrativa de carácter general, mientras el acuerdo colectivo ratificado por el órgano de gobierno a una disposición o reglamento⁶⁰.

Así, «los pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente» (art. 38.2). Por tanto, tienen obligatoriedad inmediata sin necesidad de control alguno de la Administración en la cual la unidad negocial esté inserta. La lucha entre los principios administrativos y laborales en el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios aparece claramente manifestado en este punto por cuantos consideran esta consecuencia jurídica «un puro dislate organizativo... pues pueden dar origen a disparidades en el tratamiento del personal y en el funcionamiento de una misma Administración, con quebranto... del principio de igualdad y de los poderes de control y disciplina de superior jerárquico»⁶¹.

Por su parte, 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.

A su vez, cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que puedan ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, su contenido será directamente aplicable al personal incluido

⁵⁹ MAURI MAJÒS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 306.

⁶⁰ MAURI MAJÒS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 317.

⁶¹ PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 121.

en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente (art. 38.3). «La naturaleza de este acto de aprobación es reglamentaria, esto es, es un acto creador de normas generales o abstractas, que despoja al acuerdo de su originario carácter negocial y lo convierte en reglamentación estatal»⁶².

En cambio, si tratan sobre materias sometidas a reserva de Ley, su contenido carecerá de eficacia directa; en este supuesto, el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas el correspondiente Proyecto de Ley conforme al contenido del acuerdo y en el plazo pactado⁶³.

En esta aprobación «expresa»⁶⁴ y «formal», el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios «acantonan» la potestad reglamentaria, a un punto a partir del cual la decisión de no emitir juicio favorable al acuerdo previamente ratificado obedecerá siempre —o debería hacerlo— a un control de legalidad⁶⁵.

En caso contrario, el EBEP también proporciona respuesta —adecuada o no— cuando el acuerdo carezca de ratificación o exista una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente. Entonces, y sólo si lo solicitara la mayoría de una de las partes, la Mesa habrá de iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes. Pero si ninguna pide una nueva negociación, todo lo acordado queda en papel mojado. Ante tal situación, la Administración no sería acreedora de ninguna sanción posterior, al menos jurídica, por su incumplimiento⁶⁶. Los acuerdos alcanzados no pasarán de ser, entonces, una forma de participación institucional si se quiere, un proceso más o menos velado de consultas.

⁶² SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUIJ, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, cit., p. 273.

⁶³ Esta medida ha sido calificada como una «indecorosa y nada democrática presión sobre órganos públicos representativos», PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, cit., p. 121.

⁶⁴ OJEDA AVILÉS, A.: «Validez y eficacia de la negociación colectiva funcional», en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla (IAAP), 1989, p. 296.

⁶⁵ SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUIJ, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, cit., p. 276. *Contra*, defendiendo la admisibilidad de un control de oportunidad, REY GUANTER, S. (DEL): *Libertad sindical y funcionarios públicos*, cit., p. 323, y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los medios de solución de los conflictos colectivos en la función pública», en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, cit., p. 461.

⁶⁶ MAURI MAJÓS, J.: *Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 318.

Una vez sorteadas todas sus dificultades para alcanzar eficacia, los pactos y acuerdos, han de evitar un nuevo escollo: 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 pueden suspender o modificar el cumplimiento de los ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público (art. 38.10).

La excepción apuntada es una «válvula de seguridad» semejante al *ius variandi* que la Administración Pública tiene en la contratación pública⁶⁷ o una formulación expresa de la cláusula *rebus sic stantibus* sólo para una de las partes implicadas; pero su utilización ha de ser restringida, en tanto la aplicación extensiva e intensiva puede acabar cercenando el vacilante paso del neonato derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

⁶⁷ SALA FRANCO, T.: *Los derechos colectivos de los empleados públicos*, cit., p. 310.

Comunicación a la Ponencia Temática III

ALGUNOS INTERROGANTES ACERCA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE PERSONAL FUNCIONARIAL Y LABORAL

M.^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

**Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Murcia**

SUMARIO:

I. DE LA NEGOCIACIÓN CONJUNTA DE FACTO A SU ADMISIÓN EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.—II. CUESTIONES QUE PLANTEA LA NEGOCIACIÓN CONJUNTA DE PERSONAL FUNCIONARIAL Y LABORAL. 1. Las diferencias entre la negociación colectiva funcional y laboral como primer obstáculo para la negociación colectiva. 2. Composición de las Mesas de Negociación Conjunta. 3. Materias objeto de negociación conjunta. 4. Formalización de las negociaciones adoptadas.—III. CONCLUSIONES.

En las Administraciones Públicas conviven dos tipos de negociación colectiva: la laboral y la funcionarial. Una de las grandes novedades de la Ley 21/2006, de 20 de junio, por la que se modifica la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, contemplada también por la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), es la previsión de la constitución de Mesas de negociación comunes para los funcionarios y trabajadores al servicio de una misma Administración Pública. Esta opción, que en principio puede solventar muchos de los problemas que la dualidad de sistemas de negociación planteaba en la gestión personal, así como reducir los costes de las negociaciones y aproximar los regímenes jurídicos aplicables a ambos colectivos eliminando aquellas diferencias de régimen injustificadas, también tiene su contrapartida, ya que su exigua regulación plantea muchos interrogantes.

El objetivo de esta comunicación es determinar cuáles son esas cuestiones que quedan sin resolver y en la medida de lo posible proponer las soluciones.

I. DE LA NEGOCIACIÓN CONJUNTA *DE FACTO* A SU ADMISIÓN EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Pese a que la primera norma que regula la participación de los funcionarios públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo data del año 1987, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP, en adelante), la suscripción de acuerdos sobre regulación colectiva de las

condiciones de trabajo en las Corporaciones Locales del personal a su servicio, sin distinción del régimen jurídico al que esté adscrito, cuenta con antecedentes anteriores a esa fecha. De hecho, las primeras prácticas negociales unitarias que tuvieron lugar en las Corporaciones Locales del País Vasco, pioneras tanto en el campo de la negociación colectiva de los funcionarios, como en estas prácticas de negociación conjunta de personal funcionarial y laboral, se remontan al Acuerdo Mixto de 11 de junio de 1979, aprobado por el Pleno de la Diputación Foral de Vizcaya y al Acuerdo Mixto de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 29 de noviembre de 1979 ¹.

Tales prácticas negociales, consistentes, en la mayoría de los casos, en Acuerdos Marco entre la representación sindical, los partidos políticos y la Administración, eran aprobadas mediante Decreto del Consejo de Gobierno, sobre regulación colectiva de las condiciones de trabajo de la Administración Local. Uno de los ejemplos más conocido es el Decreto 83/1981, de 15 de julio, sobre Regulación Colectiva de las Condiciones de Trabajo de la Administración Local, publicado en el Boletín Oficial del País Vasco de 28 de julio de 1981, porque motivó el planteamiento de un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional del Gobierno de la Nación resuelto por la STC de 27 de julio de 1982.

La STC de 27 de julio de 1982 anula el Decreto y señala que «del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un radical nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias, al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses, derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio». Línea argumental que siguen los distintos pronunciamientos de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en las SSTS de 1 de marzo de 1982 (RJ 1357), de 27 de abril de 1982, de 20 de octubre de 1983, de 23 de abril de 1983, de 22 de octubre de 1986 (RJ 8048) y de 27 de enero de 1987 (RJ 2002), entre otras, según las cuales, la única negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones Públicas posible, es la del personal sometido al Derecho del Trabajo, al Estatuto de los Trabajadores, pero no la del personal funcionarial o estatutario.

Una vez en vigor la LORAP, el derecho a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios adquiere rango legal, con lo que ya no cabe argüir la nulidad de los acuerdos mixtos entre

¹ Vid. MARÍN ALONSO, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Granada, Comares, 1999, p. 190 y ss.

personal funcionarial y laboral en base a la carencia del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Sin embargo, el Tribunal Supremo sigue sin admitir la validez de dichos «acuerdos mixtos», particularmente frecuentes en las Corporaciones Municipales, al entender que la negociación común no respeta el marco legal, pues entre la regulación de la negociación colectiva administrativa y la laboral no existe «el grado de permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación y eventual regulación unitaria» STS (Sala 3.^a) de 22 de octubre de 1993 (RJ 7544). En el mismo sentido, *vid.* las SSTs de 18 de marzo de 1993 (RJ 2074), de 22 de marzo de 1993 (RJ 2116), de 6 de junio de 1994 (RJ 5105), de 24 de enero de 1995 (RJ 1523), de 9 de febrero de 1998 (RJ 2110), de 29 de mayo de 1998 (RJ 5453), de 16 de junio de 1998 (RJ 7021) y de 16 de julio de 1999 (RJ 7021), entre otras.

Con todo, el ejercicio conjunto del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores y funcionarios en el sector público iniciada en la esfera local, continuó desarrollándose como un fenómeno *extra legem*² y se extendió a otros ámbitos territoriales de la Administración.

Como la doctrina judicial estimaba que la negociación conjunta no era posible debido a que las estructuras de las comisiones negociadoras no son coincidentes, ni el grado de autonomía de las partes para elegir las unidades de negociación y las materias objeto de estipulación, ni el alcance de los acuerdos, ni el orden jurisdiccional competente para conocer las pretensiones a que dé lugar la negociación en uno u otro caso³, la negociación colectiva conjunta se llevaba a cabo mediante técnicas que trataban de sortear tales obstáculos. Una vía consistía en distinguir entre una primera fase de negociación colectiva conjunta, que se materializaba en una segunda fase, en la que se diversificaban los procedimientos de negociación, conforme a la legislación aplicable en cada caso y que culminaba con la formalización de lo acordado en los instrumentos correspondientes, dando a éstos la tramitación y publicación oficial que procediera⁴. Esta modalidad negocial se sustentaba en los

² RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: «El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 68/2007, p. 226. Para ROQUETA BUI, R.: «Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial en la Administración Pública», en VV.AA.: *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales*, XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Trotta, Madrid, 1994, p. 147 y ss., y CRUZ VILLALÓN, J.: «Algunas especialidades de la negociación colectiva (laboral y funcionarial) en la Administración Pública», en VV.AA.: *La negociación colectiva en la Administración Pública andaluza*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, p. 37, este tipo de prácticas no eran necesariamente *contra legem*, sino meramente *extra legem*.

³ RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: *op. cit.*, pp. 226-227.

⁴ RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: *op. cit.*, p. 227.

artículos 39 y 40 de la LORAP, que preveían la existencia de órganos colegiados de participación para el empleo funcional y laboral, y se formalizaba en instrumentos negociales diferentes y separados, Acuerdos o Pactos, respecto a los funcionarios, y convenios colectivos para el personal laboral⁵. Otra de las fórmulas adoptadas para salvar las dificultades planteadas para la negociación colectiva conjunta consistía en materializarla en un único instrumento que respetase el contenido material dirigido a cada colectivo según su régimen jurídico⁶.

En consecuencia, la negociación colectiva conjunta *de facto* o *extra legem*, que en un principio tan sólo se desarrollaba en las Administraciones locales, pronto se extendió a los ámbitos autonómico (ARCEPAFE de la Administración Pública Vasca) y estatal (Acuerdos de Modernización y Mejora de la Administración Pública de 1991 y 1994), con el firme objetivo de alcanzar la paz social con los empleados públicos, cualquiera que sea su régimen jurídico, y dar respuesta a la «esquizofrenia gestora» derivada de la duplicidad de regímenes, que en algunos casos vienen a determinar las condiciones de trabajo distintas para el mismo desempeño de funciones⁷, en aras a la consecución de los principios de igualdad, economía normativa y eficacia administrativa⁸.

No obstante, hasta la Ley 21/2006, de 20 de junio, que por segunda vez modifica la LORAP, no se legaliza esta práctica negocial, bastante habitual en el seno de la Administración Pública, siendo además sugerente que se realice esta puntual reforma de la LORAP, cuando está en trámite el Anteproyecto de Ley por la que se regula el Estatuto Básico de los Empleados Públicos, que contempla la negociación colectiva conjunta en idénticos términos que la Ley 21/2006⁹, y que finalmente fue aprobado y publicado en el BOE el 13 de abril de 2007.

El reconocimiento legal de la constitución de una Mesa General Conjunta de negociación, viene a consolidar las actuaciones que se venían desarrollando *de facto* en algunas Administraciones, con un doble

⁵ RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: *op. cit.*, p. 227.

⁶ Cfr. TORRENS MARGALEF, J.: «Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas», en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.) VV.AA.: *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid, La Ley, 2008, p. 1302.

⁷ MARÍN ALONSO, I.: *op. cit.*, pp. 46-47, y SALA FRANCO, T.: «Los derechos colectivos de los empleados públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2007, p. 310.

⁸ ROQUETA BUI, R.: «Negociación colectiva de los funcionarios públicos», en ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.), AA.VV.: *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa*, CIS, 2007, p. 528.

⁹ «Así, sin perjuicio de las conclusiones a las que pueda llegarse al respecto, queda patente que para el legislador es urgente la modificación llevada a efecto en materia de negociación colectiva en el sector público». MARÍN ALONSO, I.: «La reforma de la negociación colectiva en la AA.PP.: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas», en *Aranzadi Social* 15/2006 (BIB 2006/1592), p. 1 del soporte informático.

propósito: el principal y más destacado, debatir con un mismo procedimiento, y en un mismo foro, las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral; y como fin secundario, homogeneizar, en la medida de lo posible, las condiciones laborales de los empleados de la Administración en cuestión, sin alterar el mecanismo negociador para uno y otro colectivo ¹⁰.

II. CUESTIONES QUE PLANTEA LA NEGOCIACIÓN CONJUNTA DE PERSONAL FUNCIONARIAL Y LABORAL

1. Las diferencias entre la negociación colectiva funcionarial y laboral como primer obstáculo para la negociación colectiva

La duplicidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos —funcionarios y personal laboral— se proyecta en la negociación colectiva, que para los funcionarios se regula en los artículos 32-38 del EBEP y para el personal laboral en el Título III del ET. Las diferencias entre ambos tipos de negociación, son precisamente las que dificultaron en su momento el reconocimiento legal de la negociación colectiva conjunta y en la actualidad su articulación.

Las divergencias más significativas se encuentran en los sujetos legitimados para negociar, la libertad para establecer las unidades de negociación y el contenido de la misma, así como los efectos jurídicos de los distintos instrumentos negociales y el orden jurisdiccional competente para conocer posibles reclamaciones.

Efectivamente, los sujetos legitimados para negociar en el ámbito laboral y funcionarial no son coincidentes, ya que en el colectivo funcionarial tan sólo están legitimadas las organizaciones sindicales, no los órganos de representación unitaria, tampoco rige el principio de libertad de elección de los ámbitos de negociación colectiva, pues es el legislador quien prefigura externamente la estructura negocial ¹¹, claramente centralizada ¹², así como las materias objeto de negociación, además, el resultado de las negociaciones se instrumentaliza en Pactos o Acuerdos, siendo precisa la ratificación expresa y formal de los Acuerdos por los órganos de gobierno, que en caso contrario, recobrará la capacidad para

¹⁰ MARÍN ALONSO, I.: «La reforma de la negociación colectiva...», *op. cit.*, p. 1 del soporte informático.

¹¹ LAHERA FORTALEZA, J.: «Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público», en RUANO RODRÍGUEZ, L. (Dir.), VV.AA.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 118.

¹² CRUZ VILLALÓN, J.: *op. cit.*, p. 25.

decidir unilateralmente las condiciones de trabajo, y las posibles reclamaciones jurisdiccionales habrán de ser resueltas por el orden contencioso-administrativo.

Si bien, algunas de esas disensiones se han ido difuminando, lo que sin duda ha coadyuvado a la negociación conjunta ¹³. Así, por lo que hace a los sujetos negociadores, lo cierto es que en la práctica no suele constituirse la mesa de negociación por la representación unitaria, sino por la sindical, común para unos y otros, salvando por irradiación de la condición de mayor representatividad, tanto las dificultades de que no se hayan constituido estructuras de representación unitaria, como una posible falta de implantación sindical en el concreto ámbito del pacto o convenio ¹⁴. Y respecto a las diferencias en el grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios y del personal laboral, éstas quedan totalmente diluidas por tres razones ¹⁵: por la continua homogeneización entre la normativa funcionarial y laboral en la regulación de las relaciones individuales de trabajo ¹⁶; porque tanto la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP, en adelante), como otras normas administrativas, aun manteniendo la dualidad de regímenes de los distintos empleados públicos, otorgan un tratamiento jurídico paralelo e, incluso, unitario en determinados aspectos; y porque la negociación colectiva de todo el personal de la Administración está sometida en materia salarial y de Seguridad Social complementaria a lo preceptuado por las normas presupuestarias. De manera tal, que el bloque necesario que deben respetar los sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral en la regulación de estas materias viene a tener parecidos o idénticos contornos ¹⁷.

Las mencionadas divergencias, aún difuminadas, siguen planeando sobre el reconocimiento legal de la negociación colectiva conjunta para el personal laboral y funcionarial en el EBEP, cuya parca regulación

¹³ GUILLÉN OLCINA, J. J.: «Convenios, Pactos y Acuerdos Colectivos Mixtos, hacia una negociación colectiva laboral y funcionarial conjunta en el ámbito de las Entidades Locales», en RUANO RODRÍGUEZ, L. (Dir.), VV.AA.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 286.

¹⁴ GUILLÉN OLCINA, J. J.: *op. cit.*, p. 286.

¹⁵ ROQUETA BUI, R.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH, J. M.^a (Coord.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 695.

¹⁶ Tal y como señala TORRENS MARGALEF, J.: *op. cit.*, p. 1298, se viene experimentando un acercamiento de las condiciones de trabajo de las dos modalidades jurídicas de empleo público a través de la laboralización de la función pública, e incluso mediante los procesos de negociación colectiva del personal laboral, como puede observarse del II Convenio Colectivo Único, con el que se ha contribuido a dicha confluencia, adaptando algunas materias acordadas a las estructuras aplicables al régimen funcionarial.

¹⁷ ROQUETA BUI, R.: «La negociación colectiva...», en PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH, J. M.^a (Coord.), *op. cit.*, p. 695.

sigue suscitando ciertas dudas sobre la composición de la Mesa General Conjunta de negociación, las materias objeto de negociación conjunta y la naturaleza jurídica de los acuerdos alcanzados. Cuestiones que se trataran de abordar en los siguientes epígrafes.

2. Composición de las Mesas de Negociación Conjunta

Para la negociación conjunta de personal laboral y funcionarial, al igual que en los supuestos de negociación funcionarial, las unidades de negociación vienen predeterminadas legalmente, e igualmente se caracterizan por las notas de centralización y verticalidad¹⁸. Así, conforme al artículo 36.3 EBEP «para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales, una Mesa General de Negociación».

Del tenor literal de este precepto un sector doctrinal ha entendido la configuración de las unidades de negociación preceptiva, centralizada y vertical, lo que vendría a imposibilitar la pretendida reducción de costes, dado que su obligada constitución conlleva que sea factible su concurrencia con otros niveles de negociación, tanto funcionarial como laboral¹⁹. Además, la ausencia de libertad para la determinación de las unidades de negociación, perturba la flexibilidad de este tipo de negociación para acercarse a regular las condiciones de trabajo de los empleados públicos de los centros con particularidades propias, como los patronatos, fundaciones, o centros especiales, de los grandes Ayuntamientos o de las Diputaciones²⁰. Por todo ello, debe entenderse que dicha unidad de negociación sólo será obligatoria cuando se opte por negociar conjuntamente²¹.

En cuanto a la composición de las Mesas de Negociación Conjunta, por parte de la Administración, la negociación corresponde en el Estado, la Comunidad Autónoma, o Entidad Local, a los responsables públicos relacionados en las Mesas Generales de Negociación. La posible contro-

¹⁸ TORRENS MARGALEF, J.: *op. cit.*, p. 1304.

¹⁹ MAURI MAJÓS, J.: «La negociación colectiva (arts. 31 a 38)», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley, 2008, p. 400.

²⁰ TORRENS MARGALEF, J.: *op. cit.*, p. 1304.

²¹ GANDÍA LÓPEZ, J.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico*, III Ponencia presentada al XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 2008, p. 51 del texto difundido en la página web de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social www.aedtss.com.

versia se plantea con respecto a los sujetos legitimados por parte de los empleados públicos, pues para la negociación colectiva laboral poseen capacidad negocial tanto los representantes unitarios, como los sindicales, mientras que para la funcionarial tan sólo están legitimados los representantes sindicales.

El EBEP ha optado por atribuir legitimación para la negociación conjunta exclusivamente²² a los sindicatos, en concreto a los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico y a los simplemente representativos. Para la determinación de la representatividad de los sindicatos el EBEP remite a los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS, en adelante), conforme a los cuales, tienen la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal los que acrediten una audiencia en dicho ámbito del 10 por 100 de los representantes unitarios o la obtengan por irradiación. Del mismo modo, se reputan como más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, los que estén avalados por una audiencia en dicho ámbito del 15 por 100 de los representantes unitarios, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes sin encontrarse federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal, e igualmente, se estiman como tales, a aquellos que se hallen afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga tal consideración. Con el objeto de poder fijar dicha representatividad se atenderá a los resultados de las elecciones a los órganos de representación unitaria en el ámbito correspondiente, del personal laboral —delegados de personal y comités de empresa— y del personal funcionarial —delegados de personal y juntas del personal—.

Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate.

A la cuestión de si las plantillas funcionarial y laboral han de considerarse globalmente o por separado, del artículo 36.3 EBEP parece vislumbrarse que pueden asumir la negociación los sindicatos más representativos que integren tanto a trabajadores como a funcionarios, no los más

²² A este respecto, LAHERA FORTALEZA, J.: *op. cit.*, pp. 129-130, tras señalar que las juntas y delegados de personal no tienen legitimación negocial en el marco de los artículos 33 y 36 EBEP, sostiene, que «la exclusión de estos órganos de representación legal, además de ser una legítima y constitucional opción de política legislativa, es coherente con la estructura de la negociación colectiva de la función pública porque los ámbitos de las juntas y delegados de personal no coinciden, generalmente, con el ámbito de las Mesas de negociación» y que «sólo en el supuesto de las Entidades Locales o de ciertas Mesas sectoriales se podría plantear tal posibilidad», si bien, el legislador ha optado por sindicalizar también esos ámbitos.

representativos en uno sólo de los colectivos. Opción que posiblemente tenga como fundamento el amparo de los sindicatos generalistas. En consecuencia, para evitar que la norma sea tildada de excluir a los sindicatos de «clase», se atribuye también legitimación para negociar a los sindicatos que, siendo más representativos o simplemente representativos, en el conjunto de las Administraciones Públicas, alcancen, al menos, el 10 por 100 de los representantes del personal funcionario o del personal laboral en el ámbito correspondiente a aquella Mesa ²³.

Sin embargo, el EBEP no aporta un criterio de reparto de los puestos de representación social entre las organizaciones sindicales representativas de uno y otro colectivo, ni el número de éstos que han de componer la Mesa de Negociación. Del mismo modo, tampoco alude a las reglas procedimentales sobre adopción de acuerdos, periodicidad de las reuniones, asesoramiento técnico, mediación... Todo lo cual, en ausencia de regulación, parece que tendría que remitirse por analogía al artículo 35 EBEP, sobre constitución y composición de las Mesas de Negociación ²⁴, sin que quede nada claro que también le sea aplicable el párrafo 1 del artículo 35, referido a la legitimación complementaria.

3. Materias objeto de negociación conjunta

De acuerdo con el EBEP el objeto de la negociación conjunta serán aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral. La falta de especificación ha sido criticada por la doctrina ²⁵, si bien, lo cierto es que aunque no se precisen dichas materias, es obvio que se trata de aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario, estatutario y laboral que reciban un tratamiento unitario e incluso, paralelo en el EBEP y otras normas administrativas. En este sentido, debe recordarse que la LMRFP y sus

²³ RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: *op. cit.*, p. 228. A este respecto, RIVERO LAMAS y DE VAL TENA, señalan que «Tan prolífica norma se hubiera evitado con cierta dosis de generosidad por parte del legislador ordinario, esto es, reconociendo legitimación a todos los sindicatos simplemente representativos en el ámbito funcional o en el del personal laboral de la Mesa constituida, con independencia de si lo son también en el conjunto de las Administraciones Públicas computando los resultados obtenidos en los dos sectores del personal».

²⁴ TORRENS MARGALEF, J.: *op. cit.*, p. 1304.

²⁵ Para MAURI MAJÓS, J.: *op. cit.*, p. 400, la falta de concreción admite diferentes hipótesis de desarrollo en función del intérprete de la relación profesional de prestación de servicios a la administración, y RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: *op. cit.*, p. 229, sostienen que con dicha carencia se corre el riesgo de que se pacten condiciones de trabajo que no tienen por qué ser necesariamente idénticas. No obstante, TORRENS MARGALEF, J.: *op. cit.*, p. 1306, suscribe que «el legislador ha pretendido, con esta ambigüedad, mantener lo que ya se venía dando en la práctica negociadora conjunta tolerada en el sector público y que respeta la legalidad vigente para cada tipo de personal».

normas complementarias, así como las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, tratan a los trabajadores con vínculo jurídico-laboral con los mismos criterios que a los funcionarios públicos en aspectos sustanciales de la relación jurídica y los elevan de forma expresa a la categoría de empleados públicos, sujetándolos a limitaciones básicas que constituyen el bloque de derecho necesario que han de respetar los dos sistemas de negociación colectiva que conviven en las Administraciones Públicas²⁶.

Por consiguiente, las Mesas Generales Comunes negociarán las siguientes materias: 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; el incremento de retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración; la formación continua; la salud laboral; y los planes de previsión social complementaria²⁷.

4. Formalización de las negociaciones adoptadas

El artículo 38 EBEP prescribe que «Los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral». Se pone así de manifiesto la naturaleza jurídica dual de los acuerdos suscritos en este tipo de Mesas de Negociación, la distinta eficacia jurídica de los mismos, pero no se concreta cómo habrán de formalizarse los acuerdos alcanzados, si en un único instrumento, teniendo siempre presente la distinta naturaleza jurídica y régimen aplicable, o en dos, lo que parece ser la solución más aproximada al tenor literal del precepto²⁸.

Al decretarse la naturaleza jurídica dual de los acuerdos y sustraerse del artículo 38 EBEP la formalización de los mismos en dos instrumen-

²⁶ ROQUETA BUI, R.: «Negociación colectiva...», en ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.): *op. cit.*, p. 528.

²⁷ Cfr. ROQUETA BUI, R.: «El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas», en RUANO RODRÍGUEZ, L. (Dir.), VV.AA.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 154.

²⁸ MARÍN ALONSO, I.: «La reforma de la negociación colectiva...», *op. cit.*, página del soporte informático. «La negociación colectiva conjunta que aborda esta reforma legal no implica, sin embargo, el reconocimiento del instrumento unitario puro de determinación de las condiciones de trabajo de los “empleados públicos”, ya que la manifestación más genuina de negociación colectiva conjunta en la Administración Pública lo conforman los “Acuerdos Mixtos”, los cuales no han tenido acogida en el texto de la ley».

tos negociales distintos, la igualdad en las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública firmante no queda garantizada, ya que los órganos jurisdiccionales competentes para interpretar las cláusulas del acuerdo, o resolver sobre cualquier controversia, difieren según se trate de un convenio colectivo, en cuyo caso habrá de acudir al orden social (arts. 9.5.º y 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), o de un pacto o acuerdo del personal funcionarial, cuya competencia concierne al orden contencioso-administrativo (arts. 9.4.º y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) ²⁹. Con todo, la igualdad en las condiciones de trabajo negociada conjuntamente, puede asegurarse incorporando tanto en el Acuerdo o Pacto, como en el convenio colectivo, una cláusula en la que se vincule la suerte de ambos instrumentos negociales, de manera tal que la nulidad parcial o total de uno de ellos, declarada por la jurisdicción correspondiente, determinará la necesidad de renegociar la cláusula o el acuerdo en cuestión, en relación con todo el personal de la Administración —laboral o funcionarial— ³⁰.

III. CONCLUSIONES

El reconocimiento legal de la negociación conjunta del personal funcionarial y laboral supone un gran avance en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas, pues su ejercicio *de facto* en determinadas Administraciones Públicas avalaba esta necesidad. Sin embargo, el EBEP debería de haber tratado este tema con mayor precisión.

El EBEP no resuelve algunos de los puntos más polémicos de dicha negociación. En lo concerniente a la composición de las Mesas de Negociación no se fija un criterio de reparto de los puestos de representación social entre las organizaciones sindicales representativas de uno y otro colectivo, ni el número de los mismos. Tampoco se concretan aspectos básicos para la negociación conjunta como el régimen de adopción de acuerdos, periodicidad de las reuniones, asesoramiento técnico, posibilidad de resolución extrajudicial de los conflictos que puedan suscitarse en el proceso de negociación, ni cómo ha de constituirse la comisión paritaria... Igualmente no se delimitan cuáles son las materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y

²⁹ A este respecto, debe recordarse, tal y como señala GANDÍA LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 54, que «no hay una *vis expansiva* de los efectos de una sentencia sobre un convenio sobre el que no se tiene competencia, pese a la existencia de algún pronunciamiento en este sentido, según el cual la sentencia de lo contencioso-administrativo debe extenderse al personal laboral en estos supuestos (TS 4/5, 17/2 y 1/9/2004) y viceversa, cuando resuelve antes las jurisdicción social (TS 24/1/1995)».

³⁰ RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: *op. cit.*, p. 229, y ROQUETA BUJ, R.: «La negociación colectiva...», en PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH, J. M.^a (Coord.): *op. cit.*, p. 696.

laboral, ni se plantea un instrumento unitario de determinación de las condiciones de trabajo de todos los empleados públicos —acuerdos mixtos—, ni en consecuencia la atribución a un único orden jurisdiccional de los conflictos que puedan plantearse al respecto de los mismos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ VILLALÓN, J.: «Algunas especialidades de la negociación colectiva (laboral y funcionarial) en la Administración Pública», en VV.AA.: *La negociación colectiva en la Administración Pública andaluza*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- GANDÍA LÓPEZ, J.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico*, III Ponencia presentada al XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 2008.
- GUILLÉN OLCINA, J. J.: «Convenios, Pactos y Acuerdos Colectivos Mixtos, hacia una negociación colectiva laboral y funcionarial conjunta en el ámbito de las Entidades Locales», en RUANO RODRÍGUEZ, L. (Dir.), VV.AA.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- LAHERA FORTALEZA, J.: «Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público», en RUANO RODRÍGUEZ, L. (Dir.), VV.AA.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- MARÍN ALONSO, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Granada, Comares, 1999.
- «La reforma de la negociación colectiva en la AA.PP.: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas», en *Aranzadi Social* 15/2006, (BIB 2006/1592).
- MAURI MAJÒS, J.: «La negociación colectiva (arts. 31 a 38)», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley, 2008.
- RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: «El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 68/2007.
- ROQUETA BUJ, R.: «Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial en la Administración Pública», en VV.AA.: *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales*, XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Trotta, Madrid, 1994.
- «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH, J. M.^a (Coord.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

- «Negociación colectiva de los funcionarios públicos», en ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.), AA.VV.: *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa*, CIS, 2007.
 - «El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas», en RUANO RODRÍGUEZ, L. (Dir.), VV.AA.: *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- SALA FRANCO, T.: «Los derechos colectivos de los empleados públicos» en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2007.
- TORRENS MARGALEF, J.: «Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas», en VALDÉS DAL-RÉ (Dir.) VV.AA.: *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid, La Ley, 2008.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

CAROLINA GALA DURÁN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 45 EBEP: LA CONFIGURACIÓN DE LOS SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 1. La configuración interna de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos. 2. La compleja relación existente, en el marco del EBEP, entre el proceso de negociación colectiva y los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos.—III. CONCLUSIONES GENERALES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Probablemente, una de las figuras cuya implantación más se ha potenciado en los últimos años, en diversas ramas del Derecho (civil, penal, laboral...), han sido los medios extrajudiciales de solución de conflictos. Y es precisamente dentro de esta tendencia donde cabe situar lo dispuesto en el artículo 45 EBEP, por cuanto, tal y como ya ha puesto de manifiesto la doctrina, el EBEP opta decididamente por la puesta en marcha de un sistema extrajudicial de solución de conflictos en el marco de la función pública ¹.

Apuesta que se fundamenta en el hecho de que los medios extrajudiciales, sin poder excluir lógicamente la vía judicial, presentan indudables ventajas frente a aquélla, que están contribuyendo a su desarrollo continuado, como señalábamos anteriormente, en el marco de diversas disciplinas jurídicas. De este modo, se apuntan como ventajas, entre otras, las siguientes: el ahorro de tiempo, la flexibilidad, la utilización de medios menos costosos, la obtención de mejores resultados, la mayor participación, que se traduce en una mayor credibilidad en el sistema por parte de los interesados, y el servir como vía para reducir tanto la conflictividad como el excesivo uso de los Tribunales ².

¹ MAURI MAJÓS, J.: *El nuevo marco de la negociación colectiva en el proyecto de estatuto básico del empleado público*, Seminario sobre Relaciones colectivas y función pública local, Federación de Municipios de Cataluña, octubre de 2006, p. 13.

² VALLS ARNAU, J.: *Medios extrajudiciales de solución de conflictos en la Administración Local*, Seminario sobre Relaciones colectivas y función pública local, Federación de Municipios de Cataluña, noviembre de 2006, p. 4; DEL REY GUANTER, S.: *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, pp. 30-31; TORNOS MAS, J.: «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril de 1995, p. 150 y ss., y TRAYTER, J. M.: «El arbitraje de Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo-agosto de 1997, pp. 75-76.

En fin, desde esta perspectiva general, también cabe señalar que con el artículo 45 EBEP se mejora (o se intenta mejorar) la situación legal precedente, representada especialmente por el artículo 38 LORAP, que incorporaba una mediación intervencionista con obligatoria publicidad de la posición de las partes implicadas en el conflicto; precepto que no fue desarrollado reglamentariamente y que, en su momento, fue objeto de importantes —y acertadas— críticas³. En definitiva, a nuestro entender, el citado artículo 45 supone un avance en el camino correcto, aunque, por desgracia —y en consonancia con otros muchos preceptos del EBEP— aunque incluye novedades importantes, también esconde algunos interrogantes que pueden afectar, de una forma significativa, a su efectiva puesta en práctica.

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 45 EBEP: LA CONFIGURACIÓN DE LOS SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Entre las diversas e interesantes cuestiones que plantea el artículo 45 EBEP, a nuestro entender, dos resultan especialmente novedosas e importantes: 1.^a) la propia configuración que se pretende dar a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el marco de la función pública; y 2.^a) la compleja relación que se establece entre el proceso de negociación colectiva funcional y los medios extrajudiciales de solución de conflictos, conforme a lo establecido en el (enigmático) artículo 38.7 EBEP. Veamos cada una de esas materias.

1. La configuración interna de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos

En este ámbito cabe destacar que, como en otras materias, el EBEP parece incorporar un determinado (aunque insuficiente) modelo de sistema de solución extrajudicial de conflictos, que se caracteriza por varios elementos, tanto subjetivos, como, sobre todo, materiales.

En primer lugar, desde una perspectiva subjetiva, no hay duda que los únicos destinatarios de estos sistemas de solución de conflictos son

³ Al respecto, DEL REY GUANTER, S.: *Los medios extrajudiciales...*, pp. 82 y ss.; SALA FRANCO, T.: «Acerca de la posibilidad de establecer autónomamente procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales en las Administraciones públicas», en *Actualidad Laboral*, núm. 48, 1999-2000, pp. 944-945, y DURÁN ROMASEWSKYS, S.: «La limitada “revalorización” de los medios de solución de conflictos en la función pública», en A. OJEDA (Coord.): *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Ed. Tecnos, 1996, pp. 127 y ss.

los funcionarios, y no, por tanto, todos los empleados públicos. Esto es, a diferencia de otras materias, en ésta el EBEP opta por una solución restrictiva y no incorpora al personal laboral de las Administraciones Públicas, lo que supone que la resolución de los conflictos relacionados con dicho personal se mantiene en la misma (e insatisfactoria) situación anterior al EBEP⁴; lo que implica que quedan, como regla general, excluidos de los medios extrajudiciales (salvo el caso de Baleares, Cantabria y Andalucía). Tal y como ha destacado la doctrina⁵, opinión que compartimos, esta exclusión resulta criticable por cuanto ambos tipos de personal prestan sus servicios para el mismo empresario —una Administración Pública— y, a pesar de regirse por normas diferentes, deberían compartir los mismos procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos.

A lo que cabe añadir que, según el artículo 4 EBEP, su artículo 45 sólo se aplica, cuando se trata de determinados colectivos de funcionarios públicos, cuando así lo establezca su normativa específica⁶.

En segundo lugar, cabe tener muy en cuenta que, aunque pueda sorprender, nos hallamos ante sistemas de solución de conflictos que el EBEP promociona y regula, siquiera sea en sus elementos esenciales, pero que no impone. Así se deduce de los propios términos del artículo 45, cuando señala que «*las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales a que se refiere el presente Capítulo*, podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos». Opción legal que, si bien es muy respetuosa con el gran papel que las partes interesadas asumen en un ámbito como éste —y que es, a su vez, garantía de éxito—, tiene como peligro evidente el que estos sistemas de solución extrajudicial de conflictos no vean nunca la luz o lo hagan sólo a nivel estatal o en algunas CC.AA.

En todo caso, conforme al EBEP, los sujetos legitimados para acordar la implantación de estos sistemas son todas las Administraciones Públicas (Administración General del Estado, Administraciones Autonómicas y entidades locales) así como las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de CC.AA. y aquéllas que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución (art. 33.1 EBEP). En este

⁴ Al respecto, GALA DURÁN, C.: «La solución extrajudicial de conflictos colectivos», en S. DEL REY y M. FÉREZ (Coord.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007.

⁵ SALA FRANCO, T.: «Los derechos colectivos de los empleados públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 313.

⁶ *Vid.*, también artículos 5 y 13 EBEP.

ámbito cabe introducir dos matices: 1) a pesar de que el EBEP les reconoce legitimación, es muy difícil pensar que, en la práctica, una entidad local —salvo que tenga una gran dimensión— va a crear un sistema propio de solución extrajudicial de conflictos, por lo que resulta muy acertado que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34.2 EBEP, también sea posible su implantación por parte de las asociaciones de municipios y las entidades locales de ámbito supramunicipal, con lo que se facilita el establecimiento de mecanismos de adhesión para las entidades locales que no creen su propio sistema de solución extrajudicial de conflictos (en este punto cabe recordar que el citado art. 34.2 recoge la posibilidad de que los municipios se adhieran con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva desarrollada por una asociación de municipios o una entidad local supramunicipal⁷ y que una Administración o entidad pública puede adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada CC.AA. o a nivel supramunicipal⁸).

Y 2.º) en coherencia con el papel que se les atribuye en general en el EBEP, no se prevé ningún tipo de intervención por parte de la Junta y Delegados de Personal ni en la fase de implantación ni tampoco en la de desarrollo, lo que implica, en consecuencia, que los mismos no pueden siquiera acudir a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos una vez hayan sido implantados⁹. A nuestro entender, esta opción del EBEP resulta demasiado restrictiva, ya que si bien puede resultar comprensible la exclusión en el momento de instaurar los sistemas, nada impide que los Delegados y Juntas de Personal pudiesen acudir a ellos con el objetivo de resolver un conflicto colectivo.

Por otra parte, respecto al «instrumento» adecuado para crear estos sistemas, al no prever nada el EBEP, entendemos que es posible tanto un acuerdo específico dedicado exclusivamente a esta materia como la creación del sistema como un contenido más del correspondiente pacto

⁷ Tal y como señala SALA FRANCO, «en estos casos, el resultado de la negociación podría ser asumido por el Pleno de cada Entidad Local, sin que previamente deba constituirse una Mesa General de Negociación en ellas. De esta manera se sale al paso de las dificultades para que haya negociación colectiva en pequeños municipios...», en *Los derechos colectivos...*, ob. cit., p. 303. Vid., asimismo, desde una posición crítica, MAURI MAJÓS, J., «Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2007, pp. 309 y ss.

⁸ A este respecto, SALA FRANCO afirma que «tal como está redactado literalmente el precepto, se trataría de una adhesión no pactada con los sindicatos legitimados correspondientes sino impuesta por la Administración, lo que no tiene sentido alguna en una regulación de la negociación colectiva...», ob. cit., p. 308.

⁹ Ya que el artículo 40.2 del EBEP sólo les reconoce legitimación para iniciar, como interesados, los correspondientes «procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones». Vid., GALA DURÁN, C.: «Los sistemas...», ob. cit. A favor de la opción del EBEP, MAURI MAJÓS, J.: «Los derechos...», ob. cit., p. 330.

o acuerdo. A lo que cabe añadir que, al no establecerse nada distinto en el artículo 45 EBEP, el acuerdo que debe alcanzarse en esta cuestión debe cumplir los requisitos previstos con carácter general en el capítulo IV EBEP y, en consecuencia, se exige un acuerdo adoptado por la mayoría del banco social, aunque, según un sector de la doctrina, sigue siendo admisible el acuerdo entre una Administración Pública y uno o más de los sindicatos legitimados para negociar colectivamente, aunque sean minoritarios¹⁰; acuerdo de constitución del sistema de solución extrajudicial que, conforme a lo previsto en el artículo 38 EBEP, vinculará a todos los sindicatos presentes en su ámbito, aun cuando no lo hayan firmado. Pero a pesar de todo ello, si se pretende establecer un sistema de solución extrajudicial con voluntad de permanencia y, sobre todo, eficaz, resulta recomendable alcanzar el mayor consenso posible en el momento de su creación e implantación¹¹.

Y, en fin, en este marco también cabe tener presente que el EBEP parte de una idea de igualdad entre todas las Administraciones Públicas y, en consecuencia, de la posible existencia de sistemas de solución extrajudicial de conflictos a nivel estatal, autonómico, supramunicipal y local. Y este modelo, a nuestro entender, resulta acertado y no comporta posibles problemas de concurrencia entre sistemas, ya que cada uno de ellos tendrá definido su ámbito geográfico de actuación, jugando, además y como vimos anteriormente, la vía de la adhesión en el caso de las entidades locales que decidan no crear (o no puedan) su propio sistema.

En tercer lugar, el artículo 45 EBEP parece partir de la idea de que si bien, como hemos visto, la implantación de estos sistemas de solución de conflictos es voluntaria y quien los instaure va a poder, además, diseñar su configuración y desarrollo, es necesario, no obstante, fijar unas pautas mínimas, que parten de un modelo que, a nuestro entender, no sólo es novedoso sino también muy acertado para garantizar la eficacia del cualquier sistema de solución extrajudicial de conflictos: la constitución de órganos específicos, permanentes y especializados que cuenten con personal suficiente y formado en las técnicas de solución extrajudicial de conflictos. Órganos específicos¹² que, como vimos anteriormente, pueden crearse a nivel estatal, autonómico, supramuni-

¹⁰ Tal y como señala MAURI MAJÓS, la exigencia de representatividad para la constitución válida de la mesa de negociación no se extiende a la legitimación decisoria, manteniéndose inalterada la doctrina que valida la facultad de la parte pública para llegar a un acuerdo con la organización sindical presente en la mesa de negociación que esté dispuesta a aceptarlo, en «Los derechos colectivos...», *ob. cit.*, p. 313. En contra, SALA FRANCO, T.: «Los derechos colectivos...», *ob. cit.*, p. 303.

¹¹ GALA DURÁN, C.: «Los sistemas...», *ob. cit.*

¹² Al respecto, MAURI MAJÓS, J.: «El nuevo marco...», *ob. cit.*, p. 13; y DEL REY GUANTER, S.: «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, p. 135 y ss.

pal o local, y de los que ya existen ejemplos en la práctica previos al EBEP, como es el caso del CEMICAL en Cataluña.

A nuestro entender, el carácter específico de dichos órganos implica que debe tratarse de un organismo independiente cuya única finalidad sea encargarse de la puesta en práctica de los medios extrajudiciales de solución de conflictos en el marco de una Administración Pública; la nota de permanente supone que debe tratarse de un órgano dotado de estabilidad, creado con un objetivo de permanencia en el tiempo; y su carácter especializado comporta que dicho órgano debe contar no sólo con el necesario personal de apoyo sino también con personal especializado (en número suficiente) no sólo en el campo de la función pública sino también en el ámbito de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, cuya función sería asumir el papel de mediador o árbitro.

En este punto la doctrina ha señalado que convendría diferenciar entre los órganos y servicios que asumen funciones de promoción, soporte y gestión de los distintos trámites existentes en el procedimiento de mediación y arbitraje y el órgano o las personas intervinientes en la resolución de los mencionados procedimientos. Dichas actividades podrían diferenciarse y organizarse separadamente, de la misma forma que podría reducirse al mínimo la actividad de apoyo a los sistemas de solución limitándose el papel de la Administración a garantizar la existencia de personal capacitado para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje ¹³.

No obstante, también resulta evidente que el citado artículo 45, tras fijar esa pauta mínima consistente en el establecimiento de órganos específicos y permanentes destinados a la solución extrajudicial de los conflictos que puedan surgir en el marco de una Administración Pública y respecto de los funcionarios públicos, va poco más allá a la hora de definir y configurar dichos órganos, dejando, en consecuencia, un importante margen de actuación a las partes implicadas en su creación (y al enigmático procedimiento reglamentario previsto en su apartado 5.º). En este ámbito cabe hacer varias consideraciones:

1.ª El artículo 45 restringe el ámbito de actuación de los sistemas de solución extrajudicial a los conflictos de carácter colectivo, que derivan de la negociación, aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37 EBEP, excepto para aquéllas en que existe reserva de Ley.

De ello se deriva que los sistemas extrajudiciales previstos por el EBEP se van a centrar exclusivamente en los conflictos colectivos ¹⁴,

¹³ MAURI MAJÒS, J.: «Los derechos colectivos...», *ob. cit.*, p. 330.

¹⁴ DEL REY GUANTER, S.: «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, p. 25.

esto es, en aquellos que afectan a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, dejando fuera los conflictos individuales o plurales, y ya se trate de conflictos de intereses¹⁵ o jurídicos¹⁶, centrados los primeros en intentar resolver las controversias y situaciones de *impasse*¹⁷ que puedan darse en el procedimiento de negociación de un pacto o acuerdo, y los segundos en la interpretación y aplicación de los citados pactos y acuerdos. El hecho de que se atribuya a estos sistemas la resolución de conflictos de intereses es precisamente una muestra de la interrelación, a la que nos referiremos posteriormente, que el EBEP pretende establecer entre la negociación colectiva y los medios extrajudiciales de solución de conflictos.

2.^a Como ya hemos apuntado, los sistemas de solución extrajudicial de conflictos previstos en el artículo 45 pueden actuar, desde una perspectiva sustancial, cuando se trate de alguna de las materias recogidas en el artículo 37 EBEP, excepto respecto de «aquéllas en que exista reserva de Ley». En este punto nuevamente se pretenden vincular negociación colectiva y medios extrajudiciales de solución de conflictos, lo que, no obstante y como veremos a continuación, comporta introducir un factor de inseguridad en torno a la propia definición del marco de actuación de dichos medios.

En efecto, no cabe olvidar que, a pesar de algunos aspectos favorables, tal y como ha señalado la doctrina¹⁸, el citado artículo 37 no establece ni define con total claridad las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva y los límites de dicha negociación, lo que, a su vez, difumina el ámbito de actuación de los medios extrajudiciales, ya que, en determinados casos, la persona encargada de mediar o arbitrar un conflicto puede no tener totalmente definido su marco material de actuación así como la posible colisión —más o menos directa— de éste con la reserva de Ley. En definitiva, este factor puede condicionar, en algunos casos, la propia actuación del mediador o árbitro.

3.^a Se concretan, aunque sea de una forma genérica, qué tipos de procedimientos pueden seguirse en el marco de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, al preverse en el artículo 45.3 EBEP que

¹⁵ Definidos doctrinalmente como aquéllos que versan sobre la definición —*ex novo* o modificativa— de reglas reguladoras de las relaciones existentes entre las partes.

¹⁶ Aquellos que se vinculan con la aplicación o interpretación de una norma o regulación preexistente.

¹⁷ DEL REY GUANTER distingue entre el «impasse» provisional (situación de desacuerdo considerada como provisional en el contexto global del proceso negocial) y el «impasse» definitivo (donde las partes han alcanzado un punto en que no es posible, al menos en las circunstancias presentes del momento negocial, la continuación del proceso), en «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, pp. 29-30.

¹⁸ MAURI MAJÒS, J.: «El nuevo marco...», *ob. cit.*, p. 6.

dichos sistemas podrán estar integrados por procedimientos de «mediación» y «arbitraje». A lo que se añade que la mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes y las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por aquéllas. En relación con el arbitraje, se apunta que las partes podrán acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma.

En esta cuestión, esencial desde la perspectiva de la propia viabilidad de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, cabe realizar varias consideraciones:

a) Conforme a los propios términos empleados por el EBEP, quienes instauren dichos sistemas podrán también configurarlos y prever su desarrollo, pero también cabe entender que, en principio, deberán optar por incluir como medios de solución extrajudicial la mediación y el arbitraje. No se cita, pues, la figura de la conciliación, lo que puede parecer negativo, por cuanto esa vía puede ser suficiente ante determinados tipos de conflictos. Sin embargo, también cabe tener presente que, en la práctica, la distinción entre conciliación y mediación tiene un elevado grado de artificialidad ¹⁹, a lo que cabe añadir que la propia figura de la mediación incorpora perfiles muy variados que van desde un mero conciliador al mediador incisivo, que presiona a las partes para que cedan y acepten las propuestas que él mismo presenta. En definitiva, si bien el EBEP va más allá de lo previsto en su momento en el artículo 38 LORAP, no es lo suficientemente generoso, al no incluir expresamente la figura de la conciliación. No obstante, a nuestro entender, sí es posible la conciliación como fase previa e importante, en ciertos conflictos, dentro de un proceso de mediación.

b) En cuanto a la figura de la mediación, ésta puede definirse como el medio extrajudicial en el que un tercero interviene en el marco de una controversia con la finalidad de servir de vía e incentivo para la comunicación de las partes en conflicto, poseyendo, asimismo, la capacidad de emanar recomendaciones sobre el fondo de la controversia, esto es, de emitir una opinión sobre cuál es la posición que, a su juicio, debería prevalecer como solución a aquélla. Sin embargo, es muy importante tener presente que, a diferencia del arbitraje, las recomendaciones del mediador no marcan, de por sí, el fin del conflicto, ya que las partes mantienen su libertad para aceptar o no las mismas, de forma que conservan totalmente el poder de decisión final ²⁰.

¹⁹ DEL REY GUANTER, S.: «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, pp. 35-37.

²⁰ DEL REY GUANTER, S.: «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, pp. 34-35; y TRAYTER, J. M.: «El arbitraje...», *ob. cit.*, pp. 82-83.

En este punto cabe recordar que, tal y como destaca la doctrina²¹, diferentes situaciones de conflicto requieren distintos tipos de mediaciones, según las circunstancias del caso, las características del mediador, etc. En unos supuestos resultará acertado un mediador incisivo, mientras que, en otros, el mediador más adecuado será aquél que actúa en un plano más acorde con la conciliación: no formula propuestas sino que intenta que la negociación continúe, identificando y eliminando obstáculos y abriendo nuevas vías por las que las partes puedan internarse en busca de un compromiso. E incluso, lo normal es que un mediador pueda adoptar ambos papeles sucesivamente a lo largo de un mismo proceso: así, durante una primera fase, el mediador puede acentuar los aspectos de comunicación, de determinación de posiciones, de reimpulso a la negociación, y en una segunda fase, una vez ganada la confianza de las partes y adquirido un buen conocimiento de las circunstancias del caso, el mediador puede acelerar su papel, haciéndose más incisivo, tanto en la remodelación de las posiciones de las partes para la consecución de ámbitos de acuerdo como en el ofrecimiento de sus propias recomendaciones para la consecución del mismo.

c) Tal y como aparece en el artículo 45.3 EBEP, se opta no sólo por la mediación como uno de los medios a incorporar en los sistemas de solución extrajudicial sino que se apuesta —como ya hizo en su momento el art. 38 LORAP— por un modelo determinado de mediación, que se caracteriza por cuatro notas: 1.^a) por ser obligatoria cuando lo solicita una de las partes implicadas en el conflicto; 2.^a) por el hecho de que el mediador ha de elaborar necesariamente propuestas de solución, que podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las partes; 3.^a) porque en la mediación pueden intervenir uno o varios mediadores; y, 4.^a) porque el acuerdo logrado a través de la mediación tiene la misma eficacia jurídica y tramitación de los pactos y acuerdos, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un pacto o acuerdo conforme a lo previsto en el EBEP. Acuerdo que, además, será susceptible de impugnación.

Respecto de la primera característica, ésta podría criticarse, por cuanto la obligatoriedad en el marco de los medios extrajudiciales de solución de conflictos puede resultar contraproducente, al estar estos fundamentados precisamente en su asunción voluntaria por las partes implicadas en el conflicto. No obstante, y aunque esa crítica está fundamentada, el que el artículo 45.3 EBEP opte por la mediación obligatoria, implica, en realidad, una obligación relativa, ya que, como hemos señalado, la mediación carece de un final obligatorio para las partes, de forma que estaríamos ante una coercitividad implícitamente ineficaz,

²¹ DEL REY GUANTER, S.: «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, p. 92.

aunque pueda resultar inconveniente para el propio éxito de este tipo de medio extrajudicial²².

En relación con la segunda característica, cabe señalar que puede, no obstante, flexibilizarse parcialmente si entendemos que, en función de las circunstancias, la obligación de elaborar propuestas no excluye una fase previa de mediación más informal —en la línea de la conciliación— desarrollada por el mismo o por distinto mediador. En todo caso, cabe tener presente que el mediador debe presentar necesariamente propuestas a las partes en conflicto (aunque no está obligado a hacerlas públicas), que serán libremente aceptadas o no por aquéllas. Respecto al contenido de las propuestas dependerá, lógicamente, de las circunstancias del conflicto y de las propias características y posibilidades de actuación del mediador²³.

En cuanto a la tercera característica de la mediación prevista en el artículo 45 EBEP, cabe destacar que será muy difícil, en la práctica, la presencia de más de un mediador en el marco de un conflicto y ello precisamente por el elemento de confianza y conocimiento mutuo que acompaña a la propia figura de la mediación. En efecto, no cabe olvidar que, tal y como señala la doctrina, la mediación es una labor esencialmente unipersonal, que se basa en las peculiaridades y técnicas de un individuo y que se fundamenta en la aceptabilidad de las partes y en el principio de confidencialidad, elementos estos últimos más difíciles de garantizar si participan varios mediadores. Además, las tácticas de mediación, de por sí complejas, asumirían cotas de dificultad sustantivas y procedimentales lo suficientemente altas como para hacer ciertamente excepcional esta alternativa. En definitiva, no es posible ignorar que el mediador puede y debe recibir toda la información concerniente al conflicto directamente de las partes implicadas y no con personas interpuestas, en tanto que, a falta de un poder de emitir decisiones vinculantes, toda su fuerza se basa en el contacto directo, a efectos de persuasión, con las propias partes²⁴. Ello implica que si bien resulta positiva la previsión legal de que, ante determinadas circunstancias, sería posible la actuación conjunta o sucesiva de varios mediadores, tal situación sólo se dará, por su propia complejidad, en casos excepcionales.

Finalmente, tal y como hemos visto, el artículo 45.4 EBEP prevé que el acuerdo logrado a través de la mediación tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los pactos y acuerdos, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un pacto o acuerdo conforme a lo

²² GALA DURÁN, C.: «Los sistemas...», *ob. cit.*

²³ GALA DURÁN, C.: «Los sistemas...», *ob. cit.*

²⁴ DEL REY GUANTER, S.: «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, p. 89.

previsto en el EBEP. Dicho acuerdo será susceptible de impugnación por las mismas vías judiciales previstas para los acuerdos y pactos ²⁵, debiéndose criticar, no obstante, la parquedad en esta cuestión del EBEP, al no preverse aspectos como, por ejemplo, quién está legitimado para impugnar, los efectos suspensivos de dicha impugnación o el contenido o efectos de la resolución judicial ²⁶.

Ello supone, en definitiva, que si la propuesta de solución presentada por el mediador es aceptada por la Administración Pública implicada en el conflicto y por las organizaciones sindicales que representan la mayoría del banco social, ese acuerdo será válido y seguirá la misma tramitación de los acuerdos y pactos, lo que implica que, tal y como afirma la doctrina, para que el citado acuerdo se incorpore al ordenamiento jurídico necesitará, en su caso, su ratificación por el correspondiente órgano de gobierno ²⁷, siendo finalmente publicado en el correspondiente boletín oficial.

No obstante, cabe tener presente que en este ámbito surge una importante duda, vinculada con los acuerdos de funcionarios: si el correspondiente órgano de gobierno no ratifica el acuerdo alcanzado como fruto de la mediación, ¿se debería iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.3 *in fine* EBEP?, y de no llegarse a un acuerdo en esa renegociación, ¿se aplicaría lo dispuesto en el artículo 38.7 y, en consecuencia, debería acudir nuevamente a los medios extrajudiciales de solución de conflictos?. A nuestro entender, aun cuando resulta necesaria la ratificación, como vimos anteriormente, del acuerdo alcanzado por parte del correspondiente órgano de gobierno, esa ratificación deberá ser automática, ya que de no ser así la propia Administración iría en contra de sus actos ²⁸.

d) Respecto de la figura del arbitraje ²⁹, cabe recordar que con el mismo se pone fin a un conflicto mediante una decisión vinculante dictada por el árbitro. Es decir, la voluntad de las partes respecto a la solución del conflicto es trasladada —voluntariamente— a un tercero ³⁰. A estos efectos, y tal como recuerda el artículo 45.3 EBEP, nos encontramos ante un arbitraje voluntario y, en consecuencia, será siempre necesario el acuerdo de las partes implicadas en el conflicto, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido del laudo (desde la perspec-

²⁵ Al respecto, entre otros, ROQUETA BUI, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, 1996, p. 419 y ss.

²⁶ MAURI MAJÓS, J.: «Los derechos colectivos...», *ob. cit.*, p. 332.

²⁷ MAURI MAJÓS, J.: «El nuevo marco...», *ob. cit.*, p. 13, y «Los derechos colectivos...», *ob. cit.*, p. 331.

²⁸ GALA DURÁN, C.: «Los sistemas...», *ob. cit.*

²⁹ Al respecto, «El arbitraje...», *ob. cit.*, p. 78 y ss.

³⁰ DEL REY GUANTER, S.: «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, p. 35.

tiva del banco social se requerirá el acuerdo de la mayoría de sus miembros). A lo que se añade que dicho precepto parece optar por un único árbitro y no por la figura del colegio arbitral, aun cuando no se concreta el procedimiento de elección del árbitro ni su forma de proceder.

En torno a esa última cuestión, y tal y como ha apuntado la doctrina³¹, existen varios tipos de arbitraje, ya que junto al tradicional en que el árbitro tiene plena libertad para configurar su decisión final —aceptando o no las posiciones de las partes—, existe el llamado arbitraje de ofertas finales, donde el árbitro ve limitada su capacidad de decisión ya que ha de escoger una de las posiciones por las partes.

Por otra parte, el arbitraje previsto en el citado artículo 45.3 afectará a todas aquellas cuestiones que sometan al mismo las partes implicadas, tanto en el marco de los conflictos jurídicos como de intereses, con el límite, señalado con anterioridad, de las materias reservadas a la Ley. Cabe pensar, no obstante, que, por sus propias características, va a ser difícil acudir a un arbitraje cuando se trata de un conflicto de intereses.

Finalmente y como ocurría también en el caso de la mediación, el laudo arbitral tiene la misma eficacia jurídica y tramitación de los pactos y acuerdos de funcionarios, aun cuando cabe recurso cuando no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o cuando ésta contradiga la legalidad vigente. Recurso que deberá presentarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa y cuya articulación, al igual que en el caso de la mediación, no se ha concretado por el EBEP.

4.^a Cabe tener muy presente que, tal y como apuntábamos anteriormente, el hecho de que el artículo 45 EBEP se limite a establecer unas pautas mínimas, permite —u obliga— que cuando se instauren los diversos sistemas de solución de conflictos puedan diseñarse e incorporarse los elementos necesarios para su correcto funcionamiento, especialmente aquellos vinculados con sus procedimientos de actuación. A nuestro entender, en ese momento (o bien cuando prevé el art. 45.5 EBEP) deberían regularse con rigor y de forma completa los distintos elementos que conforman los procedimientos de mediación y arbitraje, fundamentándose para ello en las notas de tramitación urgente, desarrollo flexible y especialización y profesionalidad de los sujetos intervinientes como mediadores o árbitros. De este modo, en esa regulación podrían incluirse los siguientes elementos:

— La forma de inicio del correspondiente procedimiento de mediación o arbitraje (solicitud por escrito presentada ante el órgano especí-

³¹ DEL REY GUANTER, S.: «Los medios extrajudiciales...», *ob. cit.*, p. 39.

fico apuntado páginas atrás). Dicha solicitud debería tener un contenido mínimo (partes interesadas, descripción de los hechos, procedimiento que se solicita...).

— El plazo (corto) y la forma de designación del mediador o árbitro que va a actuar en ese procedimiento. En relación con la forma de designación la mejor opción consiste, a nuestro entender, en que las partes elijan entre los candidatos presentados por el propio órgano específico de mediación y arbitraje y, de no existir acuerdo, lo elegirá dicho órgano; los candidatos deberían elegirse por su especialización y adecuación a las características y contenido del conflicto planteado.

— El plazo máximo de duración del procedimiento de mediación o arbitraje (debería ser un plazo corto si se quiere lograr un proceso ágil y no entorpecer, por ejemplo, el propio desarrollo del proceso de negociación colectiva si se trata de un conflicto de intereses). Tanto en el caso de la mediación como del arbitraje, el procedimiento se iniciaría con la comparecencia de las partes, continuaría con la aportación de documentación y pruebas, intercambio de propuestas, etc., y finalizaría con la presentación de propuestas y su aceptación o no por las partes o con la elaboración del laudo arbitral.

— Las líneas generales de la actuación del mediador o árbitro (dejando, no obstante, un amplio margen de actuación a los mismos, por cuanto un procedimiento rígido no resulta acertado en el marco de los medios extrajudiciales, fundamentados, especialmente en el caso de la mediación, en la confianza creada entre las partes). En fin, debería tenerse muy presente que las líneas de actuación serán distintas en función de las propias características del conflicto y, en consecuencia, deberían dejarse abiertas todas las opciones posibles, lo que no impide, no obstante, regular adecuadamente dichas opciones.

— Debería preverse que quienes ejerzan las funciones de mediador o árbitro tengan una formación rigurosa en medios extrajudiciales y en función pública y que conozcan suficientemente el marco en el que van a actuar.

— Y, en fin, debería preverse un procedimiento objetivo de elección de quienes pueden actuar como mediadores o árbitros, con el objetivo de garantizar que son las personas más adecuadas para ejercer tal función. Para ello, podría optarse por abrir una convocatoria pública a la que pudieran acceder todas aquellas personas interesadas en actuar como árbitros o mediadores y posteriormente seleccionar un número determinado de ellas conforme a una valoración objetiva de sus méritos.

5.^a Cabe recordar que, tal y como prevé el propio artículo 45.1 EBEP, los sistemas de solución extrajudicial se establecen con indepen-

dencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias que actúan en el marco de la negociación colectiva funcional, lo que implica la concurrencia de ambas figuras. Concurrencia que deberá ser, en principio, pacífica ya que el ámbito de actuación de cada una de esas figuras o su papel será distinto (actuando la comisión paritaria como fase previa), aun cuando el EBEP nada señala al respecto ³².

6.^a Finalmente, el enigmático artículo 45.5 EBEP señala que la utilización de los sistemas de solución de extrajudicial se efectuará conforme a los procedimientos que reglamentariamente se determinen previo acuerdo con los sindicatos más representativos; esto es, deberá existir un reglamento convenido que fijará las normas relacionadas con el correspondiente procedimiento de solución ³³, aun cuando, a nuestro entender y como hemos visto en un apartado anterior, tales normas también pueden fijarse en el momento de creación del correspondiente sistema.

2. La compleja relación existente, en el marco del EBEP, entre el proceso de negociación colectiva y los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos

Tal y como hemos venido afirmando, el EBEP pretende interrelacionar, de diversas formas, la negociación colectiva y los medios extrajudiciales de solución de conflictos, estableciendo también en ese sentido en su artículo 38.7, que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el artículo 38.3 «y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos», corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos con las excepciones contempladas en los apartados 11 a 13 del mismo precepto. Si bien con esta solución se promocionan los medios extrajudiciales de solución de conflictos, al integrarse, en el caso de los conflictos de intereses, en el marco del propio proceso de negociación colectiva, la doctrina ya ha señalado —opinión que no compartimos— que esta solución constituye un error, ya que la obligatoriedad o voluntariedad de los sistemas de solución de conflictos que, son, sin duda, sistemas de la autonomía colectiva, se ha de dejar a disposición de las partes que pueden pactar su adopción siempre que lo consideren conveniente en los correspondientes instrumentos colectivos o, alternativamente, disponer su activación ante cada conflicto específico y concreto ³⁴.

³² Sobre la indefinición del EBEP, MAURI MAJÓS, J.: «Los derechos colectivos...», *ob. cit.*, p. 329.

³³ MAURI MAJÓS, J.: «Los derechos colectivos...», *ob. cit.*, p. 330.

³⁴ MAURI MAJÓS, J.: «EL nuevo marco...», *ob. cit.*, p. 13.

Sin embargo y a pesar de esas críticas, el artículo 38.7 EBEP opta por establecer la citada interrelación —que, a nuestro entender resulta acertada—, pero, por desgracia, no define sus parámetros concretos, lo que da pie a varios e importantes interrogantes:

a) En primer lugar, cabe preguntarse cuál es el ámbito subjetivo de la obligación impuesta por el citado artículo 38.7, esto es, quiénes serían los que acudirían, en el marco del proceso negociación colectiva, a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos.

En esta cuestión la respuesta necesariamente debe ser amplia, es decir, serán todos aquellos sujetos implicados en una negociación en la que no se produzca acuerdo en la propia negociación o en la renegociación, con independencia de que, en su momento, hubieran participado o no en la creación del correspondiente sistema de solución extrajudicial de conflictos. Tal y como vimos anteriormente, dicho sistema puede llegar a crearse simplemente con el acuerdo entre la Administración y un sindicato minoritario, pero, a nuestro entender, cualquier otro sujeto incluido en su ámbito de aplicación queda cubierto (y, en su caso, obligado) por el mismo.

b) En segundo lugar, y teniendo presente la propia configuración del artículo 45 EBEP, sólo será posible cumplir lo previsto en el artículo 38.7 en aquellos casos en que en el marco del conflicto de intereses se haya creado el correspondiente órgano específico de solución extrajudicial de conflictos. Por tanto, si las partes legitimadas para crear dicho órgano —que como vimos «podrán» crearlos— no lo crean, la interrelación que el citado artículo 38.7 establece entre la negociación colectiva y los medios extrajudiciales, quedará inaplicada (especialmente en el marco de las entidades locales, donde será difícil, como apuntamos, crear un órgano de tales características), salvo que las partes implicadas en el conflicto decidan, de forma voluntaria, someterse igualmente a los medios extrajudiciales para resolver el conflicto existente, solución ésta que no será muy frecuente en la práctica.

c) Por otra parte, no se concreta qué tipo de desacuerdo en el proceso de negociación colectiva o de renegociación debe conducir a los medios extrajudiciales de solución de conflictos.

En efecto, el artículo 38.7 se refiere sólo a que «no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación», lo que lleva a preguntarnos si todo tipo de desacuerdo —por mínimo que sea— abrirá la vía de los medios extrajudiciales de solución de conflictos —solicitando una de las partes una mediación obligatoria en el sentido del artículo 45 EBEP— o, por el contrario, sólo desacuerdos respecto de materias de fondo darán pie a esa vía. Para complicar un poco más la cuestión, podría llegar a defenderse, incluso, que cualquier tipo de desacuerdo,

respecto de cualquier sindicato legitimado para negociar y en cualquier momento del proceso de negociación colectiva podría dar lugar a iniciar la vía de la solución extrajudicial, lo cual podría tener como efecto evidente el ralentizar —o incluso paralizar— el correspondiente proceso de negociación colectiva.

A nuestro entender, esta cuestión debería haber quedado mejor resuelta en el artículo 38.7 EBEP, aun cuando podría defenderse que sólo tendría sentido acudir a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos en el momento en que la propia evolución —o paralización parcial o definitiva— de la negociación colectiva hacen necesaria dicha intervención. Asimismo, rozaría la mala fe el utilizar lo dispuesto en el artículo 38.7 como estrategia negociadora, encaminada a entorpecer la propia negociación colectiva o a evitar acuerdos, con la consiguiente imposición unilateral de condiciones por parte de la Administración.

De este modo, podría interpretarse que sólo sería obligatorio recurrir a los medios extrajudiciales en la fase final del proceso negocial, es decir, en aquel momento en que las partes han agotado todos sus recursos propios para alcanzar un acuerdo y no lo han logrado (situación calificada doctrinalmente como de *impasse* definitivo en la negociación, esto es, el momento en que las partes han llegado a una fase en que no es posible, al menos en las circunstancias concurrentes, la continuación del proceso negocial). En consecuencia, los sistemas extrajudiciales tendrían aquí la labor de intentar salvar esa situación de *impasse*³⁵.

d) El artículo 38.7 EBEP se refiere, como hemos visto, a que «*una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos*», lo que implica, a nuestro entender, que ese agotamiento puede producirse a través de dos caminos: tal y como señalamos anteriormente, cuando no se ha establecido en dicho marco un órgano específico de solución de conflictos y las partes no optan voluntariamente por acudir igualmente a los medios extrajudiciales, o, cuando existiendo dicho órgano específico las partes no recurren ni al arbitraje ni a la mediación obligatoria, en los términos examinados páginas atrás.

e) No coinciden los términos utilizados por los artículos 38.7 y 45 EBEP, por cuanto mientras que en el primero se hace referencia a «*procedimientos de solución extrajudicial de conflictos*», el segundo habla, como hemos visto, de «*sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos*». Falta de coordinación en los términos que hace pensar en si su ámbito de actuación coincide totalmente. A nuestro entender, el término «*sistemas*» tiene un alcance más amplio o, en otras palabras, engloba el de «*procedimientos*». En efecto, como vimos anteriormente, el artículo 45 cuando se refiere a «*sistemas*» parece pretender

³⁵ GALA DURÁN, C.: «Los sistemas...», *ob. cit.*

el establecimiento de estructuras u órganos específicos y permanentes destinados a la solución extrajudicial de conflictos colectivos, incorporando para ello unos determinados «*procedimientos*», como son la mediación obligatoria a petición de una de las partes y el arbitraje.

Ello implica, a nuestro entender, que de existir dicho órgano específico en el marco del conflicto, las partes cumplirán lo dispuesto en el artículo 38.7 en el marco de dicho órgano —agotando dichos procedimientos de solución extrajudicial en el sentido apuntado anteriormente— y de no existir tal órgano agotarán dichos medios por el solo hecho de su inexistencia, aunque voluntariamente podrían recurrir a los medios extrajudiciales, pero ya no integrados en el marco de un órgano específico y permanente.

f) A pesar de las dificultades e interrogantes, no cabe perder de vista que el objetivo del artículo 38.7 es considerar los medios extrajudiciales de solución de conflictos como una herramienta más para lograr el objetivo de llevar a buen puerto un proceso de negociación colectiva funcional, por cuanto lo que se pretende es que ante una situación de «*impasse*» de las antes apuntadas las partes tengan una nueva vía para ponerse de acuerdo.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados por el EBEP, surgen dos factores que pueden hacer que el resultado de los mismos sea escaso: en primer lugar, porque en pocos casos una situación de «*impasse*» de tales características podrá ya resolverse, máxime si los medios extrajudiciales a los que puede recurrirse son, como vimos, la mediación obligatoria o el arbitraje pero no la conciliación, y en segundo lugar, por el hecho —que no podemos olvidar— que si no hay acuerdo extrajudicial la correspondiente Administración Pública podrá fijar unilateralmente las condiciones de trabajo, factor que podría condicionar su pre-disposición ante los medios extrajudiciales.

En torno a esta cuestión, la doctrina ya ha señalado que este particular procedimiento, cuando ya se ha constatado la existencia de una zona de desacuerdo recuerda más a una forma de conflicto colectivo prolongado en el tiempo que a un sistema equilibrado de composición de interés y recuperación de la voluntad de acuerdo ³⁶.

III. CONCLUSIONES GENERALES

Sin reiterar aquí las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores, sí cabe apuntar dos reflexiones finales. En primer lugar, que no

³⁶ MAURI MAJÒS, J.: «Los derechos colectivos...», *ob. cit.*

hay duda que el EBEP ha apostado por promocionar los medios extrajudiciales de solución de conflictos, organizándolos como órganos específicos y permanentes en el marco de las Administraciones Públicas, dejando su implantación —como no podía ser de otra manera si se pretende que sean eficaces y, sobre todo, que cuenten con la confianza de los agentes implicados— en manos de las Administraciones Públicas y organizaciones sindicales. El tiempo nos dirá si se implantarán realmente, aunque teniendo en cuenta lo ocurrido desde la entrada en vigor del EBEP no podemos ser muy optimistas.

Y en segundo lugar, también el EBEP ha optado por interrelacionar medios extrajudiciales y negociación colectiva, aunque al no definir adecuadamente, como hemos visto, los parámetros de dicha interrelación, es posible que las partes negociadoras de un pacto o acuerdo de funcionarios acaben considerando dichos medios como un estorbo para la negociación, lo que probablemente no era lo que perseguía el legislador.

Comunicación a la Ponencia Temática III

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL EMPLEADO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES LOCALES

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

Ayudante LOU
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 1.1. Cuestiones que se plantean con relación al derecho a la negociación colectiva en el ámbito público. 1.2. Cuestiones que afectan al derecho a la negociación colectiva en las Entidades Locales.—
2. DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS NEGOCIADORES: OBSTÁCULOS EN LA COMPOSICIÓN Y EXCESIVA SINDICALIZACIÓN. 2.1. El banco empresarial: La Administración como empresa o grupo de empresa. 2.2. El banco social: Exclusiones e inclusiones de empleados públicos y convivencia de personal funcionario y laboral.—3. CALIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y CONSECUENCIAS.—4. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ACERCA DE SU INCIDENCIA EN LA GESTIÓN DE PLANTILLAS DE LOS ENTES LOCALES. 4.1. El acceso al empleo público: Ofertas de empleo público, reservas de puestos de trabajo en el acceso y dotación de plazas. 4.2. La cuestión salarial: El contenido esencial del derecho negocial a revisión. 4.2.1. Acerca de la adecuación de los topes retributivos y la congelación salarial en la negociación colectiva del empleado público: La restricción de la suplementariedad convencional. 4.2.2. Lagunas del legislador: Acerca de la posibilidad de descuelgue salarial. 4.3. La protección social complementaria y la incidencia en ella del principio de igualdad: Una cuestión a resolver.—5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA EL AVANCE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS ENTES LOCALES.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La especialidad con la que se ha manifestado el derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la Administración pública ha dado origen a la aplicación de dos regímenes jurídicos diferentes, uno para funcionarios y otra para laborales, en los que se excepcionan la extensión del derecho a la negociación colectiva laboral de empresas privadas en atención a los principios propios del ámbito administrativo: legalidad, cobertura presupuestaria en la determinación de las cuantías salariales, ponderación del derecho a la negociación colectiva por intereses generales o interés público. Dicha regulación sufrido una evolución desde la especialidad de los derechos colectivos de funcionarios hasta la especialidad de los derechos colectivos de laborales de quienes prestan servicios en la Administración, en ambos casos, finalmente hacia la propia especialidad del derecho a la negociación colectiva de quienes desarrollan la prestación de servicios en el ámbito de empresas públicas sin diferenciar el vínculo funcional o laboral del prestador del servicio ¹.

¹ Defienden la especialidad de quienes prestan servicio en la Administración frente quienes lo hacen para empresas privadas, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de aplicación», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 46; SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): «Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público», *ob. cit.*; RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.: «Érase una vez (...) la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000», en *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000 (BIB 314/2001); CRUZ VILLALÓN, J.: «Algunas especialidades en la negociación colectiva (laboral y funcional) en la Administración Pública», en CRUZ VILLALÓN, J.: *La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, p. 26. También, ATC de 4 de diciembre de 1985 (ATC 858/1985); ATC de 24 de septiembre de 1986 (RTC 731/1986); STC de 24 de mayo de 1990 (RTC 96/1990); STC de 27 de julio de 1982 (RTC 57/1982); STC de 21 de mayo de 1986 (RTC 63/1986). No obstante, nos movemos en una zona gris entre los administrativistas, defensores del interés público sobre el particular de los trabajadores con lógicas como la legalidad, las prerrogativas de la Administración, y los laboristas, defensores bien de lo privado o de lo mixto con el constante recurso a la autonomía de la voluntad.

A este respecto, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP, supone un notable impulso del derecho a la negociación colectiva ² en la medida que respecto a la legislación incorpora cambios tanto en el ámbito de aplicación —se refiere al empleado público frente a la separación de la regulación de funcionarios y laborales avanzando en la misma dirección que la Ley 21/2006, de 20 de junio, que se admitía por vez primera el derecho a la negociación conjunta de funcionarios y laborales solucionando uno de los graves conflictos en negociación que había dado lugar a muchos pactos y acuerdos mixtos (art. 36 EBEP) ³— como en el contenido material —se equiparan los derechos de negociación colectiva con una serie de principios informadores comunes (art. 31 EBEP) a los que se le unen otros derechos individuales y colectivos que son reconocidos tanto a funcionarios como a laborales (art. 14 EBEP) optando así por la aproximación, si bien se mantienen determinadas excepciones para los funcionarios quienes históricamente disfrutaban de un derecho a la negociación colectiva de contenido menor—.

Aún así tras el EBEP quedan cuestiones pendientes de resolver que siguen obstaculizando el derecho a la negociación colectiva en las que las posiciones, unas consolidadas y otras no, resultan insuficientes a la efectividad del derecho a la negociación colectiva. Estos obstáculos se manifiestan en el ámbito local en el que concurren dos tipos problemas aquellos que afectan en general al derecho a la negociación colectiva del empleado público y aquellos que inciden en particular en las Entidades Locales.

² El EBEP fundamenta su actuación, entre otras, en la « negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo» [art. 1.3.k) EBEP] reconociendo a todos los empleados públicos como derecho individual de ejercicio colectivo «la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo» [art. 15.b) EBEP] definiendo el derecho a la negociación colectiva como «el derecho a la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración» (art. 31.2 EBEP).

³ La eficacia de esta negociación era reclamada por la doctrina laboralista pese a su nulidad en multitud de pronunciamientos, MARÍN ALONSO, I.: *La negociación colectiva conjunta de personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Comares, Granada, 1999; GARCÍA BLASCO, J.: «La negociación colectiva en las Administraciones Públicas», en GÁRATE CASTRO, J.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, p. 223; CRUZ VILLALÓN, J.: «Algunas especialidades en la negociación colectiva (laboral y funcionarial) en la Administración Pública», *ob. cit.*, p. 38. Además, constituía una práctica muy extendida en las corporaciones locales donde se había tratado de responder a los problemas de gestión de doble plantilla y excesivo gasto de tiempo en la negociación mediante estas prácticas; CALVO GALLEGU, J.: «La negociación colectiva en las Administraciones Locales andaluzas», en CRUZ VILLALÓN, J.: *La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza*, *ob. cit.*, pp. 578-580. TERRADILLOS ORMAEATE, E. y MARTÍNEZ GALLOSO, M. N.: «Retos y perspectivas de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas Vascas», en LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 66.

1.1. Cuestiones que se plantean con relación al derecho a la negociación colectiva en el ámbito público

De manera recurrente tras el análisis del régimen jurídico de quienes prestan al servicio de la Administración tanto en el EBEP como en regulaciones anteriores aparecen dos cuestiones. Primero, si existe especialidad del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios público frente al derecho a la negociación colectiva laboral, cuestión a la que se ha contestado que sí sobre la base de un diferente reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, el de los funcionarios al no tener reconocimiento expreso se trataría de un derecho de configuración legal mientras que el de los laborales se trataría de un derecho constitucional (art. 37 CE) ⁴. Segundo, si existen especialidades en el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores laborales que prestan servicios en la Administración Pública frente a los trabajadores laborales en empresas privadas, cuestión a la que por el tenor literal del EBEP, fruto de la orientación doctrinal, hemos de contestar que sí. Tercero, si las especialidades que concurren en los funcionarios y laborales nos llevan a afirmar que es necesaria una regulación también con especialidades del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública, homogéneo para funcionarios y laborales, cuestión aún no resuelta y que precisamente obstaculiza el derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública debido a que se reclama una negociación conjunta de la condiciones de trabajo y empleo por parte de ambos colectivos pero en la práctica las diferencias en la composición de las mesas de negociación, de los instrumentos y del contenido de la negociación hace que se creen especialidades para funcionarios que no concurren en los laborales que prestan al servicio de la Administración ⁵.

1.2. Cuestiones que afectan al derecho a la negociación colectiva en las Entidades Locales

La convivencia en los Entes Locales en un espacio reducido de personal funcional y laboral ha situado a la negociación colectiva en este ámbito como pionera de las nuevas formas de concertación social. Sin embargo, este escape del régimen obligatorio ha provocado conflicto de los que han conocido los Tribunales en el sentido de aplicar la regulación obligatoria restringiendo, por tanto, el derecho a la negocia-

⁴ Véase la contundencia de los argumentos en la STC de 27 de junio de 1982 (RTC 57/1982).

⁵ LÓPEZ GANDÍA, J.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico*, ponencia temática al XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, disponible en www.aedtss.com. p. 10 el EBEP mantiene la dualidad formal.

ción colectiva en los Entes Locales a la legislación vigente y, en consecuencia, resaltando la configuración legal del mismo frente a la equiparación al derecho a la negociación colectiva laboral.

El núcleo principal de los problemas del derecho a la negociación colectiva de los Entes Locales, al margen de la incidencia de las cuestiones generales estudiadas en el apartado anterior, es la excesiva asunción de competencias del Estado y las CC.AA. en la organización de las plantillas y, en consecuencia, la discutible restricción de este derecho en los Entes Locales que colisiona con el reciente papel de la autonomía local tanto en la dimensión internacional (art. 3 TCE; Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985) y nacional a la cual se refiere nuestro legislador (art. 2 CE; art. 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL; art. 3.1 EBEP) lo que provoca la reducción de la capacidad de gestionar y organizar la plantilla laboral ⁶.

Por su parte, el EBEP configura de manera insuficiente el espacio asignado a la negociación colectiva dando lugar a omisiones, queridas o no, en algunas partes del articulado en las que podrían y/o deberían estar presentes los Entes Locales [art. 36.2, art. 37.1.a) y Disposición Adicional segunda EBEP] junto a la introducción de especialidades adicionales que afectan exclusivamente a este ámbito (art. 3 y Disposición Adicional segunda EBEP). Su incidencia práctica es relevante si se tiene en cuenta que una cuarta parte del empleado público en la actualidad es local y que esta cifra es probable que aumente de forma progresiva al reconocimiento de mayor autonomía local. Analicemos, en consecuencia, los aspectos más relevantes del derecho a la negociación colectiva en los Entes Locales.

2. DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS NEGOCIADORES: OBSTÁCULOS EN LA COMPOSICIÓN Y EXCESIVA SINDICALIZACIÓN

2.1. El banco empresarial: La Administración como empresa o grupo de empresa

El EBEP permite diferenciar en cuanto a la composición del banco empresarial tres tipos de reglas en atención a si la negociación es de funcionarios públicos, mixta —de funcionarios y laborales— o si se trata de negociación de trabajadores laborales (arts. 32-36 EBEP).

⁶ Se ha cuestionado si la reforma del EBEP es un instrumento válido para el reto que a las Corporaciones Locales se les propone, PINAZO HERNANDIS, J.: «La necesaria reforma del empleo público local en la modernización de los gobiernos locales», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 304, 2007.

En cuanto a los funcionarios, el EBEP determina la constitución de una Mesa General de negociación en el ámbito de la Administración General del Estado en la que participan representantes de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación Española de Municipios y Provincias; Mesas Generales en cada una de las Comunidades Autónomas, en cada una de las Entidades Locales y las ciudades de Ceuta y Melilla (arts. 34 y 36 EBEP). La novedad más importante introducida es el reconocimiento negocial a las asociaciones de municipios y a las entidades locales de carácter supra-municipal (art. 34.2 EBEP) estableciendo una posibilidad adicional de descentralización de las competencias y autogestión que permite la negociación en esas unidades si bien ya ha sido advertida la reducida aplicación práctica de esta unidad negocial ⁷.

Por lo que se refiere a la negociación mixta, una de las novedades más importantes de la ley, el artículo 36.3 EBEP determina la constitución: «*en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de negociación*», salvando los problemas de constitución del banco empresarial de la negociación mixta, sin perjuicio, de que la redacción del precepto resulta un tanto oscura y puede dar lugar a conflictos interpretativos.

En otro orden de ideas, el EBEP no ha entrado en la determinación de las reglas específicas relacionadas a la composición del banco empresarial en la negociación colectiva de laborales al servicio de la Administración perdiendo así la oportunidad de solucionar uno de los aspectos problemáticos pues la omisión de regla específica tiene relevancia en tanto que la aplicación del ET nos lleva al debate inconcluso acerca de si los convenios colectivos negociados con la Administración en la que están presentes trabajadores laborales son de empresa, considerando que todas las Administraciones conforman una única unidad con un único interés, o supra-empresariales, atendiendo a que cada Administración competente formaría una empresa diferente y no un grupo de empresas con dirección única. El artículo 103 CE y los pronunciamientos judiciales a los que nos referiremos relativos a la fijación de los topes retributivos en el apartado correspondientes suelen apoyar la tesis de la dirección única del Estado que concluiría en la calificación de estos convenios como de empresa aunque la doctrina laboralista mayoritaria defiende una tesis mixta en las reglas de composición, es decir, la empresarialidad del convenio en la legitimación de la Administración y la supra-empresarialidad del convenio en la deter-

⁷ LÓPEZ GANDÍA, J.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico», *ob. cit.*, pp. 17-18.

minación de la representatividad de los trabajadores, sin entrar en la calificación⁸.

2.2. El banco social: Exclusiones e inclusiones de empleados públicos y convivencia de personal funcionario y laboral

Las cuestiones que más afectan a la negociación colectiva de los trabajadores en cuanto a la composición del banco negocial guardan relación, por un lado, con las posibles exclusiones de colectivos, por otro, con la propia composición del banco social en la confluencia de las reglas negociales específicas del EBEP en la negociación colectiva de funcionarios y acuerdos mixtos y la aplicación de las reglas del ET para los laborales.

A este respecto, una práctica bastante extendida en las mesas de negociación de la Administración es la exclusión de determinado personal, ya sea funcionario o laboral, tales como altos directivos u otros colectivos, profesores de religión. Ello ha dado lugar a algunos pronunciamientos judiciales en los que suele interpretarse que dicha exclusión requiere el consentimiento del colectivo afectado y sólo es posible cuando éste no quede en una situación de difícil o imposible la negociación. Por su parte, el EBEP excluye del derecho a la negociación del EBEP al personal de alta dirección [art. 13.4 y art. 37.2.c) EBEP] optando por una discutible separación de colectivos⁹.

Por otro lado, de la lectura del EBEP y del análisis de la experiencia negociadora en la composición del banco social se aprecia siempre en la negociación colectiva realizada en el marco de la Administración Pública una excesiva sindicalización que dificulta la representación unitaria

⁸ STS de 8 de octubre de 1993 (RJ 758/1993); STS de 15 de febrero de 1994 (RJ 4436/1994); STS de 21 de junio de 1996 (RJ 52/1996); STS de 30 de abril de 1996 (RJ 36123/1996).

⁹ El EBEP en los artículos 3 y 7 realiza algunas exclusiones más: 1.º) El personal funcionario de correos al que se le aplica sólo supletoriamente en el EBEP. 2.º) El personal laboral de correos que se rige por las normas laborales. 3.º) El personal funcionario de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas, de los órganos constitucionales del Estado y órganos estatutarios de las CC.AA., los jueces y magistrados, entre otros, que se rigen por su legislación y por el EBEP sólo cuando en ella se determine. Y puede que a los funcionarios interinos y eventuales a los que se le aplica « en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición el régimen general de los funcionarios de carrera» (arts. 10.5 y 12.5 EBEP). En vía judicial, la STS de 9 de octubre de 2003 (RJ 7723/2003); ya tratada por quien firma esta comunicación en GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J.: «La exclusión de los profesores de religión del ámbito personal del convenio colectivo de la CC.AA. de Madrid: una manifestación más del recorte de sus derechos laborales», en *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2005; se excluye a los profesores de religión, trabajadores laborales públicos, del convenio colectivo del personal laboral de la CC.AA. de Madrid 2001-2003 (BOCM de 25 de octubre de 2001).

y que supone el abandono de las reglas negociales de los convenios de empresa con la consiguiente fuerza que adquieren los sindicatos de funcionarios en todo los procesos negociales en la Administración Pública como se desprende de las reglas negociales de los funcionarios (art. 33 EBEP), de la negociación mixtas (art. 36.3 EBEP) y laboral que en aplicación de la tesis mayoritaria a la que antes me refería la composición del banco nos lleva a la presencia de nuevo de los sindicatos (art. 87.2 ET). En ámbitos reducidos pequeños como los Entes Locales esto colisiona con representantes unitarios no sindicalizados que ven las puertas cerradas las puertas a la negociación de convenios con la Administración sin que, en ocasiones, pueda ser llevada esa negociación por representantes sindicales que carecen del requisito de la representatividad. No obstante, el EBEP ha hecho caso omiso a las recomendaciones de incluir más participación de la representación unitaria ignorando los obstáculos que ello conlleva.

3. CALIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y CONSECUENCIAS

La exclusión de los funcionarios públicos de la fuerza vinculante del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y la fijación de topes retributivos en Leyes de presupuestos han originado en la negociación de la Administración Pública prácticas negociales extrañas al Derecho del Trabajo por la cuales los acuerdos pueden quedar recogidos tanto en leyes o reglamentos. Ello ha dado lugar a una excesiva legalización, también estatalización por la reserva a favor de la Administración Central, de las condiciones de los empleados públicos que limitan la capacidad de negociación en ámbitos inferiores más allá de los propósitos de información y consulta (art. 38.3 EBEP) tanto formales como informales laborales en los que el reglamento o la ley vienen ocupando un espacio de la negociación colectiva cerrando la posibilidad de las formas más flexibles de negociación paccionada que ofrecen los instrumentos propios de concertación social, convenios, acuerdos o pactos ¹⁰.

Por otro lado, los funcionarios públicos sólo pueden emplear « *pactos y acuerdos* » (art. 38 EBEP), en la dirección con la tesis que mantiene la exclusión de los funcionarios de la fuerza vinculante de la negociación colectiva; los laborales pueden optar por introducirlos en

¹⁰ Crítica esta práctica, TERRADILLOS ORMAEXTEA, E. y MARTÍNEZ GALLOSO, M. N.: «Retos y perspectivas de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas Vascas», *ob. cit.*, pp. 43-44, señalan que resulta difícil determinar qué parte es negociada y cuál no y pueden pactarse cuestiones que no queden reflejadas o se introduzcan nuevas que no hubieran sido pactadas.

convenios, pactos o acuerdos (art. 83 y ss. ET) y la negociación colectiva mixta se articula con una eficacia mixta que diferencia en función de la vinculación del prestador del servicio con la Administración, si afecta a funcionarios la eficacia es la del artículo 38 EBEP y si se trata de trabajadores laborales le concede la eficacia vinculante o no dependiendo de la representación que lo negocie. En consecuencia, el EBEP no ha resuelto la eficacia de la negociación colectiva lo que nos lleva de nuevo a los problemas de articulación y diferente reconocimientos de derechos de funcionarios y laborales en procedimientos en los que se ha negociado conjuntamente, problemas éstos que tienen especial incidencia en ámbito local, precisamente, por su vocación de negociación conjunta. Tampoco ha resuelto la instancia competente para conocer de los conflictos cuestión ésta que ha originado grandes problemas de inseguridad jurídica que persistirán en el futuro ¹¹.

En consecuencia, sin desmerecer el relevante cambio en cuanto a la admisión de la negociación mixta, tan importante para los Entes Locales, la diferente eficacia priva a la negociación en este ámbito de la virtualidad que ofrecen los convenios colectivos laborales, por excelencia el estatutario, que es, como se sabe, la eficacia general en cuanto a la aplicación a todos los empresarios y trabajadores en su ámbito de aplicación y vocación de regulación de todas las condiciones de empleo. La negociación colectiva en la Administración no alcanza estos efectos normativos por lo que es posible que afecte sólo a determinados trabajadores, más allá de las exclusiones que puedan realizarse en la negociación, y/o que el contenido se restrinja sólo a determinadas materias ¹².

4. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ACERCA DE SU INIDENCIA EN LA GESTIÓN DE PLANTILLAS DE LOS ENTES LOCALES

El artículo 37 EBEP realiza una novedosa clasificación de las materias diferenciado entre aquellas que son y las que no son objeto de

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de aplicación», *ob. cit.*, p. 52 y ss., propone la creación de una instancia propia que reforzaría la idea que se mantiene en este trabajo de realizar diferencias en función de la personalidad pública o privada del empleador.

¹² El propio EBEP en cuanto a los «acuerdos y pactos» realiza en muchas ocasiones alusiones a su carácter limitado, por ejemplo, pueden comprobarse dichas limitaciones en cuanto a las materias reservadas a la ley «*su contenido carece de eficacia directa*» (art. 38.3 EBEP) y «*se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causas graves de interés público (...)*» (art. 38.10 EBEP). ROQUETA BUI, R.: *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 469 y ss., se refiere al contenido normativo y no normativo y a las insuficiencias en la determinación.

negociación¹³ a las que incorpora una serie de principios comunes que afectan a las materias negociables y, por tanto, a la capacidad de gestionar las plantilla de los Entes Locales y que se dividen en tres: Primero, la «obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia» respecto a la determinación de las condiciones de los funcionarios, extensibles también por aplicación del ET a los laborales. Segundo, el reparto de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales. Tercero, aquellos que se refieren a la especialidad del empleado público: a) acceso en condiciones de igualdad y aplicación de los principios e igualdad, mérito y capacidad; b) respeto a las materias reservadas a la ley, límites retributivos y planes de pensiones; c) carácter reglado de la actuación administrativa, salvaguardia del interés general público en las actuaciones de la Administración¹⁴.

Los límites legales impuestos restringen sin dudas la capacidad de organización y gestión de las entidades locales pues muchas en muchas materias por aplicación de los principios de aplicación e interpretación del Derecho se impide la negociación tanto de mejora como de empeora de las condiciones de empleo¹⁵. En esta investigación sólo se analizan

¹³ La lista puede ordenarse de la siguiente forma: A) Materias sobre las que existe reserva legal: El incremento de las retribuciones, la determinación y aplicación de las retribuciones básicas de funcionarios y laborales (arts. 21-27 EBEP); la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios (art. 24 EBEP); la cuantía de las aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguros colectivos que incluyan la cobertura de la jubilación (art. 29 EPEP). B) Materias excluidas de la negociación: Las decisiones que afecten a sus potestades de organización, salvo que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios en las que cabe negociación con las organizaciones sindicales; la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y los usuarios de los servicios públicos, la determinación de las condiciones del personal de alta dirección (art. 13.4 EBEP), los poderes de dirección y control de la relación jerárquica y los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso a la función pública (art. 37.2 EBEP). C) Materias susceptibles de negociación: Los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño; los criterios generales de los planes y fondos para la formación y promoción interna; los criterios de aplicación de los planes de pensiones, con respeto a las cuantías; los criterios de determinación de las prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas, las propuestas sobre derechos sindicales y participación; los criterios generales de acción social; la prevención de riesgos laborales; las condiciones de trabajo de funcionarios; los criterios generales de las ofertas de empleo y las cuestiones referidas al tiempo de trabajo, movilidad funcional y geográfica así como dirección estratégica que tenga relación con la condiciones de trabajos de los empleados públicos.

¹⁴ Algunos de ellos determinan la especialidad de esta prestación de servicios según CRUZ VILLALÓN, J.: «Algunas especialidades en la negociación colectiva (laboral y funcional) en la Administración Pública», *ob. cit.*, p. 27 y ss.

¹⁵ La doctrina judicial ha declarado la nulidad de estos pactos, STC de 27 de julio de 1982 (RTC 57/1982); STC de 21 de mayo de 1986 (RTC 63/1986); STC de 24 de mayo de 1990 (RTC 96/1990); STS de 9 de marzo de 2000 (RJ 2901/2000); STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 8600/2000); STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 4318/2002).

las que se consideran aquellas que afectan más a la autonomía local en cuanto a la organización de las plantillas y configuran en general la especialidad del empleo público.

4.1. El acceso al empleo público: Ofertas de empleo público, reservas de puestos de trabajo en el acceso y dotación de plazas

Los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (arts. 23.2 y 103 CE) determina que las ofertas de empleo público se encuentren sometidas a determinados límites que no operan en las empresas privadas acerca de la publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad, independencia y discrecionalidad, objetividad en la convocatoria y en la resolución de las plazas (art. 55 EBEP) que tratan de evitar el favoritismo familiar, político y sindical en la línea de conseguir el acceso en condiciones de igualdad y una Administración eficaz para lo que se ha de tener especial cautela tanto en los procedimientos de determinación de las ofertas, evitando la hipoteca de puestos de trabajo hacia el futuro, como los procesos de selección ¹⁶. Dichas cautelas nos llevan casi a excluir la negociación colectiva sobre las ofertas de empleo. En este sentido, el EBEP destina dos párrafos a las ofertas de empleo y ascenso, uno referido a las posibilidades de negociación [art. 37.1.c) y l) EBEP] y otro referido a la exclusión [art. 37.2.e)]. El vocablo «*concreta*» del artículo 37.2.c) EBEP nos hace concluir que la negociación colectiva sólo afectará a los criterios generales mientras que la asignación de criterios de convocatorias y selección de personal entrarán dentro de la «*potestad de organización*» que se excluye de la negociación [art. 37.2.a) EBEP] ¹⁷. En las Entidades Locales estas cautelas deben ser especialmente tenidas en aras de conseguir la garantía de los principios aludidos.

Del mismo modo, el principio de igualdad (arts. 9 y 14 CE) nos lleva a afirmar la posibilidad de intervenir en colectivos poblacionales que resulten deprimidos estableciendo cuotas a favor del empleo de minusválidos (art. 59 EBEP) y preferencias en el empleo de mujeres (disposición adicional octava del EBEP, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) así como otras que se determinen respecto a los colectivos con dificult-

¹⁶ STC de 11 de junio de 1987 (RTC 99/1987), insiste en este planteamiento SERRANO PASCUAL, A. y TERUEL MELERO, M. P.: *Las funciones directivas en las entidades locales*, Bayer Hermanos, 2000, Barcelona, p. 30.

¹⁷ ROQUETA BUI, R.: «El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público», *ob. cit.*, p. 292, excluye la confección de la plantilla reservándola a la Administración competente a menos que se trate de puestos que queden vacantes.

tades de inserción en el mercado de trabajo: jóvenes, trabajadores de edad avanzada y otros colectivos tanto por ley como por negociación colectiva.

La capacidad negocial de los Entes Locales se encuentra, además, afectada por otros límites específicos propios del reparto de competencias: 1.º) La reserva a favor de funcionarios públicos de carácter estatal para la realización de determinadas funciones públicas en las Corporaciones Locales, que exceden de las previstas en el artículo 9.2 EBEP¹⁸, y que son exclusivas en los Entes Locales: a) la secretaria, comprensiva de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, y b) el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, la contabilidad, tesorería y recaudación (Disposición Adicional segunda EBEP). 2.º) La creación y supresión de los funcionarios públicos con habilitación estatal que corresponde a la Comunidad Autónoma cuando se trata de los concursos ordinarios, sin perjuicio, de la aprobación y su resolución que corresponde a la Corporación Local (Disposición Adicional segunda EBEP); y al Ministerio de Administraciones Públicas si es estatal. 3.º) La determinación de funcionarios sin habilitación nacional que corresponde al Estado¹⁹.

Lo anterior restringe bastante la capacidad de seleccionar al personal. Por su parte, los Entes Locales han tratado de utilizar vías más flexibles como la laboral para incorporar personal aunque estas prácticas tienen sus propios controles como el de la disposición adicional estudiada o el artículo 90 LBRL que permite la aprobación de la plantilla a los Entes Locales pero destina los criterios de relación de puestos de trabajo, la clasificación al Estado.

4.2. La cuestión salarial: El contenido esencial del derecho negocial a revisión

La Ley 44/1983 introdujo una importante reforma en el control presupuestario de las Administraciones Pública mediante la admisión

¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Clases de personal», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): «Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público», *ob. cit.*, pp. 90-93, interpreta que ambos preceptos (art. 9.2. EBEP y Disposición Adicional segunda EBEP) guardan una lógica igual que se corresponde con los del derecho a la libre circulación en cuanto que tanto el artículo 15.1.c) LMRFP, que reserva que los puestos de trabajo de la administración del Estado, los organismos autónomos y entidades gestoras de la Seguridad Social y las leyes de la función pública de las CC.AA. siguen vigentes. Probablemente, el EBEP lo que trate sea de corregir la excesiva laboralización de los Entes Locales frente a otras Administraciones.

¹⁹ ROQUETA BUI, R.: «El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público», *ob. cit.*, p. 318.

de la fijación de topes salariales máximos por parte del Estado a los empleados públicos que no exenta de críticas ha superado los controles de constitucionalidad quedando amparada por una doctrina bastante consolidada que admite la imposición de estos topes de forma unilateral por el Estado tanto para el personal funcionario como laboral al servicio de todas las Administraciones Públicas incluidas las autonómicas y locales ²⁰.

La dirección única del Estado en el control de la política económica, equilibrio económico general y solidaridad (art. 149.1.13) ²¹ han servido de base para justificar este tipo de prácticas y rechazar los argumentos de autonomía financiera de las CC.AA. (art. 156.1 CE) y de las Entidades Locales (art. 137 CE) o de suficiencia de recursos en el caso de los entes locales (art. 142 CE) que se oponían frente a la fijación en ámbito estatal de los máximos retributivos restringiendo así las competencias

²⁰ STC de 21 de mayo de 1986 (RTC 63/1986); ATC de 4 de diciembre de 1986 (RTC 858/1985); ATC de 24 de septiembre de 1986 (RTC 731/1986); STC de 24 de mayo de 1990 (RTC 96/1990); STC de 15 de diciembre de 1992 (RTC 237/1992); STC de 22 de mayo de 1997 (RTC 103/1997); STC de 1 de marzo de 2001 (RTC 62/2001); STC de 31 de enero de 2002 (RTC 24/2002); STC de 9 de mayo de 2006 (RTC 148/2006); STS de 18 de diciembre de 1999 (RJ 2850/2000); STS de 5 de diciembre de 2000 (RJ 10535/2000); STS de 20 de febrero de 2001 (RJ 3108/2001); STS de 11 de abril de 2001 (RJ 2857/2001); STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 4138/2002); STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 4219/2002). En contra, DE LA VILLA, L. E. y GARCÍA BECEDAS, G.: «Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983», en *Relaciones Laborales*, 1985; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La administración puede ser tercero legitimado para impugnar un convenio colectivo que lesione su interés (o sobre cómo la guerra por las competencias puede servir a los Tribunales para aprovechar aparentes fisuras del ordenamiento procesal social en orden a evitar la aplicación del Derecho Sustantivo sobre el control estatal en incrementos de salarios. A propósito de la STJ del País Vasco, de 25 de junio de 2002)» (BIB 46/2003); PALOMAR OLMEDA, A.: «Algunos apuntes sobre la negociación colectiva de funcionarios públicos tras las sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/4318 y RJ 2002/4319)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 527, 2002.

²¹ El título competencial ha sido una de las cuestiones controvertidas al inicio de la doctrina que resulta de interés subrayar; ya que, una primera doctrina defendió sobre la base de la política de empleo y la planificación (arts. 40.1 y 131 CE); del progreso y la igualdad social (arts. 1 y 9.2 CE) o del carácter básico de las leyes que fijaban las cuantías retributivas de los funcionarios (art. 148.1.18 CE) la determinación de estos topes salariales. Las dificultades del encaje por estas vías, por citar la más relevante el 148.1.18 CE no incluye a los laborales, han derivado el título competencial hacia el artículo 149.1.13 CE, ampliando el ámbito subjetivo de aplicación con independencia de la vinculación con la Administración reorientando hacia una doctrina más correcta en la que se considera que existe una especialidad en la negociación de quienes prestan al servicio en la Administración con independencia del vínculo contractual y que justifica estos topes para todo el empleado público, ATC de 4 de diciembre de 1985 (ATC 858/1985); ATC de 24 de septiembre de 1986 (RTC 731/1986). En algunas cuestiones, no obstante, el título competencial del artículo 149.1.18 CE, la solidaridad ha servido como refuerzo de argumentos, por ejemplo, en la fijación de los topes salariales en el ámbito de la Hacienda Local, STC de 24 de mayo de 1990 (RTC 96/1990); STC de 15 de diciembre de 1992 (RTC 237/1992).

de las CC.AA. respecto de la fijación de los salarios tanto del personal a su servicio como del personal al servicio de los Entes locales ²².

El EBEP, no obstante, amortigua esta restricción de dos formas. Primero, estableciendo un régimen diferente en función de la vinculación del trabajador por la que los laborales tienen más capacidad negociadora. Quizá la justificación de esta separación tiene como base los primeros pronunciamientos judiciales acerca de límites retributivos en Leyes de Presupuestos pero que desde el análisis de una consideración global de los empleados públicos estas diferencias obstaculizan la negociación colectiva y resultan extrañas al argumento de la dirección única de la política económica con la que se han justificado estos topes retributivos ²³. Segundo, el EBEP ha querido compatibilizar estos topes fijados por el Estado con una mayor autonomía en las retribuciones de carácter complementario aunque sólo ha encomendado a las Administraciones Autonómicas la competencia de fijar las retribuciones complementarias de los funcionarios sin que en ellas tenga participación los Entes Locales (art. 156.1 CE, art. 24 EBEP). Nos encontramos en este aspecto con un vacío normativo pues la asunción de competencias de las CCAA no producen efectos hasta que no se dicte las Leyes de Función Pública (Disposición Adicional cuarta EBEP), lo que puede llevar a dilatar su aplicación ²⁴ y situar a los Entes locales en una difícil tesitura.

Analicemos las consecuencias prácticas de la admisión de estos límites tanto en la función natural de la negociación, la mejora salarial, como en otra importante función de la negociación, la salvaguardia de la empresa a través de la desvinculación salarial en supuestos de crisis.

4.2.1. Acerca de la adecuación de los topes retributivos y la congelación salarial en la negociación colectiva del empleado público: La restricción de la suplementariedad convencional

El contenido esencial del derecho a la negociación colectiva alcanza a la determinación de las condiciones salariales (Convenio de la OIT 156, art. 31 EBEP, art. 85 ET) que según el Comité de Libertad sindical sólo puede afectarse cuando: A) Concurran circunstancias excepcionales

²² STC de 21 de mayo de 1986 (RTC 63/1986); STC de 22 de mayo (RTC 103/1997); STC de 31 de enero de 2002 (RTC 24/2002); STC de 24 de mayo de 1990 (RTC 96/1990).

²³ Compárese que las Leyes de Presupuestos deben fijar « las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias » de los funcionarios y el « incremento de la masa salarial » de los laborales (art. 21 EBEP).

²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de aplicación», *ob. cit.*, p. 65 y ss.

sociales o económicas, circunstancias que no se justifican en las sentencias sobre topes retributivos que sólo inciden en el carácter excepcional del derecho a la negociación colectiva en la Administración Pública frente al derecho a la negociación colectiva de particulares ²⁵. B) Exista consulta al grupo afectado recogida expresamente en la ley (arts. 21.1 y 23 EBEP) ²⁶.

El análisis de los posibles límites nos hace concluir que al menos la restricción al derecho a la negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas, además, debe respetar: a) el derecho a la remuneración suficiente (art. 35 CE); b) la libre competencia respecto a las posibilidades de realización de las actividades por el sector privado ²⁷; c) La objetividad en la determinación, por tanto, los incrementos o límites retributivos no pueden ser individuales sino por categoría profesional ²⁸.

4.2.2. *Lagunas del legislador: Acerca de la posibilidad de descuelgue salarial*

Una cuestión poco tratada no es ya la abordada sobre las posibilidades de fijar cantidades salariales por debajo de la establecida en las leyes de presupuesto sino otra práctica bastante excepcional en Derecho del Trabajo que alguna negociación colectiva de empresa privada recoge que es la de descolgarse de la negociación colectiva de ámbito superior. Es decir, si podrían los Entes Locales retribuir menos de lo fijado alegando crisis financiera por exceso de gasto público local debido a circunstancias previsibles (impulso de la mejora de servicios de la Administración o sanciones) o imprevisibles (ayudas extraordinarias que se estimen de necesaria aprobación por la Entidad Local) ²⁹ y si dicho ex-

²⁵ ATC de 4 de diciembre de 1985 (RTC 858/1985); ATC de 24 de septiembre de 1986 (RTC 73/1986); STC de 31 de enero de 2002.

²⁶ STC de 21 de mayo de 1986 (RTC 63/1986). Este fue el argumento empleado por la SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2585/2000), excepcional pronunciamiento, que consideró contrario al derecho a la negociación colectiva la congelación salarial impuesta sin negociación. La sentencia que fue anulada por las STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 4138/2002 y 4319/2002) consideraba vulnerado el derecho al deber de negociar.

²⁷ ROQUETA BUIJ, R.: «Límites en los incrementos de las retribuciones del sector público: Ley estatal de presupuestos, leyes autonómicas y acuerdos colectivos», en VV.AA.: *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*, La Ley, 2003, p. 117.

²⁸ STC de 21 de mayo de 1986 (RTC 63/1986); STC de 24 de mayo de 1990 (RTC 96/1990); STC de 15 de diciembre de 1992 (RTC 237/1992) las sentencias se refieren «*al volumen total de las retribuciones correspondientes a cada grupo y no a la retribución de cada una de las personas afectadas*».

²⁹ Parece que el TC podría admitir esta posibilidad incluso excepcionar la aplicación de los topes retributivos globales como se desprende de la lectura de la STC de 9 de mayo de 2006 (RTC 148/2006), Fundamento Jurídico 9: «*con relación a un incremento anual realizado por la Diputación Foral de Navarra por encima de los topes globales fijados por*

ceso podría dar lugar en el futuro a incrementos por encima de la Ley de presupuestos una vez que se llegue a dicha estabilidad.

4.3. La protección social complementaria y la incidencia en ella del principio de igualdad: Una cuestión a resolver

Los topes existentes en las masas salariales ha reorientado la negociación hacia la protección social complementaria originando también un importante núcleo de conflictos acerca de los límites de negociación. Por su parte, el EBEP se refiere a la aportación de los planes de pensiones y los contratos de seguros colectivos incluyéndola en las materias objeto de negociación junto a la acción social (art. 37.1 EBEP) aunque parece que tienen un régimen diferente, pues las primeras se consideran «retribuciones diferidas» (art. 29 EBEP, Trley de planes de pensiones) sujetas a los topes de masa salarial limitados por las leyes de presupuestos (art. 29 EBEP) ³⁰ mientras que las segundas no se hace referencia a los topes.

Las dificultades de delimitar las mejoras voluntarias y la acción social frente los plante de pensiones y seguros colectivos —no se dice si susceptibles o no de compromisos de exteriorización, en consecuencia, no sabemos cuáles están topados— y sus consecuencias como se quieran directas o indirectas sobre el gasto del trabajador que inciden en el presupuesto de la Administración destinado a retribuciones plantean

la Ley de Presupuestos del Estado: con carácter subsidiario, los defensores de la disposición impugnada, una primera posibilidad de rechazar que la misma vulnere el mandato de congelación salarial es la de considerar que constituye una adecuación retributiva de carácter singular y excepcional amparada por la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado (concretamente, por su art. 17.3), que pretende compensar las pérdidas de poder adquisitivo experimentadas por los funcionarios forales en ejercicios anteriores como consecuencia de no haber incrementado sus retribuciones en el mismo porcentaje que los funcionarios estatales. Más allá de que este motivo no se encuentra entre los contemplados en el artículo 17.3 de la Ley de presupuestos generales del Estado para exceptuar el mandato de congelación salarial (relativos a cambios en el contenido de los puestos de trabajo, en el número de efectivos o en la productividad), resulta evidente que la disposición impugnada no tiene el carácter excepcional y singular requerido por la norma estatal». También en los supuestos en los que sea necesario la reclasificación profesional como ajuste de plantilla a determinadas partidas salariales pueden quedar congeladas con el fin de homogenizar, STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 8600/2000), en el que la sala de lo contencioso entendió que el complemento de cuerpo de funcionarios de la escala de conductores y del taller móvil podrían ser diferentes al incremento de los topes previstos « cuando sea necesaria para asegurar que las asignadas a cada puesto de trabajo guarden la relación procedente con el contenido de especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad y penosidad del mismo».

³⁰ STC de 15 de diciembre de 1992 (RTC 237/1992) señala que también estarían topadas la previsión social: « en el mismo caso está la prohibición de financiar con fondos públicos las mutualidades de previsión extravagantes del sistema general de Seguridad Social, por su carácter complementario o sustitutivo de las retribuciones».

la introducción de diferencias que precisamente los pronunciamientos judiciales acerca de los topes retributivos han tratado de evitar lo que resulta difícilmente comprensible que unas están fuera y otras dentro de la negociación³¹.

Antes de finalizar este apartado, en una valoración sobre el alcance de las novedades en las materias hemos de señalar como aspecto positivo la aproximación entre la negociación colectiva de funcionarios y laborales realizados por el EBEP con una coincidencia cada vez mayor de las materias negociables y no negociables y como aspectos negativos el reconocimiento hacia las prácticas de negociación que finalizan en ley a las que se le une aumento cada vez mayor de la determinación de las condiciones de trabajo de forma unilateral por la Administración³² junto a la criticable dispersión normativa, ley estatal de función pública y ley autonómica, que deben consultarse antes de la determinación de que materias son y cuáles no competencia de los Entes Locales que vienen a incidir el derecho de negociación colectiva de los Entes Locales más de lo necesario.

A parte de estas cuestiones, la limitación que más fuertemente actúa es la de los topes retributivos y sobre ella es necesario realizar una serie de consideraciones pues, más allá de las cuestiones puntuales de política económica totalmente justificables, esta interesada opción del legislador estatal de reserva legal de los topes retributivos máximos supone una restricción de la capacidad de negociación excesiva en la que se ocupa por la ley un espacio propio de la negociación colectiva en la que se restringe el derecho a la negociación colectiva por un interés público que se presume anualmente concomitante y que parece abstraído de todo control judicial sin dejar margen a necesidades específicas de los Entes Locales de contención del gasto local o de expansión en aquellas etapas fuera de la crisis que parte de una concepción excesivamente dependiente de los Entes Locales del presupuesto público estatal. De igual modo, esta discutible práctica de fijación de topes no tiene en cuenta otros contenidos económicos de la prestación de servicio como es el tiempo de trabajo que gozan de más ámbito negociador pese a que puede llevar a un incremento indirecto de las partidas presupuestarias destinadas al capítulo de personal.

³¹ Por ello, no es de extrañar que la negociación colectiva haya reorientado hacia este tipo de cláusulas que al no ser «salariales» no están afectadas por los límites presupuestarios, CALVO GALLEGO, J.: «La negociación colectiva en las Administraciones Locales andaluzas», *ob. cit.*, p. 625. A cambio hay mucha doctrina judicial que inadmite las mejoras voluntarias generando inseguridad jurídica, ver ROQUETA BUJ, R.: «El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público», *ob. cit.*, p. 334.

³² SALA FRANCO, T.: «Los derechos colectivos de los funcionarios públicos», p. 306, «las diferencias de negociación son más aparentes que reales», *ob. cit.* ROQUETA BUJ, R.: *El Derecho a la negociación colectiva en el Estatuto básico del empleado público*, Lex nova, 2007, p. 28.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA EL AVANCE DE LA NEGOCIACION COLECTIVA EN LOS ENTES LOCALES

En la Exposición de Motivos del EBEP se recoge el siguiente párrafo: *«cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los elementos necesarios de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes»*. El carácter programático de la misma no debe hacernos desmerecer las conclusiones que se extraen del análisis del articulado del texto en la medida que dicho párrafo expresa en esencia las cuestionables restricción del derecho a la negociación colectiva de los Entes Locales que se han analizado en la comunicación y que nos hacen concluir acerca de la insuficiencia de la solución de los problemas de la configuración este derecho en el ámbito local.

El EBEP no tienen en cuenta el carácter bifronte de la plantilla de las Corporaciones Locales y las exigencias de que en este ámbito donde la cercanía e identificación personal del trabajador al empleador así como la convivencia de la plantilla en un espacio que hace más graves las diferencias requieren de las siguientes soluciones: En cuanto a lo sujetos se requiere una atenuación de la excesiva sindicalización del derecho a la negociación colectiva con el rescate de las fórmulas de participación de la representación unitaria y una mayor racionalización en las unidades de negociación para evitar que no se dificulte el reparto de competencias entre los convenios colectivos y otras formas de negociación. En cuanto a la naturaleza, se requiere una mayor concreción de los instrumentos, sobre todo, de los que más incidencia van a tener en ámbito local, los acuerdos mixtos, en la que se despejen todas las dudas acerca de las relaciones con las leyes de presupuestos y estos instrumentos negociales (infra-legalidad/legalidad, fuente de obligaciones/gasto comprometido) y de la depuración de responsabilidad en los compromisos adquiridos por la Administración que, posteriormente, sean declarados nulos a través, también de la concreción de la instancia competente para conocer de estas cuestiones. Por último, el contenido de la negociación colectiva tiene que ser el mismo en funcionarios y laborales y se requiere mayor competencia de los Entes Locales en cuanto a la gestión de la plantilla con un incremento de las materias objeto de negociación en este ámbito.

Sólo de esta manera podrá garantizarse el derecho a la negociación colectiva del empleado público local en una articulación garantista de las especialidades de la prestación (legalidad, cobertura presupuestaria; ponderación de intereses) y el efectivo disfrute del derecho.

Comunicación a la Ponencia Temática III

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA
DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO EN EL
ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO**

INMACULADA MARÍN ALONSO
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. EL EBEP ANTE EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—II. ORIGENES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y MODALIDADES MÁS FRECUENTES DE LA MISMA.—III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. 1. La negociación colectiva conjunta en la Mesa General Unitaria de Negociación. 2. La negociación colectiva conjunta en la Mesa General Conjunta de Negociación.

I. EL EBEP ANTE EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La experiencia ha demostrado que la negociación colectiva en la Función Pública también ha resultado ser un instrumento básico de ordenación de las relaciones de trabajo donde el debate entre las partes sociales se ha convertido, sin duda, en el origen de sus relaciones mutuas¹. Dicha aseveración, sin embargo, apenas se deja entrever en el texto del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), aprobado mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, pues del texto del mismo no se descarta la idea de que la negociación colectiva es, en la Función Pública, un sistema normativo subalterno para la determinación de condiciones de trabajo.

¹ La negociación colectiva de los funcionarios públicos, pese a no tener reconocimiento legal expreso, ya se producía a finales de los años setenta y principios de los ochenta del siglo pasado, bien de forma independiente o bien de forma conjunta con el personal laboral de las mismas. En concreto, tiene lugar una suerte de concertación social que desemboca en la adopción de una serie de acuerdos plurales entre el Estado, la Administración y su personal con ocasión de la elaboración de proyectos de estatutos de personal como el de la Seguridad Social; así, la Orden de la Presidencia del Gobierno de 8 de junio de 1966 y la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social, de 25 de octubre de 1971, regularon la participación de una comisión especial formada por representantes del Instituto Nacional de Previsión, el Estado y el personal sanitario para la elaboración de sus estatutos. Sobre ello puede verse, OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, 2003, Madrid, p. 879; por otro lado, VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J.: «Determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos», en *II Jornadas Autonómicas Uniprovinciales* (noviembre de 1986), Logroño, Gobierno de La Rioja, 1987, pp. 65-66, reconoció, como Secretario General de Consejo Superior de la Función Pública por estas fechas, que entre los años 1982-1986 se institucionalizaron unas mesas de negociación u órganos similares en los que participaron las centrales sindicales más representativas, firmándose, en la Administración Central, hasta once Acuerdos y otros muchos en el ámbito autonómico. Entre otros, pueden verse, el Acuerdo de 26 de febrero de 1983, sobre retribuciones del personal al servicio de la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos para 1983 o los Acuerdos de 11 de

Pese a ello, el EBEP concede, aunque sin variar la esencia del sistema negociador establecido en su antecesora, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPF), una atención especial a la figura de la negociación colectiva en el ámbito público. Ello se aprecia no sólo por el número de preceptos que le dedica o por las reformas introducidas en cuestiones como la legitimidad ², contenido ³ o procedimiento negociador ⁴ sino, también, por la eliminación normativa del sucedáneo de la negociación colectiva en la Administración Pública, esto es, de la figura de la *consulta* que, en función de las concretas materias a tratar, se repartía con la negociación colectiva la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios en la Función Pública ⁵. Sólo mediante

junio y 10 de septiembre de 1985 sobre permisos a los funcionarios públicos para realizar funciones sindicales o de representación del personal.

² El EBEP mantiene el monopolio sindical cualificado establecido por su antecesora (LPF), encontrando ello apoyo constitucional en el hecho de que, a partir del EBEP, los Pactos y Acuerdos son aplicables a todos los funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación en claro paralelismo con lo que sucede con los convenios colectivos estatutarios regulados en el ET para el personal laboral. Señala al respecto ROQUETA BUI, R.: *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 214-217, que «de esta forma, el binomio representación cualificada-eficacia general, intrínsecamente unido en el texto estatutario laboral, también queda garantizado en el EBEP».

³ El artículo 37.2 EBEP ha mantenido y ampliado las materias excluidas de la obligatoriedad de negociación pues deja al margen de la negociación todo lo referente a las potestades de organización de las AAPP que no repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos —sobre lo que ha de entenderse por condiciones de trabajo en este caso, véase la STS de 6 de febrero de 2007 (Rec. núm. 639/2002)—, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo y los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica y la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

⁴ El EBEP, entre otras cuestiones, ha suprimido la obligatoriedad de abrir el proceso negociador con carácter anual cuando la promoción es de mutuo acuerdo, debiendo participar todas las organizaciones sindicales con legitimación negociadora y no sólo las más representativas como establecía el artículo 33 de la LPF; igualmente, cuando la promoción proviene de una de las partes se requiere la mayoría de la representación sindical sin que sea necesario que la solicitud venga apoyada por todas las organizaciones sindicales de la respectiva mesa como exigía el artículo 31.3 de la LPF; ello plantea, no obstante, el problema de que si un sindicato legitimado no cuenta con la mayoría absoluta de los órganos de representación unitaria en dicho ámbito no podrá iniciar las negociaciones (art. 34.6 EBEP).

⁵ El papel de la consulta ya se redujo en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, que modificó a la LPF. Dicha norma amplió el espacio de la autonomía colectiva al incluir en ella materias reservadas a ley. Ello, no obstante, resultó polémico en tanto los acuerdos alcanzados en esta sede requerían su inclusión en Proyectos de ley que el Gobierno era libre de aprobar, no estando en su caso obligado el Parlamento a tramitarlos o no enmendarlos. Sobre la Ley 7/1990 puede verse, entre otros, a ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos»,

negociación colectiva o, en su caso, y como último recurso, mediante determinación unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la Administración Pública, podrá canalizarse a partir de ahora la participación de este personal en las mismas.

Pero el interés legal o refuerzo de la negociación colectiva de los funcionarios públicos en el EBEP es, a mi juicio, un comportamiento meramente aparente e ilusorio pues las modificaciones introducidas por el EBEP en esta materia están orientadas, con carácter general, a reducir o encorsetar el campo de actuación de la misma en las Administraciones Públicas en base al entendimiento riguroso de los principios de legalidad y cobertura presupuestaria (art. 33.1 EBEP), aunque otorgando, como contrapartida, algo parecido a un verdadero derecho a la negociación colectiva en aquellos supuestos en los que legalmente se permite negociar. Esto último se consigue, además, por el procedimiento de asimilar aún más este proceso negociador al de la negociación colectiva del personal laboral en la Administración Pública aunque sin llegar, obviamente, a equiparlos.

Por otro lado, el EBEP establece indirectamente, con base constitucional en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución española, la nueva relación laboral especial de empleo público⁶ y, en consecuencia, se permite alterar el sistema de fuentes reguladoras de este personal. Así, el artículo 7 EBEP dispone respecto de la normativa aplicable al personal laboral que éste «se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan», es decir, que el EBEP será la primera norma a tener en cuenta para la regulación de este personal y, en lo que ésta no prevea, se aplicará el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa laboral, así como las normas convencionales aplicables; se deroga expresamente, además, el artículo 7 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (en adelante, LFCE) que reenviaba a la legislación laboral, sin excepciones, la regulación de este personal. Tras la entrada en vigor del EBEP, y a salvo de lo previsto en el artícu-

en *RRL*, núm. 19, 1990, p. 91; DEL REY GUANTER, S.: «La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública», en *RRL*, núm. 11, 1991, p. 10 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: «Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos», en *RTSS*, núm. 11, 1993, p. 159.

⁶ En el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», en *AL*, núm. 20, 2007, p. 2404 y ss., y del mismo autor, «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 117; DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», en *RGDTSS*, núm. 14, 2007, Iustel.com; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «El Estatuto Básico del empleado público. Comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *RRL*, núm. 18, 2007; MARÍN ALONSO, I.: «La relación laboral de empleo público», en *RRL*, en prensa.

lo 37 de la Constitución Española, lo dispuesto en él sobre el derecho a la negociación colectiva del personal laboral será, en consecuencia, la normativa aplicable al mismo, la cual podrá ampliarse o reducirse mediante la propia modificación del EBEP ⁷.

El EBEP, en definitiva, regula conjuntamente los principios generales aplicables a la totalidad de las relaciones de empleo público, siendo una norma de naturaleza mixta. El ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del EBEP abarca expresamente al personal funcionario y laboral a su servicio como señalan los artículos 1 y 2 del mismo, dando con ello carta de naturaleza a la utilización unívoca del término «empleado público» en numerosos preceptos. Así, respecto de lo que nos interesa, el artículo 15 EBEP, entre los derechos individuales ejercidos colectivamente por los empleados públicos, establece que éstos disfrutan del derecho «a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo» y el artículo 31.1 EBEP señala que «los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva [...]», entendiéndose por tal a los efectos de esta Ley «el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública» (art. 31.2. EBEP) ⁸.

En tal sentido, tanto el personal funcionario como laboral al servicio de la Administración Pública tienen reconocido en la misma norma, el EBEP, el derecho a la negociación colectiva para la determinación de sus condiciones de trabajo. Pero ello no significa que este derecho tenga el mismo alcance y efectos para uno y otro colectivo ya que, como se sabe, cada uno de ellos continúa regulándose, hasta el momento, por normativas distintas. Así, la negociación colectiva de funcionarios y asimilados se canaliza únicamente a través del procedimiento de negociación establecido en el Capítulo IV del Título III del EBEP, mientras que la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública se regula, conforme a lo señalado en el artículo 32 EBEP, por la legislación laboral (es decir, por lo establecido en el Título III del Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo), «sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son de aplicación». Tales preceptos son los artículos 36.3 y 38.8 EBEP, referido el primero a la constitución de una Mesa General Conjunta para la

⁷ Con más detalle puede verse MARÍN ALONSO, I.: «La relación laboral de empleo público», en *RRLL*, 2008, en prensa.

⁸ Su ejercicio, no obstante, «deberá respetar en todo caso el contenido del presente Estatuto y las leyes de desarrollo previstas en el mismo» (art. 31.7 EBEP), por lo que el EBEP tiene el necesario carácter básico para ser respetado en el desarrollo del mismo por las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas. Recuérdese, no obstante, que estas últimas no tienen competencia normativa en lo que se refiere al personal laboral por tratarse de competencia exclusiva del Estado y se refieren sólo, por tanto, al personal funcionario o asimilado.

negociación de materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral y, el segundo, a la distinta consideración y eficacia que los resultados de esta negociación conjunta tendrá en cada tipo de personal.

No ha de olvidarse, en cualquier caso, que al personal laboral al servicio de la Administración le es aplicable, además, el artículo 37.1 CE, teniendo ello una importante repercusión en los posibles resultados del proceso negociador, mucho más variados que los del personal funcionario a tenor del supuesto no reconocimiento constitucional del derecho para éstos⁹. Así, el resultado de la negociación colectiva de los funcionarios públicos conforme al artículo 38 EBEP se sustancia en Pactos y Acuerdos, mientras que para el personal laboral al servicio de la Administración ese resultado se materializa en pactos, acuerdos o convenios colectivos que, en otros términos, serán estatutarios o extraestatutarios según sigan o no las expresas disposiciones del Título III del Estatuto de los Trabajadores.

⁹ Entre la doctrina existe un interesante debate sobre el fundamento constitucional o no del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. La doctrina laboral mayoritaria se inclina por entender inaplicable el artículo 37.1 CE a los funcionarios públicos aunque lo incardina, sin embargo, en el artículo 28.1 CE sobre libertad sindical. La doctrina jurisprudencial ordinaria de carácter mayoritario, sin embargo, niega el soporte constitucional al derecho de negociación colectiva, relegándolo al bloque de la legalidad ordinaria. Entre otras, véanse, las SSTs de 14 de julio de 1994 —RJ 6017—, de 4 de octubre de 1994 —RJ 7486—, de 1 de febrero de 1995 —RJ 1220—, de 19 de mayo de 1995 —RJ 4277—, de 30 de junio de 1995 —RJ 5167—; en otro sentido, las SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 224/2000, de 2 de octubre, que consideran que la negociación colectiva forma parte de la libertad sindical de los sindicatos en la Administración Pública. En la doctrina científica puede verse a favor del reconocimiento en el artículo 37.1 CE a ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, p. 324 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», en *REDT*, núm. 39, 1989, p. 445 y ss.; MAIRAL JIMÉNEZ, M.: «El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público», en *Temas de Administración Local*, núm. 37, Málaga, 1990; CARRERA ORTIZ, C.: «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», en *REDT*, núm. 39, 1989, p. 263 y ss.; MARÍN ALONSO, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario al servicio de la Administración Pública. Los Acuerdos Mixtos*, Comares, Granada, 1999; deducen el derecho de negociación de los funcionarios de la libertad sindical, entre otros, LÓPEZ GANDÍA, J.: «Las relaciones colectiva en el empleo público y la Constitución española», en *RDP*, núm. 83, 1981, p. 403 y ss.; DEL REY GUANTER, S.: *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986, p. 110 y ss.; BLASCO ESTEVE, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *REDA*, núm. 52, 1986, p. 513; ROQUETA BUI, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 32 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, p. 286; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», en *REDT*, núm. 86, 1997, p. 844; MARTÍNEZ GALLOSO, M.ª N.: *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, Bilbao, 2002, p. 91 y ss.; BENGOTXEA ALKORTA, A.: *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, núm. 168, Valencia, 2005, p. 49 y ss.

A mi juicio, la mayor novedad del EBEP en materia de negociación colectiva radica, por tanto, en pretender, en aras a la consecución de una mayor eficacia y utilidad en la gestión de los recursos humanos de la Administración Pública, reorganizar, abaratar y simplificar la misma mediante el reconocimiento y la regulación de la negociación colectiva conjunta de condiciones de trabajo de todo su personal, ya esté éste sometido a régimen de derecho público o privado. Esta importancia se subraya en el hecho de que la negociación colectiva conjunta fue reconocida en el ordenamiento jurídico español pocos meses antes de la aprobación del EBEP mediante la Ley 21/2006, de 20 de junio, de modificación de la LPF, manifestando con ello el legislador la urgencia de su regulación para el mismo ¹⁰.

II. ORIGENES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y MODALIDADES MÁS FRECUENTES DE LA MISMA

La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario al servicio de la Administración Pública se fraguó principalmente en las Administraciones Públicas Territoriales de reducida dimensión, acuciadas no sólo por la necesidad de gestionar sus recursos humanos de manera eficaz y económica sino, también, por intentar evitar desigualdades injustificables en las condiciones de trabajo del personal laboral y funcionario que, codo con codo, prestaban idénticos o similares servicios profesionales a la Administración Pública. Las pioneras en la implantación y desarrollo de estas prácticas negociales fueron las Corporaciones Locales del País Vasco que no sólo iniciaron el proceso unificador de las condiciones de trabajo del personal a su servicio sino que, además, asentaron un instrumento atípico de negociación colectiva, el Acuerdo Mixto, comprensivo de todos los empleados públicos en un único texto regulador de condiciones de trabajo.

El origen de la negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios se encuentra, sin duda, en estos Acuerdos mixtos, aunque los mismos no han tenido acogida como tales en el texto del EBEP. No obstante, por su importancia e influencia en la práctica conjunta de negociación regulada por el legislador actual, le dedicaremos algo de

¹⁰ Sobre ello puede verse a MARÍN ALONSO, I.: «La reforma de la negociación colectiva en la Administración Pública: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas. A propósito de la Ley 21/2006, de reforma de la Ley 21/2006 de reforma de la Ley 9/1987, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las AA.PP.», en AS, núm. 15, 2007, p. 71 y ss.; también, VALVERDE ASENSIO, A.: «Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: la Ley 21/2006», en TL, núm. 87, 2006, p. 83 y ss.

atención. Así, entre las primeras manifestaciones del resultado unitario de la negociación colectiva conjunta se encuentra el Acuerdo de 11 de junio de 1979 negociado con CC.OO., UGT, USO, LAB y ELA-STV y aprobado en Sesión Extraordinaria por el Pleno de la Diputación Foral de Vizcaya o, también, el Acuerdo de 29 de noviembre del mismo año adoptado en sesión extraordinaria por la Diputación Foral de Guipúzcoa, los cuales fueron tempranamente tachados de ilegalidad y anulados por los Tribunales de Justicia ¹¹. Este instrumento regulador, sin embargo, pronto se extendió a toda la Comunidad Autónoma Vasca pues en 1980 se suscribió entre ELA-STV y CC.OO., de una parte, y por los diputados generales de las tres provincias vascas, de otro, el I Acuerdo Colectivo para la Administración Local de Euskadi, que regulaba las condiciones de trabajo de todo su personal (laboral y funcionario) y el 27 de julio de 1981 se firmó el II Convenio regulador de condiciones de trabajo de la Administración Local de Euskadi ¹². El Gobierno vasco, haciéndose eco de estas prácticas sindicales entre las Corporaciones Locales Vascas y sus empleados públicos, dictó el polémico Decreto 83/1981, de 15 de julio, sobre regulación colectiva de las condiciones de trabajo de la Administración Local, el cual originó un conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional que mediante su Sentencia 57/1982, de 27 de julio, se pronunció en sentido contrario a la existencia del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Dicha circunstancia no supuso, sin embargo, el fin de los acuerdos mixtos ni en el País Vasco ¹³ ni en otros territorios del país pues los mismos se extendieron puntualmente en estos años a otras Corporaciones Locales como la de Sagunto ¹⁴, en Valencia, o Granada ¹⁵,

¹¹ El Gobierno Civil de Vizcaya suspendió el primer Acuerdo el 19 de junio de 1979, confirmado este acto por la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos, de 19 de diciembre de 1979. Las Resoluciones del Tribunal Supremo en las que se discutía la validez de la negociación colectiva unitaria de trabajadores y funcionarios antes de la LPF eran todas contrarias a la misma. Véanse, entre otras, SSTs de 1 de marzo de 1983, de 22 de octubre de 1986, de 27 de enero de 1987 y 29 de junio y 30 de octubre de 1992.

¹² Publicado en el BOPV de 8 de septiembre de 1981. El artículo 3 señalaba que «las disposiciones contenidas en el presente acuerdo regularán las condiciones de empleo de todas las personas físicas vinculadas a las predichas Corporaciones Locales por relaciones de servicios profesionales retribuidos, cualquiera que se la naturaleza jurídica de dichas relaciones».

¹³ Véanse, entre otros, el Acuerdo Mixto del Ayuntamiento de Fuenterrabía (Guipúzcoa), de 6 de diciembre de 1982, o el Acuerdo Mixto del Ayuntamiento del Valle del Trápaga (Vizcaya), de 19 de diciembre de 1983. Anualmente, las Diputaciones y Ayuntamientos vascos han negociado hasta épocas relativamente recientes los conocidos Acuerdos Reguladores de las condiciones de empleo del País Vasco (ARCEPAFE) que, posteriormente, eran asumidos como Reglamentos de Personal por las diferentes Diputaciones y Ayuntamientos.

¹⁴ Acuerdo de 26 de junio de 1981, anulado por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 1983 —RJ 1357—.

¹⁵ Véase el Acuerdo sobre Condiciones Económicas, Sociales, profesionales y sindicales del personal del Excmo. Ayuntamiento de Granada, de 11 de julio de 1985.

en Andalucía, y se generalizaron más tarde en las Corporaciones Locales de casi todas las Comunidades Autónomas ¹⁶.

La impugnación y consiguiente anulación de los Acuerdos Mixtos, aún persistiendo su presencia a través del tiempo en numerosísimas ocasiones ¹⁷, provocó que las Corporaciones Locales buscaran caminos diferentes o alternativos para continuar regulando conjuntamente las condiciones de trabajo de todo su personal («empleados públicos» en la terminología de los mismos), dando ello como resultado, en unas ocasiones, la no publicación oficial del Acuerdo Mixto o, en otros casos, el mantenimiento de la negociación colectiva conjunta para trabajadores y funcionarios de una misma Administración Pública pero variando nominativamente el resultado obtenido según el régimen jurídico del personal al que fuera de aplicación, es decir que, en lugar de un acuerdo mixto en tanto instrumento unitario de condiciones de trabajo, se generaban dos textos formalmente separados, uno para los funcionarios públicos (Acuerdo o Pacto) y otro para los trabajadores (Convenio colectivo), con similar o idéntico contenido para ambos colectivos ¹⁸. Esta variante de la negociación colectiva conjunta que, en aras del respeto al principio de legalidad ha sido la más aceptada por la doctrina laboralista ¹⁹, vincu-

¹⁶ Para más detalle, véase MARÍN ALONSO, I.: «La negociación colectiva conjunta...», *ob. cit.*, p. 167 y ss.

¹⁷ En el País Vasco, por ejemplo, las Diputaciones y Ayuntamientos continuaron adoptando como Reglamentos de Personal los denominados ARCEPAFE. Al respecto, pueden verse, entre otros, los Acuerdos Mixtos celebrados en la provincia de Guipúzcoa por el Ayuntamiento de Legazpia el 9 de abril de 1986, por el Ayuntamiento de Plasencia el 4 de mayo de 1987, por el Ayuntamiento de Villabona el 4 de mayo de 1987, por el Ayuntamiento de Hondarribia el 14 de mayo de 1987, por el Ayuntamiento de Escoriaza el 27 de abril de 1987, por el Ayuntamiento de Rentaría el 27 de julio de 1987 o por el Ayuntamiento de Zizurquil de 7 de mayo de 1987, entre otros muchos. Para más información sobre estos Acuerdos Mixtos en sus diferentes etapas puede verse MARÍN ALONSO, I.: «La negociación colectiva conjunta...», *ob. cit.*, p. 210 y ss.

¹⁸ Entre las primeras manifestaciones de esta variante de la negociación colectiva conjunta pueden verse, entre otros, en Valencia, el «Convenio Colectivo de trabajo» para 1990-1991 del Ayuntamiento de Godella para el personal laboral del mismo, y el «Convenio Colectivo de trabajo para 1990-1991 del Ayuntamiento de Godella para los funcionarios (BOP 8-4-1991); en Alicante, el Acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Novelda (BOP 17-8-1991 para funcionarios, id. BOP 17-8-1991 para laborales; en Almería, el Acuerdo de la Excm. Diputación de Almería (BOP 5-2-1991) para funcionarios id. BOP 5-2-1991 para laborales; en Barcelona, el Excmo. Ayuntamiento de Tarrasa (BOP 29-1-1991 para funcionarios id. BOP 29-1-1991 para laborales); en Castellón, el Excmo. Ayuntamiento de Moncofár (BOP 12-1-1991 para funcionarios id. BOP 12-1-1991 para laborales), entre otros muchos.

¹⁹ SALA FRANCO, T.: «La negociación colectiva unitaria para el personal laboral y funcionario en las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Guía práctica de la negociación colectiva*, Valencia, 1995, p. 223; ROQUETA BUJ, R.: «Los Acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales», en *REALA*, núm. 280-281, 1999, p. 291 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración Pública», en AA.VV.: *Las relaciones*

laba frecuentemente en cada uno de ellos la posible anulación jurisdiccional de cualquiera de ellos con la obligación de renegociar la materia afectada para todo el personal del ente público, laboral o funcionario.

Pero la utilidad y eficacia que la negociación colectiva de condiciones de trabajo de trabajadores y funcionarios en un mismo foro negociador reportaba a la Administración Pública empleadora no se limitó al ámbito local sino que, por el contrario, se extendió al máximo nivel como se aprecia en el Acuerdo Administración-Sindicatos para la Modernización y Mejora de la Administración Pública de 16 de noviembre de 1991, en el Acuerdo Administración-Sindicatos sobre Condiciones de trabajo en la Función Pública para el período 1995-1997, de 19 de septiembre de 1994 o en los que les sucederían después ²⁰, considerados como el primer paso para una Administración Pública avanzada en nuestro país ²¹. Su distinción básica con la anterior modalidad de negociación colectiva conjunta radicaba en que el texto, al igual que el acuerdo mixto, era único para laborales y funcionarios pero, por expresa disposición en el texto del acuerdo, la eficacia del mismo era diversa en función del concreto tipo de personal al que fuera referido, llegando incluso a separarse perfectamente los preceptos dedicados a uno u otro tipo de personal. Éste es, en definitiva, el modelo que ha asumido el EBEP para la negociación colectiva conjunta que regula y ello, sin perjuicio de que la anterior modalidad siga siendo admisible en nuestro ordenamiento jurídico.

III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

La negociación colectiva conjunta que aborda el EBEP no implica, como se ha adelantado, el reconocimiento del instrumento unitario puro de determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Ello no quita importancia, sin embargo, al dato de que la negociación colectiva conjunta reconocida en la ley aportará, a mi juicio, beneficios visibles tanto para la Administración Pública empleadora y los empleados públicos como para la sociedad en general, sin perjuicio de que sigan produciéndose otras manifestaciones de negociación colectiva conjunta en tanto las desviaciones de la ley son inevitables. Curioso resulta, sin embargo, que los obstáculos que se esgrimieron durante años contra la negociación colectiva conjunta de trabajadores

laborales en las Administraciones Públicas (Vol. II), XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001, p. 133 y ss.

²⁰ Véase, entre otros, el Acuerdo Administración-Sindicatos para la Modernización y Mejora de la Administración Pública para el período 2002-2004.

²¹ OJEDA AVILÉS, A.: «Derecho Sindical», *ob. cit.*, p. 899.

y funcionarios parecen ser ahora menos intensos que antes, entre otras razones, por la propia evolución del derecho a la negociación colectiva en la Función Pública ²² y, cómo no, por la primacía del principio de legalidad en la misma.

Esta práctica, por tanto, ha visto ampliada sus posibilidades de asentarse en los entes públicos del país, teniendo el reconocimiento legal, como contrapartida, la imposición de algunos límites de carácter subjetivo, material y funcional. Analicemos, pues, la regulación de esta figura en el EBEP. La consideración unitaria o conjunta de condiciones de trabajo de laborales y funcionarios de la Administración Pública puede llevarse a cabo en las dos nuevas mesas de negociación instauradas con la Ley 21/2006 y recogidas en el artículo 36 EBEP, es decir, en las Mesas Generales Unitarias de Negociación y en las Mesas Generales de Negociación Conjunta.

1. La negociación colectiva conjunta en la Mesa General Unitaria de Negociación

La Mesa General Unitaria o como la denomina el propio texto legal, Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, es un foro de encuentro entre la Administración Estatal, Autonómica y Local, por un lado, y las organizaciones sindicales legitimadas, por otro. Su objeto es negociar temas comunes de las distintas administraciones te-

²² Recuérdese que en un primer momento el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de marzo de 1993, siguiendo la doctrina del TC en su sentencia 52/1987, señalaba que en todo caso la inclusión en un mismo convenio colectivo de funcionarios y de empleados en régimen laboral viciaba de por sí al convenio como un todo, pues de la legislación vigente no era posible racionalmente inducir un principio básico que no fuera el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral. Tras el reconocimiento de la negociación colectiva en la LPF, el TS, en su sentencia de 22 de octubre de 1993 —Rec. núm. 4367/1990— abrió una perspectiva nueva ante el tema señalando que lo importante era dilucidar si los regímenes jurídico laboral y funcional tenían el grado de permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación unitaria; en este sentido, la STS de 22 de octubre de 1993 —RJ 7544— advirtió sobre las diferencias de régimen jurídico entre la negociación colectiva laboral y funcional (estructura orgánica representativa, distinto grado de autonomía, supremacía de una de las partes, y, sobre todo, las diferentes vías jurisdiccionales en las posibles reclamaciones), las cuales, a su juicio, impedían la negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario de la Administración Pública. La doctrina laboralista especializada en esta materia entendió, sin embargo, «que las diferencias señaladas por el Tribunal Supremo o no eran tales diferencias o no tenían tanta trascendencia como para impedir la negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores», siendo únicamente la diferencia de jurisdicción lo que separaba a los sistemas de negociación colectiva que convivían en la Administración Pública: ROQUETA BUI, R.: «Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional en la Administración Pública», en *XI Jornadas Universitarias Andaluza de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, ACARL, Madrid, 1994, p. 137 y ss.

ritoriales que afecten a la totalidad de empleados públicos, laborales y funcionarios (este ámbito subjetivo se sobreentiende al exigirse que en la composición de los sindicatos en esta Mesa se deberán tener en cuenta los resultados obtenidos no sólo en la representación unitaria de los funcionarios públicos sino, también, en el Comité de empresa). En esta mesa negociadora se ponen sobre el tapete competencias exclusivas de la Administración General del Estado, siendo su objeto el debatirlas, dentro de unos límites, con las Administraciones Autonómicas y Locales y con los sindicatos. En la medida en que en estas Mesas se debaten cuestiones para trabajadores y funcionarios nos encontramos, sin duda, ante una negociación colectiva conjunta sustanciada en un concreto y único foro negociador.

El EBEP señala, en relación con los requisitos subjetivos de esta Mesa, que la determinación de las Organizaciones Sindicales legitimadas para formar parte de esta mesa de negociación se extrae de los artículos 6 y 7 de la LOLS, distribuyéndose los puestos en la misma en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa en el conjunto de las Administraciones Públicas. Es decir, las Organizaciones Sindicales legitimadas son las mismas y con idénticas particularidades que las que participan en la determinación de condiciones de trabajo en la Mesa General de negociación establecida en el artículo 34 EBEP, siendo clarificador, no obstante, que en esta Mesa General Unitaria, a diferencia de la anterior, se cubre una polémica laguna legal y sí se fija el criterio para distribuir los puestos de la Mesa entre los sindicatos legitimados.

Por otra parte, en representación de las AA.PP., la Mesa estará compuesta por representantes de la Administración del Estado, representantes de las Administraciones Autonómicas y representantes de la Federación Española de Municipios y Provincias ²³. Esta última asume así oficialmente el papel que ya venía desempeñando en los Acuerdos Administración-Sindicatos celebrados en la cumbre entre la Administra-

²³ La concreta representación recaerá en la Administración del Estado, en el Ministro de Administraciones Públicas, en la Administración Autonómica, en el órgano de gobierno correspondiente y en la Administración Local, en los sujetos designados a través de la estructura interna de la FEMP. Téngase en cuenta que los acuerdos supralocales pueden resultar muy útiles, económicos y eficaces como ya se demostró cuando la FEMP y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO., CSI-CSIF y CIG, tras suscribir el 6 de octubre de 1994 el Protocolo de Adhesión de la FEMP al ACT (BOE 10-11-1994), firmaron el 8 de junio de 1995 el Acuerdo FEMP-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la Función Pública Local para el período 1995-1997 (BOE 30-6-1995); en este Acuerdo se creó una mesa de Administración Local compuesta por la FEMP y los sindicatos firmantes y se acordó estudiar la extensión de la negociación y articulación de este Acuerdo en las CCLL donde no existiera representación sindical.

ción del Estado y los Sindicatos ²⁴ pues, a través de los Protocolos de Adhesión a los mismos, las Entidades Locales arbitraron fórmulas de aplicación de tales Acuerdos a sus respectivos ámbitos ²⁵. En cualquier caso, la representación conjunta de la Administración Pública será unitaria, presidiendo dicha Mesa la Administración General del Estado. Significa ello que la postura de la Administración Pública es única, no pudiendo llegarse a acuerdos con la contraparte por sólo alguna de las Administraciones representadas en la Mesa. La anterior circunstancia justifica que sea la Administración del Estado la que presida y dirija el debate efectuado en la Mesa General Unitaria, impidiendo así que pueda producirse acuerdo sobre las materias debatidas entre las demás Administraciones Públicas sin la conformidad de la Administración del Estado. La conformación de la voluntad única de la Administración frente a la contraparte negociadora dependerá pues del acuerdo previo entre las Administraciones Territoriales en orden a las materias negociables. Puede decirse, en definitiva, que con este mecanismo se produce una doble sustracción de materias negociables al poder unilateral del Estado para su regulación: por un lado, discutiendo con otras Administraciones Territoriales competencias que le corresponden en exclusiva y, por otro lado, configurando un poder bilateral o compartido con las Organizaciones Sindicales que impedirá a la Administración del Estado o a la Autónoma desconocer o alterar con posterioridad lo acordado en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Desde el punto de vista material es importante señalar que la Mesa General Unitaria sólo puede regular las materias relacionadas en el artículo 37 EBEP que sean susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica y, además, materias de carácter general que afecten globalmente a todo el personal de las AAPP. Al respecto es importante recordar, por un lado, que la normativa básica estatal es de aplicación a todos los empleados públicos de cualquier Administración Pública —estatal, autonómica o local— y, por otro lado, que las materias de carácter general que afectan a todo el personal son materias no consideradas básicas sobre las que todas las Administraciones Territoriales tienen competencia reguladora respecto de sus propios empleados. Advierte por ello el artículo 36.2 EBEP que tales materias se negociarán «sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades

²⁴ El establecimiento de esta mesa recuerda, en parte, al papel que venían desempeñando los Acuerdos de Modernización y Mejora entre la Administración y los sindicales durante los últimos años, con la diferencia de que se les establece un marco legal donde desenvolverse conjuntamente y que sirve, además, para la fijación de los límites a los que se somete.

²⁵ Véase, por ejemplo, el Protocolo de Adhesión al Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1996-1997, sobre condiciones de trabajo en la Administración Pública, tras la Resolución de 19 de octubre de 1994, de la Dirección General de Trabajo y su publicación en el BOE de 10 de noviembre del mismo año.

Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública», debiendo así efectuarse un recorrido por la legalidad reguladora de la Función Pública para saber qué aspectos son competencia del Estado, cuáles de las CC.AA. y cuáles otros de las Administraciones Locales. La diferencia con las Mesas de negociación establecidas en el artículo 34 EBEP es que ya no es necesario constituir diversas Mesas en función de la competencia normativa de cada Administración Territorial pues la nueva Mesa General Unitaria reúne en un solo foro a todos los sujetos con competencias en materia de Función Pública.

Entre las materias susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica y que afectan a laborales y funcionarios de todas las Administraciones Públicas se encuentra una sobre la que el EBEP quiere dejar claro que será competencia de esta mesa de negociación: el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año. Esta materia que, en realidad era objeto de pseudonegociación, correspondía en exclusiva a la competencia de la mesa de negociación del Estado, extrayéndose así de la actividad negocial de las mesas de negociación de las Comunidades Autónomas y de las CC.LL., las cuales se encontraban vinculadas por los topes establecidos por aquella y limitaban su actuación a reflejar en su respectivo presupuesto el que para cada ejercicio presupuestario se fijase en la mesa de negociación de la Administración del Estado. El EBEP altera esta situación en tanto en estas Mesas Generales unitarias podrá acordarse, con la participación de las CC.AA. y CC.LL., por un lado, y de las organizaciones sindicales, por otro, el incremento global de las retribuciones del personal funcionario y laboral al servicio de la Administración Pública. La última palabra, sin embargo, la tendrá la Administración del Estado.

2. La negociación colectiva conjunta en la Mesa General Conjunta de Negociación

El artículo 36.3 EBEP establece que «para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación [...]». El mencionado precepto, en iguales términos que los hiciera la Ley 21/2006, altera la estructura negocial existente hasta el momento en la Función Pública, pues añade a las existentes las Mesas Generales de Negociación Conjunta.

Esta Mesa General, a la que denominamos Conjunta, se constituirá en cada una de las Administraciones Territoriales del país y regulará condiciones de trabajo comunes al personal laboral, funcionario o estatutario de cada una de ellas. Las diferencias con la Mesa General Unitaria consisten, por un lado, en que la representación Pública en la Mesa será la de una sola Administración Territorial, es decir, la competente en función del ámbito correspondiente de negociación ya que en la Administración del Estado se constituirá un Mesa General Conjunta, otra en cada Comunidad Autónoma y otra en cada Entidad Local; por otro lado, que no se especifican las materias de posible negociación en estas Mesas, abarcando en principio a «todas aquellas materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública [...]». Como fácilmente puede apreciarse, la ambigüedad de esto último podría plantear dudas respecto de las materias a tratar en esta sede negociadora conjunta pues algunas materias y condiciones de trabajo comunes están sometidas a reserva de ley o bien forman parte de las bases de los funcionarios públicos²⁶. Pero lo cierto es, a mi juicio, que en relación a los funcionarios públicos, el legislador no ha tenido intención de cambiar nada respecto de lo que ya existía en la tolerada práctica negociadora conjunta de la Función Pública; en cambio, respecto del personal laboral, y pese a lo que en un principio pudiera parecer, éste podrá a través de estas mesas conjuntas negociar materias y condiciones de trabajo que antes tenía vedadas por negociarse sólo en las Mesas de negociación de los funcionarios donde no estaba representado o que, en su caso, debía someter a los mismos límites que la negociación colectiva funcional²⁷. Entre estas materias se encuentran: el incremento de las retribuciones del personal en la correspondiente Administración Pública, la fijación de los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño, los planes de Previsión Social Complementaria, formación continua y salud laboral, los criterios generales sobre ofertas de empleo público y las materias referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, entre otras.

²⁶ Téngase en cuenta que los límites de la negociación colectiva en el ámbito público difieren según la índole de las materias. Así la autonomía colectiva en el ámbito de las materias reservadas se limita por la Constitución y el bloque de constitucionalidad; en las restantes materias tiene adicionalmente el límite impuesto por las leyes que regulan los diferentes ámbitos de la función pública cuyos términos pueden ser o no los acordados por las partes negociadoras en las mesas.

²⁷ En el mismo sentido, ROQUETA BUI, R.: «El derecho de negociación colectiva en el Estatuto...», *ob. cit.*, pp. 96-97.

El objetivo principal de esta Mesa General Conjunta de negociación es, por tanto, debatir con un mismo procedimiento y en un mismo foro las condiciones de trabajo comunes a todo el personal de una Administración Pública, mientras que el fin secundario, aunque no por ello menos importante, es intentar homogeneizar en lo posible las condiciones de trabajo de labores y funcionarios en la Administración en cuestión, pero sin alterar el mecanismo negociador para uno y otro colectivo tal como lo conocemos hoy día. En tal sentido, debe insistirse en que la negociación colectiva conjunta no implica necesariamente igualdad de condiciones entre laborales, funcionarios y personal estatutario o la consecución de un acuerdo único y común para todo el personal de la Administración Pública negociadora. La adopción de acuerdos en estas Mesas Generales Conjuntas no altera lo dispuesto por la legislación vigente en materia de acuerdos para el personal funcionario, ya que para la validez y eficacia de los mismos será necesaria la aprobación expresa y formal por parte de las Administraciones Públicas correspondientes y, en igual sentido, para el personal laboral será necesaria, siguiendo lo dispuesto en la legislación laboral, la formalización del correspondiente acuerdo en el seno de la unidad de negociación de que se trate tal y como ha venido sucediendo en los últimos años. Señala además el artículo 38.8 EBEP que «los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones de trabajo 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 ET para el personal laboral». Significa ello que no será necesario que las Mesas Generales o Sectoriales aborden de nuevo la negociación de tales materias para los funcionarios públicos o, en otros términos, que los acuerdos de la Mesa General Conjunta serán vinculantes para esas otras mesas de negociación. Igual sucede para el personal laboral de la Administración Pública pues lo acordado en la Mesa General Conjunta de Negociación se aplicará directamente al personal laboral sin necesidad de que su contenido se recepcione en un convenio colectivo ²⁸.

El EBEP establece, además, los sujetos que podrán sentarse en estas Mesas Generales de Negociación Conjunta por parte de los empleados públicos y de paso resuelve la polémica suscitada en la STS de 13 de noviembre de 2006 referida a la creación convencional, antes de la Ley 21/2006 y del EBEP, de de una Mesa General Conjunta *ex lege*. Así,

²⁸ El artículo 83 ET hace referencia a dos tipos de acuerdos con efectos distintos: los acuerdos marco y los acuerdos para materias concretas. La doctrina, por el momento, parece estar de acuerdo en que pese a la indeterminación en que incurre el artículo 38.8 EBEP, se refiere a los segundos. Al respecto, VALVERDE ASENSIO, A.: «Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública...», *ob. cit.*, p. 101; ROQUETA BUI, R.: «El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto...», *ob. cit.*, pp. 478-479.

respecto de lo primero, señala que serán de aplicación a estas mesas generales «los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas [...]», es decir, las Organizaciones Sindicales legitimadas conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la LOLS. Tanto en la Mesa General Conjunta de negociación como en la Mesa General Unitaria de negociación se cubre una polémica laguna legal y se fija el criterio para distribuir los puestos de la Mesa entre los sindicatos legitimados. Es más, debido al menor ámbito de las Mesas Generales Conjuntas de Negociación señala literalmente el precepto que para la determinación de los sujetos que participen en la misma se tomarán «en consideración, en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario, del personal estatutario y del personal laboral del correspondiente ámbito de representación».

La segunda cuestión iba referida a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos que tenían derecho a participar en las Mesas de Negociación Generales y Sectoriales de la Administración pero que, en el caso de la constitución convencional de una mesa general conjunta de negociación para tratar temas comunes a laborales y funcionarios, se veían privados de ese derecho por no tener una representatividad acumulada en los ámbitos funcional y laboral. El EBEP soluciona esta cuestión al señalar que «además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la mesa de que se trate».

Comunicación a la Ponencia Temática III

INCIDENCIA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ERTZAINZA

MARÍA NIEVES MARTÍNEZ GAYOSO
Universidad del País Vasco

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ESTABLECIMIENTO DE UN MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ALTERNATIVO AL EBEP. LA ARTICULACIÓN ENTRE MESAS DE NEGOCIACIÓN Y LA LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR EN LA ERTZAINZA. 2.1. La compleja articulación de la Mesa de Negociación en la Ertzaintza con la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma Vasca. 2.2. La legitimación para negociar en la Ertzaintza.—3. ALGUNOS EJEMPLOS DE SUPLETORIEDAD DEL EBEP: LA COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA.

1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva en la Ertzaintza es una realidad al menos desde 1992. En ese año se promulga la Ley del Parlamento Vasco 4/1992, de 17 de julio, de ordenación de la Administración de seguridad de la Comunidad Autónoma, coordinación de Policías Locales y regulación de los Cuerpos de Policía de las Administraciones Públicas vascas (en adelante LPV ¹), norma que regula, entre otras cuestiones, el estatuto de los funcionarios de la Ertzaintza, incluyendo su derecho a la negociación colectiva. La LPV es la primera norma con rango de ley que se encarga de regular el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios de policía, siendo pionera en este aspecto. Pero lo más importante es que su aprobación ha dado pie a procesos de negociación que se han ido traduciendo en acuerdos reguladores publicados en el BOPV de forma ininterrumpida desde entonces hasta la actualidad ².

La LPV opta por tender puentes entre el modelo de negociación colectiva de los funcionarios de la Ertzaintza y el modelo de negociación colectiva de los funcionarios públicos en general, lo cual da lugar a que se vea afectado por la reforma de sus bases, mediante la Ley 7/

¹ BOPV, núm. 155, de 11 de agosto. La Ley 4/1992 ha sufrido dos reformas. La Ley 21/1997, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma Vasca, reforma a través de sus Disposiciones Adicionales la Ley de policía vasca en lo relativo al régimen retributivo de los funcionarios de la Ertzaintza. La Ley 6/2006, de 1 de diciembre, da nueva redacción al artículo 100, relativo a los delegados sindicales en la Ertzaintza.

² Ver Decreto 295/1992, de 27 de octubre (BOPV, núm. 245); Decreto 401/1995, de 1 de septiembre (BOPV, núm. 180, de 20 de septiembre); Decreto 188/1996, de 23 de julio de 1996 (BOPV, núm. 172, de 6 de septiembre); Decreto 297/1997, de 16 de diciembre (BOPV, núm. 264, de 24 de diciembre); Decreto 40/2000, de 7 de marzo (BOPV, núm. 59, de 24 de marzo). Decreto 438/2005, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza para los años 2005, 2006 y 2007 (BOPV, núm. 19, de 27 de enero de 2006), en adelante se citará como AR 2005-2007.

2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

El objetivo de esta comunicación es poner de manifiesto la incidencia que la aprobación del EBEP ha tenido sobre el modelo legal de negociación colectiva de los funcionarios de policía de la Ertzaintza.

Para entender esa incidencia hay que partir de tres elementos:

En primer lugar, que la LPV se dicta en virtud de la disposición adicional primera de la Constitución, la cual matiza la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas establecida por lo que respecta a la negociación colectiva de los funcionarios de policía vasca en los artículos 149.1.18 y 149.1.20 CE. Según la Disposición Adicional primera de la Constitución, ésta «ampara y respeta los derechos históricos», aclarando que «la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía» (DA primera CE). El artículo 17 EAPV es una manifestación de dicha actualización³. El reconocimiento de los derechos sindicales de los funcionarios de la Ertzaintza constituye un ejemplo de necesaria actualización del régimen foral (FJ 4 STC 140/1990⁴), actualización que, tal y como el Tribunal Constitucional ha reconocido, no se somete a las condiciones impuestas por el Título VIII de la Constitución, sin perjuicio de que deba respetar los contenidos normativos y directamente aplicables de la Constitución, entre los que señaladamente se encuentra el Título I CE.

En segundo lugar, que según el artículo 2.5 EBEP «el presente estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación». Entre ese personal se encuentran los funcionarios de la Ertzaintza ya que, según

³ Artículo 17.1 EAPV: «Mediante el proceso de actualización del régimen foral previsto en la Disposición Adicional primera de la Constitución...». Al respecto, ver C^{ASTELLAS ARTECHE}, J. M.: *La policía autónoma*, IVAP, Oñati, 1988. Según el FJ 3 de la STC 140/1990, de 20 de septiembre: «... los dos párrafos de dicha Disposición Adicional primera requieren una lectura conjunta, de la que se deduce que la garantía institucional del régimen foral que se establece en el primer párrafo se vincula a la actualización de los derechos históricos que se ha efectuado por el Estatuto de Autonomía en el marco de la Constitución (STC 76/1988, FJ 3). Por consiguiente, el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos».

⁴ FJ 4 de la STC 140/1990: «La apelación al régimen estatutario de los funcionarios en el artículo 49.1.b) LORAFNA constituye, pues, una titularidad competencial derivada de un derecho histórico, pero cuya actualización supone la inclusión dentro de la competencia foral de lo que en cada momento haya de entenderse como incluido en el régimen estatutario de los funcionarios, dentro del cual, según ha tenido ya ocasión de afirmar este Tribunal (SSTC 98/1985, FJ 17 y 102/1988, FJ 4), debe incluirse también la regulación de los órganos electivos de representación de los mismos en las Administraciones públicas, pues tales órganos, por su naturaleza, constituyen un aspecto esencial en dicho régimen estatutario y deben ordenarse también en condiciones de igualdad...».

el artículo 4.e) EBEP: «Las disposiciones de este estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica (entre otros colectivos) al personal de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.» La legislación específica de los funcionarios de la Ertzaintza, la LPV no realiza en ningún momento una remisión al EBEP ni tampoco a las bases de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, al menos no explícitamente.

En tercer lugar, que a pesar de lo que acabo de decir, los artículos 103 y 104 LPV se inspiran abiertamente en la LORAP, lo cual, a mi entender, da un nuevo significado a las inclusiones y exclusiones de sus respectivos ámbitos de aplicación de las diferentes normas sobre función pública que afectan al estatuto de los funcionarios de la Ertzaintza. Ahora bien, la modificación de las bases del estatuto de los funcionarios públicos en materia de negociación colectiva producido por el EBEP repercute especialmente sobre esa relación entre LPV y regulación básica de la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

Partiendo de lo anterior, en esta comunicación voy a exponer cómo se aprecian cuatro escenarios de incidencia, marcados en todo caso por el hecho de que la LPV se inspira en una regulación básica (la de la LORAP) ahora modificada por el EBEP:

La primera precisión es que el legislador vasco en ningún momento remite expresamente a las bases sentadas por el Estado, por lo que en principio hay que descartar la posibilidad de aplicación directa del EBEP a la que se refiere el artículo 4.e) EBEP y que tiene un juego especial respecto del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de otras Comunidades Autónomas en virtud del artículo 40.1 LOFCS según el cual: «El régimen estatutario de los Cuerpos de Policía de las CC.AA. vendrá determinado de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.18 CE».

Como segundo escenario, en ocasiones el legislador vasco pretende generar un modelo legal de negociación colectiva alternativo, apartándose deliberadamente del modelo fijado en la LOLS y en la LORAP. En este caso el escenario es de abierta exclusión, si bien se plantea la cuestión de si la regulación establecida en la LPV respeta el sistema de fuentes, fundamentalmente desde la perspectiva del respeto a las reglas que rigen la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta intención se pone de manifiesto en dos ámbitos materiales de la máxima trascendencia como son la regulación de las relaciones entre Mesa General de Negociación y la Mesa de la Ertzaintza y en la regulación de la legitimación para negociar.

En tercer lugar, cabe mencionar un escenario en donde el legislador vasco ha decidido realizar una regulación agotadora de una materia que,

por lo tanto, excluye la aplicación supletoria del EBEP, pero abiertamente inspirada y consecuente con las bases del estatuto de los funcionarios públicos. En este caso, en tanto que se trata de una regulación completa se aplicará lo dispuesto en la LPV, si bien en ocasiones el EBEP ha mejorado considerablemente los defectos que presentaba la LORAP, beneficios de los que en principio el modelo legal de negociación colectiva de los funcionarios de la Ertzaintza no podrá beneficiarse mientras no modifique la LPV. Ejemplo de este escenario es el relativo al contenido de la negociación. El artículo 103.3 LPV recoge las materias que serán objeto de negociación, referencias que se completan con los artículos 101.3, 104.5 y disposición adicional 16.^a LPV. El comentario de este tema lo descarto por falta de espacio, aunque no me resisto a señalar que si bien, por un lado, el artículo 103.3 LPV se inspira en el artículo 32 LORAP, existen importantes diferencias entre ambos preceptos. Una de ellas consiste en que el artículo 103.3 LPV elimina las referencias a que serán objeto de negociación los proyectos de leyes de presupuestos así como otros proyectos legislativos relacionados con el estatuto de los funcionarios públicos. También se omite deliberadamente la cláusula general de la letra k) que otorga carácter abierto a la relación de materias del artículo 32 LORAP. Por fin, el artículo 103.3 LPV incluye referencias expresas a la negociación de la jornada y del tiempo de trabajo en sentido amplio, así como a las atenciones sociales. Estos cambios dan un aspecto más ordenado al artículo 103.3 LPV en comparación con su antecedente el artículo 32 LORAP. La d.a. 16 LPV incluye entre las materias de negociación colectiva los sistemas de aseguramiento complementarios. El EBEP ha reordenado las materias objeto de negociación colectiva en un sentido muy similar a lo establecido en el artículo 103.3 LPV.

En cuarto lugar, se presenta el escenario de aplicación supletoria del EBEP ante la falta de regulación o atención a determinadas materias en la LPV que, sin embargo, han sido abordadas en el EBEP. Este escenario afecta fundamentalmente a las reglas relativas en sentido amplio al procedimiento de negociación y, en particular, a las reglas sobre la comisión negociadora. Probablemente, la opción de la LPV de guardar silencio sobre esas cuestiones se inspira directamente en el mismo silencio de la LORAP. Gracias a esa ausencia de reglas, existía una gran discrecionalidad a la hora de adoptar decisiones en esas materias (composición de la comisión negociadora, deber de negociar, fracaso de la negociación que da paso a la regulación unilateral de las condiciones de trabajo por el poder ejecutivo) que ahora se ve coartada al entrar en juego supletoriamente las más detalladas reglas del EBEP. Si éstas no interesan a los poderes públicos vascos deberán entrar a regular esta cuestión para provocar la exclusión de la aplicación del EBEP.

A continuación pretendo abordar someramente cada uno de los escenarios a través de la exposición de los temas seleccionados. Por supuesto, en esta relación no se agotan todos los temas afectados, pero la dimensión propia de las comunicaciones no permite abordarlos todos ellos. Esas mismas razones obligan a que la propia aproximación a los temas seleccionados sea necesariamente superficial.

2. EL ESTABLECIMIENTO DE UN MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ALTERNATIVO AL EBEP. LA ARTICULACIÓN ENTRE MESAS DE NEGOCIACIÓN Y LA LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR EN LA ERTZAINTZA

2.1. **La compleja articulación de la Mesa de Negociación en la Ertzaintza con la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma Vasca**

En principio, partiendo de algunas características de la LPV, inspiradas en la LOFCS, cabría pensar en que el legislador autonómico ha optado por aislar el modelo de relaciones sindicales de los miembros de la Ertzaintza y de sus organizaciones sindicales respecto del régimen de general aplicación en la Función Pública vasca. Sin embargo, como trataré de exponer a continuación, existen poderosas razones para evitar una división tajante entre ambos sistemas negociales.

En la regulación del estatuto de los funcionarios de la Ertzaintza se puede apreciar una fuerte tendencia a promover su convergencia con el del resto de los funcionarios públicos. Es decir, la necesaria especificidad del estatuto de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 104.2 CE y 17 EAPV) no es óbice para que este estatuto comparta importantes ámbitos materiales con el de los funcionarios públicos tal y como demuestra, entre otros preceptos, la Disposición Adicional undécima de la LFPV, y Disposición Final primera LPV y los artículos 43, 75.j) y 81.2 LPV. Además, los funcionarios de la Ertzaintza gozan de una libertad sindical plena, a diferencia de lo impuesto por la LOFCS para la Guardia Civil y la Policía Nacional y que es el motivo principal de su exclusión del ámbito de aplicación de la LOLS y del régimen general de derechos colectivos. En fin, el hecho de compartir una parte de su régimen estatutario con el resto de funcionarios públicos da lugar a un manifiesto interés de los miembros de la Ertzaintza por participar, asimismo, en su determinación.

La LPV, consciente de esta necesidad, reconoce sin ambages el derecho a la libre sindicación de los miembros de la Ertzaintza, permi-

tiendo que se afilien al sindicato de su elección (art. 98.1 LPV en contraste con el art. 18.1 LOFCS) y establece pautas concretas de relación entre la Mesa General de Negociación de la Administración de la CAV y la Mesa de Negociación en la Ertzaintza.

Concretamente esas pautas son las siguientes:

Según el artículo 103.2, párrafo segundo LPV: «La Mesa de Negociación de la Ertzaintza será competente para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios sujetos a su ámbito, sin perjuicio de ajustarse, en relación a las siguientes materias, a las decisiones que hubieran sido adoptadas por la mesa general de negociación constituida para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma para el conjunto de ellos:

- a) Jornada máxima anual de trabajo e incremento general de retribuciones.
- b) Criterios generales para la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo.
- c) Marco general de derechos sindicales.
- d) Política de salud laboral».

Según el apartado primero de la Disposición Adicional 15.^a LPV: «Los representantes que resulten elegidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de esta Ley se considerarán a los efectos de determinar la configuración de la mesa general de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma, así como para establecer la representación del personal en el Consejo Vasco de la Función Pública». A ello añade su apartado segundo que la Mesa General de Negociación de la CAV: «conocerá y podrá deliberar sobre el proceso de negociación colectiva que se desenvolverá en el seno de la Mesa de la Ertzaintza».

La primera conclusión que cabe extraer es que a pesar de la tajante exclusión del ámbito de aplicación del Decreto del Gobierno Vasco 304/1987, de 6 de octubre, de Órganos de Representación, regulación del proceso electoral, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas de la CAPV (en adelante DORGV), de los funcionarios de policía, la LPV reconoce la necesidad de que la negociación colectiva en la Ertzaintza se articule con la negociación colectiva de la Administración de la Comunidad Autónoma en general. Por lo tanto, a pesar de que una lectura en sentido estricto del sistema de unidades de negociación diseñado por el DORGV (arts. 16, 17 y 17 bis), daría pie a pensar que la

Mesa de Negociación de la Ertzaintza no se encuadra en él, esta conclusión es desmentida por la LPV, la cual reconoce, expresa e implícitamente, que los funcionarios de la Ertzaintza están incluidos en la unidad de negociación definida por la Mesa General de Negociación de la Administración de la CAV, al indicar en el artículo 103.2 LPV una serie de materias a las que deberá ajustarse la negociación colectiva en la Ertzaintza, cuando hayan sido negociadas en la Mesa General de Negociación, así como al reconocer el interés de los funcionarios de la Ertzaintza en estar representados en la Mesa General de Negociación, dando a entender en la Disposición Adicional 15.^a primer párrafo LPV que los resultados electorales en el ámbito de la Ertzaintza, serán tenidos en cuenta a la hora de configurar la mesa general de negociación ⁵.

Esta opción es coherente con la realidad, la cual demuestra que, debido a la coincidencia parcial del estatuto de los funcionarios públicos con el estatuto de los policías, la negociación colectiva desarrollada en la Mesa General de Negociación puede afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Ertzaintza, lo cual pone de manifiesto que las unidades de negociación son realidades preexistentes a la norma y que, en ocasiones, su predeterminación legal encierra un alto grado de artificialidad. El legislador vasco, consciente en parte de su irresponsabilidad a la hora de intentar regular las unidades de negociación como marcos perfectamente autónomos, intenta arbitrar soluciones para los problemas derivados de la disfuncionalidad del sistema. De ahí que establezca las reglas de relación citadas.

La segunda conclusión es que la LPV diseña un complejo sistema de relaciones entre la Mesa General y la Mesa de la Ertzaintza que se aparta de las pautas impuestas por el EBEP acerca de la relación entre Mesa general y sectorial. El EBEP ha dado finalmente la razón a quienes consideraban que el artículo 31.1 LORAP tenía carácter básico. El artículo 34.4 EBEP remite a la negociación colectiva (al acuerdo en el seno de las Mesas Generales de Negociación) la constitución de Mesas Sectoria-

⁵ La Exposición de Motivos del Decreto 392/1994, de 11 de octubre, de modificación del Decreto por el que se regulan las Elecciones a Representantes Sindicales de los Funcionarios de la Ertzaintza, la Composición del Consejo de la Ertzaintza y el procedimiento de determinación de los delegados que correspondan a las organizaciones sindicales (BOPV, núm. 203, de 25 de octubre de 1994), explica cuál es el alcance de la Disposición Adicional 15 LPV al indicar expresamente que: «El régimen sustantivo previsto en la Ley 18/1994, referida, no es de aplicación al régimen de representación de los funcionarios de la Ertzaintza... Sin perjuicio de lo anterior, no podemos afirmar que el contenido de la regulación prevista en la Ley 18/1994, carezca de incidencia en el régimen de representación de los funcionarios de la Ertzaintza, al menos en su aplicación temporal. (...) El punto de conexión entre ambos procedimientos electorales resulta incuestionable, habida cuenta del carácter irradiante de la representación alcanzada en el ámbito de la Ertzaintza, y en consecuencia los mismos han de celebrarse en las mismas secuencias temporales para que su cómputo tenga un fundamento uniforme en cuanto a la realidad de la expresión social».

les de Negociación, pero les sigue atribuyendo un carácter subordinado respecto de la Mesa General y una competencia residual y delegada respecto de la Mesa General. El artículo 34.5 EBEP, recogiendo el artículo 31.1 LORAP, pero dotándole de carácter básico, señala que: «La competencia de las Mesas Sectoriales se extenderá a los temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General», flexibilizando un poco su competencia residual al reconocer expresamente la posibilidad, apuntada por la doctrina en una lectura amplia del artículo 31.1 LORAP que no añadía nada más, de que la competencia de las Mesas Sectoriales se extienda, alternativamente «a los temas que ésta —es decir, la Mesa General— explícitamente les reenvíe o delegue». En fin, como vengo diciendo, las Mesas Sectoriales están subordinadas a la Mesa General. Su competencia es residual «los temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General» o delegada, es decir, la Mesa General puede optar por regular una materia pero remitir a la Mesa Sectorial su especificación, desarrollo o regulación alternativa. Coherentemente con esta posibilidad el artículo 38.9 EBEP indica que «los pactos y acuerdos... podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades de negociación.» Lo más destacable viene a ser, por lo tanto, que las unidades de negociación (Mesas Generales y Mesas Sectoriales) dejan de concebirse como una materia a regular por la ley o el reglamento para atribuir la decisión al respecto a la negociación colectiva.

2.2. La legitimación para negociar en la Ertzaintza

Según el artículo 103.1 y 2 LPV: «La participación de los funcionarios de la Ertzaintza en la determinación de sus condiciones de trabajo se efectuará a través de las organizaciones sindicales que hubieran acreditado la representatividad a que se refiere el apartado siguiente de este artículo».

«A los efectos previstos en el apartado anterior, se constituirá una mesa de negociación en la Ertzaintza, en la que estarán presentes los representantes de la Administración de la Comunidad Autónoma y los de las organizaciones sindicales representativas de la Ertzaintza, considerándose únicamente como tales a aquellas que hubieran alcanzado, al menos, el 10 por 100 de los representantes electos conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de esta Ley».

La LPV establece un *monopolio sindical cualificado* (DEL REY) a la hora de definir a los representantes de los funcionarios públicos de

la Ertzaintza en la negociación colectiva, ya que, por un lado, sólo reconoce legitimación a las organizaciones sindicales y, por otro, no legitima a todo sindicato, sino únicamente a aquéllos que gocen de una especial capacidad representativa, fijada de acuerdo con criterios elaborados *ex novo* y *ex profeso* por la propia LPV.

Según el artículo 103.2 LPV, únicamente se consideran organizaciones sindicales representativas en la Ertzaintza: «aquéllas que hubieran alcanzado, al menos, el 10 por 100 de los representantes electos conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de esta Ley». Como puede apreciarse, para completar el concepto de organizaciones sindicales representativas en la Ertzaintza no queda más remedio que analizar someramente el sistema representativo regulado por la LPV. Sin detenernos demasiado en esta cuestión por problemas de espacio, es posible extraer una serie de conclusiones iniciales respecto del concepto de organización sindical representativa en la Ertzaintza. En primer lugar, que la LPV sustenta este concepto sobre la audiencia electoral y no sobre la afiliación, igual que la LOLS y la LOFCS. En segundo lugar, que los sindicatos representativos en la Ertzaintza no coinciden plenamente con el concepto de sindicato más representativo de la LOLS, sino más bien con el de suficientemente representativo, es decir, que la LPV parece haberse inspirado tanto en el artículo 7.2 LOLS como en el recientemente mencionado artículo 22.1 LOFCS sobre «organizaciones sindicales representativas del Cuerpo Nacional de Policía».

El artículo 103 LPV presenta, al menos, los siguientes problemas interpretativos. El reconocimiento de una especial capacidad representativa a unos sindicatos frente a otros de cara a la negociación colectiva presenta, fundamentalmente, dos problemas, uno de índole formal y otro de índole material. En primer lugar, se plantea la cuestión acerca del poder normativo competente para adoptar este tipo de decisiones, según la distribución de competencias decidida por la Constitución. En segundo lugar, se trata de atender a los criterios fijados para establecer esa diferencia de trato entre sindicatos, en orden a justificarla y descartar que la diferencia de trato desemboque en discriminación. Por otra parte, se presenta la cuestión particular acerca de si la LPV pretende o no excluir a los sindicatos más representativos del procedimiento de negociación legalmente establecido y si dicha pretensión constituye o no un atentado contra la libertad sindical adicional de dichos sindicatos.

La otra cuestión que queda en el aire es la del alcance preciso del artículo 103.2 LPV en el sentido de si pretende excluir de la Mesa de Negociación a las organizaciones sindicales más representativas según la LOLS, así como si en el caso de que esa sea su pretensión, la misma sea acorde con el bloque de la constitucionalidad. La pregunta que trato de contestar es la relativa a si las organizaciones sindicales más repre-

sentativas según la LOLS tienen derecho a la negociación colectiva en la Ertzaintza.

Empezando por la última de estas cuestiones, es decir, por lo que respecta a la intención del legislador vasco, entiendo que la literalidad del artículo 103.2 LPV es muy clara en el sentido de querer limitar la presencia en la Mesa de Negociación en la Ertzaintza a los sindicatos representativos en ella al indicar cuáles han de considerarse «únicamente» como tales. La cuestión ulterior es la de si el legislador estatal ha impuesto a través de la LOLS a las instancias vascas la necesaria participación de las organizaciones sindicales más representativas en la unidad de negociación de la Ertzaintza.

En el momento de proceder a la negociación sobre el diseño de competencias entre el Estado y las CC.AA., la CAV plantea desde el primer momento su deseo de contar con una policía autónoma, reivindicación que se acaba sustentando, como ya he expuesto al principio, sobre la disposición adicional primera de la Constitución y la excepción al régimen competencial diseñado por el Título VIII que propicia, tal y como indica el artículo 17 EAPV.

Por lo que respecta a la concreta cuestión acerca del alcance de la competencia normativa que, en su caso, corresponde a la CAV para la regulación de la legitimación para negociar en la Ertzaintza, la Disposición Adicional primera de la Constitución permite que la CAV supere no sólo el límite competencial marcado por el artículo 149.1.29 CE, sino también por los artículos 81.1, 53.2, 149.1.1 y 149.1.7 CE, en tanto títulos competenciales estrechamente relacionados con el desarrollo de la libertad sindical y derechos sindicales derivados de ésta, siempre y cuando respete el contenido esencial de dichos derechos (art. 53 CE). A ello hay que añadir la expresa renuncia del legislador orgánico a hacerse cargo de la regulación de la libertad sindical de los funcionarios de las FCS, lo cual deja mayor discrecionalidad al legislador autonómico.

Esta cuestión no está exenta de polémica, ya que la LPV, en sus artículos 16.4, 98, 99, 100, 101, 102, 103 y 104, está interviniendo no sólo sobre el régimen estatutario de los funcionarios de la Ertzaintza —art. 17 EAPV—, sino sobre el estatuto jurídico que le corresponde al sindicato en virtud de su libertad sindical, lo cual plantea la cuestión de si ese orden de materias queda, asimismo, amparado por la disposición adicional primera de la Constitución o constituye una extralimitación de las competencias reconocidas a la CAV ⁶. Sea como sea, con la excusa de la Disposición Adicional primera de la Constitución, el legislador autonómico ha regulado cuestiones como la organización del sindicato

⁶ En esta línea, se muestra crítico tanto con la ley vasca como con la catalana, BARCELONA LLOP, J.: *ob. cit.*, p. 171.

en la Administración de Seguridad (arts. 99.1, 100 y 101 LPV) y la figura del sindicato representativo en la Ertzaintza (art. 103.2 LPV ⁷), sin que hayan prosperado recursos de inconstitucionalidad ⁸ sustentados en una extralimitación sobre lo permitido por la Disposición Adicional primera de la Constitución en relación con el artículo 17 EAPV, en tanto que lejos de regular el régimen estatutario de los funcionarios públicos se está incidiendo directamente sobre el desarrollo de la libertad sindical de las organizaciones sindicales que desempeñan su función en el ámbito de la Administración de seguridad de la Comunidad Autónoma Vasca, cuestión que parece difícil de encajar en la actualización de derechos históricos ⁹.

En definitiva, si bien atendiendo a los artículos 28.1, 53.2, 81.1 y 149.1.1 y 7 CE no resulte fácil atribuir al legislador vasco competencia normativa para, por un lado, determinar las condiciones de representatividad que debe ostentar un sindicato para proceder a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Ertzaintza, así como, por otro, para excluir a los sindicatos más representativos de la participación en la negociación colectiva en la Ertzaintza, no hay que perder de vista que la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas la decide el bloque de la constitucionalidad, el cual está definido por un conjunto de preceptos que va más allá de los más arriba citados, jugando en relación con la Ertzaintza con particular intensidad la disposición adicional primera de la Constitución y el artículo 17 EAPV.

⁷ Al margen de lo dispuesto por la Disposición Adicional primera de la Constitución, el TC ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Ver FJ 16 y 17 de la STC 98/1985, de 29 de julio.

⁸ De hecho la STC 159/1993, de 6 de mayo, declara la conformidad con la Constitución de la LPV, si bien se refiere a cuestiones relativas a la conformación de un cuerpo de policía autonómico a costa del sacrificio de los cuerpos de policía de las Diputaciones de los TTHH.

⁹ Como digo, BARCELONA LLOP, J., *ob. cit.*, p. 172, considera inconstitucionales tanto la ley vasca como catalana por el hecho de que las leyes autonómicas carecen abiertamente del rango de leyes orgánicas y dicho rango es imprescindible para proceder al desarrollo de los derechos fundamentales como el de libertad sindical. Concretamente, resulta en su opinión inadmisibles que leyes autonómicas se entretengan en cuestiones como las relativas a los fines que pueden cumplir las organizaciones sindicales de los sindicatos de policía en abierta contradicción respecto de lo fijado para las organizaciones sindicales de los funcionarios del CNP. Sin embargo, entiendo que, al respecto, como dice un poco más adelante el propio autor en la página 176, no hay que perder de vista que dicho régimen resulta de aplicación exclusivamente a dichos funcionarios. Desde esta perspectiva otra lectura que cabe realizar es que a los legisladores autonómicos no les queda más remedio que remitir el derecho de sindicación de sus policías a la legislación general en tanto carentes de competencia para el desarrollo de dicha materia, mucho menos para excluir del ámbito subjetivo de la libertad sindical a ningún colectivo. Por lo tanto, la clave de la constitucionalidad de la ley vasca y catalana, en mi opinión, no reside tanto en su divergencia material respecto del régimen jurídico establecido en la LOFCS para un colectivo concreto como los policías nacionales, sino respecto del régimen general aplicable a los funcionarios públicos y, sobre todo, a las organizaciones sindicales, es decir, en su separación respecto de la LOLS.

De todo lo anterior deduzco que cabe atribuir al legislador vasco competencia para regular las reglas de legitimación de la negociación colectiva en la Ertzaintza, de acuerdo al régimen excepcional derivado de la actualización de sus derechos históricos, sin perjuicio de recordar que el legislador vasco habrá de respetar el contenido constitucionalmente declarado de la libertad sindical, de donde es posible que el legislador estatal establezca ciertas limitaciones a dicha competencia normativa. Desde esta perspectiva me parece particularmente interesante la doctrina sentada por la STC 98/1985, en virtud de la cual, sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en relación con sus instituciones de autogobierno, y, en este caso, en relación con el régimen de los funcionarios de la Ertzaintza, el Estado puede determinar con qué sindicatos se debe contar necesariamente en las mesas de negociación constituidas en cada caso. Por lo tanto, considero que el legislador estatal podría imponer al legislador vasco determinadas reglas de cara a la constitución de la Mesa de Negociación de la Ertzaintza. La cuestión que finalmente queda por dilucidar es si el legislador estatal ha procedido a ejercitar su competencia en esta materia o por el contrario ha dejado vía libre al legislador vasco para que decida al respecto lo que le parezca más conveniente.

FERNÁNDEZ URRUTIA se muestra convencida de que el legislador estatal ha ejercido su competencia y que, por lo tanto, hay que completar las reglas de legitimación inicial sentadas en la LPV con las derivadas de la LOLS, reconociendo legitimación para estar presentes en la Mesa de Negociación de la Ertzaintza a las organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal y de comunidad autónoma. Por el contrario, considero que el legislador estatal ha preferido dar libertad al legislador autonómico para la configuración del sistema de negociación en la Ertzaintza, de acuerdo a los siguientes argumentos:

En primer lugar, considero que la exclusión de la Administración de Seguridad del ámbito de aplicación de normas como la LOLS y la LORAP, conducen a poner en duda que estas normas tengan mandatos susceptibles de imponer dicha presencia en las MN Ertzaintza. En efecto, si bien según el artículo 6.3 las organizaciones sindicales más representativas gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para la negociación colectiva y para participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación, parece lógico relacionar esa referencia a «todos los niveles territoriales y funcionales», con el ámbito de aplicación definido por la propia norma, el cual excluye de su ámbito de aplicación a los miembros de las FCS (art. 1.5).

En contraposición a lo que acabo de indicar, se puede señalar que la LPV ha vuelto a incluir en el ámbito de aplicación de la LOLS a los funcionarios de la Ertzaintza y a sus organizaciones sindicales, al reconocerles un derecho pleno a la libre sindicación. Este razonamiento no me convence, porque el artículo 1.5 LOLS señala claramente que el derecho de sindicación de los miembros FCS se regirá por su normativa específica, es decir, por la LPV. Esta ley reconoce la aplicación supletoria de la LOLS en la Ertzaintza. Por definición, la supletoriedad implica que para que sea aplicable la norma supletoria debe existir un vacío de regulación en la norma que pretende suplirse, lo cual no ocurre en el artículo 103.2 LPV, ya que, como he dicho antes, este precepto manifiesta su voluntad de que en la Mesa de Negociación en la Ertzaintza estén presentes aquellas organizaciones sindicales que la propia LPV considera representativas, ofreciendo una regulación cerrada y completa respecto de los sujetos inicialmente legitimados para la negociación colectiva. La LPV no precisa ser completada en este aspecto, así que no ha lugar la aplicación supletoria de la LOLS. En este aspecto no existe laguna, sino regulación alternativa y entiendo que preferente, por mor del artículo 1.5 LOLS y 104 CE, en conexión con la Disposición Adicional primera CE y artículo 17 EAPV.

En segundo lugar, el artículo 6.3 LOLS reconoce la citada capacidad representativa especial para la negociación colectiva, «en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores». Es decir, la LOLS permite que el legislador ordinario establezca condiciones para la participación de los sindicatos más representativos en la negociación de las condiciones de trabajo. El ET ha aprovechado esta habilitación hasta el punto de llegar a descartar la participación sindical en la negociación colectiva a nivel de empresa, además de condicionarla a que represente a la mayoría de los miembros del comité o a que obtenga el apoyo expreso de la mayoría de los trabajadores, manifestado en asamblea (art. 87.1 ET). Es decir, la regla en virtud de la cual las organizaciones sindicales más representativas carecen de legitimación para la negociación de convenios colectivos estatutarios a nivel de empresa no se ha considerado incompatible ni con la LOLS ni con la CE, lo cual avala la constitucionalidad de la LPV y refuerza la idea de que la LOLS no pretende imponer al legislador autonómico la presencia de las organizaciones sindicales más representativas en la Mesa de Negociación en la Ertzaintza.

En tercer lugar, la LPV no excluye la participación de las organizaciones sindicales más representativas según la LOLS en la negociación colectiva en la Ertzaintza, solamente la somete a la condición de que obtengan, al menos, el 10 por 100 de los representantes electos, sin establecer una diferencia de trato a su favor en el momento de promover elecciones, ni en el momento de presentar candidaturas, ni en el momento de proceder a la constitución de la comisión negociadora en dicho

ámbito o de otros órganos paritarios de consulta, como el Consejo de la Ertzaintza. La restricción de la capacidad negociadora y de consulta de las organizaciones sindicales más representativas, sometiéndola a la condición de que ostenten una implantación mínima en el ámbito de la Ertzaintza, considero que obedece a razones objetivas y razonables y no me parece desproporcionada respecto de la finalidad que se pretende conseguir, relacionada tanto con la obtención de un órgano negociador o de consulta con una composición que favorezca el desarrollo de las negociaciones, como con la garantía de que los representantes sindicales de los funcionarios a nivel de «empresa» ostentan una representatividad real y suficiente.

3. ALGUNOS EJEMPLOS DE SUPLETORIEDAD DEL EBEP: LA COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA

Las reglas de la LPV acerca de la composición de la Mesa de Negociación se agotan en la consideración de que «únicamente estarán presentes los representantes de las organizaciones sindicales en la Ertzaintza», sin que la LPV determine en ningún momento el número máximo de puestos o de representantes por cada una de las partes (Administración pública y organizaciones sindicales) ni, en su caso, las reglas de reparto del número de puestos disponible. La LPV comparte estas ausencias con la LORAP. La ausencia de reglas expresas conforma una laguna que da entrada a la legislación supletoria, que ante el silencio de la LFPV y DGVORAP, no es otra que el EBEP, el cual establece, por fin, reglas sobre la composición numérica de las Mesas de Negociación y los criterios que deben regir la distribución de puestos entre los inicialmente legitimados.

El artículo 35.4 EBEP, recogiendo las normas del ET sobre negociación colectiva en el ámbito superior a la empresa, señala que «en las normas de desarrollo del presente Estatuto se establecerá la composición numérica de las Mesas correspondientes a sus ámbitos, sin que ninguna de las partes pueda superar el número de quince miembros». Este precepto, por un lado, impone a las normas estatales —para la burocracia de la AGE— y autonómicas sobre estatuto de los funcionarios públicos que establezcan la composición numérica de las mesas correspondientes, lo cual obliga a los legisladores a intervenir en esta cuestión. Por otro, establece una regla de salvaguarda señalando el número máximo de puestos por cada parte, y lo fija en quince que, como acabo de decir, es el número establecido en el ET para la composición de las comisiones negociadoras de ámbito superior a la empresa.

El nuevo EBEP no sólo regula composición numérica de la comisión, sino que fija los criterios que han de regir la distribución de los

puestos entre los inicialmente legitimados, así como la designación de los componentes de la Mesa.

Por lo que respecta a la distribución de puestos, el artículo 35.1 EBEP reconoce el derecho de todas las organizaciones sindicales inicialmente legitimadas a participar en las Mesas de Negociación en proporción a su representatividad, criterio que, por lo tanto, también deberá regir a partir de ahora la composición de la Mesa de Negociación en la Ertzaintza. La redacción en estos términos del artículo 35.1 EBEP deja en el aire de qué forma se mide la representatividad de las organizaciones sindicales, si en función del porcentaje de votos obtenido en las elecciones o bien en función del número de representantes electos logrado.

El criterio fijado por el EBEP es corroborado por la regulación de la composición del Consejo de la Ertzaintza, órgano caracterizado por el carácter bipartito y paritario (art. 16.1 LPV), de su composición, respecto del cual la ley impone la simetría numérica de las partes (art. 16.2 LPV) y donde expresamente se señala que: « *La designación de los representantes de los funcionarios corresponderá a las organizaciones sindicales que hubieran alcanzado representantes conforme a lo previsto en el artículo 99 de esta Ley, en proporción a los votos obtenidos por cada una de ellas...* » (art. 18.2 LPV, concretando el art. 16.4 LPV) y más concretamente, se atribuirá a cada organización sindical el número de puestos que le corresponda de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votos válidos de las candidaturas que hayan obtenido el 5 por 100 o más de los votos en el cómputo total de los emitidos en las tres circunscripciones, por cinco. Los puestos sobrantes, en su caso, se atribuirán a las candidaturas, en orden decreciente, según el resto de votos de cada una de ellas —arts. 18.2 y 99.6 LE, así como art. 31.2 RES¹⁰—. El artículo 31.3 RES aclara que «la Junta Electoral hará público el número de representantes que cada una de las organizaciones sindicales hayan obtenido en el Consejo de la Ertzaintza en el mismo acto a que se refiere el artículo 23.3 RES», relativo a la publicación en el BOPV de la proclamación de candidatos electos.

Resulta llamativo que se regule con tanto detalle la composición del Consejo de la Ertzaintza y que se abandone tanto la de la Mesa de Negociación. Sin embargo, parece evidente, sobre todo a la luz de las bases del nuevo EBEP, que aquella regulación se puede hacer extensiva a la Mesa de Negociación de la Ertzaintza, partiendo de su carácter de órgano de negociación y de su carácter paritario. No obstante, partiendo del

¹⁰ RES Reglamento de Elecciones Sindicales. Decreto 50/1993, de 16 de marzo, por el que se regulan las elecciones a representantes sindicales de los funcionarios de la Ertzaintza, la composición del Consejo de la Ertzaintza y el procedimiento para la determinación de los delegados que correspondan a las organizaciones sindicales. Parcialmente derogado, precisamente respecto de esta última cuestión por la Ley 2006.

mandato del artículo 35.4 EBEP sería recomendable que se modificara la LPV, así como la LFPV, para introducir expresamente la regulación de estos aspectos, especificando la forma concreta en que se ha de aplicar el criterio de la proporcionalidad, tal y como ha hecho el artículo 16 y concordantes LPV.

El EBEP añade a lo anterior un requisito para la válida constitución de la comisión negociadora en virtud del cual no es suficiente con garantizar la presencia en la mesa de negociación de todas las organizaciones sindicales inicialmente legitimadas. Según el artículo 35.1 EBEP las Mesas de Negociación «quedarán válidamente constituidas cuando [...] tales organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate.» Considero que la referencia a los órganos unitarios debe entenderse realizada, en realidad, a los órganos electos. De acuerdo con esta interpretación, será necesario para la válida constitución de la Mesa de Negociación en la Ertzaintza que las organizaciones sindicales presentes en la misma representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de los representantes electos. Desde esta perspectiva, la salida de la comisión de ErNE, determinaría una comisión no válida; ahora bien, ErNE no puede asumir en solitario la representación de los funcionarios en la Mesa de Negociación.

Por lo que respecta a la designación de los componentes de la Mesa de Negociación, según el artículo 35.3 EBEP «corresponderá a las partes negociadoras». La LPV, tampoco se detiene en esta cuestión respecto de la Mesa de Negociación, aunque sí lo hace respecto del Consejo de la Ertzaintza, en los mismos términos que el EBEP aunque es un poco más concreto. De ello se deduce que la designación de los representantes de la Administración corresponde al titular del Departamento de Interior. La designación de los representantes de los funcionarios corresponde a las organizaciones sindicales inicialmente legitimadas —art. 18.1 LPV respecto del Consejo de la Ertzaintza—. Tanto el EBEP como la LPV se apartan en este aspecto respecto del ET, el cual en el ámbito de empresa indica que la designación de los representantes de los trabajadores en la comisión corresponde al acuerdo mayoritario de los representantes unitarios inicialmente legitimados, sin perjuicio de que la composición de la mesa haya de ser en proporción a la composición sindical del Comité. La LPV prefiere prescindir de sujetar la decisión sobre la designación de representantes al acuerdo mayoritario de los representantes electos para dejarlo en manos de las organizaciones sindicales. En esto coincide con el EBEP.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Dir.: DEL REY): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008.
- AA.VV. (Dir.: ORTEGA): *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2007.
- BARCELONA LLOP, J.: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.
- CASTELLS ARTECHE, J. M.: *La policía autónoma*, IVAP, Oñati, 1988.
- DEL REY GUANTER, S.: *Comentarios a la ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas*, MAP, Madrid, 1988.
- Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública, editorial INAP, Madrid, 1986. «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la Función Pública», en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, IAAP, Sevilla, 1989. «Los derechos colectivos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en *RT*, núm. 84, 1986.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, editorial Cedecs, Barcelona, 1996.
- FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: «El sistema representativo de los miembros de la Ertzaintza», en AA.VV.: *Derecho Social Vasco*, IVAP, 1999.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *Revista de Trevall*, núm. 8, 1988.
- MARÍN ALONSO, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración pública. Los Acuerdos Mixtos*, editorial Comares, Granada, 1999. «La reforma de la negociación colectiva en las Administraciones públicas: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas (a propósito de la Ley 21/2006, de reforma de la Ley 9/1987, de Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas)», en *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007.
- MARTÍNEZ GAYOSO, M. N.: «El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución», en *Servicio Editorial de la UPV*, 2002. *Las comisiones de seguimiento de Pactos y Acuerdos en la Función Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2002. «Participación en la determinación de las condiciones de trabajo», en AA.VV.: *Derecho Social Vasco*, IVAP, 1999, pp. 473 a 509. «La negociación colectiva en la Ertzaintza y particularidades de la negociación colectiva del personal laboral de los servicios auxiliares de la Administración de Seguridad del Departamento de Interior», en AA.VV.: *La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones públicas vascas*, IISJ-Dykinson, Madrid, 2003, pp. 171 a 202.
- MAURI MAJÓS, J.: «Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado», en *Documentación Administrativa*, núms. 241-242, 1995.

- ORSI BATAGLINI, A.: «Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici», en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 59-60, 1993.
- ROQUETA BUI, R.: *La negociación colectiva en la Función Pública*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. «La negociación colectiva en el proyecto de estatuto básico de la función pública», en *Actualidad Laboral*, núm. 33, 1998. *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2007.
- SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUI, R.: *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- SALA FRANCO, T.; BLASCO PELLICER, A. y ALTES TARREGA, J. A.: *La negociación colectiva en el empleo público*, MTAS, Madrid, 2001.

Comunicación a la Ponencia Temática III

**LUCES Y SOMBRAS EN EL ÁMBITO OBJETIVO
DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

CARLOS RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de La Laguna

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. ANÁLISIS SUCINTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR AL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.—3. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EBEP.—4. CLASIFICACIÓN DE LAS MATERIAS NEGOCIABLES SEGÚN SU EFICACIA JURÍDICA.—5. EXPLORACIÓN DE LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACIÓN.—6. CONCLUSIONES: DISGRESIÓN CRÍTICA.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La determinación del objeto de negociación es una cuestión clave dentro del derecho de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público¹. Sin embargo, mientras que el fundamento de este derecho para el personal laboral se encuentra recogido en el artículo 37.1 CE y en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de negociación colectiva del personal funcional es un derecho de configuración legal cuya base la encontramos en el artículo 15 del Estatuto Básico del Empleado Público² (en adelante EBEP³). Este reconocimiento estatutario lo eleva a formar parte del contenido adicional de la libertad sindical de los funcionarios⁴.

En este sentido, aunque es pacífico⁵ entre nuestra doctrina iuslaboralista que esta cuestión aparece regulada con mayor precisión legislativa en el artículo 37 EBEP que en el articulado de la LORAP⁶,

¹ Entendida como la determinación bilateral de las condiciones de trabajo entre los representantes de los trabajadores y la Administración.

² Ley 7/2007, de 12 de abril (*BOE de 13 de abril de 2007*).

³ El EBEP supone la plasmación legislativa de un proceso iniciado en 2004 con la constitución de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación de un Estatuto del Empleado Público (*Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre*), así como de un amplio proceso de concertación con los agentes sociales, concluido con la Declaración sobre el Estatuto Básico del Empleado Público, de 13 de junio de 2006, suscrita por los sindicatos más representativos del sector, UGT, CCOO y CSI-CSIF.

⁴ En el Derecho Comparado la situación es similar: Ley de 10 de abril de 2003, que regula el Servicio Profesional de carrera en la Administración Pública Federal de México; la Ley Marco del Empleado Público, de 20 de febrero de 2004, de Perú; la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional de Argentina, de 15 de septiembre de 1999; la Ley Federal Alemana sobre el Estatuto de los Funcionarios de 1994.

⁵ *Inter alia*, SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», en *Relaciones Laborales*, 18, 2007, p. 68.

⁶ Ley 18/1994 sobre Órganos de Representación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

debemos realizar un estudio en profundidad de aquel precepto para evaluar los aspectos positivos y negativos y el calibre de la modificación normativa operada.

Este ensayo pretende abordar las novedades del EBEP respecto a lo preceptuado en el artículo 32 de la LORAP y realizar un análisis detallado de las dudas interpretativas que surgen en ámbitos tales como la selección o la carrera profesional, así como la delimitación de aquellas decisiones que supongan un ejercicio efectivo de potestades de organización —*inter alia*— y, a su vez, impliquen repercusiones sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

2. ANÁLISIS SUCINTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR AL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Como cuestión previa a abordar el estudio del artículo 37 EBEP, debemos explorar la regulación anterior de la negociación colectiva incardinada dentro del Derecho a la función o al empleo público ⁷.

El derecho a la negociación colectiva del personal de las Administraciones Públicas (en adelante, AAPP) estaba limitado por lo dispuesto en las Leyes anuales de Presupuestos. A saber ⁸, limitaciones a los incrementos salariales constitutivos de máximos de derecho necesario de imposible superación en la negociación ⁹ y limitaciones respecto al establecimiento de sistemas de previsión social complementaria con fondos públicos, salvo la aportación a planes y fondos de pensiones ¹⁰. Además, también existían limitaciones legales y reglamentarias ¹¹.

Respecto al ámbito del personal funcional, el artículo 32 de la LORAP no seguía un criterio sistemático ¹² en orden a la delimitación del ámbito material objeto de negociación dado que confundía de forma evidente materias negociables con eficacia política y materias negociables con eficacia jurídica ¹³.

⁷ Vid., en general, SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUI, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

⁸ SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUI, R.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

⁹ Vid. SSTC 57/1982, de 27 de julio, y 4/1981, de 2 de febrero.

¹⁰ Artículo 19.3 de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005.

¹¹ E.g., Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades.

¹² RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Ley y negociación colectiva en la función pública», en *Relaciones Laborales*, 1997, p. 9 y ss.; SALA FRANCO, T.: «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», en *Actualidad Laboral*, 32, 2000, p. 534.

¹³ SALA FRANCO, T.; BLASCO PELLICER, A. y ALTÉS TÁRREGA, J. A.: *La negociación colectiva en el empleo público*, MTAS, Madrid, 2001.

Por su parte, el artículo 34 de la LORAP excluía de la negociación colectiva las decisiones de las AAPP que afectasen a sus *potestades de organización*¹⁴, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

El artículo 32 de la Ley 9/1987 (en su redacción dada por la Ley 7/1990) estableció un amplio listado de materias negociables, de contornos bastante imprecisos y, en algunos casos, ambiguos, de forma que una interpretación extensiva de alguna de estas materias llevaría, incluso, a referir la negociación colectiva a aspectos del régimen administrativo que sólo de manera indirecta afectan a las condiciones de trabajo de los funcionarios¹⁵.

La mencionada imprecisión de algunas de las cláusulas del citado artículo 32 dio lugar con posterioridad a una aplicación judicial contradictoria y, en muchos casos, restrictiva. Todo ello originó una situación real de manifiesta inseguridad jurídica.

En aras de su superación, en 1999 fue presentando el Proyecto de Ley¹⁶ de Estatuto Básico de la Función Pública¹⁷ pero no alcanzó a tra-

¹⁴ Aunque reconocemos con SALA FRANCO que la interpretación de dicha referencia podría suponer el *envés* de determinadas condiciones de trabajo.

¹⁵ ROQUETA BUI, R.: «La negociación colectiva en la función pública local», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 279, 1999, pp. 69-88.

¹⁶ *Vid.*, al respecto, ROQUETA BUI, R.: «La negociación colectiva en el proyecto de estatuto básico de la función pública», en *Actualidad Laboral*, 33, 1998.

¹⁷ Las materias objeto de la negociación del *Proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública* se contenían en el artículo 89 del Proyecto y afectaban a las siguientes cuestiones:

- a) Incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- b) La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios.
- c) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y promoción interna.
- d) Los criterios generales para la determinación de las prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.
- e) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.
- f) La fijación de los criterios generales de acción social y aquellas materias en que así se establezca en la normativa de prevención de riesgos laborales.
- g) Aquellas materias que afecten al acceso, la carrera profesional, el sistema de evaluación, la provisión, las retribuciones o a condiciones de trabajo de los funcionarios y cuya regulación exija norma con rango de Ley.
- h) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público.
- i) Las materias referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica y los planes a que se refiere el Capítulo III del presente Estatuto en aquellos aspectos que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios.

mitarse¹⁸. Dicho Proyecto ya depuraba en algunos extremos la relación originaria de materias negociables, excluyendo algunas por entero —por ejemplo, la clasificación de puestos de trabajo— y matizando el alcance de otras.

3. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EBEP

El término «empleado público» hace mención a todos los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas¹⁹ no únicamente a los

Esta determinación de carácter positivo se completaba con otro aspecto de carácter negativo —materias excluidas de la negociación—. Eran las tres siguientes:

- a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización.
No obstante hay dos aspectos esenciales para entender esta exclusión. El primero se refiere a la situación en el que la decisión organizativa afecte a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. En este supuesto «procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones sindicales a que hace referencia el artículo 86 de la presente ley».
En segundo término debe tenerse en cuenta que las decisiones organizativas tendrán reflejo en el artículo 13 del Proyecto, eso es, en los PORH que contemplan en primer término una materia que también tiene un reflejo directo sobre la cuestión administrativa. Nos referimos al punto 3.a) del Proyecto que se refiere a las «previsiones sobre modificación de estructuras organizativas y de puestos de trabajo».
Desde esta perspectiva puede decirse que la exclusión de la materia organizativa aparece seriamente matizada tanto porque el instrumento final de su plasmación debe ser objeto de negociación como por las medidas concretas que si se refieren a las condiciones de trabajo también tienen que ser objeto de negociación.
- b) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten al ejercicio de los derechos de los ciudadanos y al procedimiento para la formación de los actos y disposiciones administrativas.
- c) La determinación de las condiciones de trabajo de quienes desempeñen funciones directivas.

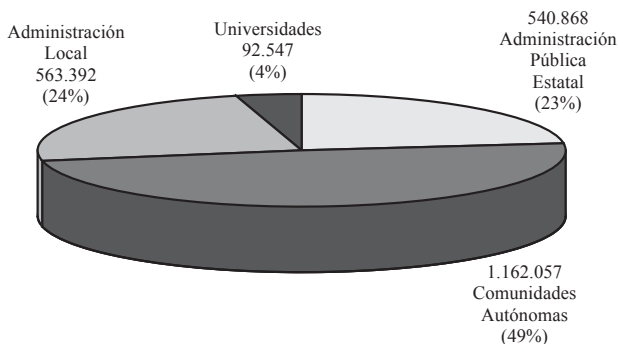
En segundo término debe tenerse en cuenta que las decisiones organizativas tendrán reflejo en el artículo 13 del Proyecto, eso es, en los PORH que contemplan en primer término una materia que también tiene un reflejo directo sobre la cuestión administrativa. Nos referimos al punto 3.a) del Proyecto que se refiere a las «previsiones sobre modificación de estructuras organizativas y de puestos de trabajo».

Desde esta perspectiva puede decirse que la exclusión de la materia organizativa aparece seriamente matizada tanto porque el instrumento final de su plasmación debe ser objeto de negociación como por las medidas concretas que si se refieren a las condiciones de trabajo también tienen que ser objeto de negociación.

¹⁸ La loable iniciativa de publicar y abrir el debate sobre una norma que diera cumplimiento al mandando constitucional contenido en el artículo 103.3 fue una novedad en su tiempo que demostró el consenso general sobre la necesidad de abrigar un nuevo modelo de relaciones laborales en el sector público.

¹⁹ En total, hablamos de cerca de dos millones y medio de españoles.

PERSONAL A 1 DE ENERO DE 2005,
AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
(TOTAL: 2.358.864 EFECTIVOS)



Datos del Registro Central de Personal

funcionarios y al personal estatutario, sino también al abundante personal laboral²⁰.

El EBEP supone la definitiva configuración de un derecho a la negociación colectiva real y efectivo en las AAPP, dicho reconocimiento y consagración se convertirá en la práctica en la verdadera palanca de cambio de las condiciones laborales de los empleados públicos, fruto del proceso no culminado de homogenización normativa de la negociación colectiva de laborales y funcionarios.

Una característica básica de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública es su carácter obligatorio, lo que convierte en nulo cualquier acto administrativo que, debiendo haberse sometido a negociación, se aprobara omitiendo dicho proceso.

El artículo 37 EBEP es sistemáticamente mejor que el precedente artículo de la LORAP pues identifica con mayor claridad —aunque no definitiva— las cuestiones negociables y las que quedan excluidas de negociación y, en algunos casos, fija con mayor precisión hasta dónde son negociables ciertas materias, problema nada claro en la anterior regulación legal. En fin, cede nuevos espacios reguladores a la autonormación mediante negociación colectiva.

²⁰ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas», en *Régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

No obstante, el Estatuto tiene luces y sombras. Así, al margen de deficiencias y lagunas de mayor o menor relevancia, se excluye de la negociación colectiva las materias relacionadas con el acceso al empleo público y a la promoción profesional.

Respecto al acceso al empleo público, se elimina a las organizaciones sindicales de los órganos de selección y se abre la puerta a pruebas tales como exposición curricular o entrevistas personales, totalmente reñidas con el anonimato que debe presidir cualquier sistema de acceso al empleo público para garantizar la objetividad y el resto de principios constitucionales.

Es criticable, igualmente, la deplorable técnica legislativa utilizada en el cajón de sastre que constituye la letra m) del artículo 37.1, pues en dicho apartado se entremezclan contenidos tan heterogéneos como los relativos a la jornada con la movilidad funcional o geográfica o incluso con los criterios generales de planificación estratégica de recursos humanos²¹.

Deficiente redacción también denota la regla de cierre del artículo 37.2 *ab initio*, cuando refiere que «*Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación...*». Dicha expresión induce a confusión²², dado que se da a entender que no es obligatorio pero se podría negociar, cuando realmente estamos ante materias no negociables o excluidas de la negociación.

Pese a todo ello, las materias objeto de negociación se han visto sustancialmente ampliadas incluyendo entre otras: los criterios que fijen la evaluación del desempeño, el acceso, la carrera y la provisión, los planes de empleo, la provisión social complementaria, etc.

Respecto a la evaluación del desempeño, una de las materias más novedosas del Estatuto, se regula como un instrumento, *cuyos criterios y mecanismos generales serán negociados con las organizaciones sindicales*²³, que va a medir la conducta profesional y el rendimiento de los empleados públicos, y que lleva aparejado un complemento de productividad, con una regulación en el que contiene garantías, insuficientes desde mi punto de vista, de objetividad, imparcialidad, transparencia y no discriminación; eso sí, se reconoce el derecho de que el funcionario pueda impugnar el resultado de la evaluación.

²¹ RUANO RODRÍGUEZ, L.: «La negociación colectiva en las administraciones públicas: elemento clave de transformación e igualación del empleo público», en *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, CGPJ, Madrid, 2007, p. 110.

²² MAURI MAJÓS, J.: «La negociación colectiva (arts. 31 a 38)», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 415.

²³ Artículo 37.1.d).

Son objeto de negociación igualmente las materias organizativas de la Administración cuando incidan en las condiciones de trabajo; anteriormente sólo se preveía la mera consulta.

Además, la mayoría de las cuestiones relativas a la ordenación de la actividad profesional —provisión, movilidad, clasificación de puestos, etc.— son también de obligada negociación.

En el cajón de sastre del artículo 37.1.m), debería estar incluida la obligatoriedad de negociar planes de igualdad según establece la DA 8.^a EBEP²⁴, dando cumplimiento al artículo 64 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Este último precepto establece que dicho plan será negociado «con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública». En ese sentido, mientras que el artículo 64 (LOI) va dirigido exclusivamente a la Administración General del Estado y a los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, la DA 8.^a EBEP vincula a todas las AAPP.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS MATERIAS NEGOCIABLES SEGÚN SU EFICACIA JURÍDICA

Siguiendo el esquema clásico de SALA FRANCO²⁵ se distinguen hasta cuatro tipos de materias negociables en el artículo 37.1 EBEP en función de las competencias que tenga atribuidas cada Administración:

• Las materias sometidas a reserva de ley

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

²⁴ Disposición Adicional octava. *Planes de igualdad.*

1. Las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.

²⁵ SALA FRANCO, T.: «Los derechos colectivos de los empleados públicos», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, p. 306.

- **Las materias con eficacia jurídica normativa directa en grado de propuesta**

H) *Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.*

- **Las materias con eficacia jurídica normativa directa en grado de criterios generales**

C) *Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.*

D) *Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño.*

F) *Los planes y fondos para la formación y la promoción interna.*

G) *La determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.*

I) *La acción social.*

L) *Las ofertas de empleo público.*

- **Las materias con eficacia jurídica normativa directa**

B) *La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios*²⁶.

E) *Los planes de previsión social complementaria*²⁷.

J) *Las establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales.*

M) *El calendario laboral, los horarios, las jornadas, las vacaciones, los permisos, la movilidad funcional y geográfica*²⁸.

²⁶ Esta novedad legislativa permite el tratamiento convencional respecto del sistema retributivo (complemento de puesto, carrera y desempeño, etc.) de los funcionarios, pero con excelso respeto de lo dispuesto en las leyes de presupuestos generales del estado y de las Comunidades Autónomas.

²⁷ Novedad estatutaria. *Vid.* STC 139/2005, de 26 de mayo, respecto a la posibilidad de que las AAPP puedan promover planes y fondos de pensiones y realizar contribuciones a los mismos.

²⁸ Ámbito negociador novedoso consagrado por condiciones de trabajo de carácter estructural cuya inclusión en la esfera negociadora puede considerarse correcta.

5. EXPLORACIÓN DE LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACIÓN

En líneas generales, el Estatuto amplía las materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación y dicha modificación es de considerable importancia con respecto a la regulación anterior. Ello permite concluir que estamos ante una interpretación restrictiva de la negociación colectiva.

En primer lugar, se mantienen las tres materias excluidas en la LORAP²⁹:

— **Las decisiones de las AAPP que afecten a sus potestades de organización** (art. 37.2.a). En primer lugar debemos desentrañar el alcance de la expresión *potestades de organización*³⁰, para delimitar bien este supuesto de exclusión del de la obligada negociación contenida en el párrafo c) del artículo 37.1. En este sentido, entendemos que los catálogos y las relaciones de puestos de trabajo (RPT), así como los planes de empleo, deben ser objeto de negociación pues constituyen expresión de la organización de la función pública³¹ mientras que todas las decisiones adoptadas en materia de estructura administrativa interna³² quedarían excluidas³³.

— **La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos** (art. 37.2.b). La justificación de la exención de negociación en este ámbito material viene motivado, en última instancia, por las necesidades de servicio que son superiores jerárquicamente a los derechos del empleado público³⁴. Los derechos del ciudadano como usuario de un servicio público mal podrán determinarse mediante negociación colectiva.

²⁹ Si bien se suprime la consulta acerca de las decisiones de las AAPP que afecten a sus potestades de organización, cuando las consecuencias de las decisiones de las mismas tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

³⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: «La potestad organizatoria y los derechos de los funcionarios públicos», en AA.VV.: *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1913 y ss.

³¹ En esta línea, MAURI MAJÒS, J.: «Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión de la función pública local», en *Cuadernos de Derecho Local*, pp. 49-50; ROQUETA BUJ, R.: «La negociación colectiva en la función pública local», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 279, 1999, pp. 69-70.

³² En esta expresión se comprende la capacidad de producción de normas para la configuración y asignación de medios personales, materiales y de gestión.

³³ Por recientes y conexas, *vid.* los pronunciamientos de nuestro alto tribunal en STS de 6 de febrero de 2007 y STS de 11 de mayo de 2005.

³⁴ MAURI MAJÒS, J.: «La negociación colectiva...», *op. cit.*, p. 418.

— **El procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas** (art. 37.2.b). El razonamiento de la exclusión de esta vasta materia es que los acuerdos bilaterales de la negociación no pueden afectar a derechos e intereses de terceros ni al régimen general y común de producción de las decisiones de las Administraciones Públicas, por ser ésta una cuestión de orden público reservada a la Ley ³⁵.

Además, se añaden tres nuevas exclusiones de carácter novedoso al texto del Estatuto:

— **La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo** (art. 37.2.c). La característica básica de dicho personal —reiterada en el art. 13.4 del mismo cuerpo legal ³⁶— es que la relación orgánica que le une con la Administración es superior a la relación de servicio ³⁷. El personal directivo normalmente es la contraparte en la negociación de pactos y acuerdos y mal pudiera autonomarse, actuando inexplicablemente así de juez y parte. Se perfila, de esta manera, la creación de un estatuto del directivo público ³⁸.

— **Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica** (art. 37.2.d). Esta materia queda fuera de la autonomía negociadora dado que el vínculo entre el empleado público y el órgano administrativo se funde de tal forma que los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica constituyen una cuestión inherente a la potestad pública y, por consiguiente, resultan innegociables ³⁹. Precisamente, esta exclusión *ex novo* viene motivada por la confusión conceptual entre condiciones de trabajo y de empleo *ex* artículo 32 LORAP y que trajo como consecuencia una aplicación judicial contradictoria ⁴⁰ por todos reconocida.

— **La regulación y determinación concreta de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional** (art. 37.2.e). Este elenco de materias afectan al derecho fundamental de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, respecto de las cuales la

³⁵ Vid., al respecto, STSJ de Extremadura, de 4 de febrero de 1992.

³⁶ Cuya literalidad es tajante al establecer que «la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley».

³⁷ ROQUETA BUI, R.: *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 294.

³⁸ SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «El estatuto básico del empleado público...», *op. cit.*, p. 68.

³⁹ ROQUETA BUI, R.: «El derecho de negociación...», *op. cit.*, p. 295.

⁴⁰ Vid. Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, abril de 2005. Dicha comisión fue constituida por Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre.

Administración ejerce potestades públicas por esencia, que no pueden ser objeto de renuncia o transacción. Son las normas objetivas, elaboradas exclusivamente en cumplimiento de aquel derecho fundamental, y las decisiones de los órganos públicos responsables de aplicarlas las que deben garantizar la igualdad de oportunidades entre quienes ya son empleados públicos y los que no lo son o entre unos y otros grupos de empleados.

6. CONCLUSIONES: DISGRESIÓN CRÍTICA

El proceso de puesta en práctica y aplicación de esta ley —que supone un importante esfuerzo de modernización administrativa en nuestro país⁴¹— pondrá de relieve la necesidad de realizar una exégesis interpretativa de los aspectos objeto de negociación y mediación obligatoria además de practicar un claro deslinde de las materias negociables, de aquéllas expresa o presuntamente excluidas. Por ello, la pretensión de la Comisión⁴² de alcanzar una perfecta delimitación de las materias negociables no se ha logrado, aunque hemos de reconocer que el tratamiento convencional constituye un auténtico terreno movedizo.

Más allá de las consideraciones anteriormente expuestas, es lo cierto que la gran novedad que justifica el apoyo sindical mayoritario al Estatuto deriva fundamentalmente del modelo de negociación colectiva consagrado. El Estatuto amplía considerablemente los poderes de intervención de los sindicatos sobre la política y gestión de recursos humanos en las AAPP. Sin duda esta es la gran apuesta y uno de los grandes retos del Estatuto.

La literalidad del EBEP, como hemos visto, presenta algunas lagunas jurídicas y solapamientos que la jurisprudencia deberá ir aclarando en beneficio de la integridad del sistema. Dicho amojonamiento jurídico deberá determinar, entre otras cuestiones, el significado de los «*criterios generales*»⁴³ en contraposición a «*regulación y determinación concreta*»⁴⁴.

⁴¹ Vid. PINAZO HERNANDIS, J.: *Empleo público para una nueva Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁴² *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, abril de 2005. Dicha comisión fue constituida por Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre.

⁴³ Que se utiliza reiteradamente en las letras c), d), f), g), l) y m) del meritado artículo 37.1 y que pretendía clarificar los aspectos negociables en determinadas materias, realmente da pie a la interpretación que se hace en el artículo 37.2.e) referida a la no obligatoriedad de su negociación.

⁴⁴ Vid. ALFONSO MELLADO, C.: «Contenido y eficacia de la negociación colectiva de funcionarios en el Estatuto Básico», en *Revista de Derecho Social*, 37, 2007, p. 73.

Sin embargo, especial dificultad conllevará trazar la línea fronteriza entre qué es negociable y qué no en el ámbito de la selección y de la carrera profesional al interpretar el enunciado que incluye esta materia como objeto de negociación (37.1.c) y el que lo excluye (37.2.e)⁴⁵.

Igualmente precisará de clarificación la casuística respecto a las decisiones que implican ejercicio de postestades de organización que repercuten, a su vez, sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos, pues precisarán de negociación.

Muy a nuestro pesar, debemos reconocer que las pretendidas mejoras introducidas por el Estatuto en el ámbito objetivo de la negociación colectiva pública con respecto a la normativa anterior son más aparentes que reales⁴⁶.

⁴⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008.

⁴⁶ ROQUETA BUJ, R.: «El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral de las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Negociación Colectiva y Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

Comunicación a la Ponencia Temática III

ESTRUCTURA NEGOCIAL: MESAS DE NEGOCIACIÓN

MARIAÑO TREVIÑO PASCUAL

Profesor Asociado
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

1. MESAS CONJUNTAS O MIXTAS. 1.1. Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas. 1.2. Mesas Generales de Negociación de cada Administración Pública.—2. MESAS PROPIAS. 2.1. Mesas Generales de Negociación. 2.2. Mesas Sectoriales.—3. RELACIONES ENTRE MESAS DE NEGOCIACIÓN.—4. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO COLECTIVO. ACUERDOS DE ADHESIÓN.—5. CONCLUSIONES.

Los principales cambios en la estructura de la negociación colectiva que incorpora el EBEP son los siguientes: En primer lugar, una Mesa General de todas las Administraciones Públicas que negocia para todos los empleados públicos incrementos retributivos y normativa básica; en segundo lugar, Mesas Generales para cada Administración Pública que negocia también para todos los empleados públicos las materias que sean comunes del artículo 37 del EBEP, en tercer lugar Mesas Generales por cada Administración pública que sólo negocia para los funcionarios públicos las materias del artículo 37 EBEP y Mesas sectoriales que son creadas por las Mesas Generales de cada Administración Pública para funcionarios y que se crean en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones Administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores de funcionarios públicos y a su número y, finalmente prevé la negociación de ámbito supramunicipal y adhesión a los Acuerdos dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma.

Parece obvio que el ámbito de aplicación del Acuerdo ha de hallarse comprendido dentro de las colectividades de empleados públicos o funcionarios cuyos intereses representen las partes y es este ámbito que preexiste al Acuerdo y que concluido éste, se convertirá en su ámbito de aplicación, al que se denomina unidad de negociación o Mesa de negociación.

En la normativa anterior, la Mesa de negociación fue asimilada por la doctrina a la unidad de negociación laboral que preexiste al Acuerdo colectivo y que concluido el mismo, se convierte en su ámbito de aplicación.

Así con la expresión Mesas de negociación se ha querido aludir, ante todo, a las unidades de negociación en la Función Pública, con lo que se ha optado por una terminología sin precedentes en el ámbito laboral, pues se utiliza normalmente en el ámbito laboral para designar a los «componentes de las partes negociadoras en su cometido de inter-

cambiar ofertas y demandas en el proceso de negociación»¹. Expresión que tiene una doble acepción, «subjética que equivale a la más correcta de comisión negociadora y, objetiva con un significado equivalente a la de unidad de negociación»².

Además de esto, según la LORAP y también el EBEP, la Mesa de negociación, que es el órgano competente para llevar a cabo la negociación colectiva funcionarial, «es un órgano de composición mixta, pero no un órgano administrativo de carácter colegial»³ y nada tienen que ver con las Juntas y Delegados de Personal que divorciaba a la LORAP y también al EBEP del ET, aunque el EBEP al establecer Mesas de negociación para materias que afecten a todas las Administraciones y a todos los empleados públicos esta estableciendo mesas de negociación que podríamos llamar supraempresariales lo que separa el EBEP de la normativa anterior en que las mesas negociaban a nivel de empresa o inferior, mesas que abarcaban unidades negociadoras muy amplias mayores que al ámbito atribuido a las Juntas de Personal⁴.

Mesas de negociación que las sentencias del Tribunal Supremo que se reseñan seguidamente, consideraban como titulares del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. Así la STS 3.^a de 3-11-1994. Ponente: Lescure Martín. *Tercero.—En el ámbito de la Administración pública no existe un derecho de negociación colectiva en sede constitucional, ni en el bloque de la constitucionalidad, sino en un plano de mera legalidad constituida por la Ley 9/1987, de 12 de junio, reformada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, debiendo observarse que el mencionado derecho, regulado en la última de dichas leyes, se deposita en órganos estables de creación legal, como son las Mesas de Negociación, sin que, por tanto, se atribuya de modo directo a los Sindicatos, que carecen así de una legitimación propia para la negociación, siendo sólo la Mesa correspondiente la que puede reclamar ésta o, en su caso, reclamar si se omite, por lo que la posición de los Sindicatos debe limitarse a reclamar su participación en ese órgano, pero las eventualidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en el plano de la actuación del expresado órgano de creación legal y no propiamente en el contenido esencial de la libertad sindical, resultando así descartada su vulneración y produciendo, en consecuencia, la desestimación del recurso contencioso-administrativo.*

¹ DEL REY GUANTER, S.: *Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas*, Ed. MAP, Madrid, 1988, p. 180.

² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Ed. Cedex, Barcelona, 1996, p. 101.

³ ROQUETA BUI, R.: *La negociación colectiva. en la función pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, 1996, p. 184.

⁴ OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, 7.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 818.

Por otra parte, la STS 3.^a de 20-1-1995. Ponente: Murillo de los Santos. Mesas de Negociación. Séptimo:...

Es fundamental observar que el derecho de negociación colectiva regulado en la ley de última cita se deposita en órganos estables de creación legal, como son las Mesas de negociación, sin que por tanto se atribuya de modo directo a los sindicatos. Estos carecen de una legitimación propia para la negociación, siendo sólo la Mesa correspondiente la que puede reclamar ésta, o la que, en su caso, puede reclamar si se omite. La posición de los sindicatos debe limitarse a reclamar su participación en ese órgano, pero las eventualidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en el plano de la actuación de ese órgano de creación legal, y no propiamente en el contenido esencial de la libertad sindical.

No cabría por ello entender aquí que la distinción de la doctrina del Tribunal Constitucional entre el contenido mínimo del derecho de libertad sindical de los sindicatos, definido en las normas constitucionales, y su contenido adicional, como ampliación de aquél por vía infraconstitucional, de Ley o incluso de Convenio Colectivo, mediante una política de apoyo al Sindicato (SSTC 39/86, 106/87, 184/87, 9/88, 127/89, 75/92 y 164/93), y la consecuente ulterior integración y tratamiento del contenido adicional como propio del derecho de libertad sindical, tutelable procesalmente por los mismos medios de defensa de ese derecho, sea aplicable a este caso. De serlo, pudiera entenderse que, dado que es un sindicato el que está accionando, y puesto que, aunque ni la Constitución ni la LOLS le conceden un derecho de negociación colectiva, ese derecho se establece en la Ley 7/1990, de reforma de la Ley 9/87, el sindicato afectado podría defender su derecho, como contenido adicional del de libertad sindical, y reaccionar frente a las violaciones del mismo, por el medio procesal especial de la Ley 62/1978, que es lo que el recurrente pretende en este proceso.

Tal planteamiento no es sin embargo correcto, pues, según se ha indicado, las citadas leyes no atribuyen directamente el derecho de negociación a los sindicatos, sino que más bien ese derecho se deposita en unos órganos institucionales estables: las Mesas de Negociación (y no en una comisión negociadora, ad hoc, a diferencia de lo que ocurre en la negociación colectiva laboral), que son propiamente los que ostentan la titularidad del mismo.

Como se puede observar en ambas sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, las Mesas de negociación aparecen como un órgano, aplicando la «teoría administrativa de los órganos administrativos refiriéndose a la persona física servidor del Estado, o al complejo de funciones unificadas en una figura, del que la persona física sería mero titular, o el complejo de funciones que debería designarse

oficio o bien el concepto de órgano debería reservarse para aquellas unidades administrativas cuyos titulares están capacitados para emitir declaraciones *ad extra*, que se imputan como propias a la Administración» ⁵.

No obstante, entiendo que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios es un derecho subjetivo, cuyos titulares son los funcionarios y no como un supuesto de cotitularidad con los empresarios o las Administraciones públicas, pues se ha afirmado históricamente como el medio eficaz para suplir y compensar la desigual condición de parte del funcionario en el contrato individual de servicio ⁶ y esto es así porque no puede olvidarse que distinta de la relación orgánica es la relación de servicios y es la relación de servicio la que nos interesa aquí de la que surgen a favor y a cargo de las dos partes (funcionario y Administración Pública) derechos y obligaciones inherentes al desarrollo de la actividad del funcionario a favor del ente público, por todo ello nuestra afirmación de que no es un órgano colegial, ejerciéndose este derecho de negociación colectiva del que son titulares los funcionarios a través de sus representantes que son los sindicatos y «por ejercicio del derecho subjetivo se entiende la realización del acto o serie de actos o actividades para los que faculta o autoriza el poder concedido al titular del derecho por el ordenamiento jurídico. Ejercicio del derecho subjetivo que unas veces lo consuma o extingue y otras lo consolida y prorroga» ⁷.

Para mí las mesas de negociación son, como hemos dicho anteriormente, no un órgano administrativo, sino comisión negociadora o unidad de negociación. El EBEP modifica, como hemos dicho anteriormente, enormemente la estructura negocial, creando mesas comunes a funcionarios y personal laboral, y mesas exclusivas de funcionarios. Produciéndose un grado de centralización mayor que en la anterior normativa, que ya era de por sí elevado, aunque avanza en relación a las entidades locales en el sentido de poder crear mesas de negociación supramunicipales y permitiendo la adhesión de las entidades locales a Acuerdo colectivos ya negociados en otras unidades de negociación normalmente de ámbito superior, solventando las dificultades que derivaban de la LORAP para las EE.LL., sobre todo para los pequeños y medianos Ayuntamientos.

Como en la LORAP el EBEP reconoce la libertad de las partes para fijar el ámbito de aplicación de los Acuerdos dentro de la unidad de negociación que son prefijadas legalmente, pues el legislador quien fija

⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «*Principios de Derecho Administrativo*», vol. I, 3.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 378.

⁶ RIVERO LAMAS, J.: «La garantía de los derechos y libertades constitucionales», en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Dirs. José Luis MONEREO y otros, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 2017.

⁷ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 426-427.

las unidades de negociación aunque de forma diversa, en ocasiones precisándolo con exactitud y en otros casos estableciendo los principios que determinan la consideración como apropiada de una determinada unidad de negociación.

De manera que el sistema de negociación colectiva en la función pública se caracteriza por la relevancia autónoma de las unidades de negociación fijadas legalmente, siendo el criterio de determinación de los niveles de negociación la organización de las Administraciones Públicas.

Por tanto, se reserva a la Ley el establecimiento de las unidades de negociación, sustrayéndose la formación de las mismas a la autonomía colectiva, siendo la unidad de negociación una realidad objetiva, anterior e independiente de la voluntad de las partes negociadoras.

1. MESAS CONJUNTAS O MIXTAS

Que son mesas de negociación en las que se negocia condiciones de trabajo que afectan de manera conjunta tanto a funcionarios, personal estatutario y personal laboral, separándose el EBEP de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que anulaba la negociación colectiva unitaria de un pacto o acuerdo que abarcase conjuntamente a funcionarios y personal laboral, pues según esa jurisprudencia resultarían inviables dadas las diferencias básicas de régimen jurídico que existe entre ambos ⁸. Problema que opina sigue subsistiendo Salvador del Rey Guanter al señalar que se aplicarán las normas de legitimación y, sobre todo, las de procedimiento y validez y eficacia propias en cada ámbito respectivo —funcionario y laboral—. Por tanto, existe una posible confluencia en mesas negociadoras pero no unidades de negociación únicas en sentido estricto, dado que funcionarios públicos personal laboral público se va a seguir rigiendo por reglas formales y sustanciales diferenciadas ⁹.

1.1. Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas

Artículo 36.1 LEBEP. Crea una Mesa General Mixta de Negociación de las Administraciones Públicas en la que estarán legitimados los Sindicatos más representativos tanto del personal funcionario como la-

⁸ SALA FRANCO, T.: «Los Derechos Colectivos de los Empleados Públicos», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Direc.: M. SÁNCHEZ MORÓN, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 311.

⁹ DEL REY GUANTER, S.: «Empleo Público y Empleo Privado: Reflexiones a la luz del Estatuto Básico», en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Direc.: S. DEL REY GUANTER, ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 106.

boral en el conjunto de las administraciones públicas y del lado de las Administraciones Públicas, la representación será unitaria, presidida por la Administración General del Estado y contará con representantes de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar.

Será específicamente objeto de negociación el incremento global de las retribuciones del personal al servicio que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año. La creación de esta Mesa tiene que ver con el artículo 149.1.13 de la CE, que establece como competencia exclusiva del Estado las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del Estado. Por lo que como se ha señalado anteriormente los incrementos retributivos han de establecerse en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para todas las Administraciones, por que es una medida de política de económica y de política de rentas, desde el punto de vista de la política económica se tendrá en cuenta: el grado de cumplimiento de las previsiones y de los compromisos sobre los que se hubiese basado el incremento retributivo de ejercicios anteriores, la valoración del aumento de la productividad del empleo público derivado del desarrollo de acciones y programas específicos y la evolución de los salarios y del empleo conjunto del país, este último índice tiene que ver con las políticas de rentas que tratan de conseguir un crecimiento armónico de las procedentes de varias fuentes, bien de evitar el hundimiento de alguna de ellas, quizá tendiendo a redistribuirlas y a sujetar todas ellas al límite del crecimiento general de la economía nacional en el más amplio marco de la convergencia europea.

También será objeto de negociación en esta Mesa las materias objeto de negociación relacionadas en el artículo 37 del EBEP que resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica. Entiendo que se trata de negociación de materias a incluir en proyecto de Ley con carácter de norma básica, aunque como la normativa básica puede estar recogida en norma reglamentaria, la negociación colectiva podría ser instrumento adecuado para recoger tal normativa, que debería ser respetada en las Mesas de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Resuelve el problema de que la negociación en las distintas Mesas estuviese condicionada, por la previa distribución de competencias normativas, en materia de Función Pública, entre los diferentes niveles territoriales. De esta manera cuando la Mesa General de todas las Administraciones del Estado decida sobre materias de carácter básico (art. 149.1.18 CE), el contenido de la regulación alcanzará a los funcionarios públicos estatales, autonómicos y locales.

No obstante resulta incoherente la participación de las Comunidades Autónomas y de la Federación Española de Municipios y Provincias en la fijación de una materia exclusivamente estatal y acaba inestabilizando la misma composición del banco público de la mesa de negociación que deberá ser modificada en función de las materias a negociar que llegue a adivinarse cuál pueda ser el criterio de diferenciación. Y además, como no se introduce diferenciación en el banco sindical por razón de la materia, la representación de los trabajadores acabará negociando las normas básicas de los funcionarios públicos que, en principio, no les han de ser de aplicación.

De capital importancia en este apartado es el contenido de la Disposición Final segunda que indica la aplicabilidad general de todos sus preceptos a todas las Comunidades Autónomas, pero «respetando en todo caso las posiciones singulares en materia institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía en el marco de la Constitución». Esta referencia a las «posiciones singulares» debe entenderse, como representativa del respeto a la Comunidad Foral de Navarra cuya Ley Orgánica de Mejoramiento del fuero habla de competencias exclusivas y además la Disposición Adicional tercera de la Ley 7/2007 del EBEP en su Disposición Adicional tercera habla de Navarra y se refiere al País Vasco mencionando la posición singular de las instituciones forales de los llamados Territorios Históricos». En cuanto a la Ley Orgánica de Mejoramiento Foral de Navarra, su redacción tiene peculiaridades importantes, y tanto es así que lo básico toma otra dimensión, aquí se dice en su artículo 49.1 que «*En virtud de su régimen foral... corresponde la competencia exclusiva...*» y utiliza la expresión «*respetando los derechos y obligaciones esenciales*» de los funcionarios públicos, que nos colocan en las situaciones caracterizadoras del propio modelo de régimen estatutario, sin las cuales no sería reconocible ¹⁰.

¹⁰ EMBID IRUJO, A.: «La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas», en el *Estatuto Básico del Empleado Público y su Desarrollo Legislativo*, Universidad de Zaragoza, ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2007. Para la STC 140/1990, de 20 de septiembre. Ponente: RODRÍGUEZ BEREJO, no todo lo básico es esencial, pero sí todo lo esencial es básico. Esta distinción sirve para marcar la diferencia con respecto al título competencial entre Comunidades Autónomas. Se trata de una sentencia que analiza lo básico en la relación Constitución y Ley Orgánica de Mejoramiento Foral de Navarra, con referencia a normas de función pública. Sólo despliega efecto limitativo en relación al ejercicio de la competencia aquellas previsiones de la legislación básica «*que se refieran a los "derechos y obligaciones esenciales"*», relativas al régimen estatutario de los funcionarios públicos, «*5. ...derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios públicos..., que nos sitúan, aquellas situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo del régimen estatutario de los funcionarios, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin las cuales no sería reconocible...*», como sucede con el derecho de representación colectiva, que constituye un aspecto

Destaca en el EBEP en el plano puramente competencial que la forma de establecimiento de la legislación básica es muy peculiar. Y ello porque hay en él pocas normas absolutamente compulsivas y cerradas en el texto que deban ser cumplidas estrictamente, conforme a su tenor literal, por las Comunidades Autónomas y respecto a las que éstas tengan sólo posibilidades de desarrollo legislativo. Pues el marco normativo estatal señala posibilidades, pero en muchos casos no mandatos claros y, por tanto, direcciones prácticamente únicas de desarrollo normativo, como es lo usual.

1.2. Mesas Generales de Negociación de cada Administración Pública

Artículo 36.3 LEBEP. Se crearán también Mesas Generales de Negociación en cada una de las Administraciones Públicas para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública.

Estas Mesas Generales Comunes al personal funcionario y laboral están ideadas para negociar aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral que reciban un tratamiento unitario e, incluso, paralelo en el EBEP y otras normas administrativas.

Sin alterar lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acuerdos para el personal funcionario, ya que para la validez y eficacia de los mismos será necesaria la aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno de la administración correspondiente.

A la hora de establecer la estructura de la negociación colectiva hay que resaltar que ha parecido conveniente y viable el ejercicio conjunto del derecho de negociación colectiva por parte de los funcionarios y los trabajadores laborales al servicio de las Administraciones Públicas, lo que parece lógico en aras de la consecución de los principios de igualdad, economía procedimental y eficacia administrativa, siendo útil en el ámbito de las Entidades Locales, en las que es más frecuente que realicen funciones equivalentes los funcionarios y los contratos laborales, y por el número limitado de los sujetos afectados por la negociación colectiva en gran parte de esas entidades.

esencial del estatuto de los funcionarios públicos. Los órganos de representación de los funcionarios son básicos para el régimen estatutario por esenciales, pero no constituyen desarrollo de la libertad sindical ni pueden incardinarse en el derecho de sindicación, por lo que no podrán ser considerados como peculiaridades en cuanto contenido del régimen estatutario.

En la práctica, esa negociación conjunta ya se estaba dando en las Entidades Locales, también en las Comunidades Autónomas y otros entes públicos, pero los Tribunales consideraban contrarios a derecho los Acuerdos o convenios colectivos que se aplicaban por igual a uno y otro tipo de personal, por lo que para salvar esta situación se difundió el modelo de que unas mismas condiciones laborales de fondo se incluyeran en dos textos que se aprueban al mismo tiempo y cuyo contenido es una copia en uno para los funcionarios y en otro para los laborales.

Por todo ello, se ha previsto la posibilidad de que en las Administraciones Públicas pueda constituirse un órgano de negociación común para el personal funcionario y laboral, para todas aquellas condiciones de trabajo que les sean comunes.

En las Entidades Locales, en muchos pequeños municipios la negociación colectiva no existe y en otros parece conveniente llevar a cabo una negociación en ámbitos supramunicipales, para homogeneizar las condiciones de empleo del personal y facilitar un procedimiento más objetivo y riguroso. Es por ello que se ha reconocido la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como la de entes locales intermedios, de creación legal o de base asociativa, tales como mancomunidades de municipios, comarcas, áreas metropolitanas y otras agrupaciones de municipios legalmente previstas, así como que la negociación colectiva pueda realizarse en un marco provincial por las Diputaciones Provinciales o Forales o, en su caso, la Comunidad Autónoma.

2. MESAS PROPIAS

Las llamamos propias porque sólo negocian para los funcionarios públicos: funcionarios de carrera e interinos, así como personal estatutario.

2.1. Mesas Generales de Negociación

El artículo 34.1 y 2 dice que: «1. A los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos se constituirá una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración del Estado, así como de cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales. 2. Se reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como la de las Entidades Locales de ámbito supramunicipal...», se establece la existencia de Mesas Generales en tres ámbitos (Administración del Estado, CCAA y EELL), ámbitos coincidentes «con la división administrativa y política recogida

en nuestro Ordenamiento Jurídico»¹¹. A efectos de negociación colectiva de los funcionarios.

Sus competencias se extienden a las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de su ámbito.

En la Administración General del Estado y de los Organismos públicos dependientes de la misma los funcionarios a su servicio y los funcionarios de las Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de aquélla. También los funcionarios de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como los funcionarios civiles de la Administración Militar y de los Organismos públicos dependientes o vinculados a la misma.

En el caso de las Comunidades Autónomas, el EBEP extiende el esquema de la negociación colectiva en la Administración General del Estado, así como a las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Mesas de negociación supramunicipales, tales como las provincias, las mancomunidades de municipios, las comarcas y las áreas metropolitanas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las Administraciones públicas, a través de esta relación convencional, no pueden disponer voluntariamente de la titularidad de las competencias y regímenes competenciales sustantivos diseñados en la Constitución y los Estatutos y el bloque de constitucionalidad, pudiendo recuperar la titularidad de las mismas en el momento que ellas deseen, sin que pueda oponerse a ello la mesa de negociación supramunicipal. Por lo que se plantea sin duda si las asociaciones de municipios, las provincias, las mancomunidades, las comarcas y las áreas metropolitanas ostentan legitimación suficiente para constituirse en sujetos colectivos de las relaciones de empleo propias de la función pública local. Pues una negociación es siempre una relación bilateral entre dos partes que en defensa de sus intereses deciden de común acuerdo un área de contratación. Y en este supuesto es un tercero ajeno a los intereses que se dilucidan en la actividad de contratación el que realiza la negociación¹².

2.2. Mesas Sectoriales

Las Mesas Sectoriales se crearán por las Mesas Generales de negociación, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las or-

¹¹ ROQUETA BUJ, R.: «La negociación colectiva...», *op. cit.*, p. 110.

¹² MAURI, MAJÓS, J.: «La negociación colectiva», en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Direc. S. DEL REY GUANTER, ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 402-403.

ganizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número.

La negociación en las Mesas Sectoriales se extenderá a los temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General o a los que está explícitamente reenvíe o delegue.

Por tanto, las Mesas Sectoriales no son obligatorias en la Administración General de Estado, como ocurría en la legislación anterior, lo que realmente se suprime es el listado de Mesas Sectoriales de negociación de constitución obligatoria.

Flexibiliza la estructura de Mesas Generales y Mesas Sectoriales vigente de manera que puedan ser creadas por acuerdo de la Mesa general correspondiente por causa justificada, sin perjuicio de lo que pueda establecer la legislación sectorial aplicable. Podrá negociar materias comunes a los funcionarios del sector y que no hayan sido objeto de decisión en la Mesa General respectiva o las que ésta explícitamente les reenvíe o delegue.

Resuelve el problema de que sean las Mesas Generales de las CCAA las que establezcan en ese ámbito autonómico la estructura negocial que consideren más conveniente. Sin embargo, lo más correcto será que el legislador autonómico establezca la estructura de negociación, si entendemos que la estructura de la misma ha de venir predeterminada legalmente y en defecto, de regulación autonómica será la Mesa General la que fije la estructura de negociación de modo similar a la estatal. En las EELL la Mesa General podrá también constituir Mesas Sectoriales.

Mesas sectoriales, que pueden constituirse al amparo del artículo 34.3 del EBEP, atendiendo a las condiciones de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y su número. Parece que las mesas sectoriales de creación legal desaparecen, apariencia que más adelante pondremos de manifiesto que queda por completo difuminada, y además el legislador del EBEP fija los criterios de especificidad de la organización administrativa, peculiaridad del sector y el numérico como base para dicha opción, aunque en todos ellos siga existiendo un apreciable grado de discrecionalidad.

No obstante, en la Administración General del Estado siguen existiendo algún tipo de mesas sectoriales obligatorias, por ejemplo:

La Mesa sectorial para el personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros, al amparo de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la que se ordenó la constitución de la Sociedad Estatal de

Correos y Telégrafos, S. A., y el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Estatuto del Personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., Mesa Sectorial que queda consolidada por el artículo 5 del EBEP, pues es competente para negociar todas las condiciones de trabajo de este personal y supletoriamente entrará en juego la Mesa General de la Administración del Estado cuando no se negocie alguna materia o condición de trabajo ¹³.

Mesa sectorial para el personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. El EBEP omite cualquier referencia a esta Mesa sectorial de negociación, sin embargo su constitución seguirá siendo obligatorias, tanto a nivel de Administración General del Estado como de las Comunidades Autónomas, porque así lo establece el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Mesa que negociará las condiciones de trabajo del personal estatutario y sanitario funcionario que presta sus servicios en centros y servicios sanitarios pertenecientes a la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. Las bases del régimen aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud se negociarán en el seno de la Mesa general de negociación de las Administraciones Públicas.

Mesa sectorial de creación obligatoria para el personal de la Administración de Justicia de la Administración General del Estado, según establece el artículo 496.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin estar subordinada a las Mesas generales de la Administración General del Estado que sólo operará supletoriamente, que negociará también para los funcionarios de la Administración de Justicia de las Comunidades Autónomas sin competencia en la materia. En las Comunidades Autónomas con transferencias, los funcionarios quedarán comprendidos en el ámbito de la Mesa general o sectorial que haya creado en su respectiva Comunidad Autónoma. Sin embargo, determinados aspectos del régimen estatutario aplicables a estos funcionarios públicos se negociarán en el seno de la Mesa sectorial de la Administración de Justicia.

Estructura negocial más abierta y plural, que planteará problemas de articulación de los diferentes productos convencionales, que se resolverán atendiendo a los criterios de primacía y complementariedad que fija el EBEP en su artículo 38.9. Criterio de primacía que significa la obligación de no modificar en los ámbitos sectoriales los criterios generales acordados sobre las materias tratadas en el ámbito general, ni plantear temas distintos a los expresamente remitidos o delegados por la mesa general. El criterio de complementariedad significa que los acuerdos sectoriales sobre materia acordada en ámbito superior, no pueden mo-

¹³ ROQUETA BUI, R.: *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, ed. La Ley, Madrid 2007, pp. 143-144.

dificar lo acordado en el mismo y se han limitar simplemente a completar el acuerdo de ámbito superior.

3. RELACIONES ENTRE MESAS DE NEGOCIACIÓN

En la negociación colectiva, a veces es «imposible aplicar el principio de jerarquía normativa, otras el de especialidad e incluso el de norma más favorable»¹⁴. Por lo que van a ser «los principios de coherencia y plenitud lo que oriente la elección del Acuerdo colectivo aplicable, el primero evoca la existencia de unos objetivos o principios generales que todo el ordenamiento a los que todos los elementos de éste deben conformarse y el segundo, es una propiedad del ordenamiento jurídico según la cual éste tiene una norma para cada caso, por ello en caso de falta de regulación hay o habrá remisión a otras instancias normativas, bien la legislación estatal, bien el poder de dirección de la propia Administración»¹⁵.

Y también la seguridad jurídica que supone, entre otras cosas, «certeza o certidumbre del Derecho aplicable en una situación determinada; puede verse perjudicada cuando no queda claro qué norma convencional rige una relación funcional dada en un momento concreto. La articulación de Acuerdos contribuye a evitar estas situaciones, identificando a priori y desde el exterior cuál será el Acuerdo aplicable a cada ámbito; en cuanto elabora un mapa de la negociación colectiva, facilita a los operadores jurídicos la tarea de aplicar la norma convencional correspondiente»¹⁶.

Este reparto de materias en función de criterios de adecuación por niveles de negociación va a tener un impacto directo en la estructura de la negociación colectiva, ya que ésta quedará determinada por las decisiones que se adopten respecto de las materias que correspondan a cada uno. En efecto, con estas decisiones se incide en el poder regulador de «cada nivel, en su importancia relativa dentro de la estructura negocial, o incluso se evita la negociación en alguno de ellos. Por ello puede decirse que en todo diseño de estrategias de articulación de convenios se parte de un modelo predeterminado de estructura convencional ideal, y su establecimiento se plantea como uno de los objetivos a conseguir. El resultado final que se pretende es el de una determinada estructura, con un reparto también determinado de competencias normativas entre los distintos niveles»¹⁷.

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La articulación de la negociación colectiva», en *Congreso de la Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, p. 13.

¹⁵ *Ibídem*, p. 14.

¹⁶ *Ibídem*, p. 15.

¹⁷ *Ibídem*, pp. 16-17.

Por ello, el EBEP establece que los Acuerdos podrán establecer la estructura de la negociación colectiva en su respectivo ámbito, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras.

Dado que la negociación colectiva funcional se desarrolla en distintos ámbitos y con distintas materias en cada uno de ellos, de manera que se puede producir una negociación descentralizada, el Acuerdo de 1991 en su Título IV, Capítulo XIII, se preocupa de la ordenación de relaciones entre los distintos ámbitos de negociación, que se llevará a cabo conforme a los siguientes criterios, criterios para resolver los conflictos de concurrencia entre distintos ámbitos de negociación, que son y puede ser definidos de la siguiente manera:

a) Criterio de primacía por el cual las partes acuerdan no modificar en los ámbitos sectoriales los criterios generales acordados sobre las materias tratadas en el ámbito general.

b) Criterio de complementariedad, por el que los acuerdos o pactos establecidos en un ámbito inferior de negociación, cuando aborden una materia ya regulada en un acuerdo de ámbito superior, no podrán modificar lo acordado, limitándose exclusivamente a complementar el acuerdo de ámbito superior.

c) Criterio de competencia, por el que la aplicación de un acuerdo o pactos queda supeditado a que haya sido suscrito según los establecido en la LEBEP sobre la distribución de materias.

d) Criterio de cobertura presupuestaria, por el que por parte de la Administración se asegurará, previamente a la firma de un acuerdo o pacto, los informes favorables de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda».

4. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO COLECTIVO. ACUERDOS DE ADHESIÓN

El artículo 34.2 EBEP señala que los municipios pueden no decidir en detalle, sino adherirse a un acuerdo supramunicipal ya celebrado y en vigor y a los alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma ya celebrados y en vigor bien con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación que se lleve en el ámbito correspondiente, la legitimación negocial de las entidades suparmunicipales se ejercitará sobre la base de una adhesión previa por parte de los municipios interesados o bien la adhesión posterior y de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente.

Los Acuerdos obtenidos en instancias supramunicipales de negociación no tienen un efecto directo, por eso la referencia al mecanismo de adhesión como fórmula de interiorización de la negociación por los municipios integrados dentro del ámbito supramunicipal de negociación.

De esta manera, la adhesión es siempre y por naturaleza un procedimiento de negociación, de modo que las partes negociadoras de una concreta unidad deciden aplicar la regulación de las condiciones de trabajo negociadas para otra unidad, además la adhesión tiene por finalidad corregir el déficit de negociación, pero no la cobertura del vacío de negociación, para la que el ordenamiento laboral prevé extensión y, además la adhesión precisa que el contenido negociado por la unidad adherida satisfaga la regulación de la unidad adherente, de forma que las condiciones incorporadas se adecuen a sus concretas necesidades de prestación de servicios y gestión de las condiciones de trabajo, afinidad que difícilmente se dará entre unidades de perfil institucional distinto, pues cada Administración Pública debe negociar colectivamente dentro del ámbito de sus competencias.

Debe señalarse, que en el supuesto de negociación colectiva sea en Administración Pública supralocal, la adhesión corresponde a la propia Entidad Local sin que tenga que negociarse previamente con la representación sindical.

5. CONCLUSIONES

Primera.—El EBEP sigue sin resolver los problemas de la negociación colectiva que abarca conjuntamente a funcionarios y personal laboral, dadas las diferencias básicas del régimen jurídico que existe entre ambos, pues además de las pocas materias comunes que pueden negociarse, se aplicarán las normas de legitimación y validez y eficacia diferenciadas propias de cada régimen jurídico.

Segunda.—Se detecta como problema si las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla y Federación de Municipios tienen legitimación suficiente para negociar normativa básica.

Tercera.—Se plantea sin duda, el problema, si las asociaciones de municipios, las provincias, las mancomunidades, las comarcas y las áreas metropolitanas ostentan legitimación suficiente para constituirse en sujetos colectivos para negociar colectivamente las relaciones de empleo propias de la función pública local.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

ANE VÁZQUEZ BELTRÁN

Asesora Técnica del Gobierno de Aragón

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA SINGULARIDAD DEL PERSONAL ESTATUTARIO.—2. LA INTEGRACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN EL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES QUE REGULA LA RELACIÓN DE SERVICIOS DEL PERSONAL ESTATUTARIO. 2.1. Normativa aplicable al personal estatutario antes de la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público. 2.1.1. El largo camino recorrido hasta la aprobación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. 2.1.2. El impacto del Estatuto Marco del personal estatutario sobre el sistema de fuentes. 2.2. Normativa aplicable al personal estatutario tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público. 2.2.1. Antecedentes legislativos del Estatuto Básico del Empleado Público. 2.2.2. El ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.—3. LA REPERCUSIÓN DE LA APROBACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO CONCRETO: EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL ESTATUTARIO. 3.1. La regulación de la negociación colectiva antes de la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público. 3.2. La regulación de la negociación colectiva tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público.—4. BREVES REFLEXIONES FINALES.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA SINGULARIDAD DEL PERSONAL ESTATUTARIO

Uno de los rasgos que caracteriza a la Administración Sanitaria y la diferencia del resto de Administraciones Públicas es la existencia, en los Servicios de Salud Autonómicos que conforman el Sistema Nacional de Salud, de un tercer colectivo de personal que convive con el personal funcionario y laboral: el personal estatutario.

La utilización del término estatutario para designar a este colectivo tiene su origen en los instrumentos que inicialmente formularon sus condiciones de trabajo. El régimen jurídico del personal que desempeñaba sus funciones en el ámbito sanitario se recogió en tres Estatutos ¹, de forma que el contenido asumió la naturaleza del continente y el personal cuyas condiciones de trabajo se regulaban en estas normas preconstitucionales comenzó a denominarse personal estatutario.

Con el transcurso del tiempo se ha puesto de manifiesto que esta locución no resulta adecuada para identificar a un colectivo concreto porque se ha ido multiplicando progresivamente el uso legal de las palabras estatuto y estatutario reduciendo considerablemente su papel definidor o denominador. Este término resulta claramente equívoco ² si se toma en consideración, por un lado, que desde la aprobación de la Constitución Española se reconoce la existencia de un régimen estatu-

¹ Los tres Estatutos a los que se hace referencia son el Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre; el Estatuto de personal sanitario no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 26 de abril de 1973; y el Estatuto de personal no sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 5 de julio de 1971.

² Sobre esta cuestión terminológica, véase MONTAÑA MELGAR, A.: «El personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud», en *Personal estatutario de la Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 98 a 100.

tario de los funcionarios públicos ³ y, por otro lado, que desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, el adjetivo estatutario se utiliza como sinónimo de jurídico-laboral, en referencia a la norma fundamental que regula las condiciones de trabajo del personal laboral ⁴.

No obstante, aunque el vocablo estatutario se haya generalizado, la denominación se ha mantenido porque, en realidad, las singularidades de este colectivo de personal no sólo ni fundamentalmente provienen de que su régimen jurídico se encontrara estipulado en unos Estatutos diferenciados, sino que sus peculiaridades residen en las formas de ejercicio de las profesiones sanitarias y, por tanto, afectan a la esencia de la relación jurídica especial que vincula a este personal con la Administración Pública Sanitaria.

Fruto de estas singularidades reales del servicio sanitario-asistencial no sólo ha persistido una calificación específica para este colectivo sino también un régimen jurídico propio, distinto del previsto para el personal funcionario y el personal laboral, razón por la cual reviste un particular interés el análisis de los efectos que para la regulación del vínculo estatutario y, en particular, para el ejercicio del derecho de negociación colectiva, se han derivado de la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público, cuya vocación es la de presentar un régimen jurídico único y homogéneo para todos los empleados públicos.

2. LA INTEGRACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN EL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES QUE REGULA LA RELACIÓN DE SERVICIOS DEL PERSONAL ESTATUTARIO

A pesar de que la aceptación del postulado de la racionalidad del legislador lleva a los juristas a partir de la premisa de que el ordenamiento jurídico se configura como un sistema coherente y pleno y que, en consecuencia, proporciona una única solución para cada caso concreto que se plantee ⁵, la práctica demuestra y, en particular, en el caso del personal estatutario, que la búsqueda de la norma aplicable a unos hechos determinados ha sido tradicionalmente muy complicada.

³ El artículo 103 de la Constitución Española, en el apartado tercero, establece: «[...] la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos [...]».

⁴ Sirva como ejemplo la denominación de convenio colectivo estatutario para hacer referencia a la negociación colectiva, entre los representantes de la empresa y de los trabajadores, que se desarrolla cumpliendo estrictamente con las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Aborda en profundidad la teórica coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, CALVO GARCÍA, M.: *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 184 y ss.

Las dificultades encontradas no sólo se han derivado de la creciente complejidad que presentan los ordenamientos jurídicos sino que han sido consecuencia, en gran medida, de la incertidumbre generada sobre la naturaleza jurídica de este tipo de personal ⁶.

A lo largo de los últimos años, se han aprobado distintas normas que, junto con los análisis de la jurisprudencia y la doctrina, han tratado de identificar dicha naturaleza jurídica y determinar la norma aplicable a un supuesto concreto. Estos sucesivos intentos de articular correctamente el sistema de fuentes de este colectivo son los que deben examinarse en primer lugar ⁷, con la finalidad de, a continuación, valorar el impacto que sobre el personal estatutario ha supuesto la aprobación de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

2.1. Normativa aplicable al personal estatutario antes de la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público

2.1.1. El largo camino recorrido hasta la aprobación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre

El desconcierto sobre la naturaleza jurídica del personal estatutario comenzó inmediatamente después de la aprobación los tres Estatutos preconstitucionales citados. Aunque la cuestión pronto se centró en determinar si este tipo de personal debía asimilarse al personal funcionario o, por el contrario, al personal laboral, las calificaciones que llegaron a otorgarse a este colectivo fueron de muy variada índole ⁸. El profuso debate que se originó, se resolvió finalmente en favor de la tesis funcionarial, puesto que tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria, con importantes dudas inicialmente ⁹, terminaron por considerar

⁶ Sobre la estrecha relación entre ambas cuestiones, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: «El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social», en *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 27 y ss.

⁷ No se trata de ser exhaustivos en esta parte introductoria, en la que sólo se pretende describir someramente el contexto en el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público. Por esta razón, no van a citarse todas las normas especiales aprobadas para el personal estatutario ni se va a profundizar en lo dispuesto por la jurisprudencia y la doctrina a lo largo de los últimos años, sino que únicamente van a tratarse de extraer las conclusiones generales alcanzadas en torno a estas cuestiones.

⁸ Hasta seis posibles calificaciones distintas del vínculo jurídico estatutario propone GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico del personal al servicio de las Instituciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1996, p. 76 y ss.

⁹ Se describen en la obra de COCA VITA, E.: «Personal médico de la Seguridad Social y jurisdicción competente: solución a un viejo problema», en *Revista de Administración Pública*, núm. 84 (1977), p. 151 y ss., ya en el año 1977, tanto la tesis administrativista como

al personal estatutario más próximo al personal funcionario que al personal laboral¹⁰.

Por tanto, se consolidó progresivamente la teoría de que «las relaciones estatutarias tienen una configuración más próxima al modelo de función pública que al de la contratación laboral»¹¹, aproximación que significaba también la aplicación al personal estatutario de la legislación sobre función pública como derecho supletorio de primer grado.

No obstante, a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinales por resolver todas estas cuestiones, seguían planteándose determinados problemas en torno a unos Estatutos que se habían quedado obsoletos. Por esa razón, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, introdujo, en el artículo 84, la obligación de que se aprobara un Estatuto Marco para el personal estatutario, es decir, una norma específica para este colectivo que regulara, con carácter básico, las siguientes materias: «[...] clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional».

Esta previsión legal no obtuvo la respuesta deseada y transcurrieron los años sin que este marco jurídico se aprobara, en un entorno que, por otra parte, se complicaba gradualmente porque a los problemas que planteaba la indefinición legal de este tipo de personal, la dispersión subjetiva que suponía la existencia de tres instrumentos para las distintas categorías profesionales y la imposibilidad de identificar con claridad el régimen supletorio, se unieron la eclosión de las Comunidades Autónomas como entes normativos y, a partir de los años ochenta, la introducción de la negociación colectiva para los funcionarios públicos.

2.1.2. *El impacto del Estatuto Marco del personal estatutario sobre el sistema de fuentes*

En el contexto descrito, y cuando se había apuntalado la tesis sostenida por la doctrina científica, así como por los jueces y magistrados que constantemente depuraban el sistema de fuentes de este colectivo,

la laboralista, que mantienen muy dividida a la doctrina que presenta tanto argumentos a favor como en contra de ambas teorías.

¹⁰ Por todos, GOERLICH PESSET, J. M.: «El personal estatutario al servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social», en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, vol. II, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 185 y ss., que pone de relieve la inclinación definitiva de la doctrina y de la jurisprudencia hacia la tesis funcionalista.

¹¹ En estos términos se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 1991 (RJ 1991/7221) que probablemente marcó un punto de inflexión en esta materia.

de que el personal estatutario se regía, fundamentalmente, por su normativa específica y de forma supletoria por el derecho de la función pública, se produce la ansiada aprobación de la Ley 55/2003, de 16 de abril, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud¹².

Esta norma básica, que se ha erigido en el hito normativo más importante acaecido en relación con el personal estatutario, ha resuelto las dos cuestiones planteadas. En primer lugar, ha aclarado la naturaleza jurídica de esta relación estatutaria calificándola, en el artículo 1 de la ley, como funcionarial especial, procediendo a ratificar, legalmente, la teoría que ya se había consagrado por la jurisprudencia y la doctrina.

En segundo lugar, ha identificado el régimen supletorio para este colectivo, estableciendo, en el artículo 2.2, que serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública, para lo no previsto en el Estatuto Marco, en las normas de desarrollo tanto estatal como autonómica de la legislación básica o en los pactos y acuerdos que se convengan respetando las previsiones de los artículos 78 a 80 del texto estatutario.

Empero, al margen de la importancia que supone que se haya dado respuesta a estos dos asuntos espinosos, la virtualidad del Estatuto Marco ha sido mucho mayor, puesto que ha abordado de forma conjunta y global el régimen jurídico del personal estatutario, convirtiéndose, de este modo, en un gran avance en el diseño del marco jurídico especial de referencia para este tipo de personal¹³.

2.2. Normativa aplicable al personal estatutario tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público

2.2.1. Antecedentes legislativos del Estatuto Básico del Empleado Público

Paralelamente a este proceso de regulación de las condiciones de trabajo del personal estatutario se ha producido otro de similares características para los funcionarios públicos. En este caso, es ya la Consti-

¹² En palabras de GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: una presentación», en AS, núm. 21 (2004), p. 41: «Por fin, y casi de repente, el Estatuto Marco».

¹³ A pesar de las virtudes reseñadas, no ha resuelto absolutamente todas las dudas suscitadas y se ha destacado, entre las grandes ausencias del texto normativo, la imprevisión de la atribución de la competencia para resolver los litigios del personal estatutario a una jurisdicción concreta. La jurisprudencia ha decidido que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de estos asuntos en base, fundamentalmente, a la naturaleza funcionarial que la Ley 55/2003 le ha conferido al personal estatutario.

tución Española la que, en el artículo 103, establece que: «3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

Sin embargo, y del mismo modo que sucedió en el ámbito estatutario con la obligación de aprobar un Estatuto Marco recogida en el artículo 84 de la Ley General de Sanidad, esta previsión constitucional tampoco se cumplió y algunas reformas del régimen legal de los funcionarios públicos que nacieron con una vocación de temporalidad terminaron perdurando en el tiempo. Entre estas normas que trataron de solventar la ausencia de un régimen general destacan la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y, por último, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se convirtieron paulatinamente en el núcleo esencial de la legislación básica del Estado en la materia modificándose, desarrollándose y complementándose por múltiples normas de distinto rango tanto estatales como autonómicas.

Pero esta dispersión normativa suponía una merma en la seguridad jurídica y era aconsejable que se produjera una unificación del régimen jurídico de las políticas de personal que atendiera también a las modificaciones que habían experimentado las estructuras de las Administraciones Públicas. De manera que, además de tratarse de un imperativo constitucional, desde un punto de vista práctico, era necesario aprobar una ley que proporcionara una regulación unitaria para la función pública.

El largo proceso de elaboración de esta ley, que se ha justificado en las dificultades que entraña abordar una reforma legislativa del sistema de carácter general, habida cuenta de la diversidad de Administraciones y de sectores, de grupos y categorías de funcionarios a los que está llamada a aplicarse, ya sea de manera directa o, al menos, supletoria, ha culminado, finalmente, con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Y aunque la misma aprobación de esta ley básica ya es un avance cualitativo en la materia, debe observarse que también cuantitativamente ha incorporado novedades, pues su ámbito subjetivo de aplicación no sólo se extiende a los funcionarios públicos, sino que se dirige a todos los empleados públicos, es decir, a todo el personal que desarrolla su actividad profesional en el seno de una Administración Pública, con independencia de cuál sea el vínculo jurídico que una a las partes.

2.2.2. *El ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público*

La aprobación de esta ley que ha sido, en términos generales, muy celebrada, ha repercutido también, en su condición de empleados públicos, sobre el personal estatutario, pero lejos de simplificar el sistema de fuentes de este colectivo lo ha intrincado aún más ¹⁴. Mientras el artículo 2.2 del Estatuto Marco, ya citado, declaraba que las disposiciones y principios generales de la función pública se aplicaban supletoriamente a este personal en lo no previsto por el Estatuto Marco, por las normas de desarrollo tanto estatales como autonómicas de la legislación básica o por los pactos y acuerdos que se hubieran convenido respetando las previsiones de los artículos 78 a 80 del texto estatutario, el artículo 2.3 del Estatuto Básico del Empleado Público no se refiere al carácter supletorio del régimen común de los funcionarios públicos sino que establece literalmente que «El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84». No determina, por tanto, la prevalencia de una normativa sobre otra, pareciendo dar a entender que ambas legislaciones, específica y común, cuyas normas paradigmáticas son el Estatuto Marco y el Estatuto Básico del Empleado Público, se aplican de forma directa e inmediata a este tipo de personal.

Como no es razonable pensar que la voluntad del Estatuto Básico del Empleado Público haya sido la de promover la coexistencia de dos regímenes jurídicos aplicables a un solo colectivo, de forma que se proporcionen dos consecuencias jurídicas para cualquier supuesto de hecho que se plantee ¹⁵, debe emprenderse una labor interpretativa que permita paliar la poca claridad del precepto ¹⁶ conforme a los criterios proporcionados por el artículo 3 del Código Civil, que dispone que las normas se

¹⁴ También considera lisa la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público al personal estatutario, CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 63.

¹⁵ Aunque no se detecten muchas contradicciones entre ambos sistemas, algunas sí que se producen. Un claro ejemplo de la existencia de contradicciones entre ambas leyes es el referido al reconocimiento de los trienios a los funcionarios interinos. Mientras el apartado segundo del artículo 25 del Estatuto Básico del Empleado Público sí que se los reconoce, el artículo 44 del Estatuto Marco dispone que el personal estatutario temporal percibirá la totalidad de retribuciones básicas y complementarias con excepción de los trienios.

¹⁶ Como señala SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 62: «El precepto no es todo lo preciso que cabría desear, a consecuencia de una defectuosa redacción».

interpretarán según «el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Siguiendo el orden previsto en el Código Civil, en primer lugar habrá de explicarse el significado de la norma conforme al criterio gramatical que, como ya se ha adelantado, no determina la supletoriedad de ninguno de los dos regímenes jurídicos sino más bien, al contrario, parece sostener la aplicación directa e inmediata de las dos leyes básicas. El artículo 2.3, objeto de este análisis, señala expresamente que la legislación específica tanto estatal como autonómica ¹⁷ sigue vigente al mismo tiempo que proclama la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público al personal estatutario, con excepción de algunos artículos concretos que delimita específicamente y que refuerzan la hipótesis, *contrario sensu*, de que el resto de artículos afectan directamente a este tipo de personal.

Según el criterio contextual o sistemático, las normas jurídicas se interpretarán en relación con los demás preceptos contenidos en el mismo texto legal, institución o rama del Derecho en que se insertan. Por tanto, para una correcta interpretación del artículo 2.3 de la Ley 7/2007 se deberán tomar en consideración, en primer lugar, otras disposiciones de la propia norma que se interrelacionan con esta cuestión y que conducen a las siguientes conclusiones.

Por un lado, la Ley 7/2007 no ha querido asimilar por completo al personal estatutario con el resto de funcionarios públicos, puesto que si ésa hubiera sido su voluntad los hubiese incluido directamente en el artículo 2.1. Pero, por otro lado, tampoco ha querido identificarlos con los colectivos con legislación propia enumerados en el artículo 4, sin perjuicio de que el personal estatutario la tenga, y para quienes el Estatuto Básico del Empleado Público no es de aplicación ni siquiera supletoria, salvo que expresamente así lo dispongan sus normativas reguladoras.

En consecuencia, el legislador ha colocado a este colectivo en una posición intermedia, distinta a la de cualquier otro tipo de personal, salvo en cierta medida al docente, y que perfectamente podría ser la de considerar aplicable al personal estatutario la Ley 7/2007, sólo de forma supletoria.

¹⁷ La utilización del término legislación plantea la cuestión de si, implícitamente, la Ley 7/2007 no comprende los pactos y acuerdos aprobados con anterioridad, e incluso podría entenderse que con posterioridad, a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público. No parece que tenga sentido esta interpretación tan restrictiva pero el tenor literal del precepto plantea serias dudas a este respecto.

Sin embargo, esta teoría pierde vigor cuando se examina lo dispuesto en el artículo 2.4 del Estatuto Básico del Empleado Público que 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». Aunque la redacción de este precepto también es algo confusa porque no ha especificado a qué tipo de personal estatutario está haciendo referencia, si sólo al fijo o también al temporal, a los efectos que aquí interesan, este artículo parece sustentar la tesis de que la Ley 7/2007 debe aplicarse de forma directa e inmediata al personal estatutario.

En segundo lugar, el criterio sistemático exige relacionar el precepto cuya interpretación trata de delimitarse, no sólo con el resto del articulado del texto normativo en el que se integra sino con las normas específicas de la institución, es decir, con el Derecho sanitario. En ese caso, la solución proporcionada expresamente por el artículo 2.3 del Estatuto Marco conduciría a considerar aplicable de manera prevalente la legislación propia y, sólo de forma supletoria, el derecho común de los funcionarios públicos.

Interpretar una norma jurídica de acuerdo con el criterio histórico, implica conocer los antecedentes históricos y legislativos de la misma, tales como los principales debates planteados en torno a una determinada cuestión o las circunstancias que dieron origen a un precepto.

Como ya se ha puesto de relieve, la legislación específica del personal estatutario nunca consideró aplicable a este personal, ni siquiera de forma supletoria, el derecho de la función pública. Es el Estatuto Marco el que, por primera vez, recoge expresamente su aplicación subsidiaria pero reiterando en su Exposición de Motivos que «La conveniencia de una normativa propia para este personal deriva de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como de las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud».

También la legislación común de los funcionarios públicos optó por reconocer un espacio propio para el personal estatutario de aplicación preferente al común, tal y como se puso de manifiesto en los artículos 1.2, 1.5 y la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 30/1984.

Por último, la exégesis de la norma debe ser conforme a su espíritu y a su finalidad. El criterio intencional o teleológico conduce a reparar en las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma, buscando adaptarse a los intereses que se presuponen en la misma.

Tampoco a partir de este argumento hermenéutico puede discernirse nítidamente la finalidad última pretendida por el legislador. Basta atender a los términos empleados en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007 para comprobar que tampoco puede extraerse una conclusión unívoca porque si bien sanciona expresamente que: «El EBEP establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público [...]» y que «[...] contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas [...]», lo que inclinaría a pensar que prima la homogeneización de los regímenes jurídicos por encima de cualquier otra consideración, a continuación, cambia de criterio al prever que: «En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las CC.AA., en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones [...]». «Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público».

Como la actividad hermenéutica es una actuación reglada, la interpretación debe justificarse proporcionando argumentos de peso que sólo serán tomados en consideración si no vulneran el tenor literal de la norma que actúa como límite infranqueable. Los términos utilizados por el legislador impiden, en este caso, y a la vista del incierto resultado obtenido tras las reflexiones llevadas a cabo, conocer cuál de las dos normas básicas debe aplicarse en primer lugar ¹⁸.

Una vez descartada la posibilidad de que, a través de los criterios hermenéuticos previstos por el Código Civil, se deduzca claramente cuál debe ser el régimen jurídico aplicable al personal estatutario y con la finalidad de evitar obtener una multiplicidad de consecuencias jurídicas para un único supuesto de hecho, debe abordarse la cuestión recurriendo a los principios destinados a resolver los casos en los que concurren varias normas que son ¹⁹: el principio de jerarquía, el principio de competencia, el principio cronológico y, por último, el principio de de especialidad.

¹⁸ Sobre el peso de los argumentos interpretativos, véase CALVO GARCÍA, M.: *Teoría del Derecho*, cit., p. 182 y ss.

¹⁹ Se dedica a esta cuestión la monografía de SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho administrativo*, vol. I, Iustel, Madrid, 2004.

Sin embargo, de estos cuatro principios mencionados, ni el principio de jerarquía ni el de competencia resultan útiles para solventar este imbricado asunto, puesto que tanto el Estatuto Marco como el Estatuto Básico del Empleado Público tienen rango legal y proceden del legislador estatal.

La respuesta, por tanto, debe hallarse en las relaciones que se establezcan entre el principio cronológico y el principio de especialidad²⁰.

En base al principio cronológico, cuando dos normas aplicables a un mismo supuesto de hecho sean incompatibles, debe prevalecer la norma aprobada con posterioridad.

El principio de especialidad sostiene, sin embargo, que en el caso de que la incompatibilidad se derive de dos normas, una general y otra especial, debe predominar la especial en base a que el principio cronológico sólo tiene virtualidad dentro de un mismo sistema pero no entre normas pertenecientes a ámbitos jurídicos distintos.

Por lo tanto, el personal estatutario debe entenderse afectado por el principio de especialidad desde el momento en que goza de una regulación diferenciada de la del resto de funcionarios públicos cuya necesidad de mantenimiento ha sido apreciada y reiteradamente declarada por las normas reguladoras del personal de los servicios públicos²¹.

Éste ha sido, asimismo, el criterio defendido por la jurisprudencia que ha primado el principio de especialidad sobre el cronológico en las relaciones estatutarias²².

Por otro lado, debe aceptarse la prevalencia del principio de especialidad porque es la única opción de las tres posibles que no conlleva una solución absurda. La primera de las otras dos hipótesis que podrían

²⁰ Sobre las relaciones entre los criterios cronológico y de especialidad, véase DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*, cit., p. 88 y ss.

²¹ Señálese, en este sentido, la naturalidad con la que SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 16 a 18, enumera las diferencias existentes entre ambos regímenes jurídicos tras la aprobación del Estatuto Marco.

²² Cítense, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1995 (RJ 1995/2614) que da preferencia a la aplicación del principio de especialidad frente al cronológico en un supuesto de similares características, en el que debía dilucidarse si al personal facultativo debía aplicársele prioritariamente, en un momento en el que ya se encontraba asimilado al personal funcionario, su Estatuto jurídico o el derecho de la función pública, en particular, la Ley 53/1984; y la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1999 (RJ 1999/7871) en el que vuelve a primar el principio de especialidad frente al cronológico, esta vez, en relación con el personal de cupo y zona respecto del resto de personal estatutario facultativo.

barajarse, ya se ha adelantado, y supondría la aplicación simultánea a un supuesto de hecho de dos normas jurídicas del mismo rango. La otra posible interpretación implicaría sostener que la normativa especial aprobada para el personal estatutario se erigiría en supletoria de la común o general de los funcionarios públicos.

Eso sí, la teoría propuesta se encuentra condicionada a que se aborde una cuestión singular de este colectivo. Por tanto, para que la norma especial logre substraer una determinada materia de la regulación general y pueda someterla a una reglamentación distinta, debe presuponerse que se trata de una peculiaridad del personal estatutario relacionada con las propias formas de ejercicio de las profesiones sanitarias ²³.

En caso contrario, es decir, si se produjera una contradicción irresoluble entre ambos regímenes jurídicos que no admitiera una interpretación armonizadora, cuando la materia regulada no perteneciera a ese espacio privativo del personal estatutario, debería entenderse aplicable a ese supuesto concreto la legislación común y, en particular, la Ley 7/2007. El principio cronológico resultaría predominante en virtud de que una determinada previsión rompiera el principio de especialidad. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, que admite la posibilidad de supeditar el principio de especialidad al cronológico cuando la cuestión que se plantee se encuentre «vinculada formalmente “al puro dato de la inserción en la Seguridad Social y no tanto a la especial función del Médico”», es decir, pertenezca al ámbito común de su relación de servicios ²⁴.

Deben hacerse, por último, dos matizaciones en relación con la tesis defendida. En primer lugar, debe señalarse la conveniencia de que, una vez detectada la contradicción entre los dos regímenes jurídicos y ante las dificultades que presenta delimitar cuál es el ámbito común de una relación tan singular en todos sus aspectos como la estatutaria, se proceda a aprobar una norma que adapte el régimen estatutario a lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público y no se aplique este último automáticamente ²⁵.

²³ Sostiene esta misma tesis SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado público*, cit., pp. 62 y 63, pero limitando la prevalencia de las especialidades a las materias enumeradas en el artículo 2.3 de la Ley 7/2007, es decir, en particular, a los artículos 16 a 19 dedicados a la carrera profesional y a la promoción interna; los artículos 22.3 y 24 dedicados a las retribuciones complementarias, y el artículo 84 dedicado a la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas.

²⁴ En estos términos se expresa la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1995 (RJ 1995/2614) citada en la nota a pie de página número 22.

²⁵ Por ejemplo, y otra vez en relación con los trienios, podría entenderse que se trata de un precepto que no admite interpretación armonizadora y, en consecuencia, debe entenderse aplicable el artículo 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público que se los reconoce a los funcionarios interinos frente al 44 del Estatuto Marco que expresamente niega esta

En segundo lugar, debe advertirse que la coexistencia de estas dos normativas conlleva el riesgo implícito de que acabe por seleccionarse siempre la norma que, en el ejercicio concreto de un derecho, resulte más favorable para los intereses del empleado público. A este respecto, la jurisprudencia ha sido tajante y considera que «[...] no es aplicable al supuesto litigioso (*sobre personal estatutario*) el principio de norma más favorable, a que se refiere el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores [...]»²⁶.

Para terminar, debe reiterarse que hubiera sido deseable que el legislador redactara de otro modo el precepto para evitar las dudas que se han suscitado en torno a su verdadero sentido y que la práctica judicial acabará determinando.

3. LA REPERCUSIÓN DE LA APROBACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO CONCRETO: EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL ESTATUTARIO

Estas consideraciones generales sobre la incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en las condiciones de trabajo del personal estatutario deben completarse con el análisis de los efectos que la aprobación de esta norma ha desplegado sobre el ejercicio de un derecho concreto, el derecho de negociación colectiva del personal estatutario, para lo que se examinará su regulación tanto antes como después de la aprobación de la Ley 7/2007.

posibilidad. Sin embargo, de entenderse directamente aplicable el Estatuto Básico del Empleado Público, deberían reconocerse los trienios sólo al personal estatutario temporal interino y no al resto de personal estatutario temporal, es decir, eventual y de sustitución, y ello porque mientras que para el personal funcionario la ley sólo prevé dos modalidades de vínculo, de carrera e interino, dentro del personal estatutario la clasificación del personal es distinta, dividiéndose el personal en estatutario fijo y estatutario temporal y dentro del temporal en personal estatutario temporal interino, eventual y de sustitución. Si directamente se traslada la previsión del Estatuto Básico del Empleado Público sólo se les aplicará esta medida a los interinos, mientras que si se aprueba una norma específica que regule los trienios del personal estatutario podrá atenderse a estas especialidades. De este modo ha procedido, por ejemplo, Aragón que ha adaptado la regulación del Estatuto Básico del Empleado Público a las singularidades del personal estatutario aprobando la Resolución de 15 de mayo de 2007, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de trienios al personal temporal del Servicio Aragonés de Salud (BOA de 2 de julio de 2007) en cuya Instrucción primera se refiere a todo el personal estatutario temporal y no sólo al interino.

²⁶ Cifrese, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de abril de 1992 [RJ 1992/2586], que a su vez, cita numerosa jurisprudencia en este mismo sentido.

3.1. La regulación de la negociación colectiva antes de la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público

Los Estatutos jurídicos en los que se reguló el vínculo jurídico del personal estatutario no contemplaron esta fuente del derecho puesto que fue, por primera vez, en la Constitución Española donde se reconoció el derecho de negociación colectiva de los trabajadores restringiéndolo además al sector privado.

No será hasta la aprobación de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas cuando se desarrolle este derecho en el seno de la función pública extendiendo su ámbito de aplicación a todo el personal de las distintas Administraciones Públicas que se encuentre vinculado con ella a través de relaciones administrativas o estatutarias. De este modo, la ley diseña un único régimen jurídico, común al personal funcionario y al estatutario, suponiendo este dato una sustancial diferencia respecto del ejercicio de otros derechos que, como ya se ha descrito, contaban con una regulación diferenciada de la funcionarial formulada en normas propias.

Descendiendo al contenido concreto de dicha ley, la única referencia que se hacía al personal estatutario se encontraba en el artículo 31 que preveía la constitución de mesas sectoriales de negociación, circunscritas al ámbito de la Administración General del Estado, en determinados sectores específicos entre los que citaba expresamente al personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas. Estas mesas sectoriales eran competentes para abordar aquellos temas que no hubieran sido objeto de decisión por parte de la mesa general, que tenía conferidas atribuciones generales para determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

En el sistema de relaciones colectivas, también la aprobación del Estatuto Marco ha introducido novedades. La especial intensidad en la actividad negociadora así como la finalización del proceso de transferencia de las competencias en materia de sanidad a las Comunidades Autónomas, que ha dado lugar a la configuración de un Sistema Nacional de Salud conformado por diferentes Servicios de Salud de ámbito autonómico, han conducido al legislador básico a incorporar algunas particularidades en el ejercicio del derecho de negociación colectiva para el personal estatutario respecto del resto de funcionarios en los artículos 78 a 80, ubicados en el Título XIV sobre «Representación, participación y negociación colectiva».

Reviste interés el análisis individualizado de los tres preceptos citados porque cada uno de ellos ha optado por un procedimiento distinto a la hora de plasmar ciertas peculiaridades para el personal estatutario dentro del marco jurídico común a todos los funcionarios.

El artículo 78, cuya rúbrica reza «Criterios generales», se limita a hacer una remisión genérica expresa a la normativa común estableciendo que «Resultarán de aplicación al personal estatutario, en materia de representación, participación y negociación colectiva para la determinación de sus condiciones de trabajo, las normas generales contenidas en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y de participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, y disposiciones de desarrollo, con las peculiaridades que se establecen en esta Ley».

El artículo 79.2 recoge la principal novedad en materia de relaciones colectivas, puesto que sanciona la constitución obligatoria de una mesa sectorial de negociación en cada Servicio de Salud, en la que estarán presentes los representantes de la correspondiente Administración Pública y los sindicatos más representativos en el nivel estatal y de Comunidad Autónoma de que se trate, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal. Esta previsión que afecta a todos los Servicios de Salud y, por tanto, tiene ámbito autonómico, contrasta con el artículo 31 de la Ley 9/1987, que únicamente preveía la constitución de una mesa sectorial, en el ámbito de las Instituciones Sanitarias, de ámbito estatal.

Por último, en el artículo 80 se aborda el funcionamiento de estas mesas sectoriales que se han introducido en el precepto anterior con dos novedades fundamentales respecto del régimen general. La primera de ellas, contenida en el artículo 80.2, hace referencia a las materias que deben negociarse en estas mesas, ampliando las previstas en el artículo 32²⁷ para incluir determinadas cuestiones como los planes de ordenación de recursos humanos, el régimen de permisos y licencias, la acción social, la carrera profesional o la jornada laboral, tiempo de trabajo y régimen de descanso.

La segunda variación, recogida en el artículo 80.3, afecta al proceso de negociación que debe estar presidido por los principios de buena fe y voluntad negociadora, debiendo facilitarse las partes la información que sea necesaria para su eficacia.

²⁷ Este precepto establece cuáles son las materias objeto de negociación pero sin diferenciar entre mesas generales o sectoriales, es decir, estableciendo un régimen único y común.

El artículo 80, en los apartados 1, 4 y 5 completa la regulación del funcionamiento de las mismas reproduciendo casi literalmente ²⁸ los preceptos de la Ley 9/1987 y ello a pesar de la remisión genérica que se había llevado a cabo en el artículo 78 y a la que ya se ha hecho referencia.

3.2. La regulación de la negociación colectiva tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público

La propia Exposición de Motivos del Estatuto Básico del Empleado Público anticipa la necesidad de mejorar la regulación de las relaciones colectivas de los empleados públicos, expresándose en los siguientes términos: «En esta materia se ha hecho un importante esfuerzo, de acuerdo con las recomendaciones de los expertos para clarificar los principios, el contenido, los efectos y los límites de la negociación colectiva y para mejorar su articulación, a la vista de la experiencia de los últimos años y de la doctrina legal establecida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo».

El legislador era consciente, por tanto, de que tenía que acometer una revisión de la Ley 9/1987 y, en particular, de los artículos 31 y siguientes dedicados a la negociación colectiva que habían suscitado numerosas críticas no sólo a nivel teórico ²⁹, sino a partir de litigios planteados ante las más altas instancias judiciales y que tuvieron una gran repercusión jurídica y social ³⁰.

Ya se ha analizado el influjo que ha ejercido la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el personal estatutario llegando a la conclusión de que, en base al principio de especialidad, las singularidades para el personal estatutario contenidas en su legislación específica, fundamentalmente, en el Estatuto Marco, salvo que aborden aspectos comunes a todos los funcionarios y además contradigan de manera insalvable la legislación común, se aplicarán a este personal incluso por encima de lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁸ En palabras de SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud*, cit., p. 116, no se establece especificidad alguna «más allá de ligeras modificaciones de literalidad sin trascendencia alguna».

²⁹ Por todos, cítese a ROQUETA BUI, R.: *La negociación colectiva en la Función Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 259 y ss.

³⁰ Se está haciendo referencia, entre otras, a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 7 de noviembre de 2000, en la que se anulaba la congelación salarial de los funcionarios en aplicación de los artículos mencionados, que fue revocada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2002. El 8 de febrero de 2005, el Tribunal Constitucional inadmitió los recursos presentados por los sindicatos CCOO y UGT contra la sentencia del Tribunal Supremo.

Se trata de, a partir de esta premisa, determinar el alcance de las novedades introducidas en el Estatuto Marco en materia de negociación colectiva y, por consiguiente, valorar en qué medida se ve afectado el ejercicio de este derecho por la aprobación de la Ley 7/2007.

La primera consecuencia que se deriva de la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público afecta al artículo 78 del Estatuto Marco, en el que se recogió una remisión genérica a la Ley 9/1987, es decir, al régimen común de todos los funcionarios. Tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público esta norma se encuentra expresamente derogada, al menos en lo concerniente a los artículos dedicados a la negociación colectiva³¹ y, lógicamente, la referencia del Estatuto Marco a esta ley debe entenderse también derogada y sustituida por una remisión de carácter general a la Ley 7/2007.

El artículo 79 del Estatuto Marco que introdujo la constitución obligatoria de una mesa sectorial en cada Servicio de Salud debe entenderse que se encuentra vigente en base al principio de especialidad en tantas ocasiones aludido. Además de tratarse de una previsión singular para el ámbito sanitario que requiere de una negociación propia acorde con sus peculiaridades, no se contradice lo dispuesto por el Estatuto Básico del Empleado Público que establece, en el artículo 34.4, que, dependiendo de las mesas generales de negociación y por acuerdo de las mismas, podrán constituirse mesas sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o en función de las peculiaridades de determinados sectores concretos de funcionarios públicos y a su número.

En este sentido, a partir de la aprobación de la Ley 7/2007, las mesas sectoriales que pueden constituirse ya no se encuentran tasadas, pero su constitución es posible, también en el ámbito autonómico. Añade el 34.5 del texto legal que no sólo podrán abordarse los aspectos no regulados en las mesas generales, como sucedía la amparo de la Ley 9/1987, sino que también podrán tratar aquellos temas que explícitamente las mesas generales les reenvíen o deleguen, de manera que en el caso de constituirse ampliarán sus posibles atribuciones³².

³¹ Deja vigente la cláusula derogatoria del Estatuto Básico del Empleado Público el artículo 7 así como transitoriamente, según dispone la Disposición Transitoria quinta, los artículos 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 13.6, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 y 29.

³² Defiende esta tesis de que, en el ámbito de los Servicios de Salud, también después de la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público deberá aplicarse el Estatuto Marco, al menos en lo referente a la constitución obligatoria de las mesas sectoriales, ROQUETA BUJ, R.: *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 145 y 146, cuando dice: «Pues bien, aunque el EBEP omite cualquier referencia a esta Mesa sectorial de negociación, su constitución seguirá siendo obligatoria no sólo porque el personal estatutario de los Servicios de Salud continua-

Por último, las mayores dificultades interpretativas las plantea el artículo 80 del Estatuto Marco, que alternó la introducción de aspectos novedosos con reproducciones literales de la Ley 9/1987.

Comenzando por las variaciones respecto del régimen común que incorporó este precepto, es decir, la adecuación de las materias que deben ser objeto de negociación a las necesidades del personal estatutario³³ y la prescripción de que la negociación se fundamente en los principios de buena fe y voluntad negociadora, deben entenderse vigentes. Tampoco en este caso, se detectan contradicciones entre la regulación de las dos normas básicas, sino al contrario se columbra una acercamiento entre regímenes derivado de que el Estatuto Básico del Empleado Público ha tomado como precedente la Ley 55/2003 aproximándose, en consecuencia, a lo dispuesto en él³⁴. En cuanto a las materias objeto de negociación se han incluido en el artículo 37.1 del Estatuto Básico del Empleado Público muchas de las enumeradas de forma novedosa por el Estatuto Marco mientras que el principio introducido de buena fe negocial, que además no es privativo del personal estatutario sino que debe impregnar cualquier negociación colectiva, se ha reconocido expresamente en idénticos términos como inspirador del ejercicio de este derecho para todos los funcionarios por el artículo 34.7 de la Ley 7/2007.

Por ende, y como consecuencia de la interpretación armonizadora de las dos normas básicas, el Estatuto Básico del Empleado Público no modifica la regulación del ejercicio del derecho de negociación en estas materias singulares previstas como peculiaridades por el Estatuto Marco.

Sin embargo, debe determinarse también cuál es la incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el resto de apartados del artículo 80 que se limitaban a reproducir el texto de la Ley 9/1987. En particular eran tres los aspectos que se trasladaban de una norma a otra.

El primero de ello, en el artículo 80.1, relativo a la regulación de los pactos y acuerdos como instrumentos resultante de la negociación colectiva en el ámbito público. En segundo lugar, en el artículo 80.4, la exclusión de la obligatoriedad de negociar sobre determinadas materias. Por último, en el artículo 80.5, las consecuencias jurídicas que se derivaban de que no fructificara la negociación colectiva pública.

rá disfrutando de un régimen estatutario especial (art. 2.3 EBEP), sino porque así lo establece el propio EMPES —aprobado por la Ley 55/2003—».

³³ Pónganse de ejemplo las referencias a los Planes de Ordenación de los Recursos Humanos regulados en el artículo 13 del Estatuto Marco.

³⁴ A esta circunstancia se refiere SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado público*, cit., p. 63.

Contrariamente a lo sostenido en relación con los otros preceptos, estas materias sí que son comunes a cualquier negociación colectiva pública y además han querido ser modificadas por el Estatuto Básico del Empleado Público que expresamente ha derogado el instrumento que las recogía en su anterior versión, es decir, la Ley 9/1987³⁵.

La Ley 7/2007 ha diseñado una nueva regulación general que debe sustituir las previsiones de la Ley 9/1987, alcanzando estas modificación también a los apartados del artículo 80 del Estatuto Marco que se reproducían literalmente estas cuestiones.

Esta ruptura del principio de especialidad a favor del principio cronológico que aquí se produce no resultaría necesaria si el Estatuto Marco una vez hecha la remisión general a la Ley 9/1987, no hubiera reproducido literalmente alguno de sus preceptos y se hubiera limitado a introducir sólo aquellas cuestiones en las que quería separarse del régimen común y que constituirían auténticas novedades.

A la postre, estas mesas sectoriales de obligatoria constitución que abordarán bajo el principio de buena fe y de información mutua las materias objeto de negociación enumeradas en el artículo 80.2 del Estatuto Marco funcionarán como se prevé en el Estatuto Básico del Empleado Público, es decir, excluyendo de su objeto de negociación las materias contempladas en el artículo 37.2 y atendiendo a la regulación dada por la norma en relación con el resultado de la negociación que puede plasmarse en uno de los instrumentos previstos o requerir de la actuación del órgano de gobierno correspondiente en el caso de que no fructifique tal y como establece el artículo 38.

4. BREVES REFLEXIONES FINALES

Conviene terminar poniendo de relieve la difícil tarea que se le augura al intérprete y al aplicador del ordenamiento jurídico a la hora de conciliar estas dos normas básicas o, más específicamente, a la hora de valorar la incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el sistema de fuentes del personal estatutario.

La tesis defendida parece la más satisfactoria pues, en base al principio de especialidad, y con la finalidad de no apartarse radicalmente del camino recorrido durante los últimos años, permite la aplicación prevalente de la normativa específica sobre la común a todos los funcionarios, respetando, por tanto, las singularidades del personal estatutario. La

³⁵ No puede obviarse que la Ley 55/2003 no sólo no se encuentra derogada por la cláusula derogatoria del Estatuto Básico sino que, por el contrario, se encuentra, por mandato legal expresamente vigente.

teoría propuesta no va a impedir, sin embargo, que se presenten asuntos espinosos que deban analizarse individualizadamente, posibilitando, de este modo, alcanzar una solución específica para cada caso concreto, en función de las circunstancias.

En relación con la casuística particular que plantea la negociación colectiva de este colectivo sólo se mantendrán vigentes las especialidades reales introducidas para el personal estatutario pero no todo el contenido de los artículos del Estatuto Marco que regulan esta materia. Subsistirán, por tanto, sólo los aspectos que adecuan el ejercicio de la negociación colectiva a las necesidades de este tipo de personal lo que en la práctica se traduce en la posibilidad de constituir una mesa sectorial en cada Servicio de Salud.

Resumen y Conclusiones

CRÓNICA DEL CONGRESO

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ
Profesor Titular
Universidad de Extremadura

Como viene siendo habitual en nuestro Congreso Anual, tras la Conferencia de Clausura se procede a realizar un pequeño resumen de las Ponencias General y Temática, así como de las Comunicaciones presentadas a las mismas.

La ponencia general, titulada **El Estatuto Básico del Empleado Público (Un análisis de la Ley 7/2007, de 12 de abril)**, ha corrido a cargo de don Miguel Cardenal Carro, Catedrático de la Universidad de Extremadura.

En ella se disecciona, en perspectiva general, el EBEP desde los tres conceptos de significación jurídica que se invocan en la propia nomenclatura de la norma: **estatuto, básico, y del empleado público**, realizando una reflexión de conjunto sobre el mismo, concluyendo con una reflexión final sobre la pretendida **identidad de regímenes del Empleado Público**.

El **Estatuto** se ha erigido en una cierta norma totémica, tanto por la materia que desarrolla, como por el camino legislativo recorrido. Sumamente esperada, cabía reclamar de él que fuese: innovador, y, a la vez, que tuviese una cierta perspectiva de permanencia temporal, aunque por el calado de sus reformas debe reconocerse que, en realidad, nos encontramos ante un paso importante y necesario, aunque no definitivo, en el permanente proceso de modernización de la Administración Pública en el que vivimos, pues, con seguridad, no será la única reforma emprendida para la consecución del objetivo de erigirse en norma de desarrollo del artículo 103 CE.

El EBEP se confirma, por ello, como una reforma más de la función pública, de importancia menor incluso que la del 1984, por lo que su denominación mítica no debe llevarnos a confundir cuál es su verdadero alcance y cuál la proyección y profundidad de sus reformas.

Se enmarca, en definitiva, en la siempre presente tendencia modernizadora de la Administración, y adquiera fisonomía de norma sistema-

tizadora, en la medida en que ordena materiales normativos dispersos, y realiza reordenaciones significativas, siendo menores sus pocas innovaciones de calado, muchas veces meramente anecdóticas.

Por ello se corre el peligro de que tres de sus novedades más significativas: la regulación de la carrera del Empleado; la evaluación del desempeño, y la inclusión de la figura del Directivo, se identifiquen, al igual que ocurrió con la flexibilidad para el personal laboral desde mediados de los años ochenta, en la panacea de las necesidades de la administración, cuando, casi con seguridad, lo más que se puede conseguir con estas incorporaciones sea mejorar aspectos puntuales del servicio público, pero no modificar los estructuras que determinan la eficiencia en el funcionamiento exitoso de la administración.

Desde un punto de vista meramente técnico, se configura como una norma claramente mejorable, debiéndose tener cuidado, particularmente, en evitar la confluencia de interpretaciones diversas sobre algunos preceptos de la misma.

Pero la crítica más dura a la misma proviene de su identificación como una norma «blandita». En tiempos de *soft law*, de derecho flexible, de normas no imperativas, de reglas jurídicas con sentimiento de culpa, de mandatos no obligacionales, como el actual, el EBEP se configura como el exponente normativo de todo este modo de entender el Derecho, antagónico, por otra parte, a su secular significado.

Se deduce esta conclusión de la propia configuración y caracterización del producto legislativo, ya que:

1.º Se consolida el proceso centrifugador, al permitir que cada Administración cuente con la autonomía precisa para organizar sus propios recursos personales y dictar las normas de desarrollo del EBEP, sin que se hayan marcado pautas de homogeneización realmente significativas.

2.º Varias de sus previsiones son de una imperatividad prácticamente inexistente, incluyéndose más propiamente en el ámbito de las recomendaciones que en el de los mandatos jurídicos de contenido obligatorio.

3.º Tiene una clara vocación pedagógica, a veces incluso así reconocida expresamente en la propia norma.

4.º Se pretende una regulación ideal del personal al servicio de la Administración Pública y, consecuentemente, se acogen las ideas para llevarlo a cabo, pero no se le añade a esta pretensión el marchamo de obligatoriedad.

Lo **básico** se identifica esencialmente con dos ideas:

1.º Una disminución de la intensidad normativa, en el sentido de que se asume la necesidad de empuqueñecer y reducir la legislación consideraba básica en la materia, y

2.º Una necesaria coordinación con otros productos normativos, ya que el EBEP es una norma pensada para funcionar en relación con las competencias de las CC.AA., asumiendo, estructuralmente, que sus propios dictados conformen auténticos modelos diferenciados, lo que comporta que la normativa básica opere únicamente como el suministro de un conjunto de instituciones comunes, coexistiendo, en definitiva, varios modelos netamente diferentes.

Se produce, así, una paradoja: norma básica única que deja numerosos espacios abiertos a la diversidad normativa. Esta situación llega al paroxismo en la no regulación, pero sí ilustración, de algunas materias que se consideran básicas, circunstancia que propicia que exista un alto riesgo de fragmentación normativa. Con el riesgo añadido de no poder discernir con claridad en algunas ocasiones qué corresponde a la legislación básica y qué a sus normas de desarrollo.

Es cierto que la norma prevé mecanismos de coordinación, pero también lo es que mientras la autonomía normativa está expresamente reconocida en la norma, la cooperación se deja a la buena voluntad de los trabajos que realicen los órganos creados a estos efectos en el propio EBEP.

Por lo que respecta al propio concepto de **empleado público**, es claro que el EBEP no se ocupa del Estatuto del Funcionario Público querido por el artículo 103 CE, sino que tiene un objetivo más ambicioso: aglutinar bajo el mismo paraguas normativo a todo el personal al servicio de la Administración Pública.

La pretensión globalizadora dual es la expresión positiva de esa paulatina convergencia de regímenes jurídicos entre funcionarios y personal laboral, pero también puede verse como un fortalecimiento implícito de la diversidad de regímenes existentes, entendiéndose, en definitiva, que con el EBEP la diversidad está «controlada», y que, en realidad, el empleo público es un género que cuenta con dos especies características: el modelo funcional y el laboral.

La variedad de regímenes, y la necesidad de ulteriores concreciones bien podría suponer que, en realidad, no nos encontramos ante un Estatuto de los Empleados Públicos, sino ante un Estatuto de la Administración Pública como receptora de servicios socioprofesionales de trabajadores. Es decir, que bien podría entenderse que el EBEP no está pensando en el trabajador, sino en el empleador, convirtiéndose, en definitiva, en una

norma de gestión de personal, en una norma destinada a facilitar lo más posible la empleabilidad en la Administración Pública bajo cualquier modalidad pensable.

Podría concluirse, en fin, observando que, en realidad, el EBEP ha pretendido ofrecer a la Administración las mejores ventajas de cada uno de los regímenes, «lo mejor de cada casa». En ese acercamiento en las «relaciones individuales» el funcionario ha recibido, sobre todo, la flexibilidad del Derecho del Trabajo, y a la relación laboral se han incorporado los factores técnico jurídicos que garantizan la posición exorbitante de la Administración.

Obsérvese que la introducción de los **fundamentos de actuación** en el precepto dedicado a regular el objeto del EBEP le sitúa en otro contexto del todo diferente del que invoca el precepto de referencia, señaladamente más amplio que el esperable para un Estatuto.

Sea como fuere el cristal con el que se mira la cuestión, laboral o administrativo, parece claro, como afirma la comisión de expertos, que quienes sirven en la misma organización y realizan funciones equiparables no pueden, por principio, sujetarse a deberes básicos diferentes, desideratum que se proyecta en la unificación del catálogo de deberes y obligaciones básicas exigibles a todos los empleados públicos que realiza la norma, cualquiera que sea el régimen jurídico bajo el que se proyecta.

El futuro devenir del proceso de igualación de regímenes no se augura exitoso, porque aunque existen puntuales acercamientos en determinadas cuestiones, se carece de una fuente que alimente un movimiento estructurado y que explique las razones y el fin perseguido con esa pretendida equiparación.

Se finaliza la ponencia cuestionando la necesidad de crear una modalidad laboral especial que aunase los caracteres de la relación laboral ordinaria con los principios y parámetros constitucionales exigidos para el empleo público. La particularidad del trabajo para la administración pública puede «soportar» ese tipo de relación, pues la peculiaridad del empresario justifica el empleo de esa «marca» laboral.

Se reiteran, en fin, las apreciaciones críticas sobre si la denominación empleada es acorde a su auténtico significado, abogando, en conclusión, por abordar la identidad de regímenes, si esto es lo que realmente se pretende, con todas las consecuencias que ello implica, desde parámetros más profundos, porque el recurso al Derecho del Trabajo no puede ser un mero mecanismo que no altere el trasfondo de una relación estatutaria subyacente.

Otra cosa sería que se pretendiese asumir que el empleo para las administraciones públicas está preñado de tantas particularidades que

mereciese un tratamiento distinto al común laboral. Aquí, desde esta perspectiva, quizá si fuese oportuno acudir a la regulación de este tipo de relación de servicios como Relación Laboral Especial.

A esta Ponencia General se han presentado once Comunicaciones, de las que se defendieron ocho. Han girado esencialmente sobre tres bloques de temas: legislación aplicable, acceso al empleo público y problemas que se generan con los permisos y la adaptación de las condiciones de trabajo.

La ponencia temática primera, del Profesor don José Luis Goñi Sein, Catedrático de la Universidad Pública de Navarra, se ha dedicado a **El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleados públicos. Adquisición y pérdida de la relación de servicio.**

Sobre estos tres grandes ejes, y asumiendo que la evolución del empleo público puede leerse como una larga marcha hacia el encuentro con la legislación laboral, pero asumiendo, igualmente, que el hecho de que existan dos bloques normativos diferenciados revela que no hay una auténtica intención de establecer un único régimen jurídico aplicable a todo el Empleado Público, se realiza un análisis crítico de algunos puntos del EBEP.

Así, en lo que importa **al ámbito subjetivo** de aplicación se analiza desde tres supuestos diferentes:

1.º Personal al que les aplicable directa e íntegramente el EBEP, en donde no ha seguido la pretensión más amplia de la Comisión de Expertos.

2.º Mantenimiento de Regímenes Especial de sujeción, y

3.º Personal excluido de la aplicación del EBEP.

La aplicación supletoria del EBEP «a todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación» revela una orientación tendencialmente expansiva del Estatuto, convirtiéndolo en la norma de referencia para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, circunstancia que muestra el significado e importancia que quiere atribuir el legislador al EBEP.

De la definición legal de **Empleado Público** se extraen sus dos elementos o nota generales:

1.º Prestación de servicios en las Administraciones Públicas, y

2.º Prestación al Servicio de Intereses Generales.

Aunque para identificar con carácter general a este empleado público es conveniente y necesario acudir a algunas otras notas no recogidas en la definición legal, aunque sí en otros pasajes del EBEP:

a) Profesionalidad, que es la particularidad que marca la diferencia entre el empleado público y otros cargos de designación política, y

b) La pertenencia a la organización administrativa, con el objeto de excluir del ámbito de aplicación del EBEP a quienes no tienen algún tipo de vinculación con la Administración, aun cuando pertenezcan al sector público y perciban sus rentas de trabajo con cargo a los presupuestos públicos.

Al hilo de la exposición de las cinco categorías de nuevos Empleados Públicos (Funcionarios de carrera; Funcionarios Interinos; Personal laboral, Personal Eventual y Personal Directivo Profesional), se critica que el EBEP no haya progresado en el intento de eliminar la dualidad general de regímenes generales existentes (funcionarial y laboral), y, sobre todo, la falta de concreción de reglas que permitan definir e identificar correctamente los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por funcionarios y los destinados a personal laboral. Este particular problema se erige en uno de los errores más llamativos de la norma, y sobre él se edificarán construcciones legales y jurisprudenciales tan sumamente diversas que harán inidentificable el productor común normativo de donde han surgido.

Por ello, precisamente, la norma no define las funciones que corresponden a los **funcionarios**, sino que establece pautas interpretativas para que las Leyes de desarrollo del ET regulen la cuestión.

El legislador tampoco ofrece una definición de **personal laboral**, aportando sólo alguna nota aislada de su realidad, como lo es la referencia a la prestación de servicios, y la inclusión indirecta de la noción en conexión con la referencia al contrato de trabajo, por lo que dicha definición debe buscarse fuera del EBEP, concretamente en el ET, lo cual es razonable.

El debate sobre si la relación laboral del empleado público debe ser o no una relación laboral especial, aun asumiendo que el EBEP no se pronuncia categóricamente al respecto, parece concluirse hacia la solución negativa, lo que supone que las Administraciones Públicas pueden recurrir a cualquier modalidad contractual laboral.

La **diferencia entre Funcionarios Interinos y Personal Eventual** se realiza observando la cualidad de la función que realizan cada uno de ellos, aunque es aquí donde la propia diferenciación entre ambos tipos de trabajadores se difumina, por lo que cabe plantearse si tiene algún sentido continuar con esta dualidad para la cobertura de necesidades temporales de mano de obra en la Administración.

El EBEP no ha mostrado una voluntad decidida tendente a reducir la preocupante **tasa de temporalidad** en el Empleo en la Administración Pública.

Aunque sí ha establecido varias medidas para que, en el futuro, se corrija esta tendencia:

a) Inclusión de la plaza vacante de plantilla desempeñada por personal funcionario interino en la primera oferta de empleo público posterior a la interinidad, salvo que se decida su amortización, y

b) Permitir el acceso a la condición de funcionario de un número de aprobados superior al de plazas convocadas.

Con respecto al personal **eventual o de libre designación** el EBEP ha querido recuperar las señas de identidad perdidas de esta figura, perfilando mejor los matices que la distinguen no sólo de otros tipos de empleo temporal, sino también del personal directivo, atribuyéndole, en todo caso, carácter excepcional.

La creación del denominado **personal directivo profesional** constituye una de las grandes novedades con las que se presenta el EBEP y mediante la cual pretende aligerarse el pesado funcionamiento elefantiásico de la organización administrativa. Pero el EBEP sólo se ocupa de establecer unos pocos criterios de determinación de la condición del personal directivo profesional, y ha preferido, que corresponda a las normas de desarrollo, del Gobierno y de los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, el establecimiento de su régimen jurídico específico, lo que supone, en definitiva, una renuncia tácita a ahondar en el régimen jurídico de esta clase de personal. Se encuentra, en definitiva, escasamente definido, lo que permite afirmar que se ha avanzado poco en la figura, y que con su inclusión se trata más bien de un golpe de efecto con escaso grado de reconocimiento legal de la figura.

Por lo que respecta al acceso a la condición de **Empleado Público** el EBEP además de referir a los principios de mérito y capacidad incorpora otra serie de principios ordenadores del conjunto del sistema de importancia nada desdeñable, quedándose alguno, como el de *libre concurrencia* en el camino que va desde el informe de la comisión de expertos a la norma. Todos estos principios son de aplicación para la selección de todos los Empleados Públicos, tanto en régimen funcional como en cualquiera de las modalidades laborales.

Por lo que respecta a los **requisitos de índole subjetiva** cabe significar que todos los reclamados por el EBEP son aplicables al personal laboral y funcional, sin que los existan grandes novedades legales, si acaso cabe significar:

- a) La rebaja a dieciséis años para limitar el acceso, y
- b) la modificación del requisito de no padecer enfermedades o defectos físicos impeditivos para el desempeño de las funciones para expresarlo en términos «políticamente más correctos».

Reformas menores, en definitiva, y de importancia poco significativa en el conjunto del sistema.

El proceso de selección también se ha modernizado, reforzando singularmente la imparcialidad de los componentes, aunque el EBEP continúa permitiendo la participación de sujetos sindicales en el proceso de selección de personal, aunque probablemente esta llamada a la participación debe interpretarse de manera restrictiva, únicamente con relación al ámbito laboral.

Por último, la **pérdida de la relación de servicio** sólo se ha previsto en el EBEP para la relación funcionarial, más que probablemente, por entender que para el personal laboral se considera más adecuada la determinación de estas particularidades en el ET, aplicándose, en definitiva, el bloque de legalidad laboral. Con respecto a las referidas expresas a la extinción de la relación profesional del funcionario, puede afirmarse que el EBEP se han movido en una línea claramente continuista con el régimen anterior, incorporando, simplemente alguna matización nueva a causas ya conocidas, singularmente en la jubilación parcial.

Veintitrés comunicaciones se han presentado a esta Ponencia I, dieciséis de ellas defendidas en el Congreso. El tema estrella ha sido el régimen jurídico de la nacionalidad como condición de acceso al empleo público, aunque también se han debatido cuestiones varias: bolsas de trabajo, nulidades de los procesos selectivos, y, también con profundidad, el tema de los Directivos.

La ponencia temática segunda, bajo el título **Derechos y deberes de los empleados públicos**, ha corrido a cargo de doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

En ella ha realizado un recorrido panorámico por todos y cada uno de los Derechos concretos que el EBEP concede al Empleado Público, teniendo presente dos premisas generales en la materia:

1.º Que no todos los derechos son predicables de todas las categorías de Empleados Públicos, en relación específica con la inamovilidad del funcionario, y

2.º Que existen, o pueden existir, otras fuentes de regulación en la materia, singularmente las de carácter legal de desarrollo del EBEP y la negociación colectiva.

Se han analizado, por su orden, todos y cada uno de los derechos previstos en el artículo 14 EBEP.

Particularmente interesante ha sido la disección de los diferentes tipos de carrera profesional y la diferencia con la promoción interna, así como la evaluación del desempeño, nuevo principio valorativo de la calidad del sistema que, probablemente, dará mucho juego en el futuro inmediato, cuando haya de abordarse, por cada órgano competente, el desarrollo normativo del EBEP.

También es noticiable, y por ello se le ha dedicado la atención necesaria, la concreción como derechos individuales de los clásicos Derechos Constitucionales inespecíficos: intimidad y propia imagen, no discriminación, libertad de expresión, etc.

Es interesante la introducción de la dignidad en el trabajo como derecho individual, que, aunque de evanescente concreción práctica actual, puede tener mucho interés como cajón de sastre de determinados derechos no introducidos de forma expresa en la norma.

El EBEP se muestra como norma muy avanzada cuando proscribiera el acoso moral en el trabajo como forma de domeñar al trabajador, cuando se sabe que es precisamente en el ámbito de las Administraciones Públicas donde más acoso de este tipo se produce ¹.

También se considera positiva la introducción de un derecho individual a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en conexión con los permisos para hacer efectivo estos derechos previstos en el artículo 49 EBEP.

También, en fin, se han tenido cumplida mención en esta ponencia los más clásicos derechos a:

1. Recibir protección eficaz en materia de Seguridad y Salud en el trabajo, lo cual se considera el todo adecuado.
2. A vacaciones, descansos, permisos y licencias, con la singularidad de concretar las vacaciones por días hábiles y no naturales.
3. A la jubilación, con inclusión de la modalidad parcial.
4. A las demás prestaciones de Seguridad Social, aunque ello quizá no fuese del todo obligado.

¹ A modo de concreción regional se deja constancia que la primera sentencia del TS sobre acoso laboral en el trabajo se produce tras el conflicto surgido con un funcionario en el ayuntamiento de un conocido pueblo extremeño. Sobre el particular, véase GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Acoso psíquico en el trabajo (El alma, bien jurídico a proteger)*, Civitas, Col. Cuadernos, Madrid, 2002, 181 pp. Así como, para su contexto y los aspectos metajurídicos de la situación, la recensión que realicé para AS 9/2003, pp. 111-119.

5. A la libre asociación profesional y reunión, en esa tendencia de la ley a conceder al empleado público la más amplia variedad de derecho colectivos de todo tipo, y en definitiva.

6. A todos los demás Derechos reconocidos por el Ordenamiento Jurídico, fórmula de ampliación singular de los derechos de los empleados públicos.

Por último, se ha hecho referencia a los Deberes de los Empleados Públicos, con singular atención a los nuevos tipos de deberes: Código de conducta (art. 52), a los Principios Éticos (art. 53) y a los Principios de Conducta (art. 54), referenciando la existencia de normas parecidas en nuestro entorno jurídico más cercano, pero alertando del peligro de construir, mediante la incorporación de este tipo de obligaciones inespecíficas, exigencia laborales poco cercanas a la realidad social del trabajo asalariado.

Las comunicaciones más numerosas se han presentado a esta Ponencia. Veintiséis, de las que quince han sido defendidas en el Congreso. Tres temas han sido los más tratados: Acoso laboral en el trabajo; Conciliación de la Vida Familiar, Personal y laboral, y, sobre todo, los deberes relacionados con el Código de Conducta. También se han presentado comunicaciones sobre violencia de género y sobre el uso del idioma autonómico en aquellas comunidades que cuentan con varias lenguas oficiales.

Por último, la ponencia temática tercera ha correspondido a don Juan López Gandía, Catedrático de la Universidad Politécnica de Valencia, bajo el título de **Derechos colectivos de los empleados públicos**.

El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios pertenece a los de estricta configuración legal, siendo el propio EBEP el actual encargado de regular ese marco normativo que, para ser garantista, ha tenido que ser más intervencionista que el laboral.

Entre las varias teóricas opciones posibles para regularlo:

1.^a Negociación colectiva similar en su contenido y formalización a la laboral, aunque con especialidades, o

2.^a Simple participación en la determinación de las condiciones de trabajo, históricamente se ha optado por la segunda.

El EBEP pretende, ahora, superar los prejuicios que esta forma de negociación colectiva ha tenido en el ámbito funcional, intentando configurar un derecho de negociación colectiva tendencialmente más próximo al laboral, seguramente por la asunción de las bondades de éste frente a aquél.

Obviamente, en la negociación y en la normativa que regula su realización práctica no pueden dejar de tenerse en cuenta las especialidades derivadas de la presencia como empleador de una organización, como la Administración Pública, con particulares reglas de funcionamiento que la diferencian de una empresa privada. Del mismo modo, se han de tener en cuenta las previsiones constitucionales que afectan al empleo público, especialmente las encargadas de disciplinar el acceso al mismo.

Todas estas peculiaridades se reflejan en los dos grandes rasgos que adquiere esta modalidad particular de negociación colectiva:

- a) Que es exclusivamente de configuración legal, teniendo pocos asideros constitucionales, y
- b) Que necesariamente ha de contener especialidades, que, además, no están determinadas previamente en la norma, sino que se van perfilando con el devenir normativo.

El EBEP se debate, por ello, entre un cierto continuismo con el régimen anterior, y la presentación de novedades de calado que aproximen el modelo de negociación funcional al laboral, aunque sin dejar de configurarse como una negociación colectiva «especial» que deriva:

- a) de la propia concepción de la negociación colectiva como vinculada al servicio del régimen estatutario de los funcionarios públicos, y
- b) de la dificultad de configurar al convenio colectivo como algo separado de las normas reguladoras estatutarias.

El derecho a la negociación que forma parte del Estatuto básico de los empleados públicos, se perfila como de necesaria inclusión para los ámbitos de todas las Administraciones Públicas, lo que implica que su normativa relativa a: sujetos, procedimiento, contenido y eficacia del propio convenio, acaba convirtiéndose en un propio límite para la autonomía colectiva en los ámbitos de negociación, lo que lo convierte en un agente totalizador, en la medida en que no deja abiertas muchas posibilidades para una diferente regulación a nivel autonómico o local, convirtiéndose en la fuente reguladora del derecho a la negociación colectiva de manera exhaustiva. Un encorsetamiento un tanto impropio para una materia que vive, precisamente, de la libertad y de la ausencia de formas compresoras que limiten sus propias posibilidades de desarrollo.

Las materias susceptibles de negociación están previstas en el propio EBEP, bien de manera abierta, bien considerándolas de contenido mínimo, bien de manera dispositiva, o supletoria, pero la mayoría de ocasiones de manera cerrada y autosuficiente. Ello supone que la negociación colectiva de los funcionarios se inserta, por completo, en el

interior del sistema de fuentes, de manera que, a diferencia de la negociación colectiva laboral, esta negociación no se sitúa en otro espacio añadido a la ley y los reglamentos, sino expresamente dentro de ella.

Desde otro punto de vista puede afirmarse que el EBEP construye un modelo de negociación colectiva que se caracteriza por:

- a) Ser muy intervenido, en la medida en que permite poco juego a la modificación sobrevenida de las reglas negociadoras.
- b) Ser un modelo muy uniforme, ya que es aplicable a todas las Administraciones Públicas.
- c) Estar construido en perspectiva muy general, pues es aplicable a todos los ámbitos de negociación, y
- d) Ser autosuficiente, pues no necesita normas de desarrollo posteriores para ser directamente aplicable.

Sin erigirse en un modelo totalmente distinto del anterior, la aportación del EBEP sí ha impulsado un salto cualitativo a esta particular negociación, pues viene a suponer una profundización del derecho, particularmente concretada en los siguientes aspectos:

- a) Se reconoce como derecho individual de ejercicio colectivo.
- b) Se otorga una mayor eficacia directa y autónoma al acuerdo resultante de la negociación.
- c) Se abandona la configuración de la negociación como mera participación o negociación de los reglamentos y otras disposiciones normativas.
- d) Se da un paso adelante al sustituir la consulta por la negociación, y
- e) Potenciándose, en definitiva, la vía negociadora en todos los ámbitos.

Donde sí se han introducido novedades de calado es en la interpretación y aplicación de los acuerdos, al contemplar la necesidad de prever:

- 1.º Comisiones Paritarias de seguimiento, y
- 2.º La posibilidad de acudir a procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos.

Nada se indica sobre la **composición de la Comisión**, más allá de señalar que debe ser paritaria, sino que prefiere remitirse al propio acuerdo que la formalice, que será el que establecerá su « *composición y funciones* ».

El EBEP permite la negociación colectiva conjunta de empleados laborales y funcionarios, frente a las dificultades jurisprudenciales que encontraba un convenio colectivo común, dada la ausencia de un marco legal aglutinador.

Se reconoce, así, un espacio de negociación común o mixto, al preverse la constitución de una Mesa general de negociación común o conjunta en cada ámbito de la Administración, para ambas clases de personal, aunque siempre referida a la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes a todos los Empleados Públicos: personal funcionario, estatutario y laboral.

Una vez constituida la Mesa general, el Estatuto Básico no precisa con la claridad necesaria:

a) Ni cuál es régimen jurídico aplicable, pues nada se prevé sobre su constitución, válida composición, o adopción de acuerdos.

b) Ni tampoco cuáles son las materias (y condiciones comunes) que se pueden negociarse de manera conjunta.

Probablemente, en conclusión, el modelo de negociación colectiva tras el EBEP ha encontrado su techo, sus máximas posibilidades de desarrollo, mientras se continúe manteniendo la relación funcional de los empleados públicos y se subordine la negociación colectiva a la estructura administrativa y a los diversos niveles de regulación entre Estado, CC.AA. y entidades locales.

Las comunicaciones presentadas a esta Ponencia han sido nueve, de las que se defendieron seis. Tres grupos genéricos de temas se abordaron en las mismas: Composición de la mesa de negociación, materias a acordar, y los problemas que se generan en la formalización de los acuerdos.

El presente libro, estructurado en dos volúmenes, contiene las actas del XIX Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) celebrado en Badajoz y cuyo tema general fue “El Estatuto Básico del Empleado Público”. Tras el Prólogo de la Secretaria General de la AEDTSS, Magdalena Nogueira Guastavino, se recoge la Ponencia General a cargo de Miguel Cardenal Carro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura y co-organizador local del Congreso. Tras esta introducción general, que el Ponente realiza mediante el análisis de los tres conceptos que definen a la Ley 7/2007: el ser un Estatuto, su proclamado carácter de Básico, y su ámbito subjetivo de aplicación, esto es, el “Empleado Público”, los complejos problemas del EBEP se abordan, de forma más específica, mediante Ponencias temáticas. La primera de ellas, a cargo de José Luis Goñi Seín, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra, aborda el “Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio”. La segunda versó sobre los “Derechos y deberes de los empleados públicos” y corrió a cargo de la Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo María Luisa Segoviano Astaburuaga. La Tercera y última, elaborada por Juan López Gandía, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Valencia, examina “La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto básico”. Todas las ponencias van seguidas de numerosas comunicaciones desarrollando puntos especialmente controvertidos de las mismas.

ISBN 978-84-8417-334-2



9 788484 173342