

¿ES APLICABLE EL EBEP AL PERSONAL LABORAL?: COMENTARIO AL AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL 63/2010, DE 28 DE OCTUBRE^(*)

JAVIER E. QUESADA LUMBRERAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL ALCANCE SUBJETIVO DEL EBEP: LA DICO-TOMÍA FUNCIONARIO-LABORAL: 1. La filosofía del Estatuto Básico. 2. La normativa aplicable al personal laboral: A) Derechos de carácter individual. B) Derechos individuales ejercidos colectivamente. C) Deberes de los empleados públicos. D) Adquisición y pérdida de la relación de servicio. E) Ordenación de la actividad profesional. F) Situaciones del personal laboral. G) Régimen disciplinario.– III. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA REDUCIÓN DE SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: 1. Los derechos retributivos en el EBEP. 2. La legitimidad de la medida adoptada por el Gobierno.– IV. CONCLUSIONES FINALES.

RESUMEN: El objeto de este trabajo es analizar el régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público. Para ello, examinaremos cada uno de los campos de que se compone el sistema de empleo público, a fin de poder dilucidar el alcance subjetivo de nuestra normativa básica de función pública, en esta dicotomía funcionario-laboral que hasta la fecha considerábamos superada.

Palabras clave: Administración Pública; recursos humanos; Estatuto Básico del Empleado Público.

ABSTRACT: The subject of this paper is to analyse the working conditions of servants with a labour status in the Public Administrations after the entry into force of the Basic Statute of the Public Employee. To this end, look at each of the areas which make up the public employment system, in order to show the subjective scope of the basic regulation of civil service, in this differentiation between public servants and servants with a labour status so far considered overtaken.

Key words: Public Administration; human resources; Basic Statute of the Public Employee.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 10 de enero de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de marzo de 2011.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 28 de octubre de 2010, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acordó, por unanimidad, elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que resuelva si la redacción de los artículos 22.4 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, promovida por el artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, ha vulnerado el contenido esencial del derecho de libertad sindical (arts. 7 y 28.1 CE) en relación con el derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE). Y, del mismo modo, solicita al Alto Tribunal que resuelva si la Disposición Adicional 9ª del mencionado Real Decreto-Ley vulnera, además, el derecho de igualdad regulado en el art. 14 CE (1).

Sin embargo, más allá de lo acertado o no de la argumentación utilizada por la Audiencia Nacional para entender que han podido ser afectados el contenido de tales derechos; nuestra preocupación principal se centra en la idea de fondo que subyace en la interpretación jurídica y que tiene como consecuencia, a juicio del Tribunal, que la reducción de salarios de los empleados públicos operada por el Gobierno a través del citado Real Decreto-Ley no puede afectar al colectivo de trabajadores vinculados al sector público en virtud de un contrato de trabajo. En otras palabras, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se aplica «muy excepcionalmente» al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

(1) Como sabemos, este Auto de la Audiencia Nacional tiene su origen en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Entre las de medidas de ajuste adoptadas, en su art. 1 por el que se establece una nueva redacción a diversos artículos de la Ley de Presupuestos Generales para el año 2010, se establece la reducción de la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales.

Esta medida tiene, a su vez, la consecuencia inmediata, en virtud de las potestades concedidas por los artículos 36.2 párrafo segundo y 38.10 del EBEP a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, de suspender parcialmente las cláusulas de contenido retributivo contenidas en la Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009 y en el que se adopta, entre otras medidas, un incremento salarial del 0,3% para el año 2010 (recogido también en la Ley de Presupuestos del Estado para el año 2010).

Precisamente es como consecuencia de la suspensión de este Acuerdo Gobierno-Sindicatos, y en especial en lo que se refiere a la fuerza vinculante de la negociación colectiva en el ámbito del personal laboral del sector público, cuando la Audiencia Nacional ya adelantaba, citando a las partes en su Providencia de 30 de septiembre de 2010, sus dudas sobre la constitucionalidad de la nueva redacción de la LPG de 2010 ya que podría afectar, como ha confirmado en este Auto, al contenido esencial del derecho a la libertad sindical en relación con el derecho de negociación colectiva así como también el derecho de igualdad; este último como consecuencia de la exclusión, contenida en el Real Decreto-Ley, de la reducción de salarios al personal laboral no directivo de determinadas empresas públicas.

En efecto, como señala en el Fundamento de Derecho Undécimo del controvertido Auto: «Previamente a la caracterización del contenido esencial de los derechos fundamentales en juego, queremos anticipar nuestra disconformidad con la tesis, defendida por el Abogado del Estado y asumida por el Ministerio Fiscal, según la cual la norma de aplicación prioritaria para el personal laboral en materia de negociación colectiva es la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprobó el Estatuto del Empleado Público, porque dicha afirmación es sencillamente incierta, ya que el artículo 32 del EBEP establece que «la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación», en concordancia con la regla general, contenida en el art. 7 EBEP, donde se dispone 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», pudiendo concluirse, por consiguiente, que las relaciones laborales entre las Administraciones públicas se rigen básicamente por la legislación laboral y por los convenios colectivos, salvo que el EBEP disponga su prioridad aplicativa, lo que sucede muy excepcionalmente en dicha norma legal» (2).

(2) Así, como argumenta la Audiencia Nacional, «aunque sea cierto que el personal funcionario y el personal laboral están obligados a negociar conjuntamente los incrementos retributivos globales que deben incluirse dada anualidad en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, mediante un Acuerdo conjunto de los previstos en el art. 38 EBEP, no es menos cierto que dicho Acuerdo produce efectos jurídicos diferenciados para uno y otro colectivo, puesto que el Acuerdo suscrito conjuntamente, al igual que cualquier otro que, de conformidad con lo establecido en el art. 37, contenga materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrá la consideración y efectos previstos en el propio artículo 38 EBEP para los funcionarios, mientras que producirá los efectos del art. 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral, que son exactamente los mismos de cualquier otro convenio colectivo, a tenor con lo dispuesto en el art. 83, 3 ET, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38, 8 EBEP». Y añade que: «Puede concluirse, por tanto, que estamos ante dos regímenes de negociación colectiva totalmente diferentes, aunque tengan un rasgo común dominante, consistente en que funcionarios y laborales están sometidos a los incrementos de la masa salarial establecida anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, puesto que una vez concluidos los Acuerdos, que determinan los límites presupuestarios para cada año, para el personal laboral tendrán la consideración y efectos previstos por el art. 83 ET, que son los propios de los convenios colectivos, de manera que una vez aprobada la Ley de Presupuestos Generales del Estado, los convenios colectivos que concluyan conforme a la misma, una vez aprobados por la CECIR, obligan a la Administración y a su personal laboral durante todo el tiempo de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82, 3 ET, siendo inaplicable lo dispuesto en el art. 38, 10 EBEP, así como la cláusula «rebus sic stantibus» por las razones ya expuestas, a diferencia del personal funcionario, que estará sometido, en su caso, por la aplicación del art. 38, 10 EBEP, cuando concurren las causas habilitantes para ello».

Consideramos, sigue diciendo, «por tanto, que la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de

Precisamente, esta afirmación de la Audiencia Nacional será el objeto central de nuestro análisis en el presente trabajo. No sólo porque consideremos «poco acertado» que la reducción de salarios no se pueda aplicar al personal laboral pero sí al personal funcionario de una misma organización sino porque además con esta fundamentación jurídica del Tribunal se está desvirtuando la filosofía y el espíritu del EBEP, a saber: Establecer unas reglas y principios comunes para todo el personal que presta sus servicios en la Administración Pública, con independencia del vínculo que les una a la organización, aunque respetando las lógicas diferenciaciones que, en uno y otro caso, deban establecerse como así viene señalando, además, la doctrina más especializada en la materia (SÁNCHEZ MORÓN, CASTILLO BLANCO, PALOMAR OLMEDA, SALA FRANCO, JIMÉNEZ ASENSIO, etc.) (3).

Por estas razones, a continuación procederemos a analizar hasta qué punto el EBEP es de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas. Para ello, examinaremos cada uno de los campos de que se compone el sistema de empleo público a fin de poder dilucidar el alcance subjetivo de nuestra normativa básica de función pública en esta dicotomía funcionario-laboral que hasta la fecha considerábamos superada y que, ahora, en cambio, la Audiencia Nacional ha venido a poner en tela de juicio.

septiembre de 2009, solo tiene relevancia, en su caso, para los funcionarios públicos, pero no para el personal laboral que suscribió convenios colectivos, regulados con arreglo al Título III ET, que fueron autorizados debidamente por la CECIR, puesto que los efectos, que podía producir dicho Acuerdo en materia retributiva para el personal laboral son los propios del art. 83 ET, que regula propiamente los denominados Acuerdos marco, que son propiamente «convenios para convenir» y se cumplieron plenamente al perfeccionarse la negociación colectiva después de la aprobación de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010».

(3) Para tener una visión de conjunto sobre el empleo público tras la aprobación del EBEP, sin ánimo de ser exhaustivo, pueden consultarse los siguientes trabajos: AA.VV: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007; *Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. La Ley-El Consultor, 2007; *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007; *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008; *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2007*, Comares, Granada, 2008; *El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas*, El boletín CEMICAL, 2008; *Manual de Empleo Público*, IUSTEL, Madrid, 2009; JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F.: *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

II. EL ALCANCE SUBJETIVO DEL EBEP: LA DICOTOMÍA FUNCIONARIO-LABORAL

1. La filosofía del Estatuto Básico

Como señaló el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, si bien es cierto el hecho de que «en el personal de las Administraciones Públicas se integren tanto profesionales que son nombrados funcionarios como otros que tienen un contrato laboral», ello no puede hacernos olvidar que «unos y otros forman parte del empleo público, por el tipo de entidad para la que prestan sus servicios, y menos aun implica desconocer que el empleo público presenta características y comporta exigencias que lo diferencian del empleo en el sector privado». Es éste también, dice, «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» (4).

(4) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 19 y ss. De hecho, como señala el Informe, estas peculiaridades comunes del régimen jurídico del empleo público «se han venido reconociendo en buena parte por la legislación, a medida que se desarrollaba la dualidad de situaciones jurídicas mencionada, aunque siempre con cierto retraso.

Así, es claro hoy en día que cualquier empleado público debe ser seleccionado con observancia de los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad y en virtud de convocatorias públicas, pues la contratación laboral de una parte de ellos no puede ser una excusa para incumplir o relajar la aplicación de estos principios constitucionales.

Es evidente también en la actualidad que en la asignación de funciones y tareas o en el reconocimiento de categorías, retribuciones o derechos, ninguna autoridad o gestor público puede decidir de manera arbitraria, se dirija a personal funcionario o laboral.

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 empleados públicos con contrato laboral que realizan funciones equivalentes, aunque no este así establecido legalmente de manera expresa. Unos y otros tienen ya en la legislación vigente un régimen común de incompatibilidades. Por igual se les aplican los derechos que reconocen las leyes en materia de prevención de riesgos en el trabajo y conciliación de la vida familiar y laboral, entre otras.

También en el caso de uno y otro grupo de empleados públicos y a efectos de la negociación colectiva de sus retribuciones deben respetarse los límites presupuestarios de contención del gasto público. No solo eso, sino que ha sido y es frecuente, a través de la negociación colectiva, una progresiva equiparación de las condiciones de empleo entre los funcionarios y contratados laborales al servicio de una misma Administración, en aspectos tales como categorías, niveles y promoción profesional, jornada y horario, vacaciones y permisos, derechos sociales, formación, régimen disciplinario y algunos otros.

Sin embargo, como aclara el Informe de la Comisión, no se «proponía unificar la relación estatutaria y la relación laboral de empleo público en un régimen único, sino que el EBEP incluyera unos mismos principios y valores esenciales para el conjunto de los profesionales y trabajadores del sector público y unos mismos derechos y deberes básicos asimismo comunes, sin perjuicio de las normas específicas aplicables al personal funcionario o al personal laboral que, justificadamente, proceda mantener» (5).

Desde este planteamiento, el EBEP reúne dos tipos de regulaciones en un solo texto legal. Por un lado, la legislación básica aplicable a la mayoría de los funcionarios públicos (6). Por otro, y por primera vez en nuestra historia, el propio EBEP determina cuáles son las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y, más concretamente, establece el contenido de muchas de ellas, las que les son peculiares o características (7). Así, la idea de elaborar un Estatuto «básico» para todos los empleados públicos constituye, pues, una de las líneas maestras o de los pilares en que se funda el EBEP.

En ese sentido, como señala la Exposición de Motivos del EBEP, «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». Por todo ello, «sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda y siguiendo las recomendaciones de los expertos,

Incluso 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».

(5) MAP: *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP-goberna, abril, 2005, pp. 19 y ss.

Estas especialidades, como señala CANTERO MARTÍNEZ (*El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 456 y ss.), «planteaban importantes problemas de legitimación. Todas ellas estaban siendo introducidas por obra de la jurisprudencia y, hasta el momento, sin ningún apoyo legislativo. Ello podía provocar un serio problema de compatibilidad con el principio de legalidad, que en este caso y tal como disponía el artículo 7 de la Ley de Funcionarios de 1964, exigía que la Administración se sometiera íntegramente al Derecho Laboral cuando actuara como empresario y celebrara un contrato de trabajo. Por otro lado, y lo que podía resultar todavía más comprometido, estas especialidades estaban motivando la aparición de una relación de trabajo especial *parestatutaria* para el personal laboral de la Administración».

(6) Esta legislación básica es, conforme a nuestra tradición histórica y a las exigencias del artículo 103.3 de la CE (STC 99/1987, de 11 de junio), legislación administrativa, puesto que los funcionarios públicos tienen con la Administración un vínculo o relación de naturaleza estatutaria, regida por el Derecho administrativo (art. 9.1 EBEP).

(7) Estas normas peculiares, en buena medida de común aplicación a los funcionarios públicos, forman a su vez parte de la legislación laboral y, como tales, se aprueban por el legislador estatal en virtud de las competencias exclusivas que le atribuye el artículo 149.1.7.º de la Constitución.

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 Estatuto Básico 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^o de la Constitución».

Se ha procedido, en palabras de SÁNCHEZ MORÓN, «a una muy profunda equiparación del régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos y al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. El criterio fundamental para alcanzar ese resultado ha sido extender al personal laboral principios y reglas tradicionalmente propios del personal funcionario y no tanto, a la inversa» (8).

De esta forma, los preceptos del EBEP se refieren en ocasiones a los empleados públicos en general, denominación que comprende a funcionarios

(8) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de aplicación», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 49.

En cualquier caso, como indica el autor, «la doble cualidad de normas de función pública y de legislación laboral que tienen al mismo tiempo muchos de los preceptos del EBEP acarrea consecuencias distintas a efectos del desarrollo y concreción de esos preceptos. En lo que se refiere a los funcionarios públicos, la legislación de desarrollo habrá de ser aprobada por las Cortes Generales (y, obviamente, por el Gobierno y otros órganos inferiores cuando se trate de reglamentos) o por las Comunidades Autónomas (leyes y reglamentos de función pública) en el ámbito de sus respectivas competencias.

En cambio, por lo que se refiere al personal laboral, en lo no regulado por el EBEP habrá de aplicarse la legislación laboral general, esto es, las acordadas en convenio colectivo. Debe destacarse que la legislación laboral es o debe ser, necesariamente, legislación del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.7.º de la Constitución, pues las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia en la materia. Sólo a través de los convenios colectivos que firmen con los representantes de sus empleados podrán las Comunidades Autónomas (y las Entidades Locales) participar en la adopción de normas (convencionales) que desarrollen el EBEP para el personal laboral.

En cuanto a la aplicación del EBEP en el tiempo, es preciso destacar que la disposición derogatoria única del EBEP establece qué disposiciones legales del Estado quedan expresamente derogadas Y, en virtud de la cláusula general derogatoria quedan también derogadas todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a él y, entre ellas, las autonómicas. Pero las que no entren en directa contradicción con sus preceptos siguen en vigor. Hasta aquí lo normal, tratándose el EBEP de una Ley básica y de contenido principal en muchos casos, que necesita de otras leyes y reglamentos de desarrollo para su efectiva aplicación. Ahora bien, el apartado 2 de la disposición final cuarta se cuida de precisar que las normas del EBEP sobre carrera profesional, promoción interna, evaluación del desempeño, derechos retributivos y estructuración del empleo público sólo «producirán efectos» a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Por tanto, en lo relativo a estas materias, las cosas seguirán igual mientras el Estado y las Comunidades Autónomas, para su respectiva Administración y para la Administración Local en el ámbito de sus competencias, no dicten la legislación de desarrollo. El EBEP tiene, en estas materias, un simple efecto diferido, pues sus mandatos sólo se dirigen al legislador de desarrollo».

y contratados laborales, otras veces se refieren *stricto sensu* a los funcionarios públicos y, por último, establecen en ocasiones reglas exclusivas para el personal laboral. De ahí, precisamente, que se utilice, el concepto genérico de «empleado público». Este concepto no supone la sustitución de los de funcionario y personal laboral sino que tiene un mero significado funcional, en la medida en que comprende el conjunto de quienes desarrollan su actividad profesional o laboral en el seno de las entidades públicas.

Prueba de ello, además, son las Instrucciones dictadas por el propio Ministerio de Administración Pública sobre la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración del Estado y sus organismos públicos, con fecha de 5 de junio de 2007, donde se establecen las normas del Estatuto aplicables al personal laboral (9). Y, posteriormente, ante la formulación de múltiples consultas por parte de las Entidades Locales sobre su aplicación en este nivel territorial, se han tenido que dictar también unos Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local (curiosamente sin fecha de publicación y sin la denominación de Instrucciones) donde también se incide sobre la aplicabilidad de la normativa básica a este colectivo de trabajadores del sector público (10).

(9) Véase en este sentido la RESOLUCIÓN de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las citadas Instrucciones.

(10) En el mismo sentido que las Instrucciones mencionadas, los Criterios por el MAP para la aplicación del EBEP en el ámbito local, establece las siguientes indicaciones: 1. Acceso al empleo público del personal laboral (artículos 57.4 y 61.7): La selección del personal laboral se rige por las normas del EBEP, con la siguiente peculiaridad: Los extranjeros con residencia legal en España pueden acceder al empleo público como personal laboral, en iguales condiciones que los españoles. Este principio está ya contemplado en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 412000, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 2. Régimen disciplinario del personal laboral (artículos 93-98): El régimen disciplinario del Título VII del EBEP se aplica íntegramente al personal laboral. En lo no previsto en dicho Título se aplicará la legislación laboral; 3. Despido improcedente (artículo 96.2): 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 grave; 4. Provisión de puestos y movilidad (artículo 83): La provisión de puestos y la movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo establecido en los convenios colectivos aplicables y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera; 5. Situaciones del personal laboral (artículo 92): Los convenios colectivos podrán determinar que el Título VI «Situaciones administrativas» se aplique al personal incluido en sus respectivos ámbitos de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores.

Del mismo modo, hay que tener en cuenta otros documentos de interés publicados asimismo por el MAP a fin de esclarecer la correcta interpretación de los preceptos del EBEP y en los que se contienen también diversas referencias al personal laboral. Así, podemos encontrar el Informe de 13 de noviembre de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del art. 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; la Instrucción conjunta de 15 de noviembre de 2007 de las Secretarías Generales para la Administración Pública y de Presupuestos

Desde esta perspectiva, pues, y como apuntábamos en un inicio, es preciso que analicemos ahora cada uno de los campos que configuran el sistema de empleo público, especialmente en aquellos aspectos que presentan mayor incidencia en la materia que nos ocupa, para poder determinar así hasta qué punto es aplicable, efectivamente, las normas contenidas en el EBEP al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

2. La normativa aplicable al personal laboral

Como venimos señalando, y sin perjuicio de las distinciones que era necesario establecer para cada tipo de personal que presta sus servicios en la Administración Pública, ya fuere por razones objetivas o funcionales, el EBEP ha procedido a establecer un bloque común de normas para ambos tipos de personal en múltiples aspectos y favoreciendo, en otros, que la igualdad de las condiciones de empleo para profesionales de similar categoría y especialidad se alcance a través de la negociación colectiva. A través de dichas normas, en definitiva, la correcta interpretación del EBEP debe clarificar el régimen aplicable a los empleados públicos con contrato laboral allí donde todavía está confuso, sin perjuicio de remitirse al Estatuto de los Trabajadores (ET) y al resto de la normativa laboral común como legislación subsidiaria.

Por ello, y como podremos comprobar seguidamente, no logramos entender la afirmación vertida por la Audiencia Nacional en el controvertido Auto cuando señala que en base a la regla general contenida en el art.7 del EBEP, puede concluirse que «las relaciones laborales entre las Administraciones públicas se rigen básicamente por la legislación laboral y por los convenios colectivos, salvo que el EBEP disponga su prioridad aplicativa, lo que sucede muy excepcionalmente en dicha norma legal».

Y es que, en efecto, si bien es cierto que el EBEP, como no podía ser de otra forma, deja claro que las normas contenidas en el mismo no completan el régimen jurídico aplicable al personal al servicio de las Administraciones Públicas como se deduce de su art. 7; no es menos cierto que el propio Estatuto deja bien claro también desde el principio que su objetivo fundamental es, además de establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, el de determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1.1 y 2).

y Gastos sobre procedimiento de autorización de contratos de personal laboral y nombramiento de funcionarios interinos; o, por poner un último ejemplo, la relación de principales consultas sobre el EBEP que periódicamente resuelve la Dirección General de la Función Pública.

Así, pues, lejos de esa afirmación de la Audiencia Nacional, desde nuestro punto de vista y siguiendo en esta materia a SALA FRANCO, consideramos que la normativa aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas sería la siguiente (arts. 7 del EBEP y 3.1 del ET) (11):

- a) En primer lugar, las normas del EBEP y el resto de legislación de empleo público que no ha sido derogado por éste, tanto las generales referidas a todos los empleados públicos (personal funcionario y personal laboral), como las específicas referidas exclusivamente al personal laboral (12).
- b) En segundo lugar, la legislación laboral común, esto es, el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales concordantes.

(11) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral de empleo público», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 119.

En este punto hay que tener en cuenta, como señala el autor, el art. 2.1 referido al ámbito de aplicación del EBEP, cuando señala que «este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas», enumerando a continuación una serie de Administraciones y sectores públicos (Administración General del Estado —Civil, Militar y de Justicia—, Administraciones de las Comunidades autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla —incluyendo la Administración Sanitaria y Docente—, Administraciones de las Entidades Locales, Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependientes de «cualquiera de las administraciones Públicas» y Universidades Públicas) y dejando al margen a otros (Administraciones Legislativas de las Cortes Generales y de las Comunidades Autónomas, Órganos Constitucionales del Estado y Organismos Estatutarios de las Comunidades Autónomas y Banco de España y Fondos de garantía de Depósitos en Entidades de Crédito), con lo que pudiera parecer que excluye del régimen jurídico de la nueva relación laboral especial al personal laboral de las Administraciones Públicas no enumeradas en el art. 2.1.

Sin embargo, a juicio del autor («El personal laboral...», *op. cit.*, p. 118 y ss.), los arts. 1.2 y 7 del EBEP pueden y deben ser interpretados «en un sentido totalizador y comprensivo del personal laboral de todas las Administraciones Públicas, con inclusión del personal laboral que trabaje en esas Administraciones y sectores públicos no enumerados en el art. 2.1, dado que el art. 4, cuando habla del «personal con legislación específica propia», se refiere exclusivamente al personal funcionario y no laboral».

Tan sólo queda expresamente excluido por el EBEP, el personal laboral de la Sociedad estatal Correos y Telégrafos, que se regirá «por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables» (art. 5). Y, del mismo modo, el personal directivo que fuera personal laboral por así haberlo establecido las Leyes de Función Pública dictadas en desarrollo del EBEP, estará sometido al régimen aplicable a la relación laboral especial de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de alta dirección).

(12) En este sentido, como señala el autor, hay que tener presente que las disposiciones del EBEP relativas al personal laboral poseen naturaleza laboral, como señala la disposición final primera: «Las disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del art.149.1.7º de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral». 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 Autonómica, dado el monopolio normativo exclusivo y excluyente del Estado en materia laboral.

- c) En tercer lugar, los convenios colectivos aplicables.
- d) En cuarto lugar, el contrato individual de trabajo y la costumbre local y profesional —añade el autor— con base en el art. 3.1 c) y d) del ET.

Este es, a nuestro juicio, el esquema a seguir en el sistema de fuentes aplicable al personal de las Administraciones Públicas que están unidos a ellas por un vínculo de naturaleza laboral (13). Ahora bien, el orden de prelación en este sistema de fuentes dará preferencia a un tipo de normas u otras (EBEP y régimen jurídico laboral) en función de la materia concreta ante la que nos encontremos; pero dejando bien claro, no obstante, que en todos los campos de que se compone el sistema de empleo público, la normativa común e inspiradora de todas las demás que la complementen o desarrollen será el propio Estatuto Básico (14). Resta, pues, demostrar la tesis que venimos manteniendo.

A) Derechos de carácter individual

Partiendo de la premisa que apuntábamos anteriormente, esto es, el EBEP utiliza el término «empleados públicos» para referirse genéricamente a funcionarios y laborales; otras veces se refiere exclusivamente a los funcionarios

(13) Hay que advertir, no obstante, que esta postura no es la que mantienen todos los autores. Así, para BOLTAJNA BOSCH (*El personal de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público*, CEMICAL, Estudios de Relaciones Laborales nº 5, Barcelona, 2010, pp. 20-21), «el operador jurídico deberá aproximarse al estudio del personal laboral a través de un conjunto normativo plural; en primer término, el propio EBEP —que podría considerarse como una norma «especial»— aunque con una extensión limitada; en segundo lugar, el conjunto de legislación laboral existente en España. En este último caso, no parece que el EBEP pretenda reconducir a tal legislación a un papel de supletoriedad —salvo supuestos específicos así determinados en algunos preceptos— sino que entiende que es una fuente primaria».

A partir de ello, a juicio del autor, «el EBEP introduce un tercer factor en este sistema: el reconocimiento claro y expreso de la negociación colectiva, en ocasiones con referencia expresa al «convenio colectivo» (así, artículo 83 EBEP) y otras a las «normas convencionalmente aplicables»».

Finamente, concluye, «aunque no aparece expresamente indicado en el título I del EBEP, también el contrato de trabajo juega un papel, que sin embargo en el ámbito público deberá ser mucho más reducido que en el privado, aunque no impide dificultades aplicativas debido a la ambivalencia de algunos preceptos, del que es buen ejemplo el artículo 27, al señalar que la «determinación» de aquella retribución —es decir, expresión más amplia que la simple estructura de conceptos— se realizará conforme a la legislación laboral, el convenio colectivo y el contrato de trabajo».

Desde este planteamiento, el autor realiza una tarea de aproximación para determinar en cada uno de los aspectos nucleares de la relación laboral, qué norma jurídica (EBEP, legislación laboral, contrato de trabajo o convenio colectivo) es aplicable a las diferentes instituciones que prevé el Estatuto básico y a cuyo trabajo nos remitimos para tener otras visiones del mismo problema.

(14) En el mismo sentido, se manifiesta también CANTERO MARTÍNEZ en su trabajo «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de la Administración Pública», en *Estatuto Básico del Empleado Público* (obra colectiva dirigida por Luis Ortega Álvarez), La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007.

públicos; y, por último, en ocasiones establece también reglas específicas para el personal laboral. Si realizamos una ojeada inicial al conjunto de la Ley, podemos apreciar hasta qué punto se ha extendido la aprobación de normas comunes.

Para empezar, el EBEP contempla un catálogo actualizado de derechos básicos, individuales y de ejercicio colectivo (artículos 14 y 15), que son comunes para todos los empleados públicos. Desde esta perspectiva, y conforme a la pretensión del EBEP de constituir un corpus único de derechos aplicables a todos los empleados públicos, cabe referirnos como señala CASTILLO BLANCO «a que el establecimiento de un listado único de derechos que sea común a los distintos tipos de empleados públicos, sólo resulta posible respecto de los derechos estrictamente que podríamos denominar como laborales, es decir, aquellos derechos que son perfectamente reconocibles y aplicables a cualquier trabajador, como son el derecho a la retribución, a las vacaciones y permisos, a la protección en el trabajo, a la seguridad social, etc» (15).

Lo cierto es que los derechos laborales de los empleados públicos, han encontrado hasta ahora una regulación formalmente diferente, es decir, en diferentes textos normativos (16). No obstante, ha existido una tendencia progresiva, en lo que se refiere a los derechos laborales de unos y otros colectivos, personal laboral y personal funcionario fundamentalmente, de tal forma que su contenido se ha ido aproximando y en numerosos sectores del empleo público puede decirse son prácticamente los mismos. Esa progresiva equiparación se ha realizado gracias a la admisión de procesos similares a los de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública y que han de alguna forma «laboralizado» el régimen jurídico de ésta.

Y junto a ello también se ha producido otra tendencia consistente en que la legislación más recientemente dictada, como son las normas para conciliación de la vida familiar y laboral o la de prevención de riesgos laborales, se aplican indistintamente a ambos colectivos sin distinción del régimen jurídico aplicable a su relación profesional.

Y lo cierto es también que hasta el momento de la aprobación del EBEP era un lugar común tanto en la jurisprudencia como en la propia doctrina

(15) CASTILLO BLANCO, F.: «Los derechos individuales de los empleados públicos», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 133 y ss.

(16) En efecto, el régimen aplicable a los funcionarios públicos recogía hasta estos momentos de manera dispersa y fragmentaria esos derechos que se encuentran en gran parte contenidos aún en el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. Por su parte, y respecto del personal laboral al servicio del sector público, de acuerdo con el principio de la autonomía colectiva de las partes, esos derechos se concretan en los convenios colectivos amén de los mínimos que establece el Estatuto de los Trabajadores.

subrayar que, a diferencia de la relación contractual donde los derechos y deberes son negociados y fijados por las partes, en la relación de servicio que une al funcionario con la Administración los derechos y deberes tenían su origen en un acto condición (nombramiento del funcionario público) que colocaba a su destinatario en una situación legal y reglamentaria: el estatuto funcional (17).

Sin duda, como expresa CASTILLO BLANCO, «este planteamiento carecía de una lógica suficiente y mucho menos justificada, al menos en lo que se refiere al grueso de los derechos laborales, en el sector público donde convivían dos colectivos (personal laboral y funcionarios públicos) sujetos a un distinto régimen jurídico pero que no justificada por sí mismo dicha diferenciación en la mayoría de esos derechos. Precisamente por esta razón se habían producido dos consecuencias progresivas, como ya hemos señalado: de un lado, la equiparación a través de la negociación de ambos colectivos en numerosos sectores del empleo público; de otro, un tratamiento común a ambos colectivos en lo que se refería a condiciones laborales derivadas de la protección de bienes jurídicos que, como a título de ejemplo sucede con la conciliación de la vida familiar y laboral, no ameritaban distinción alguna» (18).

Todo este estado de cosas, llevaría a la Comisión a señalar que esta marcada tendencia a la unificación de los derechos básicos de todos los empleados públicos, debería recoger y consolidar el EBEP a través de un listado único de derechos, de aplicación general. Reflexión que no respondía sino a la propia orientación de la reforma dirigida más a establecer un marco uniforme para el empleo público que a consolidar diferencias que no resultasen suficientemente justificadas.

Desde esta perspectiva, pues, el art. 14 del EBEP establece que los «empleados públicos» tienen un conjunto de derechos de carácter individual «en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio» (19).

(17) La consecuencia inmediata era variada: la movieda construcción y articulación de los derechos adquiridos del funcionario frente al carácter de mínimos o básicos que podían ser mejorados negocialmente en el personal laboral y la eventual diferenciación en su contenido, de los distintos derechos aplicables a este tipo de personal.

(18) CASTILLO BLANCO, F.: «Los derechos individuales...», *op. cit.*, pp. 134 y ss.

Sin embargo, según hemos indicado, no parece que la citada conclusión sea aplicable en su integridad a todo tipo de derechos y algunos, como el derecho a la inamovilidad, han de ser matizados en atención, ahora sí, al régimen jurídico aplicable.

(19) De esta forma, se enumeran los siguientes derechos: a) A la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera; b) Al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición 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 que procedan; e) A participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad

Como podemos comprobar, y con la única excepción lógica del derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, el resto de derechos individuales contenidos en el EBEP son, en principio, de común aplicación para el personal laboral y funcionario.

Sin embargo, hay que tener muy presente también que el listado establecido en el artículo 14 del EBEP no agota los derechos reconocidos a los empleados públicos. De un lado, porque la propia legislación sectorial puede reconocer otros derechos que no se establecen en ese listado básico; de otro, porque nada impide, dado el carácter del EBEP, que la propia legislación de desarrollo de las distintas Administraciones Públicas pueda adicionalmente establecer otros derechos no establecidos expresamente en este listado; por último, porque, asimismo, y en forma paralela la negociación colectiva del personal laboral puede desarrollar el contenido mínimo y básico de estos derechos.

Conviene matizar, como venimos señalando, que cuando el EBEP entra a regular propiamente el contenido mínimo de estos derechos (Capítulos II, III y V de su Título III) se refiere en algunos casos exclusivamente a los funcionarios públicos (como es el derecho a la inamovilidad en su condición —que no en el puesto de trabajo—) y que el propio Estatuto regula más en concreto algunos de los derechos para los funcionarios públicos y sólo en menor medida para el personal laboral, remitiéndose ampliamente en cuanto a este último a la negociación colectiva, con algunos límites u orientaciones de principio.

No obstante, a pesar de que el EBEP no establezca una aplicación común plena sino más bien unas orientaciones sobre la normativa aplicable al personal laboral, ello no obsta a entender que el Estatuto Básico no sea la normativa prioritaria para este colectivo de trabajadores del sector público. Veamos por qué:

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; h) 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; 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 personal, 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, en los términos regulados en la Ley 35/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (art. 3.1); 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.

En primer lugar, si bien es cierto que en el Capítulo II del Título III («Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño»), el art. 19.2 viene a establecer que la carrera profesional y la promoción del personal laboral «se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos». Hay que tener en cuenta, como señala SALA FRANCO, que «el ET nada dice en concreto acerca de la promoción profesional de los trabajadores, tratándose de una materia deslegalizada, por cuanto los arts. 23 (sobre promoción y formación profesional en el trabajo), 24 (sobre los ascensos) y 25 (sobre la promoción económica) se remiten a los convenios colectivos aplicables, a ellos habrá que estar en cuanto a la regulación de la carrera y promoción profesional del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas» (20).

Pero no hay que olvidar, del mismo modo, que el EBEP ha venido a establecer unas bases comunes para todos los empleados públicos que no impide la existencia de normas específicas que pueden desarrollar, en este punto, un modelo de carrera profesional singular para cada tipo de personal. Como no podía ser de otra forma, este nivel mínimo que alcanza el EBEP en la ordenación del derecho a la promoción profesional, que lo convierte en un derecho de configuración legal, se debe a su vinculación intrínseca con la carrera profesional y la promoción interna que son los medios a través de los que se desarrolla la progresión profesional. De lo contrario, una estructuración profusa de este derecho hubiera supuesto el establecimiento de un sistema de carrera profesional y de promoción interna que condicionaría la autonomía organizativa y de gestión de personal de las Administraciones públicas correspondientes a los tres niveles territoriales de nuestro país.

Así, pues, como señala VIDA FERNÁNDEZ, el Estatuto Básico «establece los fundamentos comunes de la ordenación de la carrera profesional y de la promoción interna para los empleados públicos en general en todos los ámbitos de todas las Administraciones públicas. Por lo tanto se unifica el tratamiento de la carrera profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas en general ya que se proyecta sobre todos los empleados públicos independientemente de que el vínculo de servicio con la Administración pública correspondiente sea de naturaleza funcionarial o laboral. Por lo tanto, se disponen unas bases comunes para la carrera profesional y la promoción interna para todos los empleados públicos en general, entendiéndose por éstos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas al

(20) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, p. 127. Por su parte, como señala el autor, los sistemas de evaluación del desempeño a que se refiere el art. 20 del EBEP «serán de aplicación también al personal laboral, dado que en todo momento el precepto se refiere a «los empleados públicos» y no solamente al personal funcionario de carrera (párrafos primero y tercero)».

servicio de los intereses generales, si bien dentro de ésta se restringe para los funcionarios de carrera y para el personal laboral que, a su vez, desarrollan su carrera profesional de forma diferenciada» (21).

En segundo lugar, y dejando a un lado los derechos retributivos (Capítulo III del Título III) que analizaremos en un apartado posterior ya que constituye la cuestión de fondo del controvertido Auto de la Audiencia Nacional, en cuanto al régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en el Capítulo V del EBEP y en la legislación laboral correspondiente (art.51). La lectura de este precepto no permite, a priori, una fácil interpretación sobre todo si tenemos que dilucidar cuál de las dos legislaciones prevalecerá cuando ambas no sean coincidentes o sean contradictorias (22).

Sin duda, como afirma CASTILLO BLANCO, «es esta materia una de las que configura uno de los ejes fundamentales en los que habría que considerar ha de basarse el contenido del Estatuto de los Empleados Públicos, al menos en lo que se refiere al régimen de condiciones de trabajo de éstos. La unificación de los derechos básicos de los empleados públicos debería haber tenido aún con carácter de mínimos, al menos desde nuestro punto de vista, un claro reflejo en esta materia. El EBEP, sin embargo, ha partido de consideraciones distintas aún cuando lo sea respecto de parte de los preceptos contenidos en el mismo» (23).

De entrada, y a nuestro juicio de forma no completamente satisfactoria, no establece una aplicabilidad común a todo tipo de personal, sino que establece una vaga fórmula respecto del personal laboral que no aclara exactamente el alcance de la normativa contenida en el EBEP. A ello habría que añadir que todos los preceptos establecidos en este Capítulo aclaran específicamente que se refieren a los funcionarios públicos (24).

(21) VIDA FERNÁNDEZ, J.: «Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño», *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2007*, Comares, Granada, 2008, pp. 247 y ss.

(22) En este sentido, como señala SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 128), «si bien hay preceptos en el EBEP y en el ET reguladores de ciertas materias que coinciden sustancialmente (las vacaciones, por ejemplo), no sucede lo mismo con la regulación de otras materias (jornada laboral, descansos o permisos), lo que planteará sin duda en la práctica difíciles problemas interpretativos para cohesionar ambos preceptos, dado que, aparentemente al menos, las aplicaciones de la legislación funcional y laboral sobre estas materias es «acumulativa» y no «sucesiva» o de «mínimos» mejorables por la otra».

(23) CASTILLO BLANCO, F.: «Jornada, permisos y vacaciones», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 323 y ss.

(24) Por otra parte el EBEP, y según lo dispuesto en su artículo 47, remite a las Administraciones públicas la fijación de la jornada de trabajo de sus funcionarios públicos que podrá ser a tiempo completo o parcial, optando, a nuestro juicio en este caso con acierto, por considerar dicho aspecto como no básico según se desprende del artículo citado y, por ello, por partir de que la

No obstante, hay que tener en cuenta que justamente en esta materia, y dado el indudable acercamiento que en materia de negociación colectiva se está produciendo entre el empleo público y el que se desenvuelve en el sector privado, la participación de los funcionarios públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo, adquiere un importante papel ya que la misma se ha ido ampliando progresivamente.

Y es que, además, si como hemos subrayado, el esquema de jornadas y permisos contemplado en el EBEP sólo es aplicable a los funcionarios públicos, dado que el personal laboral según se dispone estará a lo dispuesto en este Capítulo y el resto a la legislación laboral correspondiente y, por ello, a la negociación colectiva, parecería del todo contraproducente con el propio objetivo del EBEP que los funcionarios públicos, respecto del personal laboral de la propia entidad, tuviesen un régimen de jornada, permisos y vacaciones distintos. Por eso parece que hay que afirmar que, en este ámbito, el papel de la legislación autonómica con respecto de estos funcionarios no puede agotar la materia normativa so pena de volver a posibilitar unas condiciones de trabajo distintas para el colectivo de personal laboral y funcional.

Por todo ello, parece que hay que interpretar tanto el artículo 47 al establecer respecto de la jornada que las Administraciones Públicas «establecerán» la jornada de trabajo y el artículo 48 cuando establece que las Administraciones Públicas «determinarán», no utilizando una remisión a la legislación de desarrollo del EBEP, sino utilizando tan sólo la expresión «legislación aplicable» que parece que hay que entender en sentido material y no formal (STC 39/182, de 30 de junio) (25).

fijación de horario es una potestad de autoorganización de la Administración, y de cada Administración hay que subrayar.

Del mismo modo, y en lo que se refiere a los permisos, establece un doble sistema: por una parte, de supletoriedad en el artículo 48 que determina, que lo establecido en el artículo 30 de la LMRFP —y con ello lo establecido en este aspecto por el resto de legislación autonómica— haya de considerarse vigente hasta tanto se establezca una nueva previsión ya que lo previsto en este artículo solo rige de forma supletoria y en defecto, por tanto, de legislación aplicable; en segundo lugar, de esta fórmula se excluye, por lo que hay que entender que será de inmediata aplicación tras la promulgación del EBEP, los permisos contemplados en el artículo 49 por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género.

Pero además otro punto de interés despierta la nueva regulación sobre los permisos, consiste, como ya hemos adelantado, en determinar si la regulación de jornadas, permisos y vacaciones requiere o no norma con rango de ley, ya sea ésta estatal o autonómica, lo que excluiría, en caso de ser exigida norma con rango de ley, la posibilidad de que las entidades locales pudiesen o no autodeterminarse en el marco del EBEP. O cabe, alternativamente, que cuando éste se refiere a la Administración pública competente podamos entender que éstas resultan habilitadas para su regulación previa negociación en su caso y en el marco, en su caso, de la legislación autonómica de aplicación.

(25) Con la interpretación referida, y a la vista de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria respecto del artículo 30 LMRFP, habría que considerar a éste vigente en el caso de las entidades locales

Así lo avala, por demás, el propio apartado m) del artículo 37 que establece como materia objeto de negociación jornada, permisos, vacaciones, etc., lo que, además, parece lógico sea objeto de la mesa común para todos los empleados públicos (26).

Prueba de todo ello es también la Sentencia de la propia Audiencia Nacional 14/2008, de 6 de marzo de 2008, cuando al plantear un problema de compatibilidad entre el derecho del padre a la suspensión del contrato de trabajo durante 13 días en caso de nacimiento de un hijo (art. 48 bis ET) y el derecho al permiso de paternidad de 15 días que otorga el art. 49.c) del EBEP, afirma que:

«Planteado en estos términos el debate, la primera premisa que se ofrece a la Sala es que ambas normas, la del Estatuto de los Trabajadores y la del Estatuto Básico del Empleado Público, regulan o parten el mismo supuesto de hecho: el nacimiento (acogimiento o adopción) de un hijo, para anudar a este acontecimiento un derecho de libranza por paternidad. Tras valorar esta situación de hecho, la Sala estima que la explicada concurrencia de normas debe resolverse atendiendo al principio de especialidad y, en su caso, al de la norma más favorable. Es incuestionable que el Estatuto de los Trabajadores tiene carácter general: constituye la regulación laboral básica, común a la generalidad de los contratos de trabajo; mientras que el Estatuto Básico del Empleado Público es una ley especial, que se aplica exclusivamente al personal

hasta tanto por éstas, y mediante el oportuno acuerdo, estableciesen como legislación aplicable lo oportuno en esta materia. En cualquier caso, sí hay que entender derogados en cuanto a se oponen al EBEP los correspondientes preceptos de la LRBRL y TRRL que remiten a la legislación autonómica y estatal la determinación de la jornada de trabajo y permisos ya que tanto el artículo 47 y 48 dejan bien claro que es a cada Administración Pública a quien corresponde determinar la jornada de trabajo y los supuestos de concesión de permisos, requisitos, efectos y duración.

(26) En materia de vacaciones simplemente apuntar como se expresa el MAP en el Boletín sobre las principales consultas planteadas en materia de RRHH, sigue vigente el artículo 68.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero en la redacción dada por el artículo 51 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. En consecuencia, «tendrán derecho a un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, hasta un total de 26 días hábiles por año natural». Del mismo modo, los calendarios laborales aprobados con anterioridad al 13 de mayo de 2007 continúan en vigor.

Respecto al tiempo de vacaciones tras excedencia por cuidado de hijos, una vez efectuada la reincorporación, tras haber disfrutado en todo o en parte el período de excedencia para el cuidado de familiares, sólo se tendrá derecho al tiempo de vacación proporcional al que se lleve de servicio activo desde el reingreso, de conformidad con lo establecido en los artículos 50 EBEP y 68 LFCE.

Finalmente, respecto de las licencias ninguna previsión contiene el EBEP. De todas formas, parece mantenerse su vigencia ya que el propio artículo 14 m) del EBEP reconoce como un derecho de los empleados públicos las vacaciones, descansos, permisos y licencias, incluida la licencia por razón de matrimonio.

al servicio de las Administraciones Públicas; y, como tal ley especial, no debe aplicarse de forma acumulativa o simultánea, sino con preferencia a lo que disponga la ley general sobre la materia, conforme al mencionado principio de especialidad».

Puede considerarse que, sigue diciendo, «el art. 48 bis del Estatuto de los Trabajadores establece una regulación de mínimos al reconocer al padre el derecho a una suspensión del contrato durante 13 días ininterrumpidos; pero no excluye, sino que deja expedita, la posibilidad de que por convenio colectivo o por otro instrumento normativo resulte mejorado o ampliado ese derecho, que es lo que ha venido a suceder en relación con los empleados públicos tras la promulgación de su estatuto básico».

B) Derechos individuales ejercidos colectivamente

El art.15 del EBEP establece, nuevamente, que los «empleados públicos» tienen los siguientes derechos individuales ejercidos colectivamente y, por tanto, de aplicación común también para el personal funcionario y laboral:

- 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 del EBEP.

Junto a este listado de derechos individuales ejercidos colectivamente habría que tener en cuenta, del mismo modo, el derecho de representación enumerado en el art. 31 del EBEP donde se establecen los principios generales de los derechos colectivos de los empleados públicos y que se concretiza, posteriormente, en los artículos sucesivos (Capítulo IV del Título III) (27).

(27) Del mismo modo, hay que señalar como pone de manifiesto SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, p. 290) que de «estos derechos colectivos enumerados por el EBEP, tan solo vienen regulados específicamente en él los derechos de negociación colectiva, de representación, de participación, de planteamiento de conflictos colectivos y de reunión; los derechos fundamentales de libertad sindical (artículos 7 y 28.1 de la CE) y de huelga (artículo 28.2 de la CE) se regulan extramuros del EBEP, respectivamente, por la LOLS y por el RDLRT, interpretados por múltiples sentencias del Tribunal Constitucional».

En este punto, hay que tener muy presente la premisa establecida en el art.32 del EBEP según la cual el personal con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación.

Así, a la vista de lo establecido en este precepto y en especial en lo referente a la negociación colectiva que es precisamente el centro de atención del Auto de la Audiencia Nacional, es preciso realizar algunas consideraciones a tener en cuenta, siguiendo en este punto nuevamente a SALA FRANCO, para poder entender el alcance del EBEP sobre el personal laboral en esta materia (28):

a) En primer lugar, hay que partir de la base de que el fundamento constitucional y legal del derecho a la negociación colectiva del personal laboral y funcionario es muy distinto: por un lado, el art. 37.1 CE y el Título III del ET en el caso del personal laboral; y, por otro, para el caso de los funcionarios es «un derecho de configuración legal», teniendo su base antes en la LORAP y ahora en el EBEP, si bien una vez reconocido legalmente formará parte del «contenido adicional» del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, permitiendo su tutela por la vía del recurso de amparo (STC 80/2000, de 27 de marzo) (29).

(28) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, p. 290 y ss.

Por lo que se refiere al resto de derechos colectivos, sin llegar a profundizar en exceso ya que desbordaría el objeto central de nuestro trabajo, cabe señalar algunas consideraciones como señala este autor: «En primer lugar, respecto al derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el EBEP ha guardado silencio acerca de la existencia de unos eventuales procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos para el personal laboral de las Administraciones Públicas. Así, el art. 45 del EBEP se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos, excluyendo de los procedimientos en él previstos al personal laboral (siempre habla de «*pactos y acuerdos colectivos*» de funcionarios y nunca de «*convenios colectivos*» del personal laboral). En segundo lugar, por lo que se refiere al derecho de participación institucional del personal laboral y funcional, el EBEP deja la puerta abierta para que la legislación de desarrollo establezca los mecanismos de participación institucional, al referirse a ella en el artículo 31 (sobre los «*principios generales*»), y ha procedido a derogar los preceptos de la LMRFP y de la LORAP que regulaban el Consejo Superior de la Función Pública y los Consejos Autonómicos de Función Pública, (disposición derogatoria única), habiendo desaparecido como órganos de participación institucional de los sindicatos. En tercer lugar, en cuanto al derecho de representación en la empresa, el EBEP únicamente aborda la representación unitaria, respetando lo dispuesto en los artículos 8 y ss. de la LOLS para la representación sindical (secciones sindicales y delgados sindicales) donde la jurisprudencia (por todas, STS de 13 de marzo de 1991) persiste en negar la posibilidad de constituir secciones sindicales conjuntas de funcionarios-personal laboral y que el EBEP no ha querido regular. Finalmente, respecto al derecho de reunión, el EBEP ha seguido las recomendaciones de la Comisión de Expertos y ha optado por unificar el régimen jurídico del derecho de reunión de ambos tipos de personal en su artículo 46, inclinándose por aplicar a todos los empleados públicos el régimen funcional y no el laboral, por su modernidad y por estar pensado más para las Administraciones Públicas que el del Estatuto de los Trabajadores».

(29) Cabe recordar que los únicos empleados públicos que tienen excepcionados este derecho a la negociación colectiva son: los jueces, magistrados y fiscales; los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil; y, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con la salvedad de los Cuerpos de la Policía Local que sí tienen reconocido este derecho.

b) No obstante, a partir del EBEP, la negociación colectiva del personal laboral se regirá por las disposiciones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo IV del Título III del EBEP que expresamente les son de aplicación (artículo 32). Así pues, la negociación colectiva del personal laboral se regirá por lo dispuesto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (artículos 82 a 92), salvo en los aspectos siguientes, donde rige lo dispuesto por el EBEP, a saber:

- En lo relativo a las Mesas Generales de Negociación de las Administraciones Públicas (artículo 36), donde participará el personal laboral representado por las Organizaciones Sindicales legitimadas según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la LOLS.
- En las materias objeto de negociación y sus límites, donde será de aplicación lo dispuesto en el art. 37 del EBEP (aunque por el tenor literal del precepto parece más bien dirigido al personal funcionario y no deja clara su aplicabilidad al personal laboral) (30).
- En cuanto a los Pactos y Acuerdos que contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, aunque como señala el propio art.38.8 EBEP «la consideración y efectos» de los mismos para el personal laboral será la dispuesta en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores.

c) Aunque no es menos cierto también que en el EBEP se han dejado sin regular aspectos importantes como la delimitación de las unidades de negociación posibles, la legitimación de las partes negociadoras y las especialidades

(30) Como señala el art. 37.1 del EBEP, serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas; b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios; c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño; e) Los planes de Previsión Social Complementaria; f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna; g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación; i) Los criterios generales de acción social; j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales; k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley; l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público; m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Un precepto, en suma, que parece haber sido redactado pensando en la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

del procedimiento de negociación (en especial, la fiscalización administrativa previa de los convenios colectivos para verificar el cumplimiento de los límites presupuestarios) (31). Y, más aún, hay una ausencia más significativa, a los efectos que aquí nos interesa. La de no recoger expresamente la facultad extraordinaria de modificación unilateral de lo pactado en un convenio colectivo de contenido plurianual que, para casos de grave perjuicio para el interés público se debería reconocer a los Gobiernos, en los mismos términos que para los funcionarios públicos establece el artículo 38.10 del EBEP.

Todo ello teniendo en cuenta, además, que sobre este último punto ya apuntaba la Comisión de Expertos que «tendría poco sentido que la facultad extraordinaria o excepcional de modificación gubernativa de los Pactos y Acuerdos de la negociación colectiva de los funcionarios en caso de grave perjuicio sobrevenido para el interés público, no se aplicara por igual a los convenios colectivos de los empleados públicos, ya que el fin público que se trata de proteger con esa medida excepcional afecta al gasto de personal en su conjunto» (32). Y que por estas razones, recomendaba la inclusión de esta facultad sobre los convenios colectivos del sector público en el articulado del EBEP aunque finalmente el legislador no la ha recogido expresamente ya sea bien por errores en la redacción del texto legal o bien por otras motivaciones que, a nuestro juicio, carecen de buena lógica y justificación alguna.

Precisamente todas estas imprecisiones y la ausencia de voluntad por parte del legislador para haber abordado de una forma completa y sistemática la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas, son las que han motivado en la argumentación jurídica de la Audiencia Nacional a considerar que el EBEP no es de aplicación prioritaria para el personal laboral en esta materia. Así, lo podemos comprobar cuando afirma que:

«Los preceptos del Capítulo IV del EBEP, denominado «Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional.— Derecho de reunión», que afectan al personal laboral, se concretan en la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública (...) La naturaleza jurídica de estos acuerdos comunes ha sido estudiada reiteradamente por la jurisprudencia social y contencioso administrativa, sosteniéndose que no se correspondía con un convenio colectivo propiamente dicho, puesto que no era

(31) No obstante, no hay que perder de vista la perspectiva que late en el EBEP. Así, como señala su Exposición de Motivos, «la negociación colectiva de los funcionarios públicos y del personal laboral, en los términos que contempla el presente Estatuto, habrá de contribuir finalmente a concretar las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la Administración, como ya sucede en la actualidad».

(32) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 198-199.

posible la negociación conjunta de las condiciones de trabajo del personal funcionario y del personal laboral».

Así, sigue diciendo, «en la jurisprudencia laboral, por todas, STS 22-01-2007, RJ 2007\2782 y STS 12-06-2007, RJ 2007\7590, apoyándose en la jurisprudencia contencioso-administrativa, se sostuvo lo siguiente: «Como recuerda la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de fecha 5 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9210) (Rec.de Casación 74/2005): «La Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo ha declarado que no caben acuerdos mixtos de personal funcionario y laboral, y que los acuerdos que puedan aprobarse con este carácter son nulos...» (en el mismo sentido, la STS de 10 de febrero de 2009) (33).

(33) Así, como afirma la Audiencia Nacional, el EBEP «no ha sido ajeno a los precedentes legales y jurisprudenciales citados y aunque en sus artículos 36, 3 y 37, 1 EBEP obliga a negociar específicamente en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas 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, debiendo alcanzarse un acuerdo, conforme a lo dispuesto en el art. 38, 3 EBEP, veremos que se trata de un producto de la negociación colectiva peculiar, puesto que si los Acuerdos ratificados tratan sobre materias sometidas a reserva de Ley que, en consecuencia, solo pueden ser determinadas definitivamente por las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, su contenido carecerá de eficacia directa, si bien, 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 del correspondiente proyecto de Ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado, aunque cabe también que el Acuerdo no se ratifique, o se produzca una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, en cuyo caso se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes, lo que marca claramente la distancia entre la negociación colectiva laboral y la negociación colectiva funcional, que es precisamente una de las peculiaridades del ejercicio de la libertad sindical de los funcionarios públicos prevista en el art. 28, 1 CE, que modula, de este modo, la libertad sindical de los mismos, pudiendo afirmarse que este tipo de acuerdo produce efectos jurídicos reales cuando lo pactado se refleja en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, lo que puede suceder o no, puesto que las Cortes no están vinculadas por el proyecto de ley remitido por el Gobierno».

Así pues, sigue diciendo, «este tipo de Acuerdos, condicionados por la distribución constitucional de competencias, establecida en el art. 33, 1 EBEP, según la cual los principios, a los que debe atenerse la negociación funcional, son los de legalidad y cobertura presupuestaria, de manera que, lo negociado en este tipo de acuerdos queda sometido al resultado del proyecto de ley correspondiente, lo que no depende de los negociadores sino del órgano legislativo, habiéndose introducido dos matizaciones por la doctrina científica:

a.- Los principios citados son predicables de la negociación de los funcionarios, así como de cualquier otro proceso de negociación colectiva, sujeto siempre a lo que se disponga en las normas de derecho necesario.

b.- Por consiguiente, corresponderá al órgano legislativo tomar decisiones que producirán efectos jurídicos, ya que la eficacia de los acuerdos no será la propia de los Acuerdos como tales, sino la que corresponda a las normas producidas por dicho órgano legislativo, por lo que estaremos

De esta forma, y siguiendo el tenor literal del EBEP, la Audiencia Nacional llega a afirmar también que: «Por consiguiente, aunque sea cierto que el personal funcionario y el personal laboral están obligados a negociar conjuntamente los incrementos retributivos globales que deben incluirse cada anualidad en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, mediante un Acuerdo conjunto de los previstos en el art. 38 EBEP, no es menos cierto que dicho Acuerdo produce efectos jurídicos diferenciados para uno y otro colectivo, puesto que el Acuerdo suscrito conjuntamente, al igual que cualquier otro que, de conformidad con lo establecido en el art. 37, contenga materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrá la consideración y efectos previstos en el propio artículo 38 EBEP para los funcionarios, mientras que producirá los efectos del art. 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral, que son exactamente los mismos de cualquier otro convenio colectivo, a tenor con lo dispuesto en el art. 83.3 ET, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38.8 EBEP».

Todo este estado de cosas, hace que, a juicio de la Audiencia Nacional, pueda concluirse que: «estamos ante dos regímenes de negociación colectiva totalmente diferentes, aunque tengan un rasgo común dominante, consistente en que funcionarios y laborales están sometidos a los incrementos de la masa salarial establecida anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, puesto que una vez concluidos los Acuerdos, que determinan los límites presupuestarios para cada año, para el personal laboral tendrán la consideración y efectos previstos por el art. 83 ET, que son los propios de los convenios colectivos, de manera que una vez aprobada la Ley de Presupuestos Generales del Estado, los convenios colectivos que concluyan conforme a la misma, una vez aprobados por la CECIR, obligan a la Administración y a su personal laboral durante todo el tiempo de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.3 ET, siendo inaplicable lo dispuesto en el art. 38.10 EBEP, así como la cláusula «*rebus sic stantibus*» por las razones ya expuestas, a diferencia del personal funcionario, que estará sometido, en su caso, por la aplicación del art. 38.10 EBEP, cuando concurran las causas habilitantes para ello» (34).

ante una norma estatal en sentido amplio que obligara como tal y que se sujetara a las normas interpretativas y aplicativas propias de las mismas.

Estamos, por tanto, ante lo que se ha denominado «legislación negociada», pero no una auténtica negociación colectiva en sentido estricto, como no podría ser de otro modo, puesto que los acuerdos controvertidos no pueden vincular jurídicamente al órgano legislativo, lo que ya se había producido con la LORAP, donde lo único exigible era una obligación de negociación previa, en la que nada obligaba, a alcanzar acuerdos».

(34) Así, como señala la Audiencia Nacional: «...cuando el art. 38, 10 EBEP garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo que excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno

En suma, nos encontramos con una argumentación jurídica que si bien es cierto que no está carente de sentido teniendo en cuenta como el EBEP ha regulado el tema de la negociación colectiva de los empleados públicos; pero que, al mismo tiempo, consideramos que carece también de buena lógica si atendemos al resultado final de toda esta fundamentación que no es otra, pues, que la de entender que la reducción de salarios en el sector público no se puede aplicar al personal laboral pero sí al personal funcionario de una misma organización y que responde también a un mismo gasto público.

Sin embargo, no vamos a profundizar ahora sobre estos aspectos de política retributiva en materia de personal al servicio de la Administración Pública. Sobre ello hablaremos más adelante cuando abordemos el fondo del conflicto que aquí se presenta. En efecto, queda aún pendiente seguir demostrando la finalidad última de nuestro trabajo, como venimos manteniendo: el EBEP sí es la norma de aplicación prioritaria para el personal laboral de las organizaciones públicas. Sigamos, pues, analizando los diferentes campos que constituyen nuestro sistema de empleo público.

C) Deberes de los empleados públicos

Siguiendo, pues, con el hilo argumental de nuestro trabajo podemos afirmar aquí también que son principios y normas de aplicación común, para el personal funcionario y laboral, los que integran el Código de Conducta de los empleados públicos, pues carece de justificación que se impongan deberes

de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, introduciendo, de este modo, un mecanismo aplicativo de la denominada cláusula «*rebus sic stantibus*» en esta peculiar negociación colectiva de los funcionarios públicos, se está refiriendo exclusivamente a los Acuerdos de funcionarios, puesto que el apartado octavo del mismo artículo deja perfectamente claro que la consideración y efectos previstos en el art. 38 EBEP corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, mientras que para el personal laboral despliega los mismos efectos del art. 83 ET».

Dicha distinción, añade, «no es casual y tiene que ver con la fuerza vinculante de los convenios colectivos negociados conforme al Título III ET, siendo esta la razón por la que la jurisprudencia laboral ha negado sistemáticamente la aplicabilidad de la cláusula «*rebus sic stantibus*» para los convenios colectivos por la jurisprudencia laboral...» (por todas, STS 14-10-2008).

Considerando, por tanto, que «la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009, sólo tiene relevancia, en su caso, para los funcionarios públicos, pero no para el personal laboral que suscribió convenios colectivos, regulados con arreglo al Título III ET, que fueron autorizados debidamente por la CECIR, puesto que los efectos, que podía producir dicho Acuerdo en materia retributiva para el personal laboral son los propios del art. 83 ET, que regula propiamente los denominados Acuerdos marco, que son propiamente «convenios para convenir» y se cumplieron plenamente al perfeccionarse la negociación colectiva después de la aprobación de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010».

éticos y de actuación diferentes en función del tipo de vínculo jurídico formal del personal.

Y es que, en efecto, si no parece lógico mantener que quienes sirven en la misma organización no pueden, por principio, tener obligaciones distintas y estar sujetos a distintas exigencias y responsabilidades por su incumplimiento; por todo ello, la Comisión de Expertos recomendó «una unificación del catálogo de deberes y obligaciones exigibles a todos los empleados públicos, cualquiera que fuese su régimen jurídico, admitiendo modulaciones en su intensidad de acuerdo con el tipo de prestación exigible».

A estos efectos, se consideró que «debía establecerse un listado único de los deberes básicos de todos los empleados públicos, aplicables tanto a los funcionarios públicos como a los contratados laborales, e inspirado en los mismos principios de ética y conducta, y optando, con ello, por un planteamiento más tradicional a la hora de establecer la estructura, que no el contenido, de los mismos» (35).

Sin embargo, la postura de la Comisión ha diferido de la finalmente plasmada en el EBEP. Desde el punto de vista de la Comisión, junto a establecer los principios éticos y de conducta que informasen la materia, era preciso un catálogo básico de deberes más concretos, actualizados y específicos referidos a la relación de servicio.

La perspectiva que late en el EBEP, aun no siendo sustancialmente diferente, es distinta pues parte, amén de sólo hablar de deberes en el título del artículo 52, de considerar que los deberes de los empleados públicos han de ser considerados su Código de Conducta que se configura por los principios éticos y de conducta, que se señalan en dos artículos sucesivos: dedicado uno, a los principios éticos, que más que configurar deberes específicos y completamente delimitados que también, establece líneas de buenas prácticas; mientras el segundo, dedicado a los principios de conducta, configura, ahora sí, un listado más tradicional de enumeración de los deberes básicos aunque no adopte tal denominación.

(35) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 200 y ss.

En este sentido, parte de una posición de principio y así alude a que, desde hace algunas décadas, el cambio de cultura administrativa, ahora centrada en la gestión de los servicios en beneficio del ciudadano, ha situado en lugar de mayor relieve la regulación de los deberes de los empleados públicos.

Y por ello tras constatar que, en el ámbito del empleo público, algunos países, de una tradición muy distinta a la nuestra y con una amplia intercambiabilidad entre el sector público y el privado, han codificado también los principios éticos como un catálogo de deberes deontológicos, estima la Comisión que, en países como el nuestro, los principios éticos se hacen presentes a través de la regulación legal de los deberes y obligaciones de los empleados públicos, cuya inobservancia tiene, por lo general, efectos disciplinarios.

Bien es cierto que, en ambos supuestos pero sobre todo en el primero, la utilización de cláusulas genéricas e indeterminadas, bien hasta cierto punto comprensibles con el objetivo que se persigue y que es propio de este tipo de Códigos, pueden ulteriormente plantear algunas dificultades adicionales, sin perjuicio del carácter informador que tienen para el régimen disciplinario y la tipificación de las conductas establecida en el mismo dado lo abierto de muchas de sus cláusulas (36).

De cualquier forma, lo que nos interesa aquí es que todos estos preceptos referidos a las obligaciones del personal al servicio de la Administración Pública tienen una aplicación plena y común para todos los empleados públicos con independencia del vínculo jurídico que les une a la organización.

D) Adquisición y pérdida de la relación de servicio

En primer lugar, por lo que se refiere al acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio (Capítulo I del Título IV del EBEP), cabe señalar que pese a la denominación de este título indicativa más bien, como señala SALA FRANCO, de que «la regulación en él contenida es de aplicación exclusiva a los funcionarios públicos, la mayor parte de los artículos del Capítulo I, referidos al «acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», resultan de aplicación también al personal laboral de las Administraciones Públicas» (37).

(36) De hecho en el iter parlamentario el artículo 52 del EBEP ha sido completado con un último inciso que establece que «Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos».

(37) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 123 y ss.

Esto sucede, como señala el autor, con: «a) El art. 55, sobre los «principios rectores» en la selección de personal: principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica, adecuación entre proceso selectivo y funciones a desempeñar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad; b) El art. 56, sobre los requisitos generales para poder participar en los procesos selectivos: nacionalidad española, capacidad funcional, edad mínima (16 años) y máxima (jubilación forzosa), no haber sido separado del servicio ni hallarse inhabilitado y titulación; c) El art. 59, sobre acceso al empleo público de las personas con discapacidad y cupos mínimos de las vacantes en las ofertas de empleo público; d) El art. 60, sobre los órganos de selección».

Ello no obstante, como matiza el autor, «existen algunos preceptos que establecen diferencias de régimen jurídico entre los funcionarios y el personal laboral. En este sentido, cabría reseñar: a) El art. 57.5, según el cual «los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, 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. En este precepto se establece la equiparación absoluta entre extranjero y nacional a efectos del acceso a puestos de personal laboral, mientras la equiparación no es absoluta respecto de los puestos funcionariales, por cuanto quedan excepcionados de la misma «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

En efecto, y como no podía ser de otra forma amén de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 y 103.3 CE), en este punto la Comisión de Expertos también consideró que «el EBEP debía contener una regulación general del acceso al empleo público, tanto por lo que se refiere al personal funcionario como al personal laboral, aunque con la suficiente flexibilidad que permita también potenciar las innovaciones ensayadas con éxito en otros ámbitos que resulten más adecuadas en cada caso» (38).

Desde este planteamiento, podemos afirmar que la regulación contenida en el EBEP, también en este punto, sólo ha recogido en parte las recomendaciones de la Comisión. Sí lo ha hecho por lo que respecta al ámbito de aplicación subjetiva de estos preceptos, abarcando por tanto al personal funcionario y personal laboral; aunque, desde nuestro punto de vista, en algunos puntos esenciales (y más controvertidos) como los órganos de selección hay ausencias significativas, apreciándose también un déficit por lo que a los sistemas selectivos se refiere teniendo en cuenta, especialmente, la urgente necesidad de modernización de los mismos (39).

Sin embargo, sin entrar en estos déficit del EBEP que exceden el objeto central de nuestro trabajo, sí que es también plausible el hecho de que la disposición adicional primera del EBEP amplía el ámbito de aplicación y se aplica al personal de las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2, esto es, a las entidades del sector público empresarial y fundacional, los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54 (deberes de los empleados públicos) 55 (principios rectores del acceso al empleo público aunque no las demás reglas de detalle) y 59 (reserva de vacantes para personas con discapacidad).

del Estado o de las Administraciones Públicas», siendo así que estos puestos necesariamente han de ser funcionariales, según el art. 9.2 del EBEP; b) El art. 61.7 se refiere específicamente al personal laboral para indicar que los sistemas selectivos del personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos, mientras que los sistemas selectivos del personal funcionario de carrera serán los de oposición y concurso-oposición y sólo excepcionalmente, en virtud de ley, el concurso de valoración de méritos».

(38) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 89-102.

(39) En este sentido, como señala FÉREZ FERNÁNDEZ («El acceso al empleo público y la selección», en la obra colectiva *El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas*, El boletín CEMICAL, 2008, pp. 19-20), el EBEP «aporta pocas novedades de fondo en cuanto al acceso al empleo público, aunque abre la puerta a que la normativa de desarrollo introduzca cambios importantes. En el aspecto formal, el EBEP eleva a la categoría de norma básica determinados temas que hasta ahora estaban regulados de manera poco sistemática y fragmentaria en normas mayoritariamente reglamentarias. Todo ello nos obliga a reflexionar sobre los cambios a introducir para corregir las deficiencias del actual modelo y proceder a su renovación, especialmente desde la perspectiva de la gestión, porque el verdadero agujero negro lo solemos tener a la hora de la puesta en práctica, sobre todo en el ámbito local».

La cuestión tiene gran importancia, como señala SÁNCHEZ MORÓN, «pues es de prever que la creación de este tipo de sociedades y fundaciones en mano pública siga en aumento. Más aún, una de las razones por las que se ha venido produciendo la huida del Derecho público y la preferencia por fórmulas características de la empresa privada es, justamente, la mayor flexibilidad del régimen de personal».

De esta forma, sigue diciendo el autor, «al menos su personal deberá seleccionarse conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, publicidad y transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, se aplicarán medidas de discriminación positiva a favor de las personas con discapacidad y los empleados deberán conocer que están sujetos a un Código de conducta, puesto que forman parte del sector público» (40).

En segundo lugar, y por lo que respecta a la pérdida de la relación de servicio, a simple vista parece claro también que el EBEP en este punto está haciendo referencia exclusiva a los funcionarios públicos. Y, por tanto, ante la ausencia de referencia alguna a la extinción del vínculo que une al personal laboral con la Administración Pública parece, pues, que el EBEP en esta materia se remite directamente a la legislación laboral (arts. 49 y siguientes del ET).

Sin embargo, como apunta SALA FRANCO, «antes y después del EBEP, habrá que tener en cuenta el juego asociativo de los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito (arts. 22.3 y 103 CE: sería indiferente contratar a un trabajador en cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad si, al instante, pudiera la Administración despedirlo sin causa justificada alguna) y de la «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» y, entre ellos, las Administraciones Públicas con sus empleados (art.9.3 CE)».

Lo que, a juicio del autor, «exige 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» (41). Por lo que,

(40) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito...», *op. cit.*, p. 79.

(41) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 125.

En este sentido, como señala el autor, «este silencio del EBEP no impedirá, desde luego, que la jurisprudencia de los tribunales, en aplicación de los principios constitucionales señalados, suprima el despido improcedente y lo sustituya en todo caso por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador despedido sin causa justificada».

Lo que no acaba de entenderse en este sentido, sigue diciendo, «y resulta por ello altamente criticable, es que esta disposición se reserve únicamente: 1) Para el personal laboral fijo, excluyendo aparentemente al personal laboral temporal, discriminando injustificadamente a este último por razón de la duración de su contrato; 2) Para el despido disciplinario, olvidando la existencia de «otras

en consecuencia, habrá que tener en cuenta la novedad introducida en este extremo por el EBEP en el art. 96.2 sobre la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido (42).

La razón de esta interpretación es sencilla. Como expresó la Comisión de Expertos, la Administración Pública «no es un empresario privado sino que tiene una estatus 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 causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el despido improcedente puede volatizar 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 causa legal para burlar esa garantía» (43).

E) Ordenación de la actividad profesional

Como sabemos, esta materia está regulada por el EBEP en el Título V de su articulado. Dedicando tres capítulos, el primero relativo a la planificación de recursos humanos (arts. 69 a 71); el segundo sobre la estructuración del empleo público (arts. 72 a 77; y, finalmente, un tercero dedicado a la provisión de puestos de trabajo y movilidad (arts. 78 a 84).

De esta forma, y siguiendo el esquema establecido por el EBEP, de la literalidad de los preceptos que regulan estas materias podemos extraer una primera conclusión relativa a que todo lo referente a la planificación de recursos humanos ya sea bien los objetivos e instrumentos de planificación, bien la oferta de empleo público, o bien todo lo relativo a los registros de personal y la gestión integrada de recursos humanos son de aplicación común, como

decisiones empresariales extintivas» declarables igualmente «improcedentes» (así, por ejemplo, una extinción por causas objetivas «ex artículo 52 del ET»).

Este silencio por parte del EBEP no debe, a juicio del autor, «impedir que la jurisprudencia de los tribunales, en aplicación de los principios constitucionales señalados, suprima el despido improcedente y lo sustituya en todos los casos por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador despedido sin causa justificada».

(42) Sin embargo, no parece que la jurisprudencia de nuestros tribunales vaya por esa línea. Así, como destaca BOLTAINA BOSCH (*El personal laboral...*, op. cit., p. 20), la muy significativa «STS 2-2-2009 plantea el conflicto entre el art. 96.2 del EBEP, que prevé la readmisión obligatoria del trabajador despedido disciplinariamente de forma improcedente, y una previsión distinta del CCPL (convenio colectivo del personal laboral) aplicable al caso (Ayuntamiento de Galdar, Canarias), concluyendo que la regla del EBEP «de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el art. 7 de esa ley a la legislación laboral en general». Es un criterio asumido también por la STSJ Galicia de 27-10-2009».

(43) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 137 y ss.

no podía ser de otra forma, para ambos colectivos de trabajadores del sector público.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la estructuración del empleo público, el EBEP establece una regulación común y una exclusiva para los funcionarios públicos. Son de aplicación común tanto las normas relativas al desempeño y agrupación de puestos de trabajo como las referidas a la ordenación de los puestos de trabajo. En cambio, en materia de clasificación profesional, como deja bien claro el art. 77 del EBEP, la legislación laboral será la normativa prioritaria para la clasificación del personal laboral y, por tanto, habrá que estar a lo establecido en el 22.1 del ET de conformidad con los convenios colectivos que sean de aplicación.

Por su parte, en materia de provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal laboral, el EBEP se sitúa como norma subsidiaria de lo que establezcan los convenios colectivos aplicables como así establece el art. 83 del EBEP con la excepción de la movilidad por razón de violencia de género en la que como consecuencia de la legislación que en los últimos años se ha venido aprobando sobre esta materia, sí se establece una aplicación común para todos los empleados públicos (44).

En este punto, puesto que el EBEP se remite únicamente a los convenios colectivos que sean de aplicación y no a la legislación laboral, se plantea la duda interpretativa, como plantea SALA FRANCO, «de si lo dispuesto en los arts. 39 y 40 del ET, sobre movilidad funcional y movilidad geográfica de los trabajadores, resulta no obstante de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas (debido, sobre todo, a su carácter mínimo imperativo cara a la negociación colectiva) o si, por el contrario, tal como se deduce de una interpretación literal del EBEP, en caso de ausencia de regulación convencional, será de aplicación tal cual los arts. 78 a 84 del EBEP y no el ET» (45).

En nuestra opinión, y si seguimos el criterio establecido por la propia jurisprudencia de la Audiencia Nacional cuando se han planteado dudas interpretativas sobre la aplicación preferente entre el EBEP y el ET, el conflicto tendría que resolverse atendiendo al principio de especialidad. Así, conforme a este principio, teniendo en cuenta que el EBEP es una ley especial que se aplica exclusivamente al personal laboral al servicio de la Administración Pública; tendría que tener una aplicación preferente a lo que establezca la

(44) De esta forma, la Orden APU 536/2005 que dispone la publicación del Acuerdo del 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 se inicia el desarrollo reglamentario de la L.O 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en el seno de las Administraciones Públicas que ahora tiene su definitiva plasmación en el EBEP.

(45) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 126.

ley general (ET) sobre este colectivo de trabajadores en esta materia (SAN 14/2008, de 6 de marzo).

F) Situaciones del personal laboral

Por lo que respecta a las situaciones del personal laboral, el EBEP establece que la regulación a seguir será la establecida en el ET y los convenios colectivos aplicables sobre esta materia. No obstante, deja la puerta abierta a que los convenios colectivos puedan determinar la aplicación del Título VI del EBEP (situaciones administrativas de los funcionarios públicos) en lo que resulte compatible con el ET (46).

Como podemos comprobar, el EBEP aunque no con la fuerza decisoria que esperábamos, ha establecido una pretensión unificadora en esta materia. Desde nuestro punto de vista, nada impedía pues, más bien al contrario, extender el régimen de situaciones administrativas establecidas para los funcionarios públicos al personal laboral.

De esta forma, como señala CASTILLO BLANCO, «tan sólo se ha previsto tal posibilidad a modo de directriz o norma directiva, a diferencia de otros sectores de regulación, lo que lleva a mantener en una materia que responde —como ocurre con los derechos y deberes de los funcionarios públicos— a la mayor o menor homogeneidad de las condiciones de trabajo unas diferencias que quedarán salvadas o no dependiendo de la negociación colectiva que acontezca en los distintos ámbitos y unidades de negociación».

En este punto, pues, como sigue diciendo el autor, «se pierde una oportunidad para equiparar las condiciones de trabajo, en términos de igualdad de derechos, entre los distintos colectivos de empleados públicos sin que se acierte a ver cuáles son las ventajas añadidas a dicha solución salvo la de salvaguardar un espacio a la negociación colectiva que, como decimos, había seguido una tendencia a la asimilación» (47).

(46) En este sentido, como señala SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 126), «si se tiene en cuenta que el ET no regula precisamente verdaderas y propias situaciones del personal laboral (paralelas a las situaciones administrativas de los funcionarios públicos) sino, más bien, “situaciones suspensivas” del contrato de trabajo por una serie de causas tasadas legalmente, difícilmente se van a producir “compatibilidades” entre una y otra legislación por su falta de “homologabilidad”».

(47) CASTILLO BLANCO, F.: «Las situaciones administrativas de los empleados públicos», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 509 y ss.

Radicalmente diferente en este punto eran las propuestas formuladas por la Comisión que, no carente de razones, razonaba a este respecto que no existían razones sustantivas para mantener formalmente separados los regímenes estatutario y laboral en esta materia, ya que las circunstancias, contingencias o avatares de la relación profesional que justifican la previsión de situaciones adminis-

G) Régimen disciplinario

Finalmente, en materia disciplinaria, el EBEP nuevamente unifica el régimen básico aplicable al personal funcionario y laboral, con escasas diferencias, en particular, la distinción entre separación del servicio para unos y el despido disciplinario para otros, lógicas por lo demás.

No obstante, conviene precisar qué alcance tiene la unificación del régimen disciplinario aplicable al personal funcionario y al personal laboral que ahora se produce. Esta unificación es prácticamente total en lo que se refiere a las normas sustantivas contenidas en el EBEP, con la diferencia que ya hemos apuntado de la separación del servicio de los funcionarios y al despido de los empleados laborales, que queda sustancialmente revisado (48).

Pero, como señala SÁNCHEZ MORÓN, «no podía extenderse a toda la legislación de desarrollo, por la sencilla razón de que la distribución de competencias legislativas entre Estado y Comunidades Autónomas no es la misma en materia de funcionarios públicos y en materia laboral. Al tratar este problema, la redacción del EBEP incurre en algunas confusiones, que deben ser objeto de interpretación conforme al orden constitucional de competencias» (49).

Así, conforme a este criterio, diversos preceptos del Título VII remiten su desarrollo, en lo que respecta al personal laboral, a lo que se determine en los convenios colectivos. De esta forma, el artículo 94.2.a) remite la determinación de las faltas y sanciones, en cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, a los convenios colectivos. Lo mismo el artículo 95.3 por lo que se refiere a las faltas graves, pero no, en el artículo 95.4, en lo que respecta a las faltas leves, que se determinarán por las «Leyes de Función Pública» que se dicten en su desarrollo aunque lógicamente habrá que interpretar esta

trativas pueden afectar por igual y en los mismos términos exactamente a unos y otros empleados. La relación laboral especial de empleo público debe integrar, por tanto, el régimen de situaciones administrativas previsto para los funcionarios públicos.

(48) Es de resaltar, como señala SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, p. 129), «lo dispuesto en el art. 96.2 del EBEP, cuando establece que «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave», ya que, si bien no llega a calificar nulo al despido improcedente del personal laboral de las Administraciones Públicas por contrariar el principio de igualdad de acceso a la función pública de los arts. 23.2 y 103 CE, establece los efectos propios del despido nulo, esto es, la readmisión del trabajador».

Lo que no acaba de entenderse, sigue diciendo el autor, «es que esta disposición se reserve únicamente para el «personal laboral fijo», excluyendo aparentemente al «personal laboral temporal», discriminando injustificadamente a este último por razón de la duración de su contrato».

(49) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Régimen disciplinario», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 537 y ss.

remisión a lo que establezcan los convenios colectivos para salvar este error en la redacción del EBEP (50).

Por lo que se refiere al procedimiento sancionador, nada en concreto se dice sobre las normas de desarrollo del EBEP, que, curiosamente también, alude en algunos párrafos del artículo 98 sólo a los funcionarios. Ello, no obstante, no impide que acudamos a la regla general del art. 93.4 según la cual el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto por el EBEP, por la legislación laboral.

En suma, podemos afirmar nuevamente que con el EBEP se ha logrado recoger unos principios generales, en este caso del régimen disciplinario, aplicables para todos los empleados públicos, salvando las distancias y las incongruencias que la legislación básica aplicable a unos y otros generaban en el régimen jurídico anterior (51).

Por todo ello aquí, como en otras tantas materias del empleo público que hemos venido analizando, lo que resulta realmente destacable del EBEP es precisamente la necesidad de unificar el régimen de responsabilidad disciplinaria, como ya había sucedido también con el régimen de responsabilidad civil y penal, y sobre todo en sistemas que, como el nuestro, mantienen la dualidad de regímenes, público y privado, en el empleo público.

Por tanto, nos encontramos en la nueva normativa básica del empleo público ante un mismo régimen jurídico aplicable tanto al personal funcionario como al personal laboral que, acorde al carácter básico del EBEP, deberán ser objeto de desarrollo por las leyes y reglamentos del Estado y de las Comu-

(50) Es obvio, como señala SÁNCHEZ MORÓN («Régimen disciplinario», *op. cit.*, pp. 537 y ss.) que «esto último es un lapso del legislador, ya que las leyes de función pública no pueden contener legislación laboral por su propio contenido y, si se trata de leyes autonómicas, tampoco por imperativo constitucional».

(51) En este sentido, como hemos señalado, es preciso señalar que hasta que sean aprobadas las leyes y reglamentos de desarrollo del EBEP, sigue vigente el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, así como legislación propia de las Comunidades Autónomas y demás convenios colectivos de personal laboral en todo lo que no resulten incompatibles con lo dispuesto en el presente Capítulo como así se desprende de la Disposición final cuarta del EBEP y la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Por otra parte, y en el ámbito jurisdiccional, hay que tener en cuenta asimismo que se mantiene la dualidad del orden contencioso-administrativo y social para conocer de las impugnaciones que en esta materia puedan ser planteadas por uno u otro tipo de personal. Una situación que, como ha sido señalado por la doctrina, puede llegar a plantear no pocos problemas de interpretación de los preceptos contenidos en el EBEP como precisamente ha sucedido en el presente Auto de la Audiencia Nacional que venimos analizando.

nidades Autónomas y los aplicables a la Administración Local, en lo que se refiera a los funcionarios públicos.

Por su parte, y dada la estructura del ordenamiento jurídico laboral y la distribución de competencias en esta materia, en lo no previsto en el propio EBEP, deberán ser objeto de desarrollo por la legislación laboral y mediante los respectivos convenios colectivos que sean adoptados en esta materia.

III. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA REDUCCIÓN DE SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

En efecto, llegados ya a este punto, es preciso que abordemos el problema de fondo que se plantea en el controvertido Auto de la Audiencia Nacional que estamos analizando, esto es, la reducción de salarios de los empleados públicos operada por el Gobierno a través del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que, a juicio de la Audiencia Nacional, no puede afectar al colectivo de trabajadores vinculados al sector público en virtud de un contrato de trabajo pero sí puede afectar al colectivo de funcionarios públicos.

Sin duda, como ya hemos apuntado, esta afirmación nos parece carente de toda lógica. Bien es cierto, no obstante, que para llegar a esta conclusión la Audiencia Nacional no se ha centrado, a nuestro entender, en el problema de fondo: Las retribuciones de los empleados públicos y su reducción (que no congelación) por parte del Gobierno; sino que, tal vez sea porque haya sido analizado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y «barriendo para casa», el objeto central de su argumentación jurídica ha sido analizar la diferente fuerza vinculante entre la negociación colectiva del personal funcionario y del personal laboral al servicio de la Administración Pública.

Por todo ello, partimos de la premisa de que el análisis del conflicto que tenemos en presencia debería haber partido de un planteamiento diferente. Así, pues, la cuestión principal de la controversia que ha sido planteada a la Audiencia Nacional debería haberse centrado en el análisis de los derechos retributivos de los empleados públicos y no, aunque también, en la negociación colectiva que ha resultado tras la aprobación del EBEP.

Desde este planteamiento, a nuestro juicio, se habría llegado a conclusiones más razonables que las que han sido formuladas por la Audiencia Nacional para resolver este conflicto y elevar la «patata caliente» o, mejor dicho, esta cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. Habrá que esperar, por tanto, a cómo aborda esta difícil cuestión el Alto Tribunal.

Mientras tanto, por nuestra parte nos resta, pues, analizar cómo aborda el EBEP el tema de los derechos retributivos y, más concretamente, si con la

Ley en la mano es posible considerar legítima la reducción operada por el Gobierno sobre los salarios de los empleados públicos en general, y no sólo de un colectivo en concreto.

1. Los derechos retributivos en el EBEP

Para empezar, y siguiendo nuevamente con el esquema que venimos desarrollando en el conjunto de los elementos de nuestro sistema de empleo público, podemos afirmar que por lo que se refiere a las retribuciones del personal laboral no se ha avanzado mucho en la nueva normativa básica de la función pública. De esta forma, dentro del Capítulo III del Título III del EBEP (derechos retributivos), el artículo 27 del EBEP establece una disposición perfectamente innecesaria, por superflua, al remitirse a la legislación laboral (esto es, arts. 26 a 31 ET), convenio colectivo de aplicación y contrato de trabajo (52).

Y es que, como señala CASTILLO BLANCO, «respecto de este aspecto no parece que deba desdeñarse que el sistema retributivo en un Estatuto que aspira a establecer los rasgos comunes del sistema de empleo público, salvando naturalmente las exigencias derivadas de la naturaleza de la relación jurídica laboral, tenga elementos de homogeneidad suficientes que permitan incrementar la equidad en la fijación retributiva y la aplicación de principios y reglas comunes en cuanto a su devengo y percepción».

Por ello es que, como afirma el autor, «algo más podría y debía haberse realizado aunque fuese con el carácter simplemente de norma directiva, respetando la autonomía negocial, pero la importancia del salario, en cierta medida un crisol donde vierte el modelo de empleo público, quizás habría aconsejado un mayor y más decidido impulso de reforma» (53).

No obstante, a pesar de la poca ambición que en este punto ha reflejado el legislador, es importante tener muy presente el inciso final del propio art. 27 del EBEP cuando señala que las retribuciones del personal laboral respetarán

(52) Por lo demás, como señala SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, p. 127), «los arts. 29 y 30 del EBEP, respectivamente referidos a la financiación de los planes de pensiones de empleo o contratos de seguros colectivos y a las deducciones en las retribuciones por la parte de jornada no realizada o por el ejercicio del derecho a huelga, resultan de aplicación al personal laboral de las Administraciones Pública».

(53) CASTILLO BLANCO, F.: «Los derechos retributivos de los empleados públicos», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 244.

En este sentido, como se expresó en el Informe de la Comisión, las retribuciones del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas han de determinarse a través de la negociación colectiva, respetando las reglas de la legislación laboral común y los límites presupuestarios que puedan establecerse, pudiendo, no obstante, adaptarse a través de la negociación a las propias de los funcionarios en sectores y ámbitos determinados.

«en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto». En este sentido, por tanto, dos son los parámetros a tener en cuenta a la hora de fijar las retribuciones no sólo del personal funcionario sino también del personal laboral:

- 1) Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos.
- 2) No podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal.

De esta forma, podemos comprobar cómo el art. 21 del EBEP establece los límites en cuanto al incremento retributivo que ahora se detallan con mayor precisión y corrección. Y es que, en efecto, nuestra jurisprudencia considera de manera consolidada y firme que la fijación de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones del sector público corresponde al Estado, ya que constituye una medida económica de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público (54).

(54) Los argumentos sobre la limitación de incrementos salariales se basan fundamentalmente en la competencia estatal para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, prevista por el artículo 149.1.13º de la Constitución, y en el límite de la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal (artículo 156.1 de la Constitución, en relación con el artículo 2.1.b) de la LOFCA). Además, esta competencia estatal, instrumentada anualmente a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, trasciende el ámbito de la Administración General del Estado, extendiendo su eficacia al conjunto de las Administraciones Públicas, que quedarán igualmente vinculadas por los límites de crecimiento retributivo que determine el Parlamento en dicha norma, que en lo que se refiere a este aspecto, tiene un indiscutido carácter básico (vid. por todas, STC 24/2002, de 31 de enero, fundamento jurídico 5º)

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha admitido la potestad estatal para establecer éstos básicamente justificados en razones de política económica y financiera y, junto a ellas, en los principios de igualdad y solidaridad, pero no es menos cierto que dichas decisiones del Tribunal Constitucional no han quedado exentas de crítica y así se ha argumentado que ni el principio de igualdad, ni el de solidaridad, ni siquiera la dirección de la actividad económica justificarían —ya que se pueden adoptar otras medidas— dicha limitación y si que parece inadecuada una política de rentas exclusivamente establecida para el sector público y que no encuentra suficiente justificación en la estabilidad en el empleo que disfrutaban los empleados públicos. Habremos de añadir que la autonomía en la aplicación del gasto se ve seriamente quebrantada con dicha doctrina y es, además, más que discutible que con la misma, sin adoptar otras medidas adicionales, se consigan dichos objetivos.

Así, pues, dichas competencias atribuidas a la Administración del Estado implican que éste no sólo puede incidir en la estructura básica del sistema retributivo, sino que, asimismo, por razones de política económica, puede establecer límites a los incrementos retributivos globales de los funcionarios públicos (STC 96/1990, de 24 de mayo) basadas, asimismo, en los principios de igualdad y solidaridad (STC 237/1992, de 15 de diciembre) y ello aunque diversas Comunidades Autónomas hayan previsto específicamente en sus leyes de función pública previsiones específicas de actualización anual de las retribuciones e inclusive por períodos inferiores a fin de evitar el deterioro de la capacidad adquisitiva (55).

No obstante, como señala SÁNCHEZ MORÓN, conviene precisar que «lo que hacen las Leyes de Presupuestos es tan sólo aplicar un determinado porcentaje de aumento a los diferentes conceptos previstos legalmente. No corresponde a aquéllas fijar las retribuciones de manera individualizada ni tampoco mediante la simple previsión de un porcentaje de aumento del salario de todos los empleados públicos» (56).

En todo caso, debe tenerse en cuenta como señalan también MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ BERNAT, «que la intervención estatal en materia retributiva

(55) Ciertamente la jurisprudencia, tanto constitucional como del Tribunal Supremo, no ha dejado mucho margen para desconocer esta competencia estatal si salvamos la posibilidad de superación de incrementos por encima de los límites establecidos en las circunstancias establecidas en las normas presupuestarias. Específicamente para los Entes Locales, se declara que la autonomía municipal consagrada por los artículos 137 y 140 de la Constitución que se invoca, por circunscritas a las materias que sean de la exclusiva competencia de los Entes Locales, no es aplicable a las que, excluyentemente, competen al Estado, como son las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del estatutario de sus funcionarios, acotadas de modo expreso por el artículo 149.1.18 de la Constitución, como recuerda, entre otras la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982 (RTC 57), habiéndose declarado también por el Tribunal Supremo —en las de 29 de octubre de 1985 (RJ 4602) y 20 de marzo de 1986 (RJ 2313), por ejemplo— que de ese carácter básico participa, en concreto, el sistema retributivo de aquéllos y el de los funcionarios de la Administración Local, que tiene la misma estructura que el de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, cuya identificación confirma el artículo 93 de la Ley de Bases del Régimen Local y la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de septiembre de 1986 (RTC 111), siendo, por consiguiente, contraria a esa total asimilación el establecimiento por los Entes no estatales de conceptos retribuíbles, criterios de remuneración, percepciones complementarias, incrementos no autorizados, etc. Límites que se mantendrán con el EBEP que establece una reserva legal en cuanto a la estructura y, a nuestro juicio con poco tino, respecto de la cuantía de las retribuciones complementarias según dispone el artículo 24 del EBEP.

(56) SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 214.

En suma, se trata de una medida económica de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión de uno de los componentes esenciales del gasto público (SSTC 63/1986, 96/1990, 237/1992, 385/1993, 176/1996, 103/1997, 62/2001 y 24/2002). Junto a estas razones de política económica y financiera, la jurisprudencia constitucional ha admitido la potestad estatal para establecer topes máximos en base a los principios constitucionales de igualdad y solidaridad (SSTC 63/1986 y 237/1992).

debe configurarse de tal modo que deje al resto de las Administraciones Públicas el suficiente margen de libertad de decisión dentro de su propio ámbito de competencias. La actuación estatal no puede, por tanto, impedir que se pueda desarrollar las competencias que ostentan aquéllas (STC 171/1996). Y así, en esta línea, no resulta justificado que el Estado predetermine los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada empleado, de tal modo que el límite debe referirse al volumen total de las retribuciones correspondientes a cada grupo y no a la retribución de cada una de las personas afectadas (SSTC 63/1986, 96/1990 y 237/1992). Como tampoco afecta necesariamente a la cuantía de las retribuciones complementarias (STS de 24 de septiembre de 1994)» (57).

Como afirma BARREIRO GONZÁLEZ, «el límite al control de los incrementos retributivos por vía presupuestaria en el sentido de que aquél no puede ir más allá hasta el punto de pretender controlar, asimismo, el incremento retributivo de cada uno de los trabajadores afectados, es lo que garantiza, como ha indicado la doctrina, un reducto negocial constitucionalmente protegido contra la injerencia presupuestaria, porque, de lo contrario, y a diferencia del estable-

(57) MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Derechos retributivos», *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2007*, Comares, Granada, 2008, pp. 290-291.

Lo anterior obliga a preguntarse a estos autores, acerca de la posibilidad de que se puedan acordar incrementos retributivos que superen los límites máximos establecidos en función de la autonomía de gasto predicable de cada Administración.

Al respecto, como señala CASTILLO BLANCO («Los derechos retributivos...», *op. cit.*, pp. 239 y ss.), «la jurisprudencia tanto constitucional como del Tribunal Supremo no ha dejado mucho margen para ello, salvo algún pronunciamiento aislado en el que se admite dicha opción atendiendo a las circunstancias recogidas en las normas presupuestarias».

No obstante, en la práctica, como refleja en el Informe de la Comisión (MAP: *Informe de la Comisión...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.) «algunas Comunidades Autónomas y Entes Locales (y, en algunos sectores, la propia Administración General del Estado) suelen iniciar la negociación colectiva tomando los incrementos establecidos en las Leyes Generales de Presupuestos del Estado no como un porcentaje a respetar estrictamente, sino como un punto de partida. De ello deriva una dinámica incrementalista del gasto público, sin especiales contrapartidas desde el punto de vista de la organización y mejora de los servicios. Además, los incrementos adicionales derivados de la negociación colectiva en el ámbito autonómico y local (o en otras Administraciones dotadas de autonomía de gasto) suelen pesar más en las organizaciones menos estructuradas y donde existe una mayor proximidad entre el nivel de decisión política y los empleados, por lo que tienen normalmente menor capacidad para contener las presiones retributivas». Esta dinámica, sigue diciendo, «genera con el tiempo diferencias retributivas entre colectivos de un mismo sector pero pertenecientes a distintas Administraciones, lo que, a su vez, provoca, en no pocas ocasiones, la apertura de procesos de negociación salarial con el propósito de lograr la equiparación a la Administración Pública que ha alcanzado niveles retributivos más altos. Se produce así deslizamientos salariales que, cuando afectan a colectivos de empleados numerosos, representan elevados costes para los presupuestos de las Administraciones. Este fenómeno se ha observado de forma notoria en sectores como la educación, la sanidad o los servicios de empleo».

cimiento de topes máximos globales no se estaría ahora meramente recortando o condicionando la autonomía negocial, sino muy al contrario, sustrayendo lisa y llanamente la posibilidad de negociaciones en ese ámbito» (58).

No obstante, no hay que perder de vista que «la Ley de Presupuestos es una verdadera ley, a la que están sujetos los pactos y acuerdos en virtud del principio de jerarquía normativa, que impone la primacía de la norma de origen legal respecto de la norma de origen convencional en materia de derecho necesario» (STS de 21 de marzo de 2002) (59).

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que existe «una clara justificación al limitar la autonomía negociadora, por el papel que juegan los presupuestos como instrumento básico de protección del interés general del Estado y como principio directo de la política general que justifica las posibles limitaciones a la autonomía negocial colectiva en el empleo público, de tal forma que viene condicionada por los principios de legalidad, de competencia, jerarquía normativa, de reserva de ley y de reserva presupuestaria».

Pero es que, además, como afirma CASTILLO BLANCO, «aun cuando estos pronunciamientos judiciales se circunscriben al ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, no cabe duda que el principio de legalidad presupuestaria afecta también a la negociación colectiva del personal laboral del sector público, tanto estatal, como al autonómico y al local, que queda igualmente limitada por lo dispuesto en las Leyes de Presupuestos, tanto en lo que se refiere al límite de crecimiento de las retribuciones, como a la primacía de esta norma sobre lo dispuesto en los convenios colectivos» (60).

(58) BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral del sector público», *REDT*, n° 27, 1986, p. 454.

(59) En este mismo, sobre la primacía de la norma legal sobre la convencional, se pronuncia la Audiencia Nacional en el Auto que estamos analizando cuando dice que: «Estas son las razones por las que no creemos constitucionalmente posible que se pueda suspender, modificar o suprimir un convenio colectivo durante su vigencia mediante un Decreto-Ley, aunque concurra la nota positiva, exigida por el art. 86, 1 CE, puesto que la suspensión, modificación o supresión del convenio colectivo negociado conforme al Título III ET afecta, como creemos haber demostrado, al contenido esencial de dichos derechos, lo cual está vedado por la Constitución, si bien queremos precisar, a estos efectos, que dicha limitación podría haberse salvado constitucionalmente, si se hubiera activado el procedimiento previsto en el art. 86, 3 CE, según el cual «durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia», que es exactamente lo que se hizo con el RDL 1/2010, de 5 de febrero, que dio pie después a la Ley 9/2010, de 13 de abril, o el RDL 10/2010, de 16 de junio, que dio lugar posteriormente a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, por la que se aprobaron las medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no correspondiendo a esta Sala ponderar las razones de oportunidad, así como las estrategias parlamentarias que dieron lugar a dicha decisión parlamentaria».

(60) CASTILLO BLANCO, F.: «Sistema salarial, gasto público y apuntes para su reforma en el empleo público español», *Presupuesto y Gasto Público*, n° 41, 2005, p.108.

En este contexto, y por lo que se refiere a las retribuciones del personal laboral, dos podrían ser las consideraciones que podríamos extraer siguiendo a este autor. La primera, «que la experiencia de estos últimos años muestra una cierta tendencia a establecer conceptos y cuantías retributivas uniformes entre el personal sujeto al estatuto funcionarial y el personal que desarrolla sus funciones sometido al Derecho laboral dentro del sector público, explicable, en cualquier caso, tanto por la necesaria uniformidad en las condiciones del empleo público del personal que presta sus servicios en la misma Administración e, inclusive, en la misma unidad administrativa, como por la existencia de algunas, aunque mínimas, reglas comunes a ambos colectivos como resultan ser los límites al incremento retributivo derivados de la política económica del Gobierno de la nación».

La segunda, como ya hemos apuntado, que «respecto de este aspecto no parece que debiera desdeñarse que el sistema retributivo, en cualquier norma que aspire a establecer unos rasgos comunes del sistema de empleo público, salvando naturalmente las exigencias derivadas de la naturaleza de la relación jurídica laboral, tenga elementos de homogeneidad suficientes que permitan incrementar la equidad en la fijación retributiva, la transparencia en la percepción salarial de todos los empleados públicos y la aplicación de principios y reglas comunes en cuanto a su devengo y percepción, siendo que, en todo caso, el Estatuto de los Trabajadores no establece sino como única regla de derecho necesario la necesaria existencia de un salario base» (61).

(61) JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F.: *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, p. 74.

Así, y sin perjuicio del derecho de negociación colectiva, sería preciso buscar mecanismos que hicieran posible su aplicación al personal laboral al servicio del sector público.

En este sentido, como señala el autor («Los derechos retributivos...», *op. cit.*, pp. 239 y ss.), «la metodología seguida, hasta hace muy poco, para fijar la propuesta de incremento retributivo no parecía la más adecuada. En este sentido, el volumen de recursos humanos disponibles en las Administraciones autonómicas y locales requiere que el Estado ejerza sus competencias constitucionalmente atribuidas en materia retributiva contando con mecanismos que den una mayor participación y capacidad de decisión a las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales. Esta participación, como estableció el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante Comisión), se podría canalizar a través de la Conferencia Sectorial u órgano similar que se constituyera como foro de discusión de aquellos temas que pudieran afectar al conjunto de las Administraciones Públicas, de manera que las decisiones que se adoptaran tuvieran en consideración sus características y necesidades propias.

De esta forma, el análisis de estas cuestiones sería previo a su discusión en la Mesa General de las Administraciones Públicas, en la que la posición de los empleadores públicos debiera ser común y perfectamente consensuada, lo que facilitaría la negociación con las organizaciones sindicales, y, sobre todo, permitiría a los distintos agentes corresponsabilizarse de la aplicación de las decisiones en materia retributiva».

2. La legitimidad de la medida adoptada por el Gobierno

Desde este planteamiento que venimos exponiendo, y entrando ya en el segundo de los interrogantes planteados, esto es, si podemos considerar conforme al ordenamiento jurídico la reducción de salarios operada por el Gobierno ya sea bien sobre los funcionarios públicos o ya sea sobre el personal laboral del sector público; son varias también las consideraciones que podemos expresar al respecto.

En primer lugar, es preciso recordar en qué ha consistido esta medida adoptada por el Gobierno para afrontar la situación de déficit público que nuestro país estaba atravesando entonces, y sigue atravesando aun en la actualidad. La medida, en concreto, consiste en una reducción de la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales operada tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario de todos los empleados públicos de las Administraciones Públicas (62).

De esta forma, esta reducción de la masa salarial del sector público ha provocado, de entrada, la modificación de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 en la que se establecía un incremento salarial del 0,3 por ciento en las retribuciones de los empleados públicos.

Sin embargo, la medida va más allá. Si hacemos un poco de memoria, podremos comprobar que esta reducción ha afectado también a la Ley 42/2006,

(62) No obstante, hay que recordar también que la Disposición Adicional Novena del RDL 8/2010, de 20 de mayo, denominada «Normas especiales en relación con determinadas entidades del sector público a efectos de la aplicación de la reducción salarial prevista en el Real Decreto Ley con efectos de 1 de junio de 2010» establece que: «Lo dispuesto en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el presente Real Decreto-Ley en lo relativo a la reducción salarial, no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles a que se refiere el apartado Uno.g) del art. 22 de la citada Ley ni al personal laboral no directivo de las Entidades Públicas Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación».

Al respecto, la Audiencia Nacional en el Auto que estamos analizando llega a concluir lo siguiente: «Así pues, constatado que la DA 9ª del RDL 8/2010, de 20 de mayo, denominada «normas determinadas entidades del aplicación de la reducción Decreto-Ley con efectos de uno de junio de 2010», que no será de aplicación a las Entidades Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes acuerden su aplicación, habiéndose probado que la FNMT es también una Entidad pública empresarial, al igual que las favorecidas por la exclusión, debemos concluir, que dicho trato diferenciado, al carecer de la mas mínima justificación, ha podido vulnerar el derecho de igualdad, contenido en el art. 14 CE, por lo que mantenemos las dudas de constitucionalidad de dicho precepto y nos vemos obligados, por consiguiente, a plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 CE, en relación con el art. 5.2 LOPJ y el art. 35.1 LOTC, para que decida también si la D.A.9ª del RDL 8/2010 vulnera el derecho de igualdad denunciado por los sindicatos demandantes».

de Presupuestos Generales del Estado para el 2007; la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para 2008; y, la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en las que se venían estableciendo unos incrementos salariales anuales del 2 por ciento sobre la masa salarial de los empleados públicos que suponían, en suma, una actualización de los salarios del 6,3 por ciento sobre la masa salarial del 2006.

Por tanto, al efectuar una reducción del 5 por ciento, estos incrementos salariales que se habían consolidado a través de los créditos establecidos en las distintas leyes presupuestarias de los años 2007 a 2010, se retrotraen nuevamente a cuantías salariales del año 2007.

En consecuencia, estamos en presencia de un Real Decreto-ley que por el contenido de sus disposiciones despliega efectos con carácter retroactivo sobre los derechos económicos de los empleados públicos ya devengados con anterioridad. Y, con ello, se vuelve a sacar a la luz la discutida teoría de los derechos adquiridos de los empleados públicos.

Sobre todas estas cuestiones ya tuvimos la ocasión de pronunciarnos en un trabajo anterior y al cual nos remitimos ampliamente (63). No obstante, en aquella ocasión la Audiencia Nacional no había emitido el fallo que en el presente trabajo estamos analizando. Por todo ello, consideramos oportuno extrapolar aquí, aunque sea brevemente, la conclusión a la que llegamos entonces y que sigue teniendo el mismo valor para este trabajo.

Y es que, en efecto, si bien es cierto que la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido bastante cautelosa e incluso restrictiva a la hora de determinar la existencia de los derechos adquiridos (64); no es menos cierto también que en el ámbito del empleo público aunque muy limitados, la jurisprudencia

(63) Véase al respecto QUESADA LUMBRERAS, J.: «Retroactividad de las normas versus derechos adquiridos: A propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, que está pendiente de publicarse en el número 79 de esta revista.

(64) Como señala BARRERO RODRÍGUEZ («El respeto a los derechos adquiridos», *Documentación Administrativa*, n.º 263-264, 2002, p. 154), «aunque el Tribunal Constitucional niegue, pues, que la categoría de los derechos adquiridos haya sido constitucionalizada, su jurisprudencia reconoce así la existencia de situaciones jurídicas claramente incardinables en dicho concepto. Esta afirmación que, en apariencia, pudiera parecer un tanto contradictoria, no lo es, sin embargo, si se tiene en cuenta que la oposición del Tribunal a la existencia constitucional de derechos adquiridos constituye una tesis formulada en el ámbito exclusivo de la interpretación del principio de «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales» reconocido en el artículo 9.3; esto es, lo que el Tribunal Constitucional ha establecido es que no pueden esgrimirse derechos adquiridos como argumento en defensa de la irretroactividad de las normas, más allá de las materias definidas en este precepto; entre ellas, los «derechos individuales», categoría que, como se dijo, ha encontrado concreción en los derechos fundamentales y libertades públicas, no pudiendo en modo alguno equiparse a la de los *iura quaesita*».

los viene a delimitar básicamente a los derechos de orden económico o al contenido de la función que desarrolla el empleado público.

De esta forma, como ha venido reiterando el Tribunal Supremo: «Los funcionarios públicos, sujetos a un *status* legal y reglamentario sometido al poder imperativo de la administración, no pueden esgrimir con éxito más derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos, que la propia doctrina jurisprudencial ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero no caben expectativas que entran de lleno en la *potestad variandi* de la Administración...» (SSTS de 3 de abril y 6 de octubre de 1995; de 17 y 21 de marzo de 1997; de 11 de abril de 1997; y, de 27 de octubre de 1999) (65).

Y ha acompañado dicho razonamiento con la consideración que sobre los derechos adquiridos ha mantenido la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Supremo derivada, también, del espíritu que anima la regulación estatutaria de la función pública y que se expresa en la posibilidad de establecer Complementos Personales Transitorios en materia retributiva.

En este sentido, la STS de 29 de mayo de 1995 declaraba que: «Por otra parte, en la sentencia de 12 de julio de 1991 decíamos que dentro del amplio campo que la noción estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios ofrece a los poderes públicos para introducir innovaciones en dicho régimen, sin que frente a las mismas resulte eficaz invocar la intangibilidad característica de los derechos adquiridos, la Jurisprudencia, acompañada en su doctrina por una usual práctica normativa, ha delimitado aquel campo al sostener que aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sin embargo, sí merece aquella calificación el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenderse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los Complementos Personales Transitorios, absorbibles por futuros aumentos (Sentencias de 17 de febrero y de 11 de junio de 1988)».

Así lo indica también la STS de 2 de diciembre de 1994 alegando que el carácter absorbible del Complemento Transitorio no es sino una consecuencia

(65) Línea jurisprudencial que han seguido en un perfecto *continuum*, el resto de tribunales ordinarios. Así, entre otras, podemos citar la Sentencia de 20 de enero de 1990 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que profundiza en la delimitación que, en el marco de la relación funcional, constituirían auténticos derechos adquiridos. Conforme a esta Sentencia, «...una relación de derechos adquiridos, sin pretender que sea exhaustiva, estaría constituida por los siguientes: la cuantía íntegra de las retribuciones o sueldo consolidado que legalmente corresponde percibir; la condición de funcionario con la clasificación o categoría administrativa que le corresponda; el tiempo de servicio reconocido como abonable; la inamovilidad; no se comprende sin embargo el mantenimiento de la edad de jubilación establecida en el momento de su acceso al cargo (SSTS de 21 de octubre de 1985 y 29 de noviembre y 19 de diciembre de 1986)».

de la congruencia en la organización del régimen estatutario del que depende y una consecuencia del principio de igualdad ante la Ley. Y como aclara la STS de 26 de octubre de 1994, «los derechos adquiridos de carácter económico no suponen otra cosa que la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate, sin que pueda aducirse frente a la *potestad variandi* de la Administración —con el límite señalado— el mantenimiento indefinido, e incluso su actualización —como pretenden los actores— de determinadas situaciones, pues lo contrario supondría petrificar la relación funcional de un momento dado, impidiendo su desenvolvimiento a lo largo del tiempo, e ignorar la mutabilidad de las circunstancias que condicionan la actuación de la Administración».

Así, pues, siguiendo esta línea consolidada, la Disposición Transitoria Primera del EBEP contempla una garantía de los derechos retributivos que alcanza, según expone, «a los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor» (66). El precepto, sin embargo, no deja claramente establecido el alcance de dicha garantía como tampoco alude a la posibilidad de establecer Complementos Personales Transitorios y mucho menos a su carácter absorbible o no.

A nuestro juicio, en principio, sí parecen que debieran incluirse dentro del concepto de retribuciones consolidadas, las retribuciones que se derivan de la situación jurídica subjetiva del funcionario derivada de su categoría personal, esto es, las retribuciones básicas que 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. Y, dentro de ellas, como señala el art. 22.2 EBEP, están comprendidas los componentes de sueldo y trienios de las pagas extraordinarias (67).

(66) Se prevé, además, su aplicación no sólo al personal en servicio activo, sino, asimismo, a quien esté en otra situación administrativa distinta de ésta en el momento de su reingreso a esta situación.

(67) De esta forma, en base al Sueldo, el artículo 23 a) EBEP incardina todos los funcionarios en tres grupos y cinco subgrupos según la titulación exigida para el ingreso (aunque conforme a la Disposición Adicional Séptima del EBEP, se podrán crear otras agrupaciones profesionales distintas para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo), y que determinan la percepción de una concreta cuantía fijadas en la Ley de Presupuestos del Estado. Así, la ocupación de puestos de trabajo no tendrá incidencia alguna en la adscripción a los distintos grupos, a salvo de los mecanismos de carrera establecidos en el propio EBEP, ni altera, por tanto, la categoría subjetiva del funcionario como hasta ahora venía sucediendo.

Por su parte, los Trienios se perciben por el transcurso de tres años de servicio en el Subgrupo o Grupo de clasificación correspondiente. Y, con idéntico criterio, su cuantía será la correspondiente a la del Subgrupo o Grupo en que se encuentra incardinado el funcionario. En este sentido, la

Mayor problemática presentan, en cambio, los complementos retributivos derivados de la clasificación de los puestos o de otros instrumentos organizativos cuando los mismos no se han consolidado y que se centrarían en el Complemento de Destino y el Específico (68).

Desde nuestro punto de vista, y por lo que respecta al Complemento de Destino, sólo sería susceptible de ser incardinado en el adjetivo de «consolidado» en la medida que, en la doble vertiente que éste presenta (nivel del puesto de trabajo ocupado y expresión retributiva de la carrera administrativa), se manifieste en su calidad de progreso en la carrera administrativa.

Sin embargo, las retribuciones derivadas de la ocupación de puestos de trabajo que no se consolidan en el funcionario no serían susceptibles de ser consideradas derechos consolidados, dado que el sistema de retribuir aquéllos siempre ha de estar en conexión con la forma de organización, la evolución de ésta, los nuevos cometidos asignados a cada organización administrativa y

regulación legal viene caracterizada por las siguientes dos notas: de un lado, el trienio se retribuye en función de la categoría profesional del funcionario; de otro, ya no se sigue vinculando el trienio a la continuidad en el Grupo o Subgrupo, sino por el contrario a la continuidad del servicio a la Administración en general siguiendo la tendencia establecida en este punto por la Ley 70/1978, de 26 de diciembre operó que ya con un cierto carácter unitario.

Por tanto, su reconocimiento y fecha de devengo como señala CASTILLO BLANCO («Los derechos retributivos...», *op. cit.*, pp. 245 y ss.), nos permite extraer las siguientes conclusiones: 1) Cuando un funcionario preste servicios sucesivamente en diferentes Grupos o Subgrupos tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en los anteriores con el valor correspondiente a aquél en que se perfeccionaron; 2) Cuando se cambie de adscripción de Grupo o Subgrupo antes de completar un trienio, la fracción de tiempo transcurrida se considerará como tiempo de servicios prestados en el nuevo Grupo; 3) Los efectos económicos se producen desde la fecha de su percepción, siempre que no haya operado prescripción alguna, y no desde su solicitud y reconocimiento (sentencia de 16 de octubre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de 31 de octubre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares) y la fecha de vencimiento de los mismos es el último día del tercer año natural, esto es, el día anterior al correspondiente a la toma de posesión.

En cuanto a las Pagas Extraordinarias, con buena lógica ahora y a diferencia de la legislación anterior, las pagas extraordinarias ya no forman parte de éstas, sino que se estructuran de forma independiente lo que desde luego clarifica el sentido y objeto de éstas (artículo 23 EBEP). Así, conforme al art. 22.4 EBEP, las pagas extraordinarias serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquéllas vinculadas al desempeño y de los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal al ser estos concepto variables en el tiempo.

(68) Conforme al art. 24 del EBEP, la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa; b) 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; c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos; d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

resulta fuera de toda duda que estos elementos pueden o no estar presentes en cada momento. Desde este punto de vista, si bien con menor persistencia en el tiempo, serían asimilables a la productividad, las gratificaciones por servicios extraordinarios o las indemnizaciones por razón del servicio.

El mismo tratamiento, asimismo, debería tener el Complemento Específico, en el cual no siempre necesariamente han de estar contemplados todos sus elementos (dedicación, incompatibilidad, responsabilidad...) o podrían añadirse otros nuevos derivados de nuevas fórmulas de prestación de trabajo o de organización. Y es que, en efecto, por poner un último ejemplo, un puesto de trabajo o una categoría administrativa pueden dejar de ser penosas o peligrosas y nada impide ni debería impedir que se dejase percibir las remuneraciones por tales conceptos y, en su consecuencia, *mutatis mutandis*, nada avala tampoco su consolidación en aquellos casos en que se produzca una mutación cualitativa de los conceptos retributivos a percibir por los funcionarios públicos (69).

Consideramos, en suma, que sólo deberían adquirir el calificativo de «consolidadas» y que, por tanto, entran dentro de la esfera de protección de los derechos adquiridos de orden económico reconocidos por la doctrina jurisprudencial, las retribuciones básicas que se derivan de la situación jurídica subjetiva del empleado derivada de su categoría personal y las complementarias que se manifiestan en la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera administrativa. El resto de retribuciones complementarias, y en la medida que no se hayan consolidado en los términos que hemos expuesto, no pueden ser insertados, pues, bajo la «etiqueta» de los *iura quaesita*.

Estos conceptos retributivos son, pues, los que el controvertido Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, debería haber respetado por su carácter de derechos consolidados y no operando, en consecuencia, la reducción de las retribuciones de los empleados públicos «tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario», según expresa el propio texto normativo. De lo que se deriva, desde nuestro punto de vista, que la forma en que se ha instrumentalizado la reducción de las retribuciones no es conforme a Derecho; al menos en los conceptos retributivos que, como venimos expo-

(69) Ahora bien, como señala SOLANA PÉREZ (*Aplicación y control judicial del complemento específico en las retribución de los funcionarios públicos*, Ed. CEMCI, Granada, 2000) «sobre la base de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque el complemento específico no genera un derecho adquirido, su modificación posterior exige una nueva valoración a fin de acreditar la alteración en las funciones atribuidas. En este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha o la de 22 de enero de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que considera, ésta última, que prescindir de dicha valoración determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado y, en el supuesto de autos, la condena en costas».

niendo, han sido consolidados tanto por los funcionarios públicos como por el personal laboral al servicio de la Administración Pública (70).

IV. CONCLUSIONES FINALES

A la vista de todo lo expuesto en el presente trabajo, una primera conclusión es la que podemos poner de manifiesto. Desde nuestro punto de vista, aunque el EBEP no lo haya recogido expresamente, el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública constituye materialmente una relación laboral especial de empleo público (71).

De hecho, así lo apuntaba ya la Comisión de Expertos a modo de necesidad legislativa cuando señala que: «Por lo que se refiere al personal laboral al

(70) Por lo demás, como ya dejamos apuntado en el anterior trabajo mencionado (QUESADA LUMBRERAS, J.: «Retroactividad de las normas...», *op. cit.*), resta esclarecer si se pondrán en marcha los cauces indemnizatorios establecidos en la propia Constitución. Al respecto, aunque tras valorar la doctrina constitucional según la cual las modificaciones legislativas no otorgan, con carácter general, un derecho de indemnización dada la línea restrictiva mantenida por el Alto Tribunal acerca de lo que pueda ser un derecho de contenido patrimonial (SSTC 108/1986, 99/1987, 70/1988, 42/1990 y 65 a 68/1990); no obstante, hay que tener presente que en las concretas circunstancias del caso que nos ocupa y en los términos que hemos expuesto sobre las retribuciones de los empleados públicos, nos encontramos ante una afectación de derechos que, a juicio también de nuestra jurisprudencia, constituyen auténticos derechos adquiridos y no simple o meras expectativas. En esta ocasión sí nos encontramos ante situaciones jurídicas consumadas, agotadas al amparo del Derecho que se deroga y que, por tanto, han de ser protegidas imperativo no sólo del principio de seguridad jurídica, sino, también, de otros que con ella se relacionan (irretroactividad de determinadas normas, interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad de los Poderes públicos).

De la suma de todos ellos, como expresa BARRERO RODRÍGUEZ («El respeto a los derechos...», *op. cit.*, p. 156), «resulta una regla general de respeto a los derechos incorporados al patrimonio de sus titulares en aplicación del ordenamiento que se sustituye, derechos por cuya privación habrán de ser indemnizados si la satisfacción del interés público obliga excepcionalmente a ella».

(71) Como establece el art. 2 i) del ET, se considerarán relaciones laborales de carácter especial: «...i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley».

En este sentido, la única referencia expresa contenida en el EBEP sobre esta relación laboral especial se contiene en el art. 13.4 cuando regula la figura del personal directivo: «Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección».

En todo caso, como señala BOLTAINA BOSCH (*El personal laboral...*, *op. cit.*, p. 57), «como empleado público que es y pese a que la normativa laboral especial le ofrezca algunas garantías de las que carecen sus homólogos directivos funcionarios —así, la indemnización que se pacte, que en todo caso deberá respetar las limitaciones presupuestarias y estar sujeta al principio de transparencia—, quedará sujeto a las restricciones impuestas por tal normativa de empleo público, tanto en el acceso como en la determinación de sus condiciones, y a un régimen de incompatibilidad absoluta con el desempeño de otra actividad privada».

Sobre este tema, resulta de gran interés la obra de JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *El personal directivo en la Administración local*, CEMICAL, Estudios de Relaciones Laborales nº 4, Barcelona, 2009.

servicio de las Administraciones y Entidades Públicas, que se ha incrementado paulatinamente y que, previsiblemente, seguirá siendo numeroso, el principal problema que se plantea hoy es de inseguridad jurídica sobre el régimen que le es aplicable». Esta inseguridad deriva del hecho de que «mientras la Administración, como empleadora o parte de un contrato de trabajo está sometida en principio al derecho laboral, en razón de su estatuto constitucional no puede dejar de estar sometida también al derecho público o administrativo».

Todas estas excepciones o modulaciones de la legislación laboral, como ya hemos apuntado, «aproximan el contenido de la relación jurídica de los empleados públicos con contrato laboral a la de los funcionarios, aproximación que también se produce de hecho en virtud de los convenios colectivos firmados en el ámbito de las diferentes Administraciones Públicas, que a menudo establecen condiciones de empleo para los laborales muy semejantes a las de los funcionarios y directamente inspirada en la legislación aplicable a estos últimos».

De lo que se deriva, a juicio de la Comisión, la necesidad de que el EBEP «debería dar carta de naturaleza legal a este proceso de ósmosis o acercamiento, estableciendo una regulación común para ambos tipos de personal en múltiples aspectos y favoreciendo, en otros, que la igualdad de las condiciones de empleo para profesionales de similar categoría y especialidad se alcance a través de la negociación colectiva». De esta forma, al igual que han de existir algunas normas específicas para los funcionarios, también han de recogerse en el EBEP «otras singulares para el personal laboral, que, junto a las comunes aplicables a éste y aquéllos, configuran lo que podemos denominar una «relación laboral especial» de empleo público» (72).

No obstante, a estas alturas del análisis que hemos venido desarrollando, y a pesar de que el EBEP, como hemos comentado, no haya recogido expresamente tal caracterización del régimen jurídico del personal laboral del sector público; no parece poco razonable considerar que el Estatuto Básico viene a consolidar una relación laboral especial, en este caso de empleo público, aunque lamentablemente sólo lo sea en sentido material. De esta forma, como también señalan SEMPERE NAVARRO y LUJÁN ALCARÁZ, «formalmente la relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas es una relación laboral común, aunque materialmente presente peculiaridades a causa

(72) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 57 y ss.

En consecuencia, la Comisión proponía que «se regulen en el Estatuto Básico del Empleado Público las peculiaridades de la relación laboral especial de empleo público, relativas a la contratación, promoción interna, derechos y deberes básicos, negociación colectiva y extinción de la relación laboral, entre otros extremos, además de las que sean aplicables en común a todos los empleados públicos, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de la legislación laboral general».

justamente de la aplicación a la misma de principios, reglas y soluciones establecidas en el EBEP» (73).

Todo ello teniendo en cuenta, además, que este sistema de aproximación de las condiciones de empleo de funcionarios públicos y personal laboral encuentra su apoyo más fuerte, como señala JIMÉNEZ ASENSIO, «en la viabilidad de su refuerzo a través de la negociación colectiva» (74).

Y, precisamente, esta articulación de las fuentes aplicables al personal laboral del sector público, cargada de ambigüedades y complejos juegos de interacción entre el EBEP y la legislación laboral, es la que plantea no pocos problemas para la aplicación del Derecho al caso concreto. La prueba más clara, y a buen seguro que no será la última, la podemos encontrar probablemente en el Auto de la Audiencia Nacional que hemos venido comentando (75).

Todo este estado de cosas no hace sino que llevarnos a una segunda conclusión, en este caso, a modo de recomendación y que se conecta, a su vez, con otro problema de fondo que aquí se plantea. Y es que, en efecto, la

(73) SEMPERE NAVARRO, A.V; LUJÁN ALCARÁZ, J.: «Objeto y ámbito de aplicación», *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2007*, Comares, Granada, 2008, p. 142.

El resultado final del EBEP consiste, como señalan estos autores, en «una opción legislativa por un sistema mixto, no totalmente unificado ni totalmente disgregado, del que el art. 7 del EBEP, al tratar de concretar cuál es la normativa aplicable al personal laboral, no sólo constituye la prueba más evidente (arts. 19.2, 27, 32 y 77 del EBEP), sino también la primera consecuencia. Entre la opción por un modelo uniformador y otro de separación de regímenes jurídicos, el legislador ha preferido un modelo ecléctico. La decisión parece razonable y mesurada, aunque sin duda no evitará los conflictos que tradicionalmente ha venido suscitando la dualidad de regímenes jurídicos ante prestaciones de trabajo idénticas en un mismo ámbito administrativo».

Véase también, en el mismo sentido, el trabajo de CANTERO MARTÍNEZ, J., «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de la Administración Pública», en *Estatuto Básico del Empleado Público*. Obra colectiva dirigida por Luis Ortega Álvarez, La Ley, Madrid, 2007.

(74) JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F.: *Informe sobre el empleo...*, op. cit., p. 28. Como señala el autor: «En ocasiones es el propio EBEP el que «invita» al Convenio colectivo para que extienda la aplicación de un determinado ámbito también al personal laboral (por ejemplo, el artículo 92 EBEP en materia de situaciones administrativas, siempre que estas sean compatibles con la regulación del Estatuto de los Trabajadores). En otras ocasiones, el propio EBEP omite cualquier modulación entre laborales y funcionarios, lo que da a entender que la unificación del régimen jurídico se producirá vía legislación o por medio de la negociación colectiva (responsabilidad disciplinaria)».

(75) Como expresó la Comisión de Expertos (MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 57 y ss.), «la mencionada tensión entre los principios del derecho laboral y del derecho administrativo ha venido siendo resuelta, no sin algunas contradicciones, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no puede dejar de tener en cuenta las exigencias de los principios constitucionales de mérito y capacidad, legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, entre otros, cuando de empleo público se trata».

unificación relativa de principios y normas sobre el empleo público llevada a cabo por el EBEP, carece de un correlato en el plano jurisdiccional.

A ello se une, como expresa asimismo JIMÉNEZ ASENSIO, «que quienes desempeñan las funciones jurisdiccionales (Magistrados del Contencioso-Administrativo o de lo Social) tienen una mirada parcial sobre los problemas de empleo público, mucho más sesgada por el ordenamiento jurídico que han de aplicar más que por las singularidades y especificidades del empleador (la Administración Pública)» (76).

Esta situación, como la que tenemos en presencia y así lo advierte también SÁNCHEZ MORÓN, «puede suponer que unos mismos preceptos se interpreten, quién sabe si de manera diferente, en el orden contencioso-administrativo y en el orden social. El problema, de plantearse, debería llevar a establecer soluciones novedosas para la unificación de doctrina».

Por todo ello, pensando en el futuro y para evitar nuevos conflictos interpretativos, como señala este autor, podría pensarse «en la creación de órganos judiciales especializados en materia de empleo público, que absorban todo el contencioso sobre la materia, ya afecte a personal funcionario o al personal laboral. Una solución ésta que sería similar a la que se ha arbitrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante la creación de un Tribunal de la Función Pública (Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004), que es una Sala del Tribunal de Primera Instancia especializada en la resolución del contencioso en materia de función pública de la Unión Europea» (77).

Quede ahí apuntada, pues, nuestra postura también al respecto para evitar las contradicciones que nos estamos encontrando en la jurisprudencia de nuestros Tribunales desde hace ya algún tiempo y que el EBEP, como hemos podido comprobar, tampoco ha ayudado a resolver.

Del mismo modo, al igual que señalábamos con el problema de fondo en todo este asunto, a nuestro juicio, y que no es otro que si el Gobierno

(76) JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F.: *Informe sobre el empleo...*, op. cit., p. 28. Por ello, como señala el autor, «la existencia de un único orden jurisdiccional que conociera las reclamaciones judiciales en materia de empleo público es una necesidad objetiva que, aunque compleja en su instauración, no debería ser echada en el olvido».

(77) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de...», op. cit., p. 52.

Mientras esa reivindicación algún día se alcanza, como deja apuntado JIMÉNEZ ASENSIO (*Informe sobre el empleo...*, op. cit., p. 28), «pudieran promoverse algún tipo de medidas previas que actuaran de filtro para no residenciar en las respectivas jurisdicciones asuntos de naturaleza menor que terminan colapsando más aún nuestros ya sobrecargados órganos jurisdiccionales. A tal efecto, la creación de algunos órganos administrativos con cierta independencia en su composición y dotados de la suficiente autoridad profesional pudiesen tal vez actuar como medios de paliar la judicialización de conflictos de personal o, al menos, como instancia de disuasión, siempre que sus resoluciones sean convenientemente motivadas y razonadas».

podía efectuar tal reducción sobre los salarios de los empleados públicos, independientemente de su vínculo jurídico. Llegamos a la conclusión de que los conceptos retributivos de los empleados públicos que han adquirido el carácter de consolidados, esto es, las retribuciones básicas que se derivan de la situación jurídica subjetiva del empleado derivada de su categoría personal y las complementarias que se manifiestan en la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera administrativa merecen también la calificación de derechos adquiridos y que, por tanto, han de ser respetados por nuestro ordenamiento jurídico (78).

De lo que se deriva, desde nuestro punto de vista, que estos conceptos retributivos son los que el Real Decreto-ley 8/2010 debería haber respetado por su carácter de derechos consolidados y que, en suma, la forma en que se ha instrumentalizado la reducción de salarios de todos los empleados públicos, en estos conceptos retributivos, no es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Lo que parece claro, en cualquier caso, es que la tesis de la Audiencia Nacional según la cual el EBEP se aplica «muy excepcionalmente» al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, ha quedado «desmantelada», o al menos eso consideramos, después de todo lo aquí expuesto. Queda, pues, a juicio del lector extraer sus propias conclusiones y valorar, en consecuencia, el alcance que el Estatuto Básico presenta sobre el personal laboral del sector público.

(78) Como hemos señalado anteriormente, el resto de retribuciones complementarias, y en la medida que no se hayan consolidado, no pueden ser considerados derechos adquiridos ya que responden a razones organizativas y del sistema de gestión de las retribuciones de los recursos humanos en cada momento escogida y cuyos elementos retributivos, asimismo, no necesariamente han de permanecer invariables en el tiempo.