



**UNIVERSIDAD DE OVIEDO**

**TESIS DOCTORAL**

**«Fuentes de regulación e instrumentos de  
organización del trabajo en el empleo público  
de régimen laboral»**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN  
DERECHO**

**Dña. ALBA GARCÍA TORRES**





## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	11
ABSTRACT.....	15
INTRODUCCIÓN.....	19

### **CAPÍTULO I**

#### **DELIMITACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO DE RÉGIMEN LABORAL**

1. Los modelos de empleo público: un análisis comparado.....	41
2. Sector público, Administración pública, empresa pública.....	46
3. La dualidad de regímenes en el empleo público.....	57
4. Franjas especiales de empleados públicos.....	62
5. Rasgos diferenciadores del empleo público frente al empleo privado.....	75
6. Las particularidades del contrato de trabajo en el empleo público.....	80
7. Los Principios de Derecho del Trabajo y empleo público.....	102

### **CAPÍTULO II**

#### **LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA NORMA INTERNACIONAL**

1. Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas.....	113
2. Derechos, deberes y principios rectores en el empleo público.....	125
3. Distribución de competencias en el empleo público.....	131
4. Cuadro constitucional de fuentes para el empleo público.....	138
5. La influencia de la norma internacional en el empleo público.....	150

6. El Derecho de la Unión Europea y el empleo público ..... 154

### **CAPÍTULO III**

#### **LA ORDENACIÓN LEGAL DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL**

1. El papel de la Ley en la regulación del empleo público laboral ..... 167

2. El Estatuto de los Trabajadores como primera fuente de ordenación legal .... 175

3. El papel del Estatuto Básico del empleado público ..... 180

4. Las leyes «laborales» comunes: libertad sindical y prevención de riesgos laborales ..... 188

5. Las leyes sobre organización y régimen jurídico de las Administraciones públicas ..... 195

6. Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado ..... 206

7. Las leyes autonómicas sobre función pública o empleo público ..... 213

8. Las posibilidades de regulación a través del decreto-ley ..... 224

### **CAPÍTULO IV**

#### **POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL**

1. La potestad reglamentaria en el empleo público ..... 233

2. Habilitaciones y remisiones legales a la potestad reglamentaria ..... 248

3. Reglamentos sobre condiciones de empleo y condiciones de trabajo ..... 257

4. Reglamentos sectoriales de trabajo ..... 262

## **CAPÍTULO V**

### **INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ORGANIZACIÓN Y PLANIFICACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL**

1. Potestades de organización del trabajo y el empleo público.....	269
2. La ordenación reglamentaria de las «Relaciones de puestos de trabajo» (RTP).....	275
3. Reglamentos de ingreso, promoción y evaluación del desempeño.....	290
4. La especificación reglamentaria de la oferta de empleo público .....	300
5. Las bases de convocatoria de concurso y pruebas de acceso.....	315

## **CAPÍTULO VI**

### **OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO Y ORDENACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO**

1. Otros instrumentos de organización del trabajo.....	331
2. Códigos de Conducta .....	332
3. Planes de igualdad.....	352
4. Protocolos contra el acoso en el trabajo.....	360
5. Cartas de servicios .....	363

## **CAPÍTULO VII**

### **PODERES EMPRESARIALES DE ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DEL TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

1. Fundamento de los poderes empresariales en el empleo público: el interés general.....	375
2. Titularidad de los poderes empresariales en la Administración pública.....	382
3. Facultades concretas de organización del trabajo y de gestión de personal .....	389

4. La facultad de dictar órdenes generales sobre el trabajo.....	404
5. Facultades de vigilancia y sanción.....	409
6. Límites generales y especiales: igualdad de trato, legalidad, y motivación....	423

## **CAPÍTULO VIII**

### **LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO DE RÉGIMEN LABORAL**

1. Caracterización general de la negociación colectiva en el empleo público ....	439
2. El marco legal de la negociación colectiva en el empleo público laboral.....	454
3. Unidades de negociación y legitimación para negociar .....	464
4. Procedimiento de negociación y vigencia del convenio .....	474
5. Materias negociables y contenido de los convenios.....	481
6. Fuerza vinculante del convenio y limitaciones de orden público o interés general .....	501

## **CAPÍTULO IX**

### **ACUERDOS GENERALES Y CONCERTACIÓN SOCIAL EN EL EMPLEO PÚBLICO**

1. La concertación social en el empleo público .....	521
2. Los Acuerdos Generales en materia de empleo público .....	525
CONCLUSIONS.....	531
CONCLUSIONES .....	543
BIBLIOGRAFÍA/REFERENCE.....	555

# **INDEX**

## **ABBREVIATIONS**

## **ABSTRACT**

## **INTRODUCTION**

## **CHAPTER I**

### **DELIMITATION OF PUBLIC EMPLOYMENT IN LABOR REGIMEN**

1. Public sector, Public Administration and Public Company
2. Duality of regimes in public employment
3. Special groups of public employees
4. Distinctive features of public employment vs. private employment
5. Labor contracts in public employment
6. Labor principles and public employment

## **CHAPTER II**

### **THE INFLUENCE OF SPANISH CONSTITUTION AND INTERNATIONAL LAW IN PUBLIC EMPLOYMENT**

1. Constitutional principles of management in the public Administration
2. Rights, Duties and governing principles of public employment
3. Distribution of powers in the field of public employment
4. Constitutional framework of sources in public employment
5. The influence of international law in public employment
6. European Union Law and Public Employment

## **CHAPTER III**

### **LEGAL ORDER IN PUBLIC EMPLOYMENT IN LABOR REGIME**

1. The role of law in the regulation of public employment in labor regime

2. Statute of Workers Rights as first source of legal order
3. The role of Basis Statute of Public Employee
4. Common 'labor' laws: Trade Union Freedom and Labor Risk Prevention
5. Regulation for legal order and regimen in the Public Administration
6. Regulations for State General Budgets
7. Regional Regulations for public employment
8. Possibilities for the regulations through the Royal Decree-Law

#### **CHAPTER IV**

#### **REGULATIONS AUTHORITY IN PUBLIC EMPLOYMENT IN LABOR REGIME**

1. Regulation authority in the public employment
2. Legal authorization and legal remissions to regulation authority
3. Regulations for employment an working conditions
4. Sectorial Regulation for employment

#### **CHAPTER V**

#### **MANAGEMENT AGREEMENT IN PUBLIC EMPLOYMENT IN LABOR REGIME**

1. Management agreement in public employment
2. Regulation order of the 'Public Relations of Employment'
3. Regulations for joining public employment, getting promoted and 'Performance Appraisal'
4. Regulation specifications for 'Public Employment Offers'
5. Bases for Competitions and Admission Tests

#### **CHAPTER VI**

#### **OTHER INTERNAL MANAGEMENT TOOL OF PUBLIC ADMINISTRATION**

1. Other internal management tool
2. The Codes of Conducts
3. Equality Plans
4. Protocols Against work harassment
5. Citizen Charter

## **CHAPTER VII**

### **MANAGEMENT POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION**

1. Basis for management power in the public employment: The general interests
2. Ownership of management power of Public Administration
3. Manifestations of management power
4. Power to issue general orders about working conditions
5. Monitoring, control and sanction
6. General and special limits: Principle of legality, motivation and equality

## **CHAPTER VIII**

### **COLLECTIVE BARGAINING**

1. Constitutional clauses and legal order
2. Bargaining units and bargaining legitimation
3. Bargaining procedure and validity of the collective agreement and limits of the public order
4. The objective scope of collective bargaining and content of collective agreement
5. Binding force of the collective agreement and limits of the public order

## **CHAPTER IX**

### **GENERAL AGREEMENT AND SOCIAL PARTNERSHIP IN THE PUBLIC EMPLOYMENT**

1. Social Partnership
2. General agreement in the public employment

**CONCLUSIONS**

**REFERENCE**

**ABREVIATURAS**

<b>AGE</b>	Administración General del Estado
<b>art.</b>	Artículo
<b>ATC</b>	Auto del Tribunal Constitucional
<b>BO</b>	Boletín Oficial
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>Cc.</b>	Código Civil
<b>CC.AA</b>	Comunidades Autónomas
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEF</b>	Centro de Estudios Financieros
<b>Cfr.</b>	<i>Cónfer</i> (comparar)
<b>CNI</b>	Centro Nacional de Inteligencia
<b>Coord.</b>	Coordinador
<b>Dir.</b>	Director
<b>DA</b>	Disposición Adicional
<b>DO</b>	Diario Oficial
<b>EBEP</b>	Estatuto Básico del Empleado Público
<b>EDs.</b>	Editores
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores
<b>ETT</b>	Empresa de Trabajo Temporal
<b>INAP</b>	Instituto Nacional de Administraciones Públicas

<b>LBRL</b>	Ley de Bases del Régimen Local
<b>LMRFP</b>	Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOFAGE</b>	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
<b>LOIMH</b>	Ley Orgánica de Igualdad de Mujeres y Hombres
<b>LOLS</b>	Ley Orgánica 11/1985, de 25 de agosto, de Libertad Sindical
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>LORAP</b>	Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas
<b>LPRL</b>	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
<b>Núm.</b>	número
<b>OEP</b>	Oferta de Empleo Público
<b><i>Op.cit.</i></b>	Obra citada
<b>PEIO</b>	Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades
<b>Pg.</b>	Página
<b>RAP</b>	Revista de Administración Pública
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RD-Ley</b>	Real Decreto- Ley
<b>Rec.</b>	Recurso

<b>RPT</b>	Relación de Puestos de Trabajo
<b>STC (SSTC)</b>	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
<b>STSJ (SSTSJ)</b>	Sentencia (s) del Tribunal Superior de Justicia
<b>STJUE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>STS (SSTS)</b>	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada)
<b><i>Vid.</i></b>	Véase
<b><i>V.gr.</i></b>	<i>Verbi gratia</i> (Por ejemplo)
<b>VV.AA.</b>	Varios Autores



## **ABSTRACT**

This monographic memory for obtaining my PhD, entitled 'Sources of regulation and management tools of public employment in labor regime', has as its main objective the analysis of the characteristics and limitations of the classical sources of Labor Law in the area of public employment, particularly individual and collective autonomy. Besides it defines and systematizes the scope of the typical administrative sources, and their impact on the regime of salaried employees.

In this context, one of the aims of this research is to analyze the influence that the principles and prerogatives of the Administration may have on Labor Law, as well as the different scope that these can have with regards to its manifestations in the private sector, whether as reinforcement (e.g. job security) or as modulating (e.g. the public service needs).

Another objective of this study is to determine the relationships created between the Administrations in terms of distribution of competences. From this perspective, it is necessary a review of the regulations from the different Administrations to determine your personal and regulatory scope, and if they are lawful in the distribution of powers established in the Constitution, which, as it is known, gives the State exclusive jurisdiction in 'Labor Legislation' (article 149.1.7 of the Spanish Constitution) and in the Basic Legislation of Civil Servants (article 149.1.18 of the Spanish Constitution).

To address all the above issues, research is structured into nine chapters. The first one ('Delimitation of public employment in labor regimen') devoted to analyze the scope of the concepts of public sector, public Administration and public company. Also, it studies the duality of regimens in public employment and the special groups of public employees. Finally, this chapter studies the distinctive features of public employment vs. private employment.

The second chapter ('The influence of Spanish Constitution and International Law in public employment') is devoted to the study of the model for public employment, and the labor relationships, created by the Spanish Constitution of 1978. The first part of the chapter analyzes the influence of the Constitutional principles of management in the public Administration and Rights, Duties and governing principles of public employment, and the constitutional framework of sources in public employment. In the second part, it analyzes the influence of ILO Conventions and European Union Law in the regulation of public employment.

The third chapter ('Legal order an public employment in labor regimen') examines the influence of rules of general application, especially the Statute of Worker Rights, as first source of legal order, and the role of Basic Statute of Public Employee, as specific regulation of public employment. Also, it studies the influence of common 'labor laws', in particular, the laws of 'Trade Union Freedom' and 'Labor Risk Preventions'. Further, it analyze the influences of legal order an general administrative, like regulations for regime in the public administration or regulation state general budgets.

The fourth chapter ('Regulations authority in public employment in labor regime') analyses the regulations authority in public employment, with special attention paid to the differences between the regulations authority, in the narrow sense, and the management agreement. For this purpose, a study of the included remissions and modifications in the Basis Statute of Public Employee is made, trying to delimit to which of both authorities corresponds each precept. Moreover, it analyzes regulations for employment and working conditions, as well as the sectorial regulations for employment.

The fifth chapter ('Management agreement in public employment in labor regime') is devoted to typical manifestations of civil servants in administrative regime but analyzed from the perspective of regulating working conditions. Thus, it is studied the Public Relations of Employment, the Public

Employment Offer and the rules for selection processes, with special attention to their impact on temporal employment and performance appraisal.

The sixth chapter ('Other internal management tool of public Administration') is devoted to typical instruments of administrative organization that can influence, more or less directly, the regulation of the labor conditions. Also, it analyzes the Codes of Conducts, Equality Plans, Protocols against work harassment and Citizen Charter.

The seventh chapter ('Management power of the Public Administration') analyzes the specialties of the power of direction of the Public Administration, with special emphasis on the differences in their foundation, exercise and limits as regards private employers. It is needful to pay attention to the prohibition of arbitrary procedures and to the duty to state reasons for all administrative actuations. In addition, we analyze the consideration of the Administration as a possible 'ideological subject', and its eventual classification as 'ideological employer', and the impact, if any, this rating might on the fundamental rights of public employees.

The eighth ('Collective Bargaining') analyzes the collective bargaining as a source of public employment, distinguishing between the purely labor and the civil service, in key areas such as its constitutional foundation and regulations developments. In addition, it aims to study the objective scope of public bargaining, as well as the limits inherent to the Administration as public subject. In addition, it is necessary to analyze the amendments introduced by the 'anti- crisis' rules, which, despite being approved as standard situations, have had a major impact on shaping collective bargaining in this sector.

The Chapter ninth ('General Agreement and Social Partnership in the Public Employment') is devoted to study of the preparation of laws on public employment. It is needful to pay attention to the involvement of social partners through Social Partnership.



## INTRODUCCIÓN

**1. EL EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-** Desde hace mucho tiempo la Administración pública es uno de los ámbitos más significativos de actividad y de trabajo asalariado prácticamente en todo el mundo. Conforme a los datos proporcionados por la OCDE el empleo público supone aproximadamente el 14% del volumen total de la población activa de los Estados Unidos, un 13% en países como Portugal, Holanda y España o un 10% en Alemania y Austria.

El legislador cuenta con diversas opciones para regular ese trabajo, desde la creación de un cuerpo unificado de empleados públicos con un régimen jurídico especial y exclusivo, que podría ser administrativo o laboral, hasta la admisión de varios tipos de empleado público, con regímenes diferenciados (por ejemplo, administrativo y laboral). Las opciones concretas desde un punto de vista comparado varían mucho de unos países a otros, o incluso de unas zonas a otras dentro del concierto mundial. En Europa existen diversos modelos, desde los que asignan exclusivamente un régimen administrativo a los servidores públicos, hasta aquellos en los que todos los puestos responden a una contratación laboral.

En Francia, el modelo de empleo público, de origen napoleónico, se caracteriza por la inamovilidad de la que goza el funcionario público, pretendiendo que la seguridad en el empleo suponga un incentivo a la hora de llevar a cabo las tareas encomendadas, al tiempo que pretende instaurarse como una garantía de neutralidad frente a los cambios políticos. El modelo francés ha sido el más extendido en Europa, inspirando la creación de la función pública española, así como la italiana o la alemana.

El modelo de empleo público de Reino Unido se aparta del sistema continental y opta por el denominado «*Civil Service*». Los principios jurídicos por los que se rige el funcionariado británico impiden hablar de la existencia de

un régimen jurídico de función pública, puesto que el «*Civil Servant*» -o empleado público- depende enteramente de la Corona, a la que debe el empleo, el cual puede ser revocado *at pleasure*<sup>1</sup>, por la siempre voluntad del soberano, sin que pueda ser esgrimido ningún derecho contractual, ni ejercitada acción alguna ante los Tribunales<sup>2</sup>.

Cercano al modelo del «*Civil Service*» se encuentra el modelo de función pública de los Estados Unidos que, al igual que el inglés, se caracteriza por su temporalidad. Si bien con el paso de los años se ha tratado de reducir la temporalidad, y crear una verdadera carrera profesional dentro de la Administración, en su origen el empleo público norteamericano se caracterizaba por la obligación de rendir cuentas por su gestión y la confirmación y/o renovación de su investidura cada cuatro años, vinculada a los cambios políticos.

En España, si bien la Constitución de 1978 parte de un modelo de empleo público estatutario, de inspiración francesa, presidido por los principios de inmovilidad, mérito y capacidad, se ha ido produciendo una paulatina «*laborización*» de la función pública, que ha permitido una incorporación masiva de personal laboral al servicio de las Administraciones.

**2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO-** La convivencia de distintas clases de personal al servicio de la Administración Pública – personal funcionario y laboral- ha suscitado en la doctrina un debate sobre el encaje constitucional y legal de esta dualidad, así como sobre la adecuación de los diversos instrumentos por los que se regula la prestación de servicios de ambos colectivos.

---

<sup>1</sup>‘*At pleasure*’ es la abreviatura de ‘*At Her Majesty's pleasure*’ que puede traducirse como «a placer de su Majestad (de la Reina) o por la mera voluntad de esta». En el sistema anglosajón, como ya se ha anunciado, se utilizaba para hacer alusión a la duración indeterminada, e indeterminable, de los contratos en la Administración Pública, ya que estos durarán «hasta que la Reina disponga» (‘*At Her Majesty's pleasure*’).

<sup>2</sup>Vid. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 370.

Un sector de la doctrina administrativista consideraba inadmisibile la existencia de personal laboral al servicio de la Administración Pública, en la medida en que el artículo 103.3 de la Constitución Española impone la regulación del «*estatuto de los funcionarios públicos*»<sup>3</sup>. Sin embargo, la doctrina mayoritaria entendió que la Constitución ni admite ni prohíbe expresamente la posibilidad de que halla personal no estatutario al servicio de las Administraciones. Esta teoría fue avalada por el Tribunal Constitucional que, si bien admitió la posibilidad del doble régimen jurídico del personal al servicio de la Administración, consideró que el funcionalial debía ser el régimen ordinario, relegando los supuestos de contratación laboral a casos excepcionales (STC 99/1987, de 11 de junio).

A pesar de que se admitió tempranamente esta dualidad de colectivos en el empleo público la relación laboral en este sector no tuvo un reconocimiento legal hasta la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

Si bien esta ley supuso un punto de inflexión en la materia no conllevó, como cabría esperar, una regulación integral de la relación jurídica del personal laboral en el sector. Por el contrario, subsiste un amplio acervo de fuentes y de instrumentos que contribuyen a organizar y regular el empleo público laboral.

Partiendo del sistema de fuentes general la investigación sobre las «*Las Fuentes de regulación e instrumentos de organización del trabajo en el empleo público de régimen laboral*», tiene como principal objetivo conjugar el sistema de fuentes laboral con el sistema de fuentes propio del empleo público en general y, en concreto, con el de los funcionarios públicos, aparte de verificar y calibrar la incidencia de las normas e instrumentos de organización de la Administración.

---

<sup>3</sup>Vid. PÉREZ SIBÓN, María del Carmen, «El personal laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público. Régimen jurídico y lagunas», *Conferencia COSITAL*, mayo 2010, pg.3.

A partir de este planteamiento inicial surgen problemas más particularizados, como el papel de las Comunidades Autónomas en la regulación de la citada relación, ya que si bien carecen de competencias generales en la regulación de la materia laboral, si que gozan de capacidad para dictar normas de autogobierno, o autoorganización, así como para organizar y regular su función pública. También se hace necesario determinar el grado de aplicabilidad a los empleados laborales de reglas o criterios de organización pensados sobre todo para el funcionario público, además de precisar el papel y las posibilidades y límites de la negociación colectiva, así como la incidencia en este terreno del diálogo social con los sindicatos representativos del empleo público.

Al mismo tiempo, en el empleo público laboral repercuten algunos problemas generales de ordenación del empleo público, como, por ejemplo, el papel del decreto-ley en la regulación de sus condiciones de empleo y de trabajo, la naturaleza jurídica de algunos instrumentos de organización del trabajo, y el papel de instrumentos cercanos al *Soft law*.

Para ello, este estudio se centra en las denominadas «*fuentes de regulación*» de la relación laboral en el ámbito de la Administración Pública, analizando, por un lado, las fuentes del derecho, en sentido estricto – Constitución, normativa internacional, ley y reglamento-, y, por otro, la virtualidad que despliegan las denominadas fuentes de las obligaciones en este sector, como presupuesto de partida de la contratación privada, en especial, en lo relativo a la existencia y particularidades del contrato de trabajo. Además, en este ámbito, que se caracteriza por estar altamente reglado, también cobra una especial relevancia determinar que actos emanados de la Administración pueden ser considerados actos normativos, y cuáles no.

En este sentido, se hace necesario una delimitación previa de estos conceptos, como categorías jurídicas, para que su aplicación posterior en el estudio de la relación laboral de empleo público resulte más clarificador.

**3. EL SISTEMA DE FUENTES Y LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-** En la literatura jurídica se encuentra diversas concepciones acerca del concepto de «Fuentes del Derecho»<sup>4</sup>.

Así hay autores que se refieren a la «*Fuente del Derecho*» como «*la causa última del Derecho, la raíz de todo lo jurídico, el fundamento de la realidad del ordenamiento jurídico*» y como Fuentes del Derecho positivo «*las fuerzas sociales que producen legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas que constituyen su ordenamiento*»<sup>5</sup>. Otros, sin embargo, aluden, con este concepto, a las fuentes de producción, es decir «*aquellos hechos o actos de los que el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas*»<sup>6</sup>. Vinculados a esta idea, otros autores entiende como Fuentes del Derecho, las fuentes de manifestación, que se identifican con los textos donde se contiene las normas (v.gr. ley o reglamento)<sup>7</sup>.

Alejados de estas concepciones otros autores se refieren a las Fuentes del Derecho como sinónimo de fuentes del conocimiento, esto es, «*los modos a través de los cuales se ofrece la posibilidad de conocer las reglas emanadas de las fuentes de producción*»<sup>8</sup>. Otros identifican el concepto con las fuentes de decisión judicial, en otras palabras, se definen las Fuentes del Derecho como «*todas aquellas ideas que en la realidad ejercen influencia sobre los órganos de*

---

<sup>4</sup>Vid. LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1961, pg. 487.

<sup>5</sup>Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España. Parte General*, Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1955, pg.363.

<sup>6</sup>Vid. BOBBIO, Norberto, *Teoria dell' ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pg.34-35.

<sup>7</sup>Vid. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro Ramón Areces, Madrid, 1991, pg. 286.

<sup>8</sup>Vid. MORTATI, Constantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, pg. 301.

*creación jurídica (los jueces), como, por ejemplo, normas morales, postulados políticos, doctrinas jurídicas, opiniones de los jurisperitos, etc.»<sup>9</sup>.*

A pesar de la existencia de diversas concepciones, tradicionalmente, se ha entendido que la alusión al término «*Fuentes del Derecho*» hace referencia a los poderes que legítimamente producen normas dentro de un concreto ordenamiento jurídico. En este sentido, las Fuentes del Derecho se han clasificado como «*fuentes en sentido propio o subjetivo*» y «*fuentes en sentido traslativo u objetivo*». Por fuentes en sentido propio o subjetivo se entienden aquellas que responden o representan los poderes sociales con potestad normativa, y por fuentes en sentido traslativo u objetivo se hace referencia a los modos a través de los cuales se exterioriza el poder de normar de quien lo posee<sup>10</sup>.

Esta distinción aparece con diversas nomenclaturas, en algunos casos se distingue entre fuentes de formalización o fuentes formales –en referencia a las fuentes en sentido traslativo u objetivo- y fuentes materiales o de producción– como fuentes en sentido propio o subjetivo-, correspondiendo las primeras con el estudio técnico jurídico del tema, en concreto a la «*Teoría general del Derecho*», y siendo las segundas una cuestión de consideración política, sociológica y valorativa, estudiada por la «*Teoría del Estado*»<sup>11</sup>.

Desde una concepción política o de teoría del Estado la pluralidad de fuentes responde a un límite interno, en la medida en que se configuran como

---

<sup>9</sup>Vid. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949, pg. 146 y ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pg.74.

<sup>10</sup>Vid. PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2001, pg.15 y sobre el alcance y delimitación del concepto de fuentes vid. DE OTTO PARDO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pg. 69 y ss. La doctrina laboralista también mantiene esta distinción, en este sentido, vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, vigésima edición, Tecnos, Madrid, 2011, pg.99 y ALONSO OLEA, Manuel, CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, vigesimoquinta edición, Civitas, Madrid, 2008, pg. 709 y 710.

<sup>11</sup>Vid. BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011, pg.311

una autolimitación del poder soberano, que se sustrae de si mismo una parte del poder normativo para darlo a otros órganos, o entes, dependiente de aquel<sup>12</sup>. Sin embargo, como concepto técnico-jurídico, las Fuentes del Derecho aluden a una expresión genérica de las diferentes categorías a través de las cuales se exteriorizan las normas jurídicas<sup>13</sup>.

En lo que respecta a la concepción material o subjetiva, esta identifica las Fuentes del Derecho con ciertos actos y hechos en función de su contenido o resultado normativo. La noción material de fuentes es conceptualmente dependiente de la noción de Derecho (concebido como conjunto de normas) y, más en particular, de la noción de norma, concebida como prescripción general y/o abstracta. En este sentido, constituye producción de normas cualquier actividad cuyo resultado sea la modificación del Derecho existente en un cierto momento.

Por tanto, desde una concepción material, Fuente del Derecho sería todo «acto o hecho al que se liga el nacimiento, la modificación o la extinción de una norma jurídica»<sup>14</sup>. Por tanto, con la concepción material no es posible determinar «a priori» si un determinado acto es o no Fuente de Derecho<sup>15</sup>.

Por su parte, la concepción «formal» identifica como Fuente del Derecho determinados actos del ordenamiento jurídico, con total independencia de su contenido o resultado. En este sentido, la concepción formal constituye un concepto dogmático, ya que para determinar cuáles son las fuentes de un ordenamiento se exige una referencia al contenido positivo de ese sistema. En

---

<sup>12</sup>Vid. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pg.169-170.

<sup>13</sup>Para un análisis exhaustivo del concepto y evolución de las fuentes del derecho vid. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La Doctrina de las Fuentes del Derecho*, Anuario de Derecho Civil, oct.-dic. 1984.

<sup>14</sup>Una definición de las fuentes del derecho desde una concepción «material» sería la propuesta inicialmente por BOBBIO, que entendía que era fuente del derecho todo acto o hecho a los que ligamos el nacimiento, la modificación o la extinción de una norma jurídica, Cfr. BOBBIO, Norberto, *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli Ed., Turin, 1955, pg.36.

<sup>15</sup>Vid. GUASTINI, Riccardo, «Concepción de las fuentes del derecho», *ISONOMÍA*, nº 11, 1999, pg. 167-169.

concreto, la noción formal reenvía a las normas sobre la producción jurídica propias de los diversos ordenamientos. Por tanto, según la concepción formal, la expresión Fuente del Derecho denota todo acto o hecho, no ya efectivamente productor de normas, sino autorizado a producir normas, cualquiera que sea su contenido o resultado<sup>16</sup>.

La doctrina actual se decanta mayoritariamente por la concepción formal de las Fuentes del Derecho. Así, algún autor ha definido las Fuentes del Derecho como la manifestación de la voluntad normadora emitida por el órgano habilitado para ello por el ordenamiento jurídico. De esta manera, se puede entender que fuentes son los llamados «*actos normativos*» a los que el ordenamiento jurídico atribuye la virtualidad de producir una norma jurídica<sup>17</sup>.

El elemento determinante, por tanto, para categorizar como fuente a un concreto acto normativo es que este tenga atribuido por el ordenamiento la capacidad de producir normas jurídicas<sup>18</sup>. En la actualidad, la mayoría de las manifestaciones jurídicas emanadas por parte de los poderes públicos tienen atribuida tal capacidad, excepto los actos de mera ejecución<sup>19</sup>.

No obstante, cabe señalar que el mero carácter ejecutivo de un acto no excluye su consideración como fuente. En efecto, la mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del Derecho. Es decir, las normas jurídicas aplican una norma de grado superior y, a su vez, crean una norma de rango inferior<sup>20</sup>. Esta doble consideración de las normas como ejecutoras/productoras es predicable de todos los actos que integran el sistema jurídico, excepto aquellos de grado más alto que, por encontrarse en la cúspide

---

<sup>16</sup>Vid. GUASTINI, Riccardo, «Concepción de las fuentes del derecho», *ISONOMÍA*, nº 11, 1999, pg. 172-173.

<sup>17</sup>Vid. DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pg. 70-71.

<sup>18</sup>Vid. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pg.170.

<sup>19</sup>Vid. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pg. 184.

<sup>20</sup>Vid. KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pg. 112-122.

de la pirámide normativa, serían solo productivos –en el caso de nuestro ordenamiento la Constitución de 1978- y los de grado más bajo que, al resolver asuntos individuales, serían solo ejecutivos y, por tanto, quedarían excluidos del sistema de fuentes<sup>21</sup>.

De esta manera se puede afirmar que no todos los actos normativos van a conformar el sistema de fuentes, sino solo aquellos que emanen del poder público y no sean meramente ejecutivos. Por tanto, se excluye de la consideración de Fuente de Derecho aquellos que proviniendo de un poder público tiene carácter meramente aplicativo, y todos aquellos que respondan a manifestaciones de la voluntad de los particulares, como son los contratos, que no pueden ser considerados Fuente de Derecho, salvo, como ha puesto de manifiesto algún autor, en el Derecho del Trabajo, en el que los convenios colectivos se integran dentro del sistema<sup>22</sup>.

Desde la perspectiva de la Administración Pública se puede afirmar que tienen carácter de Fuente de Derecho todas las normas de alcance general, incluidos los reglamentos dictados por la propia Administración, y solo quedarían excluidos de esta categoría los denominados actos administrativos, por considerarse meramente ejecutivos.

Por otro lado, junto con la categoría de Fuentes de Derecho, se debe analizar las denominadas «*fuentes de las obligaciones*», que según el Código Civil «*nacen de la Ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*» (artículo 1.089).

Si bien el término obligaciones tiene un sentido amplio, como sinónimo de deber, en sentido jurídico la obligación es una prestación de dar, de hacer o

---

<sup>21</sup>*Vid.* AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2000, pg. 84.

<sup>22</sup>*Vid.* DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pg. 71.

no hacer una cosa, que tiene como correlato un derecho de crédito en cuya virtud el acreedor puede exigir el comportamiento en que consiste la obligación. Así, el artículo 1088 del Código Civil dispone que *«toda obligación consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa»*.

Siguiendo las previsiones del Código Civil, las fuentes de las obligaciones se puede clasificar, recurriendo a una concepción dualista, entre las que provienen de la ley –que a su vez integrarían el concepto de fuentes en sentido estricto-, y las que derivan de la autonomía de la voluntad, codificada habitualmente en los contratos o cuasicontratos, y que estaría excluida del sistema de fuentes.

En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto que no cabe otorgar a la autonomía privada la consideración de fuente de normas jurídicas. En efecto, las normas jurídicas tienen una eficacia primaria de organización social, mientras que los preceptos derivados de la voluntad privada carecen de aquel significado, limitándose a servir de reglas de conducta en las relaciones entre particulares, lo que les priva de relevancia para la comunidad en el sentido organizativo de una convivencia justa<sup>23</sup>.

Si bien el poder individual carece de aptitud para crear normas de Derecho, sí puede crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y, a su vez, reglamentar situaciones creadas. Así lo reconoce el artículo 1.091 del Código Civil, que contiene el principio de eficacia preceptiva de los actos de autonomía, al establecer que *«Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»*. Además se añade que *«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público»* (art. 1.255 del Cc.).

---

<sup>23</sup>Vid. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2005, pg. 380.

Por tanto, junto a las fuentes normativas, en sentido estricto, las relaciones jurídico-privadas se regulan también por las fuentes de las obligaciones, dando la suma de ambas las «fuentes de regulación» de cada relación.

En lo que respecta a la Administración Pública hay que distinguir entre las obligaciones en sentido estricto, es decir, aquellas que surgen en el seno de una relación jurídica obligatoria, y aquellas otras que el ordenamiento jurídico impone a los poderes públicos (*v.gr.* proteger la seguridad ciudadana, prestar asistencia sanitaria).

Por tanto, en el ámbito público es necesario distinguir entre las obligaciones o fines competenciales de los distintos órganos del Estado, Administraciones Autonómicas y locales, que son más bien facultades o deberes funcionales que emanan directamente de la norma y no de una previa relación jurídica intersubjetiva, y las obligaciones propiamente dichas<sup>24</sup>.

Las obligaciones, para que se puedan calificar como tales, se deben corresponder con derechos ejercitables por el que resulta acreedor de la prestación. Por tanto, una cosa son las competencias generales del Estado, y la Administración, y las obligaciones que les incumben en el marco socio-económico, cuyo incumplimiento genera responsabilidades políticas, o toda vez personales de las autoridades y funcionarios, y otra la obligación jurídica que debe ser inexcusablemente cumplida por los entes públicos en beneficio de un acreedor directo<sup>25</sup>.

La doctrina ha entendido que respecto del origen de las obligaciones de la Administración Pública no hay inconveniente en aceptar la enumeración del Código Civil, relegando la figura del cuasicontrato a un segundo lugar puesto

---

<sup>24</sup>*Vid.* MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, pg. 241 y ss.

<sup>25</sup>*Vid.* GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «Las fuentes de las obligaciones de la Administración Pública: especial referencia a la aplicación de las categorías del contrato y del cuasicontrato», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº17, 2003, pg. 18-40.

que su aplicación en la esfera pública es muy limitada. Las fuentes claves son, por tanto, la ley, los contratos y hechos administrativos causantes de daño a los administrados. Estas fuentes darán lugar a la obligación legal, a la obligación contractual y a la obligación extracontractual, respectivamente.

**4. FUENTES REGULADORAS DE LA RELACIÓN LABORAL-** El Derecho del Trabajo es un producto de la sociedad industrial, que aparece como reacción frente a los abusos derivados de la regulación de condiciones de trabajo mediante el «*arrendamiento civil de servicios*», que a su vez se sujetaba al principio de autonomía de la voluntad.

El ordenamiento regulador de las relaciones laborales se forja como respuesta al individualismo jurídico y constituye la superación legislativa de un «*vacío jurídico*» que se producía en la época liberal<sup>26</sup>. Desde la existencia del Derecho Laboral, y del contrato de trabajo, se sustrae la regulación de las condiciones de trabajo a la autonomía de la voluntad, la cual queda reducida a funciones constitutivas. En otras palabras, la autonomía de la voluntad determina la existencia de una relación laboral, pero no puede regular todo su contenido, que en muchos de los extremos de la relación ha dejado de ser dispositivo para las partes<sup>27</sup>. En efecto, los derechos y deberes de las partes se fijan inicialmente por fuentes externas a los contratantes, bien sea a través de normas estatales o bien a través de la negociación colectiva.

Así, algunos autores ya habían puesto de manifiesto que respecto del ordenamiento laboral no era posible aplicar la concepción tripartita tradicional de las fuentes formales del derecho contenida en el Código Civil («*La Ley, la costumbre y los principios generales*»). En concreto, se entendía que la manifestación de la Ley como proveniente del Estado, la costumbre como

---

<sup>26</sup>Vid. BAYÓN CHACÓN, Gaspar, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Tecnos, Madrid, 1955, pg. 260.

<sup>27</sup>Vid. GALIANA MORENO, Jesús, «Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n°68, 1995, pg.13-14.

proveniente de la comunidad geográfica y los principios generales como provenientes de la Nación en evolución histórica, no sirven para explicar las fuentes que nacen de las comunidades profesionales y de su capacidad normativa<sup>28</sup>.

Esta realidad conlleva que se confeccione su propio sistema de fuentes de regulación, adecuándolo a su mayor especialización, complementándolo o, en su caso, modulando el cuadro de fuentes general. Estas especialidades se reflejan en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores que lleva por rúbrica *«Las de fuentes reguladoras de la relación laboral»*, y que establece que *«Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado b) Por los convenios colectivos c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados d) Por los usos y costumbres locales y profesionales»*.

En primer término, se puede decir que el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores es una norma de ordenación del sistema de fuentes de la relación de trabajo, constituyendo, por tanto, una norma sobre la producción del Derecho y la articulación entre las fuentes. La doctrina ha entendido que este precepto refleja un intento político legislativo de objetivar la relación jurídico laboral a través de un sistema plural de fuentes reguladoras de la misma<sup>29</sup>.

Además, el ordenamiento jurídico laboral presenta una especialidad respecto del resto del sistema de fuentes al otorgar la facultad de normar –por

---

<sup>28</sup>*Vid.* MOLERO MANGLANO, Carlos, *El sistema normativo laboral*, COLEX, Madrid, 1987, pg.38.

<sup>29</sup>*Vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, y MORENO VIDA, Nieves, «Artículo 3. Fuentes de la relación laboral», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2012, pg. 75-76.

tanto ser fuente en sentido traslativo- a la autonomía privada, más en concreto, a la autonomía colectiva<sup>30</sup>. De esta manera, se otorga fuerza vinculante y eficacia general a los convenios colectivos estatutarios.

El cuadro de fuentes de la relación laboral trazado por el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores combina la distinción clásica entre «*fuentes de Derecho objetivo*» y «*fuentes de las obligaciones*». En efecto, el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores contiene, por un lado, fuentes en sentido normativo –la letra a) «*disposiciones legales y reglamentarias del Estado*» y b) «*los convenios colectivos*»- y, por otro lado, fuentes en sentido obligacional –la letra c) «*El contrato de trabajo*», como manifestación de la voluntad de las partes- (STS de 22 de diciembre de 2014<sup>31</sup>).

Por tanto, la finalidad del precepto no es otra que enumerar las fuentes creadoras de derechos y obligaciones en la relación laboral. En otras palabras el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores no regula las fuentes del Derecho del Trabajo – en sentido objetivo- sino las fuentes de la relación laboral<sup>32</sup>.

**5. FUENTES DE REGULACIÓN E INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO-** Como ya se anunció, la Administración ejerce el papel de empleadora respecto, al menos, de dos tipos de empleados públicos: los funcionarios y el personal laboral.

En lo que respecta al personal funcionario la norma de referencia es el Estatuto Básico del Empleado Público. La citada norma no contiene un precepto análogo al del Estatuto de los Trabajadores (art. 3) que ordene las fuentes de

---

<sup>30</sup>Vid. ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa, «Cap. V. Convenios Colectivos», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, pg. 162.

<sup>31</sup>Rec. 264/2014.

<sup>32</sup>Vid. GARCIA MURCIA, Joaquín, «Introducción» en VV.AA., GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, pg.23-26.

regulación de las relaciones habidas en su seno. La causa de esta omisión, probablemente, se encuentra en que el Estatuto Básico del Empleado Público, a pesar de ser aplicable expresamente a ambos colectivos, parte de una concepción del empleo público estatutaria, acorde al mandato constitucional (art.103.3). Conforme a esta previsión constitucional, el contenido de la prestación de servicios de los funcionarios públicos viene fijado, al menos teóricamente, por las normas de alcance general (leyes y reglamentos), con la excepción de ciertas materias que pueden ser negociadas a través de los «*acuerdos y pactos*»<sup>33</sup>.

Esta concepción del empleo público, como un régimen mayoritariamente estatutario, dificulta el estudio de la relación del personal laboral de las Administraciones Públicas, ya que, esta, queda sometida al derecho privado, lo que conlleva, en principio, que se someta a la voluntad de las partes, ya sea de manera individual – a través del contrato de trabajo- o de manera colectiva, por mediación del convenio. Como antes se advirtió, el artículo 3 distingue entre «*fuentes de Derecho objetivo*» y «*fuentes de las obligaciones*», lo que delimita un marco jurídico de difícil aplicación en este ámbito, ya que no está concebido para relaciones bilaterales en las que una de las partes sea un sujeto de Derecho Público.

En efecto, este marco jurídico privado no es exportable, sin más, al seno de la Administración, ya que esta no tiene voluntad autónoma, independiente de la ley, por lo que no es posible aplicar conceptos propios del Derecho Privado, como una posible declaración de voluntad, o, por extensión, la teoría del negocio jurídico<sup>34</sup>. Y ello es así debido a la influencia de los principios

---

<sup>33</sup>El régimen estatutario se desprende del artículo 103.3 de la Constitución. Aun así algún autor defiende el reconocimiento expreso de la negociación colectiva del personal funcionario, la tesis estatutaria se ha quebrado, al menos parcialmente, dando cabida a la autonomía de la voluntad colectiva como nueva fuente de regulación del régimen jurídico del personal funcionario. *Vid.* BLASCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 52, 1986, pg. 509-510 y 549-550.

<sup>34</sup>*Vid.* BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «El concepto de acto administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº2, 2003, pg.11.

constitucionales sobre la actividad Administración, en concreto, la aplicación de los artículos 9.3 –interdicción de la arbitrariedad- y 103 –sujeción a la ley y al derecho- limitan, e incluso anulan, la autonomía de la voluntad de la Administración.

Además, en la regulación de la relación laboral de empleo público concurren determinados instrumentos administrativos, ordenadores de las relaciones de trabajo, que son desconocidos para el Derecho Laboral y que, por tanto, tienen mal encaje en el sistema de fuentes establecido en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. Así, algún autor se ha referido a los instrumentos de ordenación de la Gestión de Recursos Humanos como «*los medios jurídicamente establecidos que, coordinados adecuadamente, sirven a la Administración para organizar u ordenar la gestión del personal*»<sup>35</sup>. Entre estos recursos se pueden destacar las plantillas de personal, las Relaciones de Puestos de Trabajo, los catálogos de puestos de trabajo, las Ofertas de Empleo Público, las Bases de Convocatorias o la evaluación del desempeño.

Estos instrumentos orientados a ordenar y dirigir la actividad de los empleados públicos presentan dudas sobre su categorización, como actos reglamentarios o administrativos. Así mismo, se discute sobre su posición y relación en el sistema de fuentes de regulación de la relación laboral, ya que, desde una perspectiva orgánica, responden a la capacidad inherente de los órganos de la Administración de pautar, dirigir y organizar la actividad administrativa, y, desde la óptica del Derecho del Trabajo tales instrumentos pueden considerarse una manifestación del poder de dirección otorgado a la Administración en cuanto a empleadora.

**6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN-** Todas estas cuestiones constituyen el objeto de estudio de esta tesis doctoral, que, como se puede ver, presenta dos perfiles de investigación diferenciados: uno relativo a la regulación

---

<sup>35</sup>Vid. BOCINOS RIOBOÓ, M<sup>a</sup> Inés, «Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos, especial referencia a la Administración Local (I)», *Revista CEMCI*, nº6, 2010, pg.2.

de la relación de trabajo en un ámbito tan específico como es el de la Administración y, otro, relativo a la influencia que la normativa de función pública ha tenido sobre la relación laboral, en especial, por el efecto de las prerrogativas de la Administración, que se proyectan también sobre el contrato de trabajo y en la manera en que se desarrolla la prestación de servicios.

En lo que se refiere a la función pública, es necesario señalar que la Ley 7/2007, del 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público supuso una importante renovación de las normas y principios reguladores de la misma. Esta norma, introdujo, a su vez, modulaciones o modificaciones en el régimen de las relaciones laborales en el seno de la Administración, lo que requiere una revisión en profundidad de los estudios realizados hasta el momento sobre el empleo público en régimen laboral. Además, cabe destacar que los esfuerzos de la doctrina, tradicionalmente, se han centrado en analizar las especialidades del convenio, y de la negociación colectiva, desatendiendo el resto de fuentes. Por lo que el estudio de las fuentes de regulación del empleo público en régimen laboral es parcial y no se ha procedido aún al análisis sistemático de la materia.

Por todo ello, los objetivos que se persiguen en el desarrollo de la tesis doctoral se centran, por una parte, en el análisis de las particularidades del empleo público en régimen laboral, respecto del sector privado. Para ello, se delimita el ámbito objetivo y subjetivo del empleo público, con una especial atención a los rasgos diferenciadores del empleo público frente al privado y las particularidades del contrato de trabajo en este sector. Además, se estudia la influencia de la normativa supra-nacional –tanto la internacional, como la proveniente de la Unión Europea- en la configuración de nuestro sistema de empleo público.

En el mismo contexto, se perfila también como objeto de estudio la acción de que los principios y prerrogativas propias de la Administración pueden tener sobre otros principios y reglas típicamente laborales, así como el diferente alcance que pueden tener estos respecto a su manifestación en el

ámbito privado. Bien como refuerzo (por ejemplo la estabilidad en el empleo), bien como modulación (por ejemplo el interés público o las necesidades del servicio).

Otro de los objetivos de este estudio es determinar las relaciones que se crean entre las Administraciones en materia de distribución de competencias. Desde esta perspectiva se hace necesario un análisis de las regulaciones provenientes de las distintas Administraciones, para determinar su alcance personal y normativo, y si resultan lícitas dentro de la distribución competencial fijada en la Constitución que, como se sabe, otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de «*legislación laboral*» (art.149.1.7 CE) y la competencia de la «*legislación básica*» en materia de función pública (art.149.1.18 CE).

Por otro lado, siguiendo la estructura tradicional de las fuentes, la investigación se centra, inicialmente, en el análisis de las normas de alcance general –leyes y reglamentos- y su influencia en la ordenación de las relaciones laborales. Teniendo como referencia la regulación del sector privado y, adicionalmente, la de la función pública.

Así mismo, se hace necesario distinguir los distintos tipos de actividad que lleva a cabo la Administración pública, delimitando cuáles son normas de alcance general y, por tanto, actos normativos, y cuáles son manifestaciones inherentes a la potestad de la organización de la Administración. En ambos casos, se perfila como objetivo de estudio delimitar y sistematizar el alcance personal y la influencia que estos instrumentos de ordenación tienen en la configuración de la relación laboral de empleo público. Además, cabe recordar que estas herramientas son prácticamente desconocidas para el Derecho del Trabajo en el ámbito privado, por lo que es necesario estudiar su naturaleza jurídica y categorización.

Vinculado a esta potestad de organización de la Administración, se constituye como un objetivo adicional de la investigación el análisis de la

potestad directiva de la Administración. La citada potestad presenta un especial interés en la medida en que, formalmente, convergen dos fuentes de regulación diferentes. Por un lado, los actos reglamentarios o administrativos, a través de los cuales se manifiesta la voluntad de la Administración y, materialmente, la voluntad de las partes que conforman el contrato de trabajo, en concreto, la del empresario público. El análisis del poder de dirección en el ámbito público se realiza en contraposición a la potestad de los empresarios privado, comparando su origen, titularidad, ejercicio y límites.

Por último, es objeto de esta investigación el análisis de las especialidades de la negociación colectiva. Si bien el estudio de esta se centra en las especialidades de la relación laboral, es imprescindible hacer menciones a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Por un lado, para analizar el distinto fundamento constitucional de ambas, así como su distinta evolución legal y jurisprudencial. Por otro lado, al precisar el régimen común para ambos colectivos que se establece en determinadas materias, que vienen impuestas por las especialidades de la Administración como empleadora y su especial estatuto jurídico-constitucional.

**7. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN-** Por ello, esta memoria monográfica para la obtención del «*grado de doctor*» que lleva por título «*Las fuentes de regulación e instrumentos de organización en el empleo público de régimen laboral*» se ha estructurado en nueve capítulos.

El primer capítulo («*Delimitación del empleo público de régimen laboral*») está dedicado a delimitar el objeto de estudio, esto es, el empleo público en régimen laboral. Para ello, se analiza el alcance de diversos términos utilizados por la legislación administrativa en relación con el empleo público como son sector público, Administración Pública o empresa pública. Además, se repasa la dualidad histórica de regímenes de prestación de servicios en la Administración Pública y su reflejo en la legislación vigente. A su vez, se exponen aquellos colectivos de empleados públicos que, debido a sus

especialidades, tienen un régimen específico. Por último, se enuncian las principales diferencias entre el empleo público y el privado, así como las especialidades del contrato de trabajo en este sector.

El segundo capítulo (*«La influencia de la Constitución y de la norma internacional»*) se dedica al estudio de modelo de empleo público y de relaciones laborales configurado por la Constitución Española de 1978. Así como la distribución de competencias en materia de empleo público. Además, se analiza la influencia de la normativa internacional en la ordenación de la materia –en concreto los Convenios de la OIT- y del Derecho Europeo, con una especial atención a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El capítulo tercero (*«La ordenación legal del empleo público laboral»*) analiza la influencia de las normas de alcance general, en especial del Estatuto de los Trabajadores, como primera fuente de ordenación legal, y la Ley 7/2007, del 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, como norma específica en la materia. Además, se estudia la influencia de las leyes laborales comunes, como son la de libertad sindical y la de prevención de riesgos laborales. Así como la importancia de las leyes administrativas en la ordenación de la materia, especialmente las leyes sobre organización y régimen jurídico de las Administraciones Públicas o las leyes de presupuestos.

El capítulo cuarto (*«Norma reglamentaria en el empleo público en régimen laboral»*) analiza la potestad reglamentaria de la Administración Pública, con especial atención a las diferencias entre la potestad reglamentaria, en sentido estricto, y las potestades de gobierno de la Administración en el ámbito del empleo público. Para ello, se realiza un estudio de las remisiones y habilitaciones contenidas en el EBEP, tratando de delimitar a cuál de las dos potestades corresponde cada precepto. También se analizan los reglamentos sobre condiciones de empleo y condiciones de trabajo, así como los reglamentos sectoriales de trabajo.

El capítulo quinto (*«Instrumentos jurídicos de organización y planificación de los recursos humanos en el empleo público laboral»*) estudia la potestad organizativa de la Administración en lo relativo a su organización esencial o nuclear de los recursos humanos. En concreto, se procede a un análisis de los instrumentos típicos de la citada potestad, como son la Relación de Puestos de trabajo (RPT), la Oferta de Empleo Público (OEP), el reglamento de ingreso y promoción y la evaluación del desempeño, y las bases de las convocatorias, con una especial atención a su impacto en el empleo temporal.

El capítulo sexto (*«Otros instrumentos de organización interna de la Administración Pública»*) se dedica a manifestaciones administrativas, típicas del régimen de funcionarios, pero analizándose desde la perspectiva de la regulación de condiciones de trabajo. Estas previsiones se diferencian de los instrumentos del capítulo anterior en que no todas responden a un acto de la Administración Pública, sino que se trata de productos heterogéneos que se encuentran tanto en las leyes, como en decisiones unilaterales de la Administración o en acuerdos y convenios colectivos.

Además, a diferencia de los instrumentos analizados en el capítulo quinto, estas previsiones no se corresponden con la organización esencial o nuclear de los recursos humanos de las Administraciones, sino que se trata de disposiciones orientadas principalmente a la mejora de la prestación de servicios, aunque tengan una influencia notable en las condiciones de trabajo de los empleados públicos. En este sentido, se estudia el Código de Conducta, los Planes de Igualdad, los protocolos contra el acoso en el trabajo y las cartas de servicio. También se analiza en este capítulo la consideración de la Administración como posible sujeto ideológico, y su eventual clasificación como empleador de *«tendencia»* y la repercusión que, en su caso, podría tener esta calificación sobre los derechos fundamentales de los empleados públicos.

El capítulo séptimo (*«Poderes empresariales de organización y dirección del trabajo en la Administración Pública»*) estudia el poder de

dirección de la Administración Pública respecto de sus trabajadores, incidiendo especialmente en las diferencias habidas en su fundamento, límites y ejercicio respecto de los empresarios privados, con una especial atención sobre la exigencia de motivación e interdicción de la arbitrariedad que pesa sobre todas las actuaciones administrativas.

El capítulo octavo (*«La negociación colectiva en el ámbito del empleo público en régimen laboral»*) analiza la negociación colectiva como fuente del empleo público, distinguiendo entre la puramente laboral y la funcionarial, en aspectos tan importantes como su fundamento constitucional y su evolución normativa, así como las unidades de negociación, la legitimación para negociar, o el proceso negociador. También se estudia su ámbito objetivo, así como los límites inherentes a la misma por la condición de sujeto público del empleador. Además, se analizan las reformas introducidas por la normativa *«anticrisis»* que, a pesar de aprobarse como normas de coyuntura, han tenido un impacto importante en la configuración de la negociación colectiva en este sector.

Por último, el capítulo nueve (*«Acuerdos Generales y Concertación social en el empleo público»*) incluye el análisis de la denominada *«concertación social»* o *«diálogo social»* como método de participación de los agentes sociales en el proceso de adopción de leyes. Esta materia se ha separado en su estudio de la negociación colectiva ya que si bien tiene similitudes con aquella, en la medida en que es un procedimiento de toma de decisiones paccionado, no es posible su equiparación. En efecto, en este capítulo no se estudia una negociación en sentido estricto, sino la participación de los agentes sociales en los procedimientos de elaboración de normas generales.

## CAPÍTULO I

### DELIMITACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO DE RÉGIMEN LABORAL

**1. Los modelos de empleo público: un análisis comparado -2. Sector público, Administración pública, empresa pública. -3. La duplicidad de regímenes en el empleo público. -4. Franjas especiales de empleados públicos. -5. Rasgos diferenciadores del empleo público frente al empleo privado. -6. Las particularidades del contrato de trabajo en el empleo público. -7. Los Principios de Derecho del Trabajo y empleo público.**

#### **1. Los modelos de empleo público: un análisis comparado**

Si bien los distintos ordenamientos jurídicos nacionales configuran diferentes modelos de empleo público, muy dispares entre si, lo cierto es que todos los sistemas presentan un denominador común, que se traduce en establecer modulaciones o especialidades respecto de la regulación de las relaciones laborales en el sector privado. Esta característica del empleo público se corresponde con la especial naturaleza de la Administración, cuya actividad debe estar orientada siempre a la consecución del interés general, lo que conlleva una posición privilegiada y diversas prerrogativas a la hora de intervenir en el tráfico jurídico-económico.

El modelo español es heredero del sistema francés de función pública, que cuenta con una larga tradición y una gran influencia y recepción en los ordenamientos europeos, como es el caso del alemán o el italiano. El sistema de función pública francés se instauró con la Constitución Napoleónica, a la que el Derecho continental debe la creación de un «orden civil» de funcionarios del Estado, como un conjunto de grandes cuerpos de funcionarios permanentes dotados de estatutos jurídicos singulares, análogamente a como estaban organizadas las carreras militares<sup>36</sup>. El modelo francés se caracteriza por ser un

---

<sup>36</sup>Vid. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*,

sistema de función pública cerrado, que tiene como elementos básicos el cuerpo, la plantilla, el grado, el nivel y el cargo.

La legislación francesa distingue tres tipos de empleados públicos: los funcionarios propiamente dichos, que se definen como *«aquellos que han sido nombrados para un puesto permanente a tiempo completo y titularizados en un grado de la jerarquía de las Administraciones centrales, de los servicios periféricos que dependen de éstas o de los organismos autónomos del Estado»* (artículo 2 de la Ley 84/16, de 11 de enero, sobre disposiciones estatutarias relativas a la función pública del Estado); los agentes contratados cuya contratación se realiza *«cuando la naturaleza de las funciones o las necesidades de los servicios lo justifiquen especialmente, cuando no exista cuerpo de funcionarios o cuando se trate de funciones recientemente asumidas por la Administración o requieran conocimientos técnicos altamente especializados»* (artículo 4 de la Ley 84/16) y los contratos eventuales utilizados para aquellas *«funciones que correspondan a una necesidad permanente y precisen de un servicio a tiempo parcial»* (artículo 6 de la Ley 84/16). Por último, también se reconoce la existencia de funcionarios pertenecientes a colectividades territoriales.

Por su parte, la relación tradicional del funcionario alemán con la Administración es aún más rigurosa que la relación estatutaria del Derecho francés, considerándose una relación de servicio dependiente, que cubre toda la vida del funcionario, incluso más allá de la jubilación, la cual se configura como una situación administrativa más. Esta concepción tradicional del empleo público fue codificada en la Ley Fundamental de Bonn. En concreto, el artículo 33.5 de la Ley Fundamental de Bonn establece que *«El régimen jurídico de la función pública se regulará dentro del respeto a los principios fundamentales tradicionales del funcionariado de carrera»*, entendiéndose la función pública

---

Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 364-378; y LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.29-30.

como «*el ejercicio de las competencias de soberanía*» que se «*atribuirán a título de tarea permanente a funcionarios públicos de carrera, que estarán sujetos a una relación de derecho público de servicio y de lealtad*» (art. 33.4 de la Ley Fundamental del Bonn). Por tanto, el concepto de función pública en Alemania gira en torno al concepto de garantía institucional sustentada sobre la referencia constitucional a los principios tradicionales de la función pública.

De esta manera, se puede afirmar que el modelo alemán se caracteriza por diferenciar entre funcionarios, a los que se les atribuye el ejercicio de funciones de soberanía sometidos a una relación de servicio y lealtad constituida conforme al derecho público, y el resto de empleados de la Administración. Estas previsiones constitucionales han dado lugar a la aprobación de una Ley de la Función Pública (31 de marzo de 1999), y varios estatutos de los Funcionarios Profesionales (tanto a nivel federal como de cada Länder)<sup>37</sup>.

De un modo parecido a lo establecido en el artículo 103.3 de la Constitución Española, la Constitución de la República Italiana prevé que «*Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la ley, de tal modo que se garantice su buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración. En las disposiciones de los cargos se especificará su ámbito de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios. Se entrará en los empleos de la Administración Pública mediante oposición salvo los casos que la ley establezca*» (art.97). Sin embargo, el modo de acceso y selección es uno de los pocos ámbitos de la relación de servicios que se mantienen sujetos al Derecho Público, ya que el empleo público en Italia viene determinado por su laborización, que consiste principalmente en que las condiciones de trabajo se regulan de acuerdo con el Derecho Civil y Laboral, principalmente a través de

---

<sup>37</sup>Vid. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 375-378.

contratos individuales y convenios colectivos, y los contenciosos se dirimen en la Jurisdicción de lo Social<sup>38</sup>.

Por otra parte, el modelo de empleo público de Reino Unido se aparta del sistema continental y opta por el denominado «*Civil Service*». Como ya se anunció, los fundamentos tradicionales del «*Civil Service*», aún hoy vigentes, de aplicarse estrictamente, supondrían la imposibilidad de hablar de la existencia de un régimen jurídico de función pública, ya que carece de cualquier estabilidad o seguridad jurídica. En efecto, el «*Civil Servant*» depende enteramente de la Corona, a la que debe el empleo, y puede ser revocado *at pleasure*, por la simple voluntad del soberano<sup>39</sup>, sin que pueda esgrimirse ningún derecho contractual, ni ejercitada acción alguna ante los Tribunales<sup>40</sup>. La regulación de la prestación de servicios, al no existir un verdadero código de función pública, se lleva a cabo, por un lado, a través de las reglas tradicionales, y, por otro, por una serie de normas específicas que se han dictado al efecto.

A su vez, el modelo de empleo público de los Estados Unidos de América también difiere del sistema continental, alejándose de la concepción estatutaria dominante en Europa<sup>41</sup>, estando su regulación más próxima a la regulación tradicional inglesa del «*Civil Service*». En efecto, la Constitución

---

<sup>38</sup>Vid. PRETEROTI, Antonio, Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative, primi riscontri giurisprudenziali e nuovi orizzonti, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 6, 2009, pp. 1089-1121; PRETEROTI, Antonio, Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 95/2010, pp. 1-25 y PRETEROTI, Antonio, A proposito di una possibile “disapplicazione” del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella P.A., in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 5, 2010, pp. 885-903.

<sup>39</sup>‘*At pleasure*’ es la abreviatura de ‘*At Her Majesty’s pleasure*’ que puede traducirse como «a placer de su Majestad (de la Reina) o por la mera voluntad de esta». En el sistema anglosajón, como ya se ha anunciado, se utilizada para hacer alusión a la duración indeterminada, e indeterminable, de los contratos en la Administración Pública, ya que estos durarán «hasta que la Reina disponga» (‘*At Her Majesty’s pleasure*’).

<sup>40</sup>Vid. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 370.

<sup>41</sup>Incluso algún autor ha dicho que el sistema norteamericano de empleo público se encuentra en las antípodas del Derecho europeo, en concreto del Derecho francés, Vid. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 367.

federal de los Estados Unidos, aprobada el 17 de septiembre de 1787, en la Convención de Filadelfia (*Philadelphia Convention*)<sup>42</sup>, no configura ningún sistema de empleo público, ni identifica los derechos y libertades específicos de los empleados públicos o los límites de la actuación administrativa<sup>43</sup>.

El empleo público en los Estados Unidos surge en 1820 con la aprobación de *Four Tenure of Office Act*, que estableció como regla la rendición de cuentas en la gestión de los empleados públicos y la confirmación y/o renovación de su investidura cada cuatro años, vinculada a los cambios políticos. Este planteamiento, antagónico con el continental, pretendía evitar que por medio de la inmovilidad de los funcionarios se produjeran prácticas de «*apropiación de las funciones públicas*», que serían consideradas, al fin, como prácticas antidemocráticas. Aun así, la problemática inherente al cese de toda la administración vinculada a los cambios políticos motivó la aprobación de la *Pendleton Act* en 1883 y de la *Civil Service Commission* en 1978, que introdujeron elementos del sistema corporativo en el modelo de función pública estadounidense. Finalmente, en el año 1978 se aprobó la «*Civil Service Reform Act*» (CSRA), que pretendió modernizar y estructurar el empleo público federal, aunque su propia estructura, que otorgaba numerosas facultades de regulación a las concretas Administraciones, su bajo impacto real, y la prolija labor jurisprudencial posterior, impiden que la CSRA pueda considerarse una norma compilatoria del empleo público federal.

Estas reformas, sin embargo, sí que crearon una verdadera carrera o cuerpo de funcionarios directivos a fin de disponer siempre de personas capacitadas que aseguren la continuidad de la Administración y su neutralidad

---

<sup>42</sup> El texto constitucional se conforma por VII artículos y, hasta la fecha, veintisiete enmiendas. Las diez primeras enmiendas fueron ratificadas a la vez, en el año 1791, son conocidas como la «Carta de Derechos» (*Bill of Rights*), y están dirigidas a garantizar los derechos y libertades de las personas, y a limitar el poder del Gobierno federal.

<sup>43</sup> Para un estudio detallado sobre la historia y aprobación de la Constitución de los Estados Unidos *vid.*, MEDINA, Loreta (Ed.), *The creation of the U.S. Constitution*, Thomson, Gale, 2003.

política<sup>44</sup>. La relación de empleo público en los Estados Unidos se caracteriza, por tanto, por la ausencia de un estatuto jurídico determinado, al no existir una ley formal que sea aplicable, y destaca porque su evolución se encuentra íntimamente vinculada al acervo jurisprudencial, basado en el casuismo y con el precedente como elemento nuclear<sup>45</sup>.

Volviendo a nuestro sistema de empleo público, como se ha visto, desde el punto de vista constitucional, nuestro modelo es de clara inspiración francesa, presidido por una concepción estatutaria de la función pública y articulado sobre los principios de inmovilidad, mérito y capacidad (art.103.3 CE). Si bien la Constitución de 1978 parte de un modelo de empleo público estatutario se ha ido produciendo una paulatina «*laborización*» del empleo público, que introduce la posibilidad de contrataciones laborales, posibilitando la temporalidad en la contratación y la movilidad en los puestos de trabajo. Además, se ha reconocido la posibilidad de pactos y acuerdos negociados, desconocidos en un modelo tradicional de función pública regulado exclusivamente por leyes y reglamentos, acercándose, de esta manera, al modelo italiano, que combina la regulación privada y pública en la determinación de las condiciones de trabajo.

A mayor abundamiento, esta laborización del empleo público se vincula también con el concepto extensivo que se utiliza en la actualidad, que engloba, además de a las Administraciones en sentido estricto, al sector público con carácter general, en el que se incluyen los organismos autónomos, las empresas públicas y otras entidades financiadas o sujetas a los presupuestos públicos.

## **2. Sector público, Administración pública, empresa pública**

En el ordenamiento jurídico español no existe una definición general de lo que debe entenderse por sector público, sin que la doctrina científica ofrezca

---

<sup>44</sup>Vid. GARCÍA TORRES, Alba, «La constitucionalización del empleo público en los Estados Unidos de América», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 380, 2014, pg.148-158.

<sup>45</sup>Vid. LEE, Yong S., *Public personnel Administration and Constitutional values*, Querum Books, London, 1995, pg. 3-4.

un criterio unánime al respecto<sup>46</sup>. En efecto, las definiciones existentes son parciales y sectoriales, vinculadas, en su mayoría, a la finalidad de una determinada o concreta ley. A pesar de esta indefinición general, son múltiples las referencias al sector público que pueden encontrarse en las distintas ramas del ordenamiento. Así, el propio texto constitucional utiliza repetidamente la expresión, aunque en ningún caso define su contenido. En concreto, los artículos 128.2<sup>47</sup>, 134.2<sup>48</sup> y 136.2<sup>49</sup> de la CE, aluden, en relación con diversas materias, al sector público.

El sector público delimitado en la Constitución Española engloba, por un lado, el llamado sector público administrativo y el sector público empresarial. Con un carácter más específico, el artículo 134.2 de la Constitución se refiere al sector público estatal, que estaría integrado por los sectores político-administrativo y empresarial del Estado Central. En concreto, el sector público estatal comprendería las Administraciones de los Órganos Constitucionales<sup>50</sup>, los Órganos de la Administración Central del Estado<sup>51</sup>, la Administración Instrumental dependiente de la Administración General del Estado<sup>52</sup>, y la Administración de la Seguridad Social<sup>53</sup>.

---

<sup>46</sup>*Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> Teresa, y UTRILLA DE LA HOZ, Alfonso, *El sector público español (organización, gestión y aspectos económicos)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1991, pg. 38-39.

<sup>47</sup>El artículo 128.2 CE establece que «*se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales (...)*».

<sup>48</sup>El artículo 134.2 de la CE establece que «*los Presupuestos Generales del Estado tendrá carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal (...)*».

<sup>49</sup>El artículo 136.2 de la CE establece que «*las Cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán antes el Tribunal de Cuentas y serán censuradas por este*».

<sup>50</sup>Los Órganos Constitucionales incluirían la Casa de Su Majestad el Rey, el Defensor del Pueblo, las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal de Cuentas.

<sup>51</sup>Los Órganos Centrales del Estado están compuestos por los Departamentos ministeriales y por otros órganos con dotación diferenciada en las leyes de presupuestos.

<sup>52</sup>La Administración Instrumental está integrada por organismos autónomos de carácter administrativo, organismos autónomos de carácter comercial, industrial y financiero, entidades de Derecho Público y sociedades mercantiles de participación estatal mayoritaria.

<sup>53</sup>En la Administración de la Seguridad Social se debe incluir tanto a las Entidades Gestoras, como a los Servicios Comunes.

Es conveniente destacar que el concepto de sector público proviene de la ciencia económica, dentro de la cual se define «*sector*» como el conjunto de actividades económicas de un país que presentan características peculiares y homogéneas. En este sentido, el sector público se corresponde con el gasto público<sup>54</sup>, y atañe a aquellas actividades que están dentro de la esfera gubernamental. El sector público responde al principio de autoridad, englobando la parte de la economía de un país cuyas decisiones dependen de la autoridad de los poderes públicos. Para ello, se utiliza el presupuesto como instrumento, a la vez que se ejerce el poder legal de coacción, frente a la lógica del mercado, por la que se rige el sector privado de la Economía<sup>55</sup>.

En este sentido, el sector público estaría integrado, como ya se advirtió, por la suma de las Administraciones Públicas y el sector público empresarial. El concepto de Administración Pública alcanza, a estos efectos, a la Administración General del Estado, y sus organismos autónomos dependientes, a la Administración de la Seguridad Social, y a las Administraciones Territoriales (Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales). Por su parte, el sector público empresarial estaría constituido por todas las empresas que se encuentran bajo control público, tanto financieras, como no financieras.

Esta diversidad conceptual conlleva que las normas reguladoras del sector público presenten una tipología muy variada, tanto por su origen, como materialmente. En efecto, la normativa existente en la materia proviene, por un lado, del Estado, en lo que refiere a la regulación general y básica del sector público. A su vez, se encuentra normativa estatal aplicable en exclusiva a la Administración General del Estado (AGE) y sus organismos dependientes, que es la encargada de delimitar el sector público central. Por otro lado, existen

---

<sup>54</sup>La inversión en gasto público, a su vez, se encuentra vinculada a los objetivos de producción de servicios, redistribución de renta y promoción del crecimiento económico y la prosperidad.

<sup>55</sup>*Vid.* DELGADO RIVERO, Francisco J., y MUÑIZ PÉREZ, Manuel A., *Cuadernos de Hacienda Pública. Teoría de los impuestos*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, Pg.16.

normas de las Comunidades Autónomas dirigidas a conformar su propio sector público, dentro de las pautas generales establecidas por el Estado.

En lo que respecta al ámbito material, las normas encargadas de delimitar y definir el sector público pueden agruparse fundamentalmente en cuatro bloques. En primer lugar, la normativa administrativa general; también la normativa relativa a la contratación administrativa; además la normativa financiera-presupuestaria, y por último, las normas relacionadas con el empleo público.

A pesar de esta diversidad, la definición más utilizada como referencia es la contenida en la legislación sobre contratación administrativa, en este momento el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Esta normativa engloba dentro de la definición del sector público a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las Entidades que integran la Administración Local. Además, incluye en su ámbito subjetivo a las Entidades Gestoras, los Servicios Comunes de la Seguridad Social y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, así como las sociedades mercantiles públicas. Del mismo modo, considera sector público los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales, y cualesquiera entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de un sujeto que pertenezca al sector público.

El Real Decreto Legislativo 3/2011 también incluye en el sector público a las fundaciones públicas, así como a aquellos entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general y que no tengan carácter industrial o mercantil (artículo 3.1). Como se ve, el sector público delimitado por esta norma tiene un carácter pretendidamente totalizador, y engloba a numerosos entes y organismos que, en sentido estricto, probablemente se encontrarían excluidos

del concepto.

Sin embargo, otra normativa de origen estatal, como la Ley 3/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece un ámbito mucho más restringido, aplicándose exclusivamente a la Administración General del Estado, a los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. También a las Comunidades Autónomas, a las entidades que integran la Administración local y a las entidades de derecho público vinculadas o dependiente de ellas (art.2). Por tanto, esta ley circunscribe su radio de acción al sector público administrativo, dejando fuera todo el sector público empresarial.

Por otro lado, la normativa contable, así como la presupuestaria, delimitan de manera prolija el sector público, con definiciones muy vinculadas al concepto de gasto público. En concreto, cabe destacar, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas<sup>56</sup>, el Plan General de Contabilidad<sup>57</sup>, así como la diversa normativa presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, ley de presupuestos generales del Estado para cada año y Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria). Además, la Contabilidad Nacional de España (CNE-2008), elaborada trimestral y anualmente por el Instituto Nacional de Estadística (INE), incluye un análisis del estado del sector público<sup>58</sup>.

Las definiciones incluidas en esta normativa están en sintonía con las directrices establecidas por la Unión Europea<sup>59</sup> y por los organismos

---

<sup>56</sup> En concreto, su artículo 4 incluye dentro del sector público a la Administración del Estado, a las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones Locales, a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, a los organismos autónomos, y a las sociedades estatales y demás empresas públicas

<sup>57</sup> Real Decreto 1514/ 2007, de 16 de noviembre.

<sup>58</sup> *Vid.*, «Contabilidad Nacional de España, Base 2008. Características metodológicas», Instituto Nacional de Estadística (INE), [http://www.ine.es/daco/daco42/cne00/nota\\_cambmet\\_b2008.pdf](http://www.ine.es/daco/daco42/cne00/nota_cambmet_b2008.pdf)

<sup>59</sup> En concreto, en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95), DOCE L 310/1, de 30 de noviembre. Reglamento CE nº 2223/96, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad. A este respecto, cabe recordar que el SEC 95 se instauró en el año 1999 de forma transversal en todos los países miembros de la Unión Europea.

internacionales<sup>60</sup>. Conforme a esta metodología se consideran integrados en el sector público todos los organismos de las Administraciones Públicas que gestionen y financien el conjunto de actividades consistentes en suministrar a la colectividad bienes y servicios no de mercado<sup>61</sup>; así como las instituciones sin fines de lucro dotadas de personalidad jurídica que estén controladas y financiadas principalmente por las Administraciones Públicas; y los fondos de pensiones autónomos, si son obligatorios en virtud de disposiciones legales o normativas y si las Administraciones Públicas son responsables de la gestión del organismo en lo relativo al establecimiento o la aprobación de las cotizaciones y las prestaciones.

Estas previsiones metodológicas generales se traducen en el ordenamiento jurídico español en incluir en el concepto de sector público a las Administraciones Públicas (S.13), las sociedades no financieras públicas (S.11001)<sup>62</sup> y parte de las Instituciones financieras (S.12)<sup>63</sup>. Dentro de esta clasificación, el sector que ocupa el mayor volumen sobre el total es el sector denominado «Administraciones Públicas» (S.13), conformado a su vez por cuatro subsectores: la Administración Central (S.1311); las Comunidades Autónomas (S.1312); las Corporaciones Locales (S.1313); y la Administración de Seguridad Social (S.1314).

En este mismo sentido, y vinculado también al gasto público, se encuentra la definición de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General

---

<sup>60</sup>Por ejemplo, el «Sistema de Cuentas Nacionales», aprobado por las Naciones Unidas en el año 1993 (SCN-1993), y utilizado actualmente por la mayoría de países del mundo.

<sup>61</sup>Excepto los productores públicos si están clasificados en los sectores instituciones financieras o sociedades no financieras.

<sup>62</sup>Las sociedades no financieras públicas (S.11001) son un subsector que se integra dentro del sector general de sociedades no financieras (S.11)

<sup>63</sup>En concreto, se incluye dentro del sector público el Banco Central (S.121), otras instituciones financieras monetarias públicas (S.12201), otros intermediarios financieros públicos (S.12301), auxiliares financieros públicos (S.12401) y empresas de seguro y fondos de pensiones públicos (S.12501).

Presupuestaria<sup>64</sup>, así como las incluidas en las Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondientes a cada año. La Ley 47/2003 considera sector público estatal a la Administración General del Estado (AGE), así como a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales dependientes de esta, o de cualesquier otro organismo público vinculado o dependiente de la AGE. También integran el sector público estatal las Entidades Gestoras, los Servicios Comunes y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social), así como sus centros y entidades mancomunados; las sociedades mercantiles estatales, las fundaciones del sector público estatal, las entidades estatales de Derecho Público, y los consorcios dotados de personalidad jurídica (art.2 de la Ley 47/2003)<sup>65</sup>.

Por otro lado, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria remite a la definición y delimitación de las Administraciones Públicas (S.13) contenida en la normativa europea en la materia, en concreto al SEC 95<sup>66</sup>. Además, añade que, a sus efectos, tendrán la consideración de sector público el resto de entidades públicas empresariales y demás entes de derecho público dependientes de las Administraciones Públicas, no incluidas en los preceptos anteriores (art. 2.1 y 2).

---

<sup>64</sup>El objeto de esta ley es la regulación del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero del sector público estatal (artículo 1).

<sup>65</sup>Partiendo de esta pauta general, las distintas leyes de presupuestos Generales del Estado (Ley 26/2009, de 23 de diciembre, Ley 39/2010, de 22 de diciembre, Ley 2/2012, de 29 de junio y Ley 17/2012, de 27 de diciembre) integran dentro del concepto de sector público a la Administración General del Estado, a sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia, así como a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia; a las Corporaciones locales y sus Organismos dependientes; a las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, los Órganos constitucionales del Estado, y a el Banco de España, así como a las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público, destinadas a cubrir déficit de explotación, las entidades públicas empresariales y al resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.

<sup>66</sup>*Vid. Manual del SEC95 sobre el déficit público y la deuda pública*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2002, pg.9-11.

Más recientemente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, estableció la necesidad de ampliar y reforzar *«la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento»* (art.1).

Para ello incluyó en su ámbito subjetivo a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y a las entidades que integran la Administración Local. Así como, a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas [art.2.1 a) y d)]. Además, la propia Ley precisa que estos organismos y entidades se entienden incluidos dentro de la categoría de *«Administraciones Públicas»* (art.2.2).

También se incluyen dentro del ámbito subjetivo de la ley las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social. Así como, los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. También, las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

A su vez, se incluyen en el radio de acción la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades

sujetas a Derecho Administrativo. Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100. Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones. Y, por último, a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades (art.2.1).

Además de estas enumeraciones, vinculadas al ámbito presupuestario y al gasto público, se puede perfilar el concepto de sector público a través de otra normativa, como es el caso de las leyes ordenadoras o reguladoras del empleo público. Así, por ejemplo, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, es la norma elemental en la materia y, en este sentido, engloba en su ámbito de aplicación a todo el personal funcionario y laboral de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Además, incluye al personal de los Organismos Públicos, Agencias y demás entidades de Derecho público, así como a las Universidades Públicas (art.2).

En el mismo ámbito del empleo público, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones, engloba en su ámbito de aplicación a todo el personal civil y militar de la Administración del Estado y sus organismos públicos, al personal al servicio de las Comunidades Autónomas y Organismos dependientes, asambleas legislativas y órganos institucionales, así como el personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los organismos de ellas dependientes.

Además, alcanza, a estos efectos, al personal al servicio de Entes y Organismos públicos exceptuados de la aplicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas y al personal que desempeñe funciones públicas y perciba sus retribuciones mediante arancel. También al personal de la Seguridad Social, al de sus Entidades Gestoras y de cualquier otro organismo de la misma, al personal al servicio de la entidades, corporaciones de Derecho público y fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente de un

50% con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas, y, en fin, al personal al servicio del Banco de España y de las Instituciones financieras públicas y al restante de personal al que resulte de aplicación el régimen estatutario de los funcionarios público (art.2).

Por último, cabría señalar que en el actual contexto de crisis económica se han aprobado sucesivas normas con el objeto de incidir sobre el gasto público, pero a su vez muy vinculadas al empleo, conteniendo su mayoría una delimitación propia del sector público. En este sentido, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público<sup>67</sup>, relacionó los organismos que conformaban el sector público en relación con las medidas de contención salarial (art.2)<sup>68</sup>. Sin embargo, normas posteriores, como el Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, optaron por establecer un régimen dual delimitando, por un lado, un régimen de sector público específico para la aplicación de algunas medidas (*v.gr.* el régimen de incompatibilidades de pensiones indemnizatorias y compensatorias –artículo 1 del RD-ley 20/2012- o la supresión de la paga extra de Navidad), y estableciendo, por otro, remisiones a la Ley de Contratos del Sector Público (disposición adicional primera del RD-Ley 20/2012).

Como se puede observar, la normativa española delimita un sector público muy amplio, vinculado fundamentalmente al gasto público. También en

---

<sup>67</sup>El Real Decreto-ley 20/2011, que suponía una prórroga de los Presupuestos Generales del Estado del año 2011, no estableció qué debía entenderse, a sus efectos, por sector público, y tampoco contenía un ámbito subjetivo para la aplicación sus medidas, optando por establecer diversos ámbitos de aplicación, en relación con cada grupo de medidas concretas.

<sup>68</sup>El artículo 2. UNO del Real Decreto Ley 20/2011, relativo al radio de acción de las medidas salariales, establece que: “A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público: a) La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia. c) Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes. d) Las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social. e) Los Órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución. f) Las sociedades mercantiles públicas. g) Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local”.

materia de empleo, ya que el radio de acción desborda los conceptos tradicionales de «funcionario» e incluso de «empleado público». En este sentido, el sector público español también supera el ámbito subjetivo de las llamadas relaciones de sujeción especial, una categoría ya clásica en el Derecho Administrativo, que podría usarse como parámetro de comparación a estos efectos. La potestad de supremacía especial es ejercida por la Administración respecto a quienes están en una situación organizativa y de subordinación, derivada de un título concreto<sup>69</sup>.

De esta manera, las relaciones de sujeción especial en materia de empleo se corresponderían con bastante proximidad a la categoría de «empleado público» contenida en el ámbito de aplicación del EBEP, pero no incluirían otro tipo de personal (por ejemplo los trabajadores de empresas públicas, del Banco de España o de los consorcios y fundaciones públicas) que, sin embargo, sí son sector público desde una perspectiva del gasto y/o contable, e incluso para algunas normas más relacionadas con el empleo (*v.gr.* Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas).

Con todo lo expuesto, y en consonancia con las directrices establecidas por la normativa europea y por nuestra normativa presupuestaria, la doctrina ha reconducido el sector público configurado por nuestro sistema político-legislativo a tres categorías<sup>70</sup>. En primer lugar, el sector público Administrativo, que estaría formado por la AGE, las CCAA, las corporaciones locales, sus organismos autónomos, las entidades que constituyen la Seguridad Social, y todos aquellos entes públicos cuya actividad no se desarrolle en el mercado ni se financie mayoritariamente con ingresos comerciales. En segundo lugar, el sector público empresarial, integrado por las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles estatales y otras entidades públicas empresariales, y todas aquellas entidades públicas cuya actividad se desarrolle en el mercado o se

---

<sup>69</sup>*Vid.* GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimotercera edición, Aranzadi, Navarra, 2006, pg.450 y ss.

<sup>70</sup>*Vid.* MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, «La empresa pública en la contabilidad nacional», *Presupuesto y Gasto Público*, N° 60/2010, pg.98-99.

financie mayoritariamente con ingresos comerciales. Por último, el sector público fundacional, que englobaría las fundaciones pertenecientes al sector público<sup>71</sup>.

Por tanto, se puede concluir que el concepto de sector público utilizado por el ordenamiento jurídico español mantiene una estrecha correlación con el gasto público, identificándose con aquellas actividades económicas en las que el Gobierno/Administración ejerce algún tipo de control o intervención, ya sea de manera directa o indirecta, ejerciendo para ello el poder legal de coacción, frente a la lógica del mercado, por la que se rige el sector privado de la Economía.

### **3. La dualidad de regímenes en el empleo público**

En el sistema actual de empleo público conviven, como se sabe, dos tipos de personal que desarrollan su prestación de servicios en el ámbito de la Administración Pública. Conforme al artículo 8.2 del Estatuto Básico del Empleado Público los empleados públicos se clasifican en «*funcionarios de carrera e interinos*» y «*personal laboral*».

El comienzo de esta duplicidad de regímenes en nuestro ordenamiento jurídico se fija por la doctrina mayoritaria en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado)<sup>72</sup>. En concreto, su artículo 7 posibilitaba la contratación del personal laboral «*de acuerdo con la legislación laboral*», siendo la primera norma que expresamente reconocía este tipo de contratación en el ámbito de la Administración Pública<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup>*Vid.* ZORNOZA PÉREZ, Juan, «El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal», *Revista Española de Control Externo*, Vol.6, N° 18, 2004, pg.95-96.

<sup>72</sup>*Vid.*, por todos, PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo II*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg.400 y ss.

<sup>73</sup>*Vid.* SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, «El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº15, 2007, pg.64.

Es reseñable, a este respecto, que dicha opción legislativa se encontraba avalada por el Consejo de Estado (Dictamen de 14 de diciembre 1960). En efecto, este órgano aprobaba la inclusión del personal laboral en el sector público, al considerar que el régimen administrativo y el laboral eran dos técnicas de organización que servían para configurar la relación jurídica entre la Administración y el personal a su servicio, de forma que se podía configurar legalmente la convivencia entre ambos regímenes jurídicos.

Sin embargo, otros autores consideran que la duplicidad de regímenes en el sector público es anterior, y que se remonta a los propios orígenes de la función pública en España<sup>74</sup>. Así, el primer Estatuto de la Función Pública –el denominado como «*Bravo Murillo*» de 1852<sup>75</sup>- ya configuraba la categoría de las llamadas «*clases subalternas*», incluyendo en esta a aquellos trabajadores que aun prestado servicios para la Administración «*no tienen la consideración de empleados públicos para los efectos de este Decreto, salvo los derechos adquiridos*» (art. 1 *in fine*).

La normativa posterior a este Estatuto de Bravo Murillo, y la regulación de las condiciones de trabajo de las clases subalternas, asentó la idea de que la Administración ejercía funciones análogas a un empresario. En efecto, fue en este ámbito donde surgieron las primeras normas de Derecho obrero. Así, la Real Orden del Ministro de Fomento (Pidal y Mon), de 26 de marzo de 1884, estableció la obligación de descansar los domingos y festivos de los trabajadores de «*las obras públicas que se hagan por la Administración*»<sup>76</sup> o la Real Orden del Ministerio de Hacienda, de 11 de marzo de 1902, que instauró la jornada de

---

<sup>74</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.34-35.

<sup>75</sup>En concreto el conocido como Estatuto de Bravo Murillo fue aprobado por Real Decreto de 18 de junio de 1852 (Gaceta nº 6572 de 20 de junio de 1852).

<sup>76</sup>La Orden tenía un carácter religioso en la medida en que su propio texto establecía que «*la observancia del precepto de santificar las fiestas es un deber de cuyo cumplimiento no cabe prescindir de manera alguna (pues) los sentimientos religiosos que nuestra existencia nacional atesora, n permiten que España sea en este punto excepción lastimosa respecto de otros países*»

trabajo de ocho horas para los obreros que prestaran sus servicios «*en las propiedades, minas fábricas, y demás establecimientos del Estado*» dependientes de la Hacienda Pública, a la vez que estableció el precio de las «*horas extraordinarias*» que se abonarían con «*una octava parte más del jornal estipulado*»<sup>77</sup>.

En este mismo sentido, el Real Decreto de 20 de junio de 1902, desarrollado por la Real Orden de 8 de julio del mismo año, fijaba las estipulaciones que deben consignarse en los contratos de obras públicas, a fin de «*prever las contingencias del desacuerdo entre obreros y patronos*», expresando que el Estado, en tanto patrono «*debe de dar el ejemplo de aplicar, en cuanto de él dependa, las leyes de la moral y de la economía social a las relaciones entre patronos y obreros*»<sup>78</sup>.

De un modo similar, en etapas posteriores, las normas laborales siguieron incluyendo en su ámbito de aplicación a la Administración Pública. Así, el Código de Trabajo de 1923 incluyó como empresario al Estado, Diputaciones y Ayuntamientos en las obras que se ejecuten por la Administración (art. 26 y 41). Posteriormente, en la legislación de la Segunda República se encuentra nuevamente una contraposición entre los funcionarios públicos –excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (art. 8)- y el resto del personal que presta servicios para la Administración, respecto del cual «*el Estado, las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos, o bien las entidades oficiales representativas de estas instituciones, queda equiparados a los patronos respecto de las obras o*

---

<sup>77</sup>Vid. ESPUNY TOMÁS, María Jesús, «La jornada laboral: Perspectiva histórica y valoración jurídica», *Trabajo* 13, 2004, pg.115-144 y LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.35.

<sup>78</sup>La base ideológica que subyace a estas normas, propia del pensamiento liberal de la restauración ha sido denominada por algún autor como la concepción del Estado como «*patrono modelo*». Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Ideología y Lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 93-94.

*servicios públicos que se ejecuten directamente por [la] administración»* (art. 5 último párrafo).

A pesar de esta larga tradición jurídica de un régimen dual de empleados públicos, el debate sobre su conveniencia se reabrió de nuevo tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. En efecto, un sector de la doctrina administrativista consideraba inadmisibles la existencia de personal laboral al servicio de la Administración Pública, en la medida en que el artículo 103.3 de la Constitución Española impone la regulación del «*estatuto de los funcionarios públicos*»<sup>79</sup>.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria entendió que la Constitución ni admite ni prohíbe expresamente la posibilidad de que halla personal no estatutario al servicio de las Administraciones. Esta teoría fue avalada por el Tribunal Constitucional que, si bien admitió la posibilidad del doble régimen jurídico del personal al servicio de la Administración, consideró que el funcionalista debía ser el régimen ordinario, relegando los supuestos de contratación laboral a casos excepcionales (STC 99/1987, de 11 de junio).

Esta duplicidad de regímenes se fue asentando en el ordenamiento jurídico español post-constitucional cuando, junto con la organización tradicional de la función pública organizada en Cuerpos y Escalas, se introdujo como elemento estructural básico del sistema de empleo público el «*puesto de trabajo*». Si bien el puesto de trabajo se introduce en nuestro modelo de empleo público por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado<sup>80</sup>, no cobrará una relevancia real hasta la época democrática, en concreto, hasta la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP).

---

<sup>79</sup>Vid. PÉREZ SIBÓN, María del Carmen, «El personal laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público. Régimen jurídico y lagunas», *Conferencia COSITAL*, mayo 2010, pg.3.

<sup>80</sup>En el Decreto 315/1964, la gestión de personal se realizaba a través de un instrumento denominado «*plantillas orgánicas*» precedente de las actuales RPT (art.52).

La LMRFP preveía que con carácter general los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debían desarrollarse por funcionarios [art.15.1 c)], excepto aquellos puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirigieran a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; también los puestos cuyas actividades fueran propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.

El personal laboral también podría ocupar aquellos puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares y los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo [art.15.1 c) párrafo segundo y STS 20 de enero de 1998<sup>81</sup>]<sup>82</sup>.

Sin embargo, la preferencia por el modelo estatutario establecida por el Tribunal Constitucional, así como por la LMRFP, no se ha respetado en la práctica, flexibilizándose los supuestos en los que se puede acceder al empleo público laboral. Incluso la propia jurisprudencia constitucional se ha adaptado a los cambios legislativos y ha rebajados las exigencias en relación a qué

---

<sup>81</sup>Rec. 317/1997.

<sup>82</sup>Vid. VVAA, *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, PEDRAJAS MORENO, Abdón (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pg. 330.

funciones deben reservarse a funcionarios y cuáles pueden ser desempeñadas por el personal laboral (STC 37/2001, de 14 de febrero)<sup>83</sup>.

A pesar de que, como se ha visto, esta dualidad de regímenes se admitiera tempranamente en el periodo constitucional, la relación laboral en este sector no se incluyó en una ley de función pública hasta la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Sin embargo, esta ley tampoco regula una relación laboral especial sino que extiende, en ciertos extremos, el régimen del personal funcionario al personal contratado que presta servicios en la Administración.

#### **4. Franjas especiales de empleados públicos**

El Estatuto Básico del Empleado Público contempla la existencia de ciertos colectivos de empleados públicos que, en atención a sus especialidades, así como al sector de actividad en el que llevan a cabo sus funciones, requieren una regulación autónoma (art. 4 EBEP). La regulación de estos colectivos tendrá un estatuto independiente, regulado por una ley estatal o de la Comunidad Autónoma, que no tiene porqué ajustarse a las previsiones básicas del EBEP. El EBEP ni siquiera actuará de manera subsidiaria, salvo que la regulación específica de cada colectiva así lo prevea expresamente<sup>84</sup>.

Los colectivos que el EBEP excluye de su ámbito de aplicación son el Personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas [art. 4.a)], el Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas [art. 4.b)], los Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia [art.4.c)], el Personal militar de las Fuerzas Armadas [art.4.d)], el Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad [art. 4.e)], el Personal retribuido por arancel [art. 4.f)], el

---

<sup>83</sup>*Vid.* Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg.21.

<sup>84</sup>*Vid.* PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 437.

Personal del Centro Nacional de Inteligencia [art.4.g)], el Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito [art.4.f)].

El Estatuto Básico del Empleado Público sigue así las recomendaciones de la Comisión de Expertos que entendió que era necesario establecer excepciones al régimen común del empleo público, ya sea por la especificidad de ciertos grupos, cuya singularidad impide que sean de aplicación la mayoría de los principios y normas comunes –como es el caso de los funcionarios retribuidos por arancel o del personal del CNI-, ya sea porque por imperativo constitucional su estatuto debe ser aprobado por medio de ley orgánica o de otro tipo de norma especial. Así ocurre respecto de las Fuerzas Armadas (art.8.2 CE), el Personal de las Cortes (art. 72.1 CE), de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado (art.104 CE), de los Jueces y Magistrados y personal al servicio de la Administración de Justicia (art.122.1 CE), del Ministerio Fiscal (art.124.3 CE), y del personal del Tribunal Constitucional (art. 165 CE)<sup>85</sup>.

Como se ha visto, el EBEP cita en primer lugar al personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Este primer apartado se vincula con el artículo 72.1 de la Constitución Española que prevé que las Cámaras *«establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales»*, además, añade que *«los Reglamentos y su reforma serán sometidos a una votación final sobre su totalidad, que requerirá la mayoría absoluta»*. Este precepto se ha entendido como el reconocimiento de la autonomía de las Cámaras para decidir sobre su organización y funcionamiento internos y para disponer, por sí mismas, de los

---

<sup>85</sup>*Vid.* Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg. 32-33.

medios personales y materiales y de los recursos económicos necesarios para el ejercicio de sus funciones<sup>86</sup>.

Esta autonomía otorgada a las Cámaras ha llevado al Tribunal Constitucional a entender que el Estatuto por el que se rige el personal a su servicio es una norma primaria, directamente vinculada a la Constitución, por lo que no puede ser modificada por ninguna otra ley ordinaria u orgánica (STC 139/1988, de 8 de julio)<sup>87</sup>. En la actualidad, el Estatuto del Personal al Servicio de las Cortes Generales, se regula por el «*Acuerdo de 27 de marzo de 2006, adoptado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta por el que se aprueba el Estatuto del Personal de las Cortes Generales*».

También se considera personal al servicio de las Cortes al personal del Defensor del Pueblo que, aunque se nutre mayoritariamente de funcionarios de carrera en situación de servicios especiales, tiene un régimen específico contenido en el «*Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo*»<sup>88</sup>.

En segundo lugar, el EBEP recoge como colectivo específico «*el Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas*». En este apartado se debe incluir al personal que presta sus servicios en el Tribunal Constitucional, cuyo régimen se determinará conforme a las previsiones de los artículos 96-102 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el Reglamento de Organización y personal del Tribunal, aprobado el 5 de julio de 1990. Este apartado también engloba el personal al servicio del Tribunal de

---

<sup>86</sup>Vid. MATÍA PORTILLA, Edmundo, «El Estatuto del Personal de las Cortes Generales como fuente de derecho», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 22, 2009, pg.181.

<sup>87</sup>Vid. PUNSET BLANCO, Ramón, *Estudios parlamentarios*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pg. 135-142.

<sup>88</sup>Aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado, a propuesta del Defensor del Pueblo, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1993.

Cuentas, que tiene su propio cuerpo de letrados censores, aparte de los funcionarios que se le adscriban en servicios especiales, sus particularidades se recogen en el Título VI «*Del Estatuto del personal al servicio del Tribunal de Cuentas*» (art. 88-93 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

Además, se consideran como personal de los órganos constitucionales del Estado el personal del Consejo General del Poder Judicial<sup>89</sup> [arts. 145 y 146 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y el Capítulo III, artículos 15-19, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del 22 de abril de 1986].

En tercer lugar están «*los Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia*». La Constitución Española establece que la Justicia emana del pueblo, y se administra por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, que están sometidos únicamente al imperio de la ley (art.117.1). A esta previsión inicial, la Constitución añade que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (art.117.3).

En este sentido, hay autores que han defendido que la naturaleza de la función conlleva la necesidad de que las personas a las que se les atribuye tengan un estatuto propio, distinto del estatuto general de los funcionarios, entendiéndose incluso que sin ese estatuto propio no debe ejercerse jurisdicción. Esta afirmación se deriva de la propia Constitución, pues con arreglo a ella la Jurisdicción sólo puede ser ejercitada por personas (titulares de órganos) que se

---

<sup>89</sup>Así, algún autor ha puesto de manifiesto que su inclusión en el apartado de «*órgano constitucional*» es debido a que no dispone de funcionarios propios, sirviéndose de funcionarios de distintas procedencias, entre ellos de jueces y magistrados, designados por el Pleno del Consejo por concurso de méritos t que pasan a situación de servicios especiales en su cuerpo de origen. *Vid.* PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 438.

ajusten a unos determinados requisitos<sup>90</sup>.

Por ello, el Libro IV de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se encarga de regular el estatuto de los jueces y magistrados. En estas disposiciones se reitera el mandato constitucional, al establecer que «*las funciones jurisdiccionales (...) [se] ejercerán únicamente por jueces y magistrados profesionales, que forman la Carrera Judicial*» (art. 298). A su vez, la propia norma prevé un Estatuto especial para los miembros del Tribunal Supremo (art. 299.2).

También se integran en este apartado, por prestar servicio en el Poder Judicial, los letrados de la Administración de Justicia –antiguos secretarios judiciales<sup>91</sup>- (Libro V de la LOPJ) y los funcionarios de cuerpos generales al servicio de la Administración de Justicia (Libro VI de la LOPJ). Este grupo se integra por el personal de los Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, el de Gestión Procesal y Administrativa, el de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, el de Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Procesal y el de Ayudantes de Laboratorio.

Además, cabe destacar que se considera personal jurisdiccional, aunque no tenga carácter profesional y, por ende, no integren la Carrera Judicial, a los jueces de paz y sus sustitutos (art. 101-103), así como los jueces y magistrados suplentes (art. 200-202) y los jueces en régimen de provisión temporal (art.428-433).

Por su parte, los fiscales se rigen por lo previsto en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Como especialidad cabe destacar que la Carrera Fiscal se integra por diversas

---

<sup>90</sup>Vid. GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, *El Estatuto de Jueces y Magistrados, Editorial de la Universidad de Granada*, Granada, 2009, pg. 55.

<sup>91</sup> El cambio de nomenclatura fue operado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

categorías de Fiscales, que forma un cuerpo único, organizados jerárquicamente (art. 32).

Por otro lado, el EBEP alude a «*el Personal militar de las Fuerzas Armadas*» [art. 4 d)]. El Estatuto del personal militar, regulado por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, se caracteriza por un sistema rígido, estructurado en grados personales jerarquizados, con una regulación específica sobre la disciplina y una jurisdicción propia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 117.5 de la Constitución. Esta regulación conlleva, a su vez, una limitación de ciertos derechos fundamentales, como la incompatibilidad de desarrollar cualquier tipo de actividad política o sindical.

Además, el EBEP también considera al «*Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*» [art. 4.e)] como un colectivo especial de empleados públicos. Su régimen se regula en Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), que establece un régimen disciplinario propio e impone una organización y estructura jerarquizada (art. 41.2 y 52)<sup>92</sup>. En concreto, para regular el régimen de personal del Cuerpo Nacional de Policía se ha aprobado recientemente la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, que deroga parte de la regulación contenida hasta entonces en la LOFCS.

Además, este colectivo tiene prohibido el derecho de huelga o acciones sustitutivas del mismo concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios (art.6 LOFCS) y tienen más limitado el derecho de sindicación (art.8.3 de la Ley Orgánica 9/2015). En efecto, los miembros del Cuerpo Nacional de Policía solo podrán «*constituir organizaciones sindicales de ámbito nacional*» para defensa de sus intereses profesionales (art. 8.1 de la Ley Orgánica 9/2015) y, además, «*sólo podrán afiliarse a organizaciones sindicales*

---

<sup>92</sup>Vid. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 439.

*formadas exclusivamente por miembros del propio Cuerpo. Dichas organizaciones no podrán federarse o confederarse con otras que, a su vez, no estén integradas exclusivamente por miembros del referido Cuerpo» (art. 8.2 de la Ley Orgánica 9/2015)<sup>93</sup>.*

Sin embargo, la policía local tiene un régimen de sindicación menos restrictivo. El artículo 52.2 LOFCS prevé que en lo relativo a los derechos sindicales, y en atención a la especificidad de las funciones de dichos cuerpos, les será de aplicación la Ley que se dicte en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la LOLS. Esta disposición remite, a su vez, a una futura ley en la que se regulen los órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas, que no existe como tal y que, por ende, debe remitirse a las previsiones generales del EBEP. Esta idea se refuerza con el tenor literal del EBEP que, a estos efectos, establece que los «*Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos*» en la LOFCS<sup>94</sup>.

Además, el EBEP también prevé que tenga un régimen específico el personal retribuido por arancel. Bajo este concepto tradicional se hace alusión a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Su exclusión del ámbito de aplicación del EBEP se explica porque, a pesar de ser un cuerpo específico de funcionarios al que se accede a través de oposición, no se integran en la organización administrativa y prestan sus servicios mediante su propia organización, con absoluta independencia y por cuenta propia<sup>95</sup>.

Por otro lado, el EBEP excluye de su ámbito de aplicación al «*personal*

---

<sup>93</sup>Estos preceptos reiteran las previsiones del antiguo artículo 18.1 y 2 de la LOFCS.

<sup>94</sup>Vid. BARCELONA LLOP, Javier, «Los derechos colectivos en el ámbito de la policía local: libertad sindical, huelga y negociación colectiva», *Seminari sobre relacions collective*, 2008, pg.2-17.

<sup>95</sup>Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Objeto y ámbito de aplicación», en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pg.61-62

*del Centro Nacional de Inteligencia» [art.4.g)]<sup>96</sup>, cuya regulación se contiene en el Real Decreto 240/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia (en adelante CNI), que sustituye al Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio. La especial misión y funciones legalmente encomendadas al CNI requieren un régimen jurídico sobre la relación profesional de sus miembros con la Institución que combine de manera eficaz y adecuada los principios fundamentales que informan el servicio de los empleados públicos de naturaleza civil y los de naturaleza militar. Esta necesidad de complementariedad y conjugación de las normativas del personal civil y militar deriva de un mandato legal al Gobierno, introducido en la reforma del artículo 8.1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, operada por la disposición final quinta de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.*

*La aprobación del Real Decreto 240/2013 también ha estado influenciada por la entrada en vigor del EBEP. Así lo refleja la propia Exposición de Motivos de la norma que reconoce que si bien el EBEP «no es de aplicación directa al personal del Centro Nacional de Inteligencia, introduce mejoras evidentes en las instituciones que conforman la prestación de servicios dentro de las administraciones públicas. Los principios que inspiran esta normativa resultan plenamente aplicables con las adaptaciones y peculiaridades propias de un servicio de Inteligencia, al régimen del personal del Centro Nacional de Inteligencia».*

De esta forma, serán de aplicación al personal del CNI los principios rectores relativos al servicio pleno del personal a los intereses generales, la igualdad, mérito y capacidad en el acceso y la promoción profesional, la igualdad de trato entre mujeres y hombres, la objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio, la eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos, el desarrollo y cualificación profesional permanente de sus

---

<sup>96</sup>*Vid. BOLTAINA BOSCH, Xavier, «El personal del Centro Nacional de Inteligencia: su vínculo jurídico como "empleado público" y la afectación de sus derechos y deberes», Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva, n° 11, 2012, págs. 183-212.*

miembros, la evaluación y responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones, la jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de los cometidos profesionales, y, por último, la cooperación con otras Administraciones Públicas.

El personal del CNI puede tener carácter estatutario (art.2) o laboral (disposición adicional primera). En concreto, es personal estatutario del CNI el que, en virtud de nombramiento del Secretario de Estado Director, una vez superado el proceso de selección, se incorpora al mismo con una relación estatutaria de servicios profesionales, siendo retribuido con cargo a los presupuestos generales del Estado.

El personal estatutario al servicio del CNI puede tener carácter temporal o permanente (art.2.2). A estos efectos, se considera personal temporal al que preste servicios en el CNI en virtud de nombramiento con tal carácter, especificándose que tal condición no podrá superar los seis años (ar.2.4). Para ser personal permanente del CNI hay que prestar previamente servicios de carácter temporal en el organismo (art.2.4).

Para poder concurrir a los procesos selectivos para acceder como miembro estatutario del CNI se exige tener la nacionalidad española, ser mayor de edad, poseer la titulación requerida para el desarrollo del puesto, no haber sido separado mediante expediente de cualquiera de las Administraciones Públicas, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, ni privado del ejercicio de derechos civiles, no padecer enfermedad o defecto físico que le incapacite para el ejercicio de sus funciones, poseer o estar en condiciones de obtener informe favorable de seguridad, acorde con las características propias del puesto de trabajo que se va a ocupar (art.7)

Además, el CNI podrá contratar personal con carácter laboral para atender sus necesidades de funcionamiento y mantenimiento, que consistirán en el ejercicio de empleos de carácter instrumental correspondientes a áreas de

mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones o el ejercicio de un oficio concreto y que, en ningún caso, podrán estar vinculadas con el ejercicio efectivo de las funciones encomendadas al CNI por la ley. En este caso, y en virtud de las especiales características y peculiaridades de las actividades desarrolladas por el CNI, serán aplicables a la selección del personal laboral, con carácter general, los mismos requisitos de participación y sistemas selectivos que los establecidos en el Estatuto del personal del CNI para el personal estatutario (disposición adicional primera).

Por último, el EBEP excluye al «*Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito*» [art.4.f)]. La regulación del Banco de España se recoge en la Ley 13/1994, de 1 de junio, cuyo artículo 6 Bis prevé que «*el personal del Banco de España será seleccionado respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y está vinculado al mismo por una relación de Derecho laboral. Sin perjuicio de su autonomía en materia de política de personal, el Banco de España deberá aplicar para su personal medidas en materia de los gastos de personal equivalentes a las establecidas con carácter general para el personal al servicio del sector público, principalmente en las leyes de presupuestos generales del Estado de cada año, no pudiendo acordar, en ningún caso, incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados para dicho colectivo*».

Además de este personal con legislación específica propia recogido en el artículo cuarto, el EBEP prevé que el régimen del personal docente y del personal estatutario de los Servicios de Salud se complete por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias (art.2.3). De un modo parecido, prevé que en «*la aplicación de este Estatuto al personal investigador se podrán dictar normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades*» (art.2.2).

En lo que respecta al personal estatutario de los servicios de salud su

régimen específico se encuentra regulado en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud<sup>97</sup>. Esta norma diferencia entre el personal estatutario sanitario (art.6) y el personal estatutario de gestión y servicios (art.7). Ambos colectivos pueden ser a su vez fijos (art.8) o temporales (art.9), sin que se contemple la posibilidad de acudir a la legislación laboral en ninguno de los dos casos. En lo que respecta al personal estatutario fijo se establece que se alcanzará tal condición «*una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven*» (art.8).

Respecto del personal estatutario temporal se precisa que solo se podrá proceder a su nombramiento por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario. Estos nombramientos podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución (art.9.1).

En lo que respecta al personal docente, cabe señalar que su adscripción formal se hace a un cuerpo estatal conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. A pesar de que formalmente sean un cuerpo del Estado las decisiones sobre convocatoria de plazas y contratación corresponden a la Comunidad Autónoma<sup>98</sup>.

La propia LO 2/2006 recoge los distintos cuerpos en los que se ordena la función pública docente (disposición adicional séptima). Así, se regula el cuerpo de maestros, que desempeñará sus funciones en la educación infantil y primaria; los cuerpos de catedráticos y de profesores de enseñanza secundaria, que desempeñarán sus funciones en la educación secundaria obligatoria, bachillerato

---

<sup>97</sup>Vid. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, «El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: una presentación», *Aranzadi Social*, nº5, 2003, pg. 1491-1520.

<sup>98</sup>A estos efectos debe de tenerse en cuenta la disposición adicional sexta sobre «*las bases del régimen estatutario de la función pública docente*».

y formación profesional; el cuerpo de profesores técnicos de formación profesional, que desempeñará sus funciones en la formación profesional y, excepcionalmente, en las condiciones que se establezcan, en la educación secundaria obligatoria.

También, se regula el cuerpo de profesores de música y artes escénicas, que desempeñará sus funciones en las enseñanzas elementales y profesionales de música y danza, en las enseñanzas de arte dramático y, en su caso, en aquellas materias de las enseñanzas superiores de música y danza o de la modalidad de artes del bachillerato que se determinen<sup>99</sup>. Así como, los cuerpos de catedráticos y de profesores de artes plásticas y diseño, que desempeñarán sus funciones en las enseñanzas de artes plásticas y diseño, en las enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales y en las enseñanzas de la modalidad de artes del bachillerato que se determinen.

Integran también los cuerpos docentes los maestros de taller de artes plásticas y diseño, que desempeñará sus funciones en las enseñanzas de artes plásticas y diseño y en las enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales. Y los cuerpos de catedráticos y de profesores de escuelas oficiales de idiomas, que desempeñarán sus funciones en las enseñanzas de idiomas.

A pesar de que no existe ninguna norma que prohíba expresamente la contratación laboral en estos supuestos, lo cierto es que la organización de la función pública docente en cuerpos de funcionarios precisos y bien delimitados conlleva que, en la práctica, no se proceda a este tipo de contratación, supliéndose las necesidades temporales mediante el nombramiento de funcionarios interinos.

Por último, el personal al servicio de las Universidades se regula en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Esta Ley regula

---

<sup>99</sup>*Vid.* Real Decreto 428/2013, de 14 de junio, por el que se establecen las especialidades docentes del Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas

dos tipos de colectivos, por un lado el personal docente –distinguiéndose entre personal contrato y el personal de los cuerpos docentes universitarios (PDI)<sup>100</sup>- y el personal de administración y servicios (PAS).

Las universidades podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral, a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario que se regulan en la propia ley (art.48.2), que son las figuras de Ayudante (art.49), Profesor Ayudante Doctor (art.50), Profesor Contratado Doctor (art.52), Profesor Asociado (art.53) y Profesor Visitante (art.54).

También se podrá contratar mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo o utilizar el contrato de obra o servicio determinada para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica (art.48). Además, desde la aprobación de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación también es posible proceder a la contratación laboral de investigadores de acuerdo con sus previsiones (art.48.3 LO 6/2001).

Los cuerpos docente universitarios, por su parte, se componen por el cuerpo de Catedráticos de Universidad y el de Profesores Titulares de Universidad (art. 56 LO 6/2001).

En lo que se refiere al personal de administración y servicios, hay que precisar que a este le corresponde la gestión técnica, económica y administrativa, así como el apoyo, asesoramiento y asistencia en el desarrollo de las funciones de la universidad (art.73.2). Este personal estará formado por

---

<sup>100</sup>Sobre el régimen jurídico del PDI funcionario laboral *vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva, «Confluencia de normas y principios en el régimen jurídico del PDI funcionario y laboral», *Justicia Administrativa*, nº51, 2011, pg. 7-34 y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva, «El distinto régimen jurídico del PDI funcionario y laboral y la confluencia de normas y principios administrativos y laborales», en VV.AA., *XXI Seminario de Aspectos jurídicos de la gestión universitaria. Bolonia y alrededores. Viaje al Espacio... Europeo de Educación superior*. Tomo II, Universidad de la Rioja, 2011, pg.727-775.

personal funcionario de las escalas de las propias Universidades y personal laboral contratado por la propia Universidad, así como por personal funcionario perteneciente a los cuerpos y escalas de otras Administraciones Públicas (art.73.1).

## **5. Rasgos diferenciadores del empleo público frente al empleo privado**

A pesar de que, como se ha visto, la prestación de servicios en el seno de la Administración Pública se puede realizar por medio de un contrato de trabajo, la naturaleza de sujeto de Derecho Público del empleador introduce ciertas especialidades.

Como se sabe, la Administración es una organización que carece de legitimidad propia y, por ende, de libertad de actuación. En efecto, conforme al mandato constitucional del artículo 103, la Administración debe servir siempre con objetividad a los intereses generales, por lo que se puede afirmar que su naturaleza es instrumental y que su existencia se concibe para llevar a la práctica las directrices y decisiones políticas que garanticen aquellos<sup>101</sup>.

Estas especialidades se trasladan también a su condición como parte interviniente en un contrato privado, en concreto, al contrato de trabajo. La aplicación de las exigencias constitucionales a su papel de empleadora conlleva que su actuación se oriente siempre a la consecución de los intereses generales, debiendo para ello aplicar los criterios de igualdad, objetividad e imparcialidad en el servicio, así como la eficacia en la planificación, la evaluación y responsabilidad en la gestión y la jerarquía en la atribución y desempeño de las funciones (art. 1.3 EBEP).

El empleador público no es una empresa privada, por lo que no goza de su misma libertad (art. 38 CE), y no se rige por la lógica del mercado. De esta manera, la Administración debe de prestar siempre los servicios que tiene

---

<sup>101</sup>*Vid.* SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro Ramón Areces, Madrid, 1991, pg. 236.

encomendados para garantizar la consecución del interés general, resulten o no rentables desde una perspectiva estrictamente económica. Se puede afirmar, por tanto, que la Administración queda al margen del mercado en la medida en que no busca el lucro económico, sino la producción de servicios esenciales para la comunidad, la redistribución de la renta, así como facilitar el crecimiento económico y la prosperidad de todos.

El objetivo esencial del empleo público debe ser pues la consecución del interés general, primando, por ello, el principio de servicio a los ciudadanos, que es el que debe regir en todo momento la organización y el comportamiento de sus integrantes. Con ello se quiere significar que todo el régimen jurídico del empleo público está destinado a conseguir el mejor servicio posible a los particulares, pues no es otra la razón de ser de las Administraciones Públicas como instituciones.

Asimismo, debe de tenerse en cuenta que sobre los empleados públicos pesa el principio de objetividad –o neutralidad- en su actuación, cuyo objetivo esencial es garantizar la subordinación de los derechos e intereses legítimos de quienes forman parte de la organización al interés general. Si bien es verdad que este sometimiento alcanza a todos los empleados públicos, tiene una especial significación respecto de los funcionarios, en la medida en que solo ellos tienen asignado el desarrollo de actividades que implican ejercicio de autoridad.

Además, los deberes que pesan sobre los funcionarios públicos por su condición y por las funciones que realizan son también exigibles a los empleados públicos con contrato laboral que realicen funciones equivalentes, aunque no esté así establecido legalmente de manera expresa.

Para programar estos fines y recabar los medios con que obtenerlos la Administración se encuentra fuertemente vinculada a las exigencias impuestas por la normativa administrativa. Por ello, cuando actúa como empleadora, tiene un estatuto constitucional diferente al de los empresarios privados. Así pues, el

empleo en el sector público debe explicarse como algo más que una mera reemisión a «*técnicas de organización*», referenciándolo a una «*adaptación de los poderes públicos a la evolución del sistema de economía libre de mercado, ateniéndose tanto a la función prestadora de servicios públicos o función administrativa como a la intervención en la actividad económica*»<sup>102</sup>.

Estas especialidades se proyectan a todos los ámbitos de la relación laboral, y afectan tanto a la selección y colocación, como a la celebración del contrato de trabajo, y el papel que este desempeña como fuente de regulación, así como a otros aspectos de la prestación de servicios, como puede ser la promoción, la movilidad e incluso a la extinción del mismo. También afecta a la fijación de las cuantías retributivas, ya que todos los empleados son retribuidos con fondos públicos y se encuentran vinculados a las disponibilidades financieras del Estado<sup>103</sup>.

Por tanto, las Administraciones Públicas no pueden actuar de forma arbitraria en la contratación del personal a su servicio. El acceso al empleo público laboral, en cualquiera de las modalidades previstas, debe realizarse con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad (art. 55.1 EBEP)<sup>104</sup>. Por ello, deberá seleccionar a su personal de acuerdo con las previsiones de su RPT<sup>105</sup>, recogidas en una oferta de

---

<sup>102</sup>Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuela Carlos y PALOMEQUE-ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

<sup>103</sup> Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg.21-22.

<sup>104</sup>Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Artículo 11. El personal laboral», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.102-103.

<sup>105</sup>Vid. NIEVES NIETO, Nuria, «El acceso al empleo público laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.54 y ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia, «EBEP: ¿modernización o continuidad en la regulación de los procesos de selección de los empleados públicos?», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa, 2011, pg. 204.

empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso- oposición libre<sup>106</sup>.

Además, el Estatuto Básico del Empleado Público exige que el contrato de trabajo se celebre siempre por escrito. Algún autor ha entendido que este requisito no puede interpretarse como un requisito «*ad solemnitatem*», sino como un mero trámite destinado a dar cobertura formal al trabajo prestado, en el cual los márgenes para la autonomía de la voluntad son escasos<sup>107</sup>. En efecto, el papel del contrato de trabajo en el ámbito de la Administración es muy residual pues está condicionado por la clasificación profesional establecida en el procedimiento de selección y por la especial incidencia en este ámbito del principio de igualdad y de legalidad.

En este sentido, hay autores que consideran que en el empleo público laboral es necesario distinguir entre el contrato de trabajo en sentido estricto – regido por el Derecho del Trabajo pero con las modulaciones introducidas por las leyes de contenido administrativo- y el marco organizativo, jurídico-administrativo, en las que esas contrataciones laborales se inscriben<sup>108</sup>.

En esta línea se puede afirmar que el proceso previo a la celebración efectiva del contrato de trabajo es, en mayor medida que el acto mismo de contratación, la fuente del encuadramiento profesional y la configuración del límite de la movilidad funcional del empleado público. Ese momento previo a la celebración efectiva del contrato de trabajo con la Administración se compone a través del cumplimiento sucesivo de varios estados como son, la dotación

---

<sup>106</sup>Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, Juan, y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rafael Víctor, «Las Administraciones Públicas y la contratación laboral temporal», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, nº10/11, 2005/2006, pg.117-119.

<sup>107</sup>Vid. DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº14, 2007, pg. 4.

<sup>108</sup>Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, «Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg. 20.

presupuestaria, la inclusión del puesto en la Relación de Puestos de Trabajo y en la correspondiente oferta de empleo público<sup>109</sup>.

La importancia de este procedimiento previo se pone de manifiesto en la medida en que su omisión conlleva que el contrato de trabajo no haya sido válidamente constituido. En efecto, si no se observa el procedimiento descrito se produce un defecto en la conformación de la voluntad de la Administración empleadora. De tal modo que falta uno de los elementos fundamentales para que pueda entenderse existente la capacidad necesaria para contratar<sup>110</sup>.

También se introducen especialidades en lo relativo al objeto del contrato. Si en el ámbito privado la única limitación que se establece en este sentido es que el trabajo convenido sea lícito, posible y determinado (art.1271 Código Civil), en el ámbito público las eventuales posibilidades de contratación son más limitadas, ya que todas ellas deben someterse a las necesidades previstas en los distintos instrumentos de ordenación del personal.

Así, la organización del personal de cada Administración se refleja en su correspondiente RPT, que recoge los diversos puestos de trabajo fijos, así como su adscripción a un determinado cuerpo de funcionarios o de personal laboral. En este sentido, la consignación de un puesto de trabajo fijo en la RPT se establece como un requisito legal previo para la formación de ese contrato. De esta manera, los contratos de trabajo que no respondan a una necesidad recogida en el citado instrumento serán nulos, por entenderse que tienen un objeto ilícito o prohibido (*vid.* Cap. V.2)<sup>111</sup>.

Del mismo modo, si un puesto asignado al personal funcionario en la correspondiente ley, y por ende en la RPT, es cubierto por personal laboral, se entenderá que esa contratación también es nula. Es más, una vez que se ha

---

<sup>109</sup>*Vid.* DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, Pg.238.

<sup>110</sup>*Vid.* DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *op.cit.*, pg. 260.

<sup>111</sup>*Vid.* GODINO REYES, Martin, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, pg.122.

decretado el carácter funcional de un determinado puesto no es posible la contratación laboral de manera provisional, ni siquiera en los casos justificados de urgente necesidad. En efecto, en estos supuestos la contratación laboral queda vedada y si existiera una urgente e inaplazable necesidad de cubrir una vacante se debe acudir a los sistemas previstos legalmente para la provisión de puestos de trabajo de funcionarios (STSJ de Castilla-León nº 136/2008, de 2 de mayo)<sup>112</sup>.

De un modo semejante, y por efecto del principio de interdicción de la arbitrariedad (art.9.3 CE), la asignación de funciones y tareas o el reconocimiento de categorías, retribuciones o derechos no pueden ser decididas de manera arbitraria por ninguna autoridad o gestor público, y deben adecuarse a los instrumentos de ordenación previstos en cada Administración.

Por otro lado, todos los empleados públicos se encuentran sometidos a un régimen común de incompatibilidades en el desarrollo de su actividad, que no se exige a los trabajadores privados, para los cuales rige el principio de libertad, ya sea a través del pluriempleo o de la pluriactividad. En concreto, se aplica a todos los trabajadores de la Administración la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al servicio de la Administración Pública, así como su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración General del Estado, de la Seguridad Social y de los entes y organismos y empresas dependientes.

## **6. Las particularidades del contrato de trabajo en el empleo público**

En lo que respecta al contrato de trabajo, en sentido estricto, el EBEP prevé que será *«personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de*

---

<sup>112</sup>Vid. CAMPOS DAROCA, José María, *op.cit.*, pg. 51.

*personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas» (art.11.1).*

Por tanto, parece que la regulación del contrato de trabajo se rige por el Título I del Estatuto de los Trabajadores. Aún así las especialidades del empleo público como sector, vistas en el epígrafe anterior, introducen especialidades en la regulación del contrato de trabajo, especialmente en lo relativo a materias tales como el «*periodo de prueba*» (art. 14 del ET), contratación temporal irregular (art.15 del Estatuto de los Trabajadores), y extinción del contrato (art. 96 del EBEP).

En este sentido, el EBEP faculta a la Administración para hacer uso de cualesquiera modalidades de contratación prevista en el Estatuto de los Trabajadores, tanto por tiempo indefinido, como temporales. A estos efectos, el EBEP prevé que «*en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*».

En este contexto adquiere una especial relevancia el análisis de la contratación temporal, y de las eventuales irregularidades que se pudieran producir, así como sus consecuencias. Como se sabe, el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores presume realizado «*por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*».

Este artículo, que en principio alcanzaría también a la Administración, no se puede aplicar sin matizaciones, ya que si se hiciera de manera análoga al sector privado se estaría infringiendo el procedimiento previo requerido a la Administración para contratar, y la observancia de los principios constitucionales antes citados. Así lo entendió la jurisprudencia, que consideró que sin bien los artículos 15.3 y 5 del Estatuto de los Trabajadores son aplicables en aquellos supuestos en los que el empleador fuera una Administración, sin embargo, no se puede declarar la fijeza del trabajador en el puesto, ya que la consolidación por el mero paso del tiempo, o por las

irregularidades realizadas por la Administración, irían en contra de las normas legales sobre reclutamiento del personal laboral fijo, es decir, contravendría los principios de mérito y capacidad.

Para dar respuesta a esta problemática el Tribunal Supremo acuñó la figura del «*personal indefinido no fijo de plantilla*», mediante la cual se otorgaba a los trabajadores contratados irregularmente la condición de indefinidos –pero no fijos– lo que suponía que estos dejaban de estar sometidos a un término temporal y su extinción solo podría realizarse por la cobertura o amortización de la plaza [SSTS 20 de enero de 1998, 27 de marzo de 1998, 12 de junio 1998, 22 de septiembre de 1998, 26 de octubre de 1998]<sup>113</sup>.

El resultado de esta jurisprudencia ha sido el reconocimiento legal de la figura, codificado en la actualidad en el artículo 11 del EBEP, que distingue entre personal laboral «*fijo*», personal «*temporal*» y personal «*por tiempo indefinido*»<sup>114</sup>.

Sin embargo, el EBEP no ha establecido una regulación específica para este personal, y se ha limitado a su mero reconocimiento, lo que ha planteado dudas sobre extremos tan importantes como las consecuencias tras la amortización de estos puestos de trabajo. Como se sabe, la consecuencia más inmediata de la amortización es la extinción de la relación laboral, y si bien este hecho no resulta controvertido, la manera jurídica de articular tal extinción si que ha sido debatida en la sede judicial.

En un estadio inicial, el Tribunal Supremo entendió que cuando se reconoce una relación como indefinida pero no fija, lo que se está constituyendo

---

<sup>113</sup> Rec. 317/1997; 295/1997; 4116/1997; 768/1998; 1247/1998.

<sup>114</sup> Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Artículo 11. El personal laboral», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 128-132 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana «Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias», *Revista Aranzadi Social*, nº12, 2010, pg. 33-42.

es un contrato sometido a una condición resolutoria cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato. Si bien ordinariamente dicha condición es la cobertura reglamentaria de la vacante, también debería aplicarse a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización. No sería necesario pues, para proceder a la extinción de estos contratos, recurrir a las modalidades de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, sino que, al concurrir la causa, se produce automáticamente la extinción, conforme a lo previsto en el artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores y al 1117 del Código Civil.

El Tribunal Supremo entendió en esta etapa que la amortización actuaba de forma directa, por lo que no era necesario articular la extinción del contrato a través de una causa económica, presupuestaria u organizativa, que justificara un despido objetivo [art.52. e)]. En este sentido, la amortización suponía el cumplimiento anticipado de la condición, ya que se impedía su posterior cobertura (SSTS 22 de julio de 2012; 21 de enero de 2014; 14 de abril de 2014; 13 de mayo de 2014<sup>115</sup>).

Sin embargo, el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral –posteriormente Ley 3/2012-, introdujo la posibilidad expresa de aplicar el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al sector público (disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores), lo que propició un cambio en la doctrina judicial –inicialmente en tribunales de ámbito inferior (STSJ de Castilla y León nº458/2013, de 26 de septiembre y STSJ de Madrid nº 297/2014, de 7 de abril)- y que finalmente también fue asumida por el Tribunal Supremo (STS 24 de junio de 2014 y 14 de julio 2014<sup>116</sup>).

En la actualidad, el Tribunal Supremo entiende que los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos son un contrato de duración determinada, cuya extinción se determina por la cobertura de la vacante a través de los

---

<sup>115</sup>Rec. 1380/2012; Rec. 1086/2013;

<sup>116</sup>Rec. 217/2013; Rec. 2057/2013.

procedimientos ordinarios, y ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo<sup>117</sup>. No se puede considerar que se trate de un contrato sujeto a condición resolutoria, sino un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando al tratarse de plazas de personal laboral fijo las vacantes deben estar incluidas en la correspondiente OEP. De esta manera, si se quiere proceder a la extinción de estos contratos por una causa distinta debe acudir a una de las formulas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, y la amortización de puestos solo podría subsumirse en las previsiones del despido objetivo, por causas económicas, técnicas u organizativas [art. 52. 2) ET]<sup>118</sup>.

Por otro lado, las peculiaridades en el acceso al empleo público, y el debido respeto a los principio de mérito y capacidad, han planteado un debate acerca de la licitud del periodo de prueba en este ámbito, ya que parece difícil conjugar las exigencias constitucionales al respecto con la posibilidad de rescindir el contrato de manera unilateral y sin necesidad de alegar causa alguna<sup>119</sup>. A pesar de que este tema ya había sido debatido en la doctrina con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP<sup>120</sup>, no se recoge en su articulado ninguna previsión expresa acerca del periodo de prueba. Aun así, esta

---

<sup>117</sup>Vid. PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, «La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014, pg. 63-64.

<sup>118</sup>Vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿"cesantía" o "despido objetivo"?», *Revista Aranzadi Social*, nº 9-10, 2014, pg.55-80; SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, «La extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo fundada en la amortización de plazas en la Administración Pública», *Revista de Información Laboral*, nº4, 2014, pg. 234-261 y ESTEBAN MIGUEL, Alfonso, «La amortización de plazas en la administración pública no extingue los contratos de interinos por vacante y de indefinidos no fijos. Novedades en la interpretación judicial», *Revista de Información Laboral*, nº9, pg. 147-164.

<sup>119</sup> Cabe señalar que durante el periodo de prueba no es que solo se permita el libre desistimiento, sino que, además, este no tiene porque presentar ningún tipo de requisito formal, ni tiene porque estar motivado. Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pg.15-16.

<sup>120</sup> Para un análisis de las distintas posturas doctrinales sobre la materia, vid. BODAS MARTÍN, Ricardo, «Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas», en VV.AA., MOLINER TAMBORERO, Gonzalo (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid, 2000, pg.262-265.

posibilidad podría desprenderse del artículo 61.5 del EBEP–«Sistemas Selectivos»-, en el que se prevé que *«para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas»*. Esta norma, trata de asegurar la objetividad y racionalidad de los procesos de acceso al empleo público, permitiendo pruebas adicionales a las que estrictamente componen el proceso selectivo.

Más concretamente, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, recoge que *«transcurrido el periodo de prueba que se determine en cada convocatoria el personal que lo supere satisfactoriamente adquirirá la condición de personal fijo»* (art.33.2)<sup>121</sup>.

La implantación del periodo de prueba en el ámbito de la Administración Pública suscita tres cuestiones fundamentales. Por un lado, cabe plantearse la licitud del pacto en este ámbito. Por otro, si una vez aceptada su existencia es posible su ejercicio en todos los contratos laborales, y sin necesidad de ningún requisito adicional, como la consignación previa en la convocatoria. Y, por último, cuál es el órgano encargado de adoptar la decisión extintiva al amparo de este pacto, y si esta debe ser motivada<sup>122</sup>.

Respecto a la existencia del periodo de prueba, la mayoría de las resoluciones judiciales han entendido que su inclusión no vulnera el derecho

---

<sup>121</sup>En un sentido análogo, el artículo 32 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, establece que *«los puestos de trabajo que vayan a ser desempeñados por personal laboral serán ocupados mediante contrato indefinido de tal carácter, con periodo de prueba que marque la legislación general, y formalizado necesariamente por escrito»*, y la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, que prevé que *«los puestos de trabajo que vayan a ser desempeñados por personal laboral deberán estar determinados en las relaciones de puestos de trabajo. A dicho personal se les aplicarán las fórmulas legales de contratación laboral, incluido el periodo de prueba»*.

<sup>122</sup>Vid. RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg. 618-619.

fundamental de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art.23.2 CE), pues la superación del proceso de selección no garantiza la permanencia de la relación laboral, la cual puede ser extinguida conforme a las normas de Derecho de Trabajo, entre ellas el periodo de prueba (STSJ de la Comunidad de Madrid nº 843/2007, de 18 de diciembre)<sup>123</sup>.

Aun así, existe algún pronunciamiento que descarta esta posibilidad, al entender que la imposición de un periodo de prueba conlleva que quede al libre arbitrio de la Administración la efectividad de la contratación, situación que sería contraria a una valoración objetiva y adecuada a los principios de mérito y capacidad (STSJ de Castilla la Mancha nº 1239/1996, de 30 de noviembre<sup>124</sup>).

Aun aceptándose su licitud no se puede aplicar el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores sin precisiones o matizaciones. Ya que de hacerse en los mismos términos en los que se desarrolla en el ámbito privado, se estaría permitiendo que la Administración considerase que el trabajador no reúne la idoneidad para desarrollar el puesto y, por tanto, rescindiera el contrato, sin necesidad de justificar dicha decisión y en contra de la opinión del Tribunal de selección que sí que lo consideró apto, pudiendo plantearse situaciones en las que sí se produjera una merma sobre los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

La existencia del periodo de prueba en este ámbito conlleva la aceptación de que este cumple una finalidad distinta, y compatible, con la asignada al proceso selectivo, porque sino su inclusión sería reiterativa y carecería de operatividad real. En efecto, el proceso selectivo se dirige a la elección del mejor candidato, y esta decisión tiene que confrontarse con el día a día del trabajo, pues solo entonces será posible determinar la adecuación y aptitud del trabajador a las específicas tareas asignadas, su buena respuesta antes ellas y el

---

<sup>123</sup>Vid. CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo Público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales y extinción de la relación laboral*, Editorial Fundación Asesores locales, Málaga, 2011, pg. 65-67.

<sup>124</sup>Rec. 1130/1996.

cumplimiento de las expectativas puestas por el empresario (STSJ del Principado de Asturias nº 4133/2003, de 26 de diciembre<sup>125</sup>). Entendido de esta manera, el periodo de prueba se constituye como una prolongación del proceso selectivo, en el que se pueden valorar aspectos tan variados como la adaptación del trabajador al medio, su actitud en el trabajo y su integración en el equipo<sup>126</sup>.

En este sentido, se podría afirmar que la rescisión del contrato durante el periodo de prueba en el ámbito de la Administración Pública se asemeja más al concepto de «*extinción causalizada*» que al de «*libre desistimiento*», más propio del ámbito privado. En efecto, la doctrina laboralista se ha decantado por entender que en el periodo de prueba del sector privado rige el libre desistimiento, por lo que el juicio de idoneidad que realiza la empresa se basa en razones de confianza y que, por tanto, es personalísimo e incontrolable, sin que sea posible exigir que la decisión se someta a parámetros de verificación y control.

Sin embargo, la extinción causalizada obligaría al empresario a realizar un «*juicio de aptitud*», en el que la única función del periodo de prueba es conocer los datos relativos a las competencias y habilidades profesionales del trabajador, o su puesta en práctica mediante la realización de la actividad laboral y, a lo sumo, aquellos rasgos de la personalidad del trabajador que tuvieran incidencia en su rendimiento profesional, mas solo en la medida estrictamente indispensable para verificar su adaptación a la atmósfera de la empresa y a los requerimientos profesionales del puesto. Además, en este marco, el periodo de prueba no se considera un instrumento idóneo para comprobar la preparación teórica del trabajador, que se examinaría a través de otros mecanismos de indagación de sus méritos y capacidades<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Rec. 2314/2003.

<sup>126</sup> Vid. RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg. 619-621.

<sup>127</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976, pg. 111y 149-151.

De este modo, el juicio sobre las aptitudes del trabajador ya no sería una mera valoración de confianza, sino una operación intelectual objetiva y susceptible de control, de manera que siempre sería posible determinar si el cese del trabajador responde efectivamente a su falta de capacidad conforme a criterios o cánones objetivos<sup>128</sup>.

Como se puede observar, el planteamiento de la «*extinción causalizada*» encaja mejor en el ámbito de las relaciones laborales de la Administración Pública. En primer lugar, por qué la exigencia de un juicio de idoneidad, asegura el respeto de los principios de mérito y capacidad, sin que sea posible que la Administración los vulnere en este estadio. Y, en segundo término, por qué esta doctrina se adecua al procedimiento seguido en el ámbito público, en el que los medios de indagación de los conocimientos teóricos se reservan al proceso selectivo, mientras que la finalidad del periodo de prueba se reduce a comprobar el adecuada adaptación y desarrollo de la actividad laboral por parte del trabajador seleccionado.

Además, esta concepción del periodo de prueba, en el que se vierte un juicio objetivo y externamente verificable, explicaría, a su vez, la exigencia de que la decisión extintiva fuera motivada, requisito que, como más adelante se verá, se impone en el ámbito público.

A pesar de que la licitud del periodo de prueba no resulta ya controvertida, la doctrina sí que condiciona su existencia a que haya sido previsto de manera expresa en la correspondiente convocatoria<sup>129</sup>. También esta exigencia se desprende de las escasas regulaciones normativas existentes, como por ejemplo, el citado artículo 33.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que establece que «*transcurrido el periodo de prueba que se determine en cada*

---

<sup>128</sup>Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pg.28 y 29.

<sup>129</sup>Vid., por todos, BOLTAINA BOSCH, Xavier, «El periodo de prueba en los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas, órgano competente para establecer la superación o no del mismo: comentario de la STSJ de Madrid, de 7 de febrero de 2007», *Aranzadi Social*, nº3, 2007, pg. 3066-3071

*convocatoria (...)*». Por tanto, no sería posible incorporar el periodo de prueba posteriormente a la publicación de la convocatoria y de manera discrecional por parte de la Administración<sup>130</sup>. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha anulado los periodos de prueba cuando la convocatoria preveía expresamente la incorporación definitiva del empleado laboral al puesto de trabajo una vez finalizado el proceso selectivo (STSJ de Navarra, de 10 de enero de 1991).

Sin embargo, todavía no se ha alcanzado unanimidad respecto a qué órgano debe de ser el encargado de tomar, en su caso, la decisión extintiva. Así, hay pronunciamientos que entienden que el órgano encargado de tomar la decisión debe ser la comisión de selección, para garantizar que se cumplen los principios de mérito y capacidad. Sin embargo, otros entienden que el encargado debe de ser la propia Administración empleadora.

En la primera dirección, la STSJ de Madrid nº 107/2007, de 7 de febrero, consideró que trasladar a la Administración la facultad de decidir si el trabajador ha superado el periodo de prueba es tanto como convertir en «*estéril*» y «*superfluo*» todo el proceso selectivo y la propia función del tribunal. Por ello, rechaza que la Administración sea la competente para dar por resuelto el contrato, y atribuye tal potestad al Tribunal u órgano selectivo, instituyéndose el periodo de prueba como la última fase del proceso. De esta manera, prosigue el tribunal, se salvaguarda el respeto a los principios de mérito y capacidad.

No obstante, esta solución no es pacífica, y hay autores que consideran que la exigencia de que la decisión se atribuya al órgano de selección no se corresponde con la distinta finalidad que, como se vio, ostentan el procedimiento de selección y el periodo de prueba<sup>131</sup>. Entendido de esta manera, ambas figuras responden a dos momentos distintos, uno el selectivo, el cual persigue la elección del aspirante más capaz entre todos los presentados y otro,

---

<sup>130</sup>*Vid.* BALLESTER PASTOR, Amparo, *El periodo de prueba*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pg. 35-37.

<sup>131</sup>*Vid.* RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg. 622.

que nace con la prestación de servicios, y que está orientado a comprobar la idoneidad del trabajador seleccionado para el puesto de trabajo. Si se asume esta distinción lo lógico es que la decisión de extinguir el contrato corresponda a la Administración, más en concreto el superior jerárquico del trabajador, que es el único que se encuentra en disposición de valorar el trabajo desarrollado por el empleado público.

En este sentido, jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha avalado que sea la propia Administración la que decida la extinción del contrato, al entender que *«no es contrario a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad e interdicción de la arbitrariedad el que sea la propia empresa y no el Tribunal calificador el que decide si el trabajador ha superado o no el periodo de prueba. Únicamente en el supuesto de que quedase acreditado que la decisión sobre no superación del periodo de prueba es contraria a los preceptos constitucionales proclamados en el artículo 103 de la Constitución, procedería a declararse su nulidad (...)»* (STS de 3 de diciembre de 2013 y 23 de enero de 2014<sup>132</sup>).

En todo caso, lo que si resulta unánime es la necesidad de que la decisión extintiva, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, sea motivada, ya que en caso contrario se desvirtuarían los mandatos constitucionales sobre el acceso al empleo público. En concreto, la Ley 30/1992 prevé en su artículo 54.1, la exigencia de motivar suficientemente de los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, así como aquellos que sean una manifestación de un poder discrecional (*vid.* Cap. VII. 6)<sup>133</sup>.

A mayor abundamiento, el artículo 54. 1 c) de la Ley 30/1992 establece la obligación de motivar aquellos actos que *«se separen del criterio seguido en*

---

<sup>132</sup>Rec. 2858/2012 y 1181/2013.

<sup>133</sup> A partir del 2 de octubre de 2016 quedará derogada la Ley 30/1992, regulándose esta materia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En concreto, la motivación de los actos administrativos se regulará en el artículo 35 de la nueva ley.

*actuaciones precedentes*». De esta manera, se podría entender que la decisión extintiva de la Administración durante el periodo de prueba se ajusta a las previsiones de este precepto, en la medida en que lo que hace el órgano administrativo al desistir del contrato es separarse del criterio seguido por el tribunal de oposición, en concreto, se separa de la propuesta de contratación de la comisión de selección, que consideraba al trabajador idóneo para desarrollar el puesto conforme a los principio de mérito y capacidad<sup>134</sup>.

La decisión extintiva debe respetar –tanto en la forma, como en el contenido- la interdicción de la arbitrariedad impuesta a la Administración, así como la sujeción al principio de legalidad, y, sobre todo, asegurar que no se lesione el derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público, lo que exige tanto la forma escrita del acuerdo resolutorio como una motivación suficiente.

La necesidad de motivación se fortalece si se tiene en cuenta que la extinción podría estar contraviniendo el principio de igualdad en el acceso al empleo público, ya que es contraria a la opinión de la comisión de selección, que consideró que el trabajador era idóneo conforme a los principios de mérito y capacidad. Esta idea reforzaría la interpretación antes expuesta de que la extinción durante el periodo de prueba en el ámbito del empleo público responde a una concepción de «*extinción causalizada*» en vez del libre desistimiento, típico de la figura en el empleo privado.

Además, cabe recordar que ningún empleador, tampoco los privados, puede proceder a un desistimiento durante el periodo de prueba por una causa discriminatoria de las tipificadas en el artículo 14 de la Constitución Española, y en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores<sup>135</sup>. En este sentido, la

---

<sup>134</sup>Vid. CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo Público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales y extinción de la relación laboral*, Editorial Fundación Asesores locales, Málaga, 2011, pg.72-73.

<sup>135</sup>Vid. BALLESTER PASTOR, Amparo, *El periodo de prueba*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pg.50-53.

exigencia de motivación impuesta a la Administración dificulta que la decisión de desistir del contrato tenga su razón real en una causa de discriminación o se hubiera practicado con vulneración de derechos fundamentales<sup>136</sup>.

Por último, también hay que señalar las especialidades relativas a la extinción del contrato de trabajo. El EBEP no contiene ninguna referencia a la extinción del contrato de trabajo en la Administración Pública, con la sola excepción del despido disciplinario declarado improcedente (art.96.2 EBEP) y, por tanto, serán de aplicación las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, las causas de extinción previstas en el Estatuto de los Trabajadores están pensadas para empresas privadas, regidas por el principio de libertad de empresa (art.38 de la CE), y que se encuentran orientadas a la consecución de un beneficio económico. Sin embargo, las Administraciones Públicas tienen como fundamento de actuación el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales, así como la obligación de guardar y respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso y la promoción profesional, por lo que no parece apropiado aplicar unas reglas pensadas para empresarios que actúan en un mercado regido por la libertad de empresa, y cuyo fin es la obtención de beneficios.

Los diferentes principios perseguidos por la Administración respecto del empresario privado hubieran justificado la inclusión de alguna referencia a las causas de extinción de la relación laboral en el EBEP, en especial en relación con el despido por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o el cese de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup>Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pg.27.

<sup>137</sup>Vid. AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, «La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.318.

Aun así, las sucesivas reformas laborales acaecidas tras la aprobación del EBEP han ido matizando la posición de la Administración en los despidos colectivos de su personal. Si bien la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no despejaba las dudas sobre la licitud de su utilización en el sector público, tampoco prohibía su utilización de manera expresa. Sin embargo, no fue hasta la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuando se introdujo expresamente la posibilidad de llevar a cabo despidos objetivos en la Administración Pública, aunque no se desarrolló el procedimiento a seguir hasta la aprobación del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada<sup>138</sup>.

También hay que destacar ciertas especialidades que se plantean en relación con el despido disciplinario del personal laboral fijo. Aunque este en principio se rige por lo expuesto en el Estatuto de los Trabajadores (art.54), el EBEP establece consecuencias diferentes a las previstas en el Estatuto de los Trabajadores en aquellos supuestos en los que el despido sea declarado improcedente<sup>139</sup>.

En efecto, el EBEP prevé que en aquellos supuestos en los que el despido disciplinario de un empleado laboral fijo sea declarado improcedente se procederá a su readmisión (art. 96.2)<sup>140</sup>, perdiendo así la Administración la

---

<sup>138</sup>Para un análisis de las causas del despido colectivo en la Administración Pública *vid.* PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, «La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014, pg.41-49.

<sup>139</sup>Para un análisis sobre las consecuencias de la declaración de improcedencia de un despido en el ámbito de la Administración Pública y su tratamiento por la doctrina científica y judicial anterior a la aprobación del EBEP, *vid.* SÁNCHEZ PARRA, Ana Belén, «El reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de las Administraciones públicas. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº23, 2010, pg.153-159.

<sup>140</sup>Sobre el régimen disciplinario del personal laboral, *vid.* GARCÍA PIÑEIRO, Nuria P., «La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.343-359.

facultad otorgada ordinariamente al empresario de optar entre la readmisión o el pago de una indemnización en tales casos (art. 56.1 del ET)<sup>141</sup>.

La decisión de esta supresión se fundamenta en el estatuto constitucional de la Administración, mediante el cual la actuación administrativa debe de estar orientada siempre a la consecución del interés general, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, lo que impide que sea permisible la existencia de una decisión no ajustada a Derecho, como es la de un despido declarado improcedente<sup>142</sup>.

Esta medida es coherente con los principios constitucionales que informan el acceso al empleo público (art. 23.2 de la CE), ya que el citado derecho se extiende también al derecho a permanecer en las mismas condiciones previstas para el acceso. Por esta razón, la Administración no puede decidir discrecional y unilateralmente el cese de un trabajador una vez demostrado el mérito y la capacidad requeridos para desarrollar el puesto de trabajo, mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas, sino hay una razón que lo justifique<sup>143</sup>.

Es necesario resaltar que el artículo 96.2 del EBEP no ha trasladado al trabajador el derecho de elección de los despidos improcedentes, como recogían

---

<sup>141</sup>Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial: Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2008, pg.516.

<sup>142</sup>Esta propuesta ya se recogía en el informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado. Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg.140.

<sup>143</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.345 y GASCÓN VERA, Luis, «Constitucionalidad del art.96.2 del EBEP en relación con el personal temporal o indefinido al servicio de la Administración Pública», *Aranzadi Social*, nº9,2012, pg.83-93.

diversos convenios del sector antes de la entrada en vigor del EBEP, sino que ha fijado como consecuencia inexorable su reincorporación<sup>144</sup>.

La doctrina ha destacado que el artículo 96.2 del EBEP es una norma de Derecho necesario absoluto, por lo que no cabe que la negociación colectiva altere dicho régimen jurídico y otorgue la opción entre la readmisión o la indemnización al trabajador<sup>145</sup>. Por tanto, tras la entrada en vigor del EBEP todas las cláusulas convencionales que otorgaban la capacidad de elección al trabajador estarán viciadas por una nulidad sobrevinida. Sin embargo, existen pronunciamientos del Tribunal Supremo discrepantes, y que parecen acercarse más a una postura contraria, y entender que el artículo 96.2 del EBEP es disponible para la negociación colectiva. En concreto, la STS 2 de febrero de 2009<sup>146</sup> estableció que el artículo 96.2 del EBEP «*es una regla de carácter general que queda sin efecto cuando un convenio colectivo dispone lo contrario, al remitirse el propio EBEP en su artículo 7 a la legislación laboral en general*».

A pesar de que exista alguna opinión discrepante, la doctrina –incluso con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP– mayoritariamente entiende que el despido improcedente en el ámbito de la Administración Pública debe de ser considerado radicalmente nulo, ya que, al tratarse de un despido sin causa se vulnera el principio de igualdad, al que la Administración se encuentra vinculado positivamente<sup>147</sup>.

Además, la indemnización derivada de un despido improcedente resultaría contraria al principio de legalidad presupuestaria. Como se sabe, la

---

<sup>144</sup>Vid. GASCÓN VERA, Luis, «Constitucionalidad del art.96.2 del EBEP en relación con el personal temporal o indefinido al servicio de la Administración Pública», *Aranzadi Social*, nº9,2012, pg. 83-93.

<sup>145</sup>Vid. VIVERO SERRANO, Juan Bautista, «El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Derecho Social*, nº40, 2007, pg.72.

<sup>146</sup>Rec. 7828/2008.

<sup>147</sup>Vid. DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pg.80 y ss.

legalidad presupuestaria recoge los gastos que cada Administración tiene autorizados en cada ejercicio presupuestario, sin que se puedan rebasar los topes máximos establecidos, si bien se admite la asunción de gastos derivados de la ejecución de sentencias condenatorias. Sin embargo, esta excepción no es predicable en aquellos casos en los que la condena deriva de un acto volitivo<sup>148</sup> y arbitrario<sup>149</sup>.

En la legislación laboral general, cuando un despido es declarado improcedente, se está reconociendo la acausalidad de la decisión, y por tanto, se está permitiendo que el empresario actúe, más que de manera discrecional, de manera arbitraria, en la medida en que la discrecionalidad supone elegir, entre varias opciones lícitas, la que más convenga, y sin embargo, el despido sin causa es una infracción del ordenamiento. Por tanto, se puede decir que, con carácter general, el Estatuto de los Trabajadores otorga a los empresarios privados una cierta capacidad de arbitrariedad a este respecto, ya que permite mantener su decisión de prescindir de los servicios de un determinado trabajador a pesar de que haya sido declarado improcedente<sup>150</sup>.

Sin embargo esta posibilidad está prohibida en el ámbito de la Administración Pública, por el artículo 9.3 de la Constitución Española, que de manera expresa recoge la interdicción de la arbitrariedad<sup>151</sup>. En efecto, la discrecionalidad es legítima, mientras que la arbitrariedad está constitucionalmente prohibida. Por ello, se exige a la Administración que motive sus decisiones discrecionales, como demostración de que no se trata de

---

<sup>148</sup>No obstante, cabe señalar que no todos los supuestos en los que un despido ha sido declarado improcedente conllevan que la Administración haya actuado de manera arbitraria, ya que la declaración de improcedencia puede haberse producido por una mera cuestión de procedimiento o forma.

<sup>149</sup>Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, Madrid, 2011, pg.744.

<sup>150</sup>Vid. TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, «La necesidad de reabrir el debate de la nulidad de los despidos arbitrarios o en fraude de ley», *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº292, 2007, pg. 53.

<sup>151</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.345.

la mera voluntad de quien las emite, aprovechando el espacio que la ley deja libre, sino que son el resultado consciente de una elección racional, sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y externamente verificables<sup>152</sup>.

No obstante, esta previsión solo es aplicable a los trabajadores fijos, en los casos de despido disciplinario improcedentes, pero no es de aplicación a los despidos objetivos improcedentes, ni al personal laboral temporal<sup>153</sup>. La exclusión de estos supuestos no parece encontrar justificación constitucional alguna<sup>154</sup>, pues como ya se dijo, todo despido declarado improcedente supone una infracción del ordenamiento jurídico que la Administración tiene prohibida por la Constitución (art.9.3)<sup>155</sup>.

En lo que respecta al despido improcedente de personal laboral fijo, pero no disciplinario, una parte de la doctrina aboga por una interpretación extensiva del artículo 96.2 del EBEP. Así, los partidarios de esta interpretación entienden que el artículo 96.2 del EBEP debe aplicarse a todos los casos de despido improcedente, en la medida en que así se deriva de las exigencias constitucionales y, además, porque con carácter general el régimen jurídico del despido disciplinario improcedente se aplica supletoriamente a cualesquiera decisiones empresariales extintivas injustificadas y carentes de cauce de impugnación judicial propio<sup>156</sup>. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales

---

<sup>152</sup>Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *Revista de Administración Pública*, nº187, enero-abril, 2012, pg.146-147.

<sup>153</sup>Vid. MIÑAMBRES PUIG, César, *La estabilidad de funcionarios y trabajadores: ¿una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, CES, Madrid, 2001.

<sup>154</sup>Vid. SALA FRANCO, Tomás, «La nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *Actualidad Laboral*, nº20, 2007, pg.2417.

<sup>155</sup>En este sentido se había pronunciado la Comisión de expertos, que abogaba por la supresión del despido improcedente en el sector público. Por esta razón, la propuesta no se planteaba en el capítulo dedicado al régimen disciplinario, sino en lo relativo a la extinción de la relación de empleo público, tanto de funcionarios como de laborales. Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005, pg. 127.

<sup>156</sup>A favor de una interpretación extensiva, SALA FRANCO, Tomás, «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pg. 125-126 y VIVERO SERRANO, Juan Bautista, «El despido improcedente de los

existentes hasta el momento descartan la posibilidad de extender la readmisión más allá del despido disciplinario, bajo el fundamento del tenor literal de la norma, expresivo de la voluntad del legislador (STSJ de Islas Canarias, nº 1483/2008, de 30 de octubre y STSJ de Cataluña, nº6062/2014, de 19 de septiembre)<sup>157</sup>.

Por su parte, en el caso de los trabajadores temporales la dudas de constitucionalidad se plantean por una doble vía. Por un lado, por la ya referida infracción del artículo 9.3 de la Constitución y el mandato de interdicción de la arbitrariedad, y por otro, por una vulneración del principio de igualdad respecto de los trabajadores fijos (art.14 CE)<sup>158</sup>. Sin embargo, en este caso la doctrina descarta la posibilidad de proceder a una interpretación extensiva del artículo 96.2 del EBEP y aboga por una intervención de la negociación colectiva para equiparar el régimen al de los despidos improcedentes del personal laboral fijo<sup>159</sup>.

Debe recordarse que la doctrina constitucional sobre el derecho de igual ha determinado que el artículo 14 de la Constitución incluye *«una cláusula general de igualdad, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias jurídicas entre ellos, tenga que existir una*

---

empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Derecho Social*, nº40, 2007, pg. 72-74.

<sup>157</sup>Vid. SÁNCHEZ PARRA, Ana Belén, «El reconocimiento da la improcedencia del despido por parte de las Administraciones públicas. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº23, 2010, pg. 163.

<sup>158</sup>Vid. SALA FRANCO, Tomás, *op.cit.*, pg.130.

<sup>159</sup>Vid. VIVERO SERRANO, Juan Bautista, «El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Derecho Social*, nº40, 2007, pg.75. Así lo ha entendido también la negociación colectiva y la jurisprudencia. En este sentido, la STSJ de Andalucía nº 1179/2013, de 20 de junio reconoce la obligatoriedad de reincorporar a un trabajador cuyo despido disciplinario había sido declarado improcedente no por aplicación del artículo 96.2 del EBEP que, insiste la sentencia, solo rige para el personal fijo, sino por aplicación del convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía. En concreto, el artículo 46.4 del citado convenio traslada la opción entre la readmisión y la indemnización en caso de despido improcedente al trabajador.

*justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios jurídicos de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, de 4 de octubre; 9/2002, de 14 de febrero; 214/2006, de 3 de julio; 3/2007, de 15 de enero; 233/2007, de 5 de noviembre; 59/2008, de 14 de mayo).*

En palabras de la STC 22/1992, de 14 de febrero, *«los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas»*. Requisitos que no parece que se cumplan en la exclusión del personal temporal del artículo 96.2 del EBEP.

Esta problemática acerca de la adecuación constitucional del artículo 96.2 del EBEP ha llegado a los tribunales. En concreto, las SSTJ de Castilla-La Mancha nº 781/2009, de 8 de mayo, y nº 782/2009, de 11 de mayo, estimaron los recursos de suplicación interpuestos contra dos sentencias de instancia que habían condenado a la Administración a la readmisión obligatoria en un supuesto de despido improcedente de un trabajador temporal, considerando que su exclusión del artículo 96.2 era inconstitucional. El TSJ de Castilla-La Mancha estimó los recursos alegando que mientras no se plantee una cuestión de inconstitucionalidad que confirme la vulneración del texto constitucional, no cabe sino aplicar el artículo 96.2 del EBEP en su tenor literal<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup>Finalmente la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada por el Auto de 16 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (rec. 2071/2010). El Tribunal planteó la cuestión de constitucionalidad ya que consideró que el artículo 96.2 del EBEP podría vulnerar el artículo 14 de la Constitución. En concreto, el TSJ de Castilla y León entendió que el derecho de opción entregado a los empresarios privados solamente se encuentra limitado por la prohibición de discriminación o por represalia contra el ejercicio de los derechos fundamentales,

Más allá de este argumento formal, el TSJ de Castilla- La Mancha considera que las diferencias entre ambos colectivos –indefinidos y temporales– no pueden considerarse injustificadas o irrazonables desde el momento en que para los trabajadores fijos la readmisión obligatoria garantiza la estabilidad en el empleo que, conforme a la opinión del Tribunal, es propio de su vinculación, mientras que para el personal temporal la permanencia en el puesto no constituye un elemento definitorio de la relación, lo que a su juicio justifica que al legislador no le haya parecido oportuno privar a la Administración empleadora de la facultad de opción que legalmente tiene reconocida (art. 56.1 ET).

Este argumento esgrimido por el Tribunal debe descartarse, ya que a pesar que los trabajadores temporales no tengan como nota definitoria de su vinculación la permanencia en el puesto de trabajo, sí tienen derecho a que su contrato se cumpla en toda su extensión temporal, sin que pueda quedar al arbitrio de la Administración Pública, que debe actuar en todo caso con objetividad y sometimiento pleno a la legalidad, anticipar su terminación<sup>161</sup>.

Además, este trato injustificado entre el personal laboral fijo y temporal puede contravenir el Derecho de la Unión Europea, en concreto, la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio, sobre el trabajo de duración determinada. El alcance de esta directiva se cuestionó en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, caso Gavieiro, de 22 diciembre de 2010 (asuntos acumulados C 444/09 y C 456/09) –un asunto además de procedencia española tras la aprobación del EBEP–, que dictaminó que los trabajadores con contratos de duración determinada no pueden ser tratados de manera menos

---

pero en los casos en los que el empleador es una Administración Pública esta se halla limitada en el ejercicio de su opción por un principio mucho más exigente, como es el de interdicción de la arbitrariedad, que impone una obligación de respetar la igualdad ante la Ley, lo que constitucionalmente concede a las personas un derecho subjetivo de alcanzar de los poder públicos un trato idéntico para supuestos iguales.

<sup>161</sup>*Vid.* CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo Público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales y extinción de la relación laboral*, Editorial Fundación Asesores locales, Málaga, 2011, pg.138-140.

favorable que los trabajadores fijos que se encuentren en una situación comparable si no existe una causa justificada (*vid.* Cap. II.6).

El Tribunal añadió, a este respecto, que el hecho de que exista una disposición legal que imponga diferencias entre ambos colectivos no es de por sí una causa lícita para profesar un trato desigual entre ambos colectivos. La sentencia recalcó, además, que aunque una norma nacional no establezca que es transposición de una directiva, si materialmente lo es, tiene a todos los efectos tal consideración<sup>162</sup>.

No obstante, hay autores que abogan por el mantenimiento de esta diferencia de trato entre el personal laboral fijo y el temporal en cuanto a su estabilidad en el empleo, al entender que es una consecuencia derivada de la diferencia de los procesos selectivos, siendo el del personal laboral fijo mucho más exigente que el del personal laboral temporal, en el que los principios de mérito y capacidad se aplican pero de manera menos intensa<sup>163</sup>.

Aún aceptando esta premisa, el distinto trato entre el personal laboral temporal y el fijo seguiría planteando dudas de constitucionalidad. Si bien se podría descartar la tacha antes vista por vulneración del principio de igualdad, al entenderse que el distinto trato estaría justificado, no pasaría igual respecto del necesario sometimiento de la Administración a los principios constitucionales, ya que estos vinculan a la Administración en cuanto sujeto de Derecho Público – también en su vertiente de empleadora- con independencia de qué tipo de trabajador sea al que afecte su decisión extintiva.

---

<sup>162</sup>*Vid.* NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, y MIRANDA BOTO, José María, «Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, octubre 2010- febrero 2011», *Actum social*, nº49, 2011.

<sup>163</sup>*Vid.* SÁNCHEZ PARRA, Ana Belén, «El reconocimiento da la improcedencia del despido por parte de las Administraciones públicas. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº23, 2010, pg.164.

## 7. Los Principios de Derecho del Trabajo y empleo público

La Administración Pública cuando actúa como empleadora presenta un doble perfil jurídico<sup>164</sup>. Por un lado, en su vertiente privada interviene en el tráfico jurídico como un empleador más, por lo que también queda sometida a la legislación laboral (STS de 21 de marzo de 2002<sup>165</sup>), lo que conlleva, a su vez, el necesario respeto a los principios sectoriales del Derecho del Trabajo<sup>166</sup>. Sin embargo, en su condición de sujeto de Derecho Público, la Administración debe respetar en todo caso el principio de legalidad, el de interdicción de la arbitrariedad, el sometimiento de su actuación a los intereses generales, y el respeto a la legalidad presupuestaria.

Esta dualidad del sujeto empleador conlleva que la articulación de los principios generales del derecho en el ámbito del empleo público sea compleja, en la medida en que, como se ha visto, convergen dos tipos de principios: los propios del Derecho laboral, y los que guían la conducta de la Administración, que en ocasiones pueden ser disonantes.

Además, a esta problemática, debe sumarse la propia dificultad que entraña el concepto de «*principios generales del derecho*» en si mismo.

En efecto, el artículo 1.4 del Código Civil recoge entre las fuentes del ordenamiento jurídico los principios generales del Derecho, aplicables en defecto de ley o de costumbre, e informadores de todo el ordenamiento. Sin embargo, en el sistema jurídico español no existe ninguna norma que defina cual es su alcance y contenido, o que debe entenderse por tales. Esta indefinición general ha propiciado que a lo largo del tiempo se hayan confundido en el argot

---

<sup>164</sup> Respecto al carácter dual de la actuación de la Administración Pública *vid.* la STS de 2 de febrero de 2010, rec. 2399/2009 y la STSJ de Castilla- La Mancha 586/2012, de 23 de mayo.

<sup>165</sup> Núm. de recuso 2408/2001.

<sup>166</sup> *Vid.* CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo Público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales y extinción de la relación laboral*, Editorial Fundación Asesores locales, Málaga, 2011, pg. 25-26.

jurídico diversas expresiones, cuyo alcance puede ser diferente<sup>167</sup>. De esta manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia han utilizado indistintamente expresiones tales como «*principios generales*», «*ideas/directivas*», «*pensamientos jurídicos generales*», etc.<sup>168</sup>. De esta confusión de significados inicial deriva que en la práctica este concepto elemental sea utilizado para nombrar tareas diversas dentro del ordenamiento jurídico<sup>169</sup>.

En este contexto, y en términos aproximativos, los principios jurídicos suelen caracterizarse, en oposición a las reglas, por su generalidad, indeterminación o vaguedad, por la simplicidad de su enunciado, por su menor o más flexible voluntariedad de aplicación, y por sus funciones, integradora o supletoria para la cobertura de lagunas legales, interpretativa o de selección de las normas aplicables, e informadora del ordenamiento<sup>170</sup>. Pese a que la mayor parte de la doctrina considera que los principios generales son normas jurídicas, ciertos autores los categorizan como criterios directivos o pautas orientadoras de normación<sup>171</sup>.

Esta consideraciones pueden relacionarse, a su vez, con las tres formulas mediante las cuales se forman los principios generales del Derecho. Por un lado, los principios generales pueden ser el resultado del acogimiento de ideas normativas «*tópicas*» formuladas en máximas o aforismos. En otras ocasiones, los principios se construyen o elaboran de manera más científica, mediante

---

<sup>167</sup>Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Método para el conocimiento del Derecho*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1987, pg. 66 y ss.

<sup>168</sup>Vid. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Ediciones Bosch, Barcelona, 1961, pg. 3.

<sup>169</sup>Vid. DIAZ DE TERÁN VELASCO, M<sup>a</sup> Cruz, «Los principios generales del derecho en la interpretación (una aproximación desde J. Bms Vallet Goytisolo)», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº23, 2011, pg. 185.

<sup>170</sup>Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, «Cap. IX Principios Generales», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *El Sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2008, pg. 272.

<sup>171</sup>Para un análisis prolijo del debate doctrinal sobre la consideración de los principios generales como normas jurídicas. Vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto-Marino, «Sobre los principios generales del derecho. Especial consideración en Derecho español», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1999/2000, pg.8 y ss.

averiguaciones de la idea normativa o «*pensamiento general*» que inspira una determinada Institución (principios institucionales) o mediante la inducción de la norma general común a un conjunto de disposiciones concretas (principios sistemáticos). Otras veces los principios recogen la ordenación de la vida política, económica y social (principios estructurales y constitucionales positivos)<sup>172</sup>.

Algunos de los principios generales del Derecho han sido tradicionalmente recogidos o positivizados en normas, sin perjuicio de que en determinados momentos la jurisprudencia y la doctrina les haya reconocido un alcance más general, preconizando su aplicación a situaciones no previstas por aquellas<sup>173</sup>. Desde esta perspectiva, como categoría específica de norma, su función se dirige a la composición, ordenación, aplicación e interpretación del sistema jurídico. Así hay principios que desempeñan su función en la producción normativa, la identificación y selección de la norma aplicable entre las varias concurrentes en la regulación de un mismo supuesto de hecho o entre las que se suceden en el tiempo.

La doctrina más clásica agrupa los principios, según su origen, como los principios de Derecho Natural, los principios tradicionales o nacionales, y los principios políticos<sup>174</sup>. Conforme a esta clasificación los principios de Derecho Natural serían aquellos que tienen su origen en la propia naturaleza de las relaciones humanas en las que aparece el Derecho. Desde esta perspectiva se pueden considerar elementos ontológicos del Derecho, esto es, son fundamento originario del mismo y no parten de presunciones jurídicas previas, ya que como

---

<sup>172</sup>Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos», *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 114, 2002, pg.822.

<sup>173</sup>Vid. CASAS BAAMONDE, María Emilia, «La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales», *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, enero-diciembre, 2003, pg.90-92.

<sup>174</sup>Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Introducción y parte general. vol. I, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 1962, pg. 363.

elementos cognoscitivos son independientes y no se derivan unos de otro<sup>175</sup>. Por otro lado, los principios tradicionales o nacionales serían aquellos que su fisonomía típica al ordenamiento de cada pueblo. Y, por último, los principios políticos serían aquellos que integran la Constitución del Estado (*vid.* Cap. II. 1 y 2).

Volviendo a los principios generales en el empleo público, junto con esta dificultad conceptual ahora expuesta, la problemática que se presenta son las eventuales divergencias que pueden aparecer a la hora de aplicar los distintos principios sectoriales que convergen en este ámbito. En efecto, como antes se anunció en el empleo público laboral confluyen los principios generales propios del Derecho del Trabajo, junto con los principios de la actuación administrativa, que parten de ordenamientos sectoriales distintos, con una concepción de las fuentes y objetivos diferentes.

En este sentido, los fines de la Administración podrían resumirse en lo que algunos autores<sup>176</sup> han venido a denominar la «triple e» (economía, eficacia y eficiencia). En este extremo hay que destacar que los principios de eficacia y eficiencia son diferentes a pesar de que estén estrechamente relacionados. Si bien el principio de eficiencia, etimológicamente, coincide con el de eficacia<sup>177</sup>, sin embargo presenta notas propias. En este contexto, se podría definir la eficiencia como la relación entre los recursos utilizados en un proyecto y los logros conseguidos con el mismo. En otras palabras, se entiende que la eficiencia se da cuando se utilizan menos recursos para lograr un mismo

---

<sup>175</sup>*Vid.* MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, «Principios del Derecho y norma jurídica», en VV.AA., *Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Editorial ACTAS, Madrid, 1993, pg. 92 y ss.

La Administración debe respetar en todo caso el principio de legalidad, el de interdicción de la arbitrariedad, el sometimiento de su actuación a los intereses generales, y el respeto a la legalidad presupuestaria<sup>176</sup>*Vid.*, por todos, MARÍN CORREA, José María, «Derecho Administrativo/Derecho Laboral: Diferente funcionamiento de las fuentes jurídicas», en VV.AA. (Dir. CARO MUÑOZ, Ana Isabel, DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel), *Jornadas sobre el profesorado universitario laboral*, Universidad de Burgos, 2004, pg.58.

<sup>177</sup>*Vid.* PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, MAP, Madrid, 1995, pg. 92.

objetivo, o al contrario, cuando se logran más objetivos con los mismos o menos recursos.

La eficacia, por el contrario, no está relacionada con el nivel de recursos invertidos para realizar una actividad, sino con el nivel de consecución de metas y objetivos. Por tanto, en el ámbito de la Administración la eficacia se medirá en relación con la satisfacción del interés general (art.103.1 CE).

De esta manera, la eficiencia en el ámbito público se vincula con el gasto público, una Administración es más eficiente cuando presta el mismo número de servicios con un menor gasto. Este principio tiene alcance y fundamento constitucional. Así, el artículo 31.2 de la CE, establece que «*El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*». Este principio tiene como función intrínseca determinar cuando un gasto es no solo eficaz, sino también eficiente, desde una perspectiva de rentabilidad, lo que condiciona las opciones de gestión administrativa, y se vincula, a su vez, con el principio de transparencia<sup>178</sup>.

La búsqueda por parte de la Administración de la eficiencia se entendió, por la doctrina clásica, como incompatible con ciertos derechos fundamentales de sus trabajadores. Sin embargo, en la actualidad, se entiende la eficiencia y la eficacia de una manera más amplia. En este sentido, la Administración debe de ser eficaz también en la creación de condiciones para el pleno desarrollo de la capacidad de cada ser humano, incluidos sus trabajadores. Por tanto, la eficiencia de la Administración debe de estar guiada por el principio de «*valor de la persona humana y su dignidad*»<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup>Vid. GIMENO FELIU, José María, «El principio de eficiencia», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.1259- 1261.

<sup>179</sup>Vid. COLAPIETRO, Carlo, «Una rilettura costituzionale in chiave personalistica delle Amministrazioni e delle dirigenze pubbliche. Spunti di riflessione», *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Vol. XV, Maggio- Agosto 2012, n° 3-4, pg. 473-475)

Por otro lado, el ordenamiento laboral responde a otros valores, que surgen en torno a la doble condición del trabajador asalariado, como personal física y como contratante débil en el mercado de empleo y subordinado en la relación laboral. Estas especialidades se explican por el origen histórico del Derecho del Trabajo, que nació como un sistema normativo eminentemente tuitivo y de protección de la persona del trabajador, con manifestaciones específicas de los principios generales<sup>180</sup>. Así, podrían identificarse como principios del Derecho del Trabajo el tuitivo, el denominado principio «*pro operario*», el de indisponibilidad de Derechos, el de irretroactividad debilitada, los de norma mínima, norma más favorable y condición más beneficiosa. Así como otros más difusos, como la justicia social, el pleno empleo, el desarrollo social y económico, la solidaridad nacional y la protección estatal del trabajo<sup>181</sup>.

En lo que respecta al principio tuitivo cabe señalar que este, a pesar de haber tenido mayor importancia en otras épocas, tiene vigencia en toda la experiencia jurídica, por lo que va a informar tanto la creación de las normas, como su contenido y los criterios de elección, aplicación e interpretación. De este principio genérico, se derivan otros, como el principio «*in dubio pro operario*», el de condición más beneficiosa, el de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET y 3 LGSS), el de progresividad<sup>182</sup>, o el de norma mínima y suplementariedad<sup>183</sup>. En términos más actuales, el principio de favor encuentra su acomodo constitucional en el principio de igualdad material o real, o de

---

<sup>180</sup>Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, «Cap. IX Principios Generales», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *El Sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2008, pg.279.

<sup>181</sup>Vid. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, ACARL, Madrid 1991.

<sup>182</sup>El principio de progresividad establece un criterio para la sucesión de normas en el tiempo, principalmente respecto de los convenios colectivos, y engloba el principio de indisponibilidad o irreversibilidad. A pesar de que estos principios han sido tradicionalmente de aplicación, ha caído en declive tras las reformas laborales iniciadas en el año 2010 (ley 35/2010, RD-ley 7/2011, Ley 3/2012 y RD-ley 20/2012, respecto de la negociación colectiva en la Administración Pública).

<sup>183</sup>Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, «Cap. IX Principios Generales», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *El Sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2008, pg.280.

igualdad de oportunidades (art.9.2 CE), como criterio corrector de la igualdad formal, o de compensación de desventajas sociales.

Como se puede observar, ambos ordenamientos parten de un fundamento constitucional diferente, lo que en ocasiones dificulta la posibilidad de reconducir el contenido de unos principios sectoriales a otros. No obstante, algunos autores proponen equivalencias entre unos y otros principios en atención a su contenido y funciones<sup>184</sup>. Por ejemplo, el principio «*in dubio pro operario*»<sup>185</sup> no parece que encuentre una equivalencia en el ordenamiento administrativo<sup>186</sup>, sin embargo, hay autores que proponen asemejarlo al silencio positivo, en atención a los fines comunes de ambos<sup>187</sup>.

La aplicación del silencio positivo conlleva la aceptación de las pretensiones del administrado si la Administración no responde de manera expresa en el periodo de tiempo legalmente previsto (art. 43 de la Ley 30/1992). Por tanto, se vincula más con una cuestión de seguridad jurídica, y de buen funcionamiento de la Administración, que con un carácter protector de los intereses de los administrados. Aún así, también tiene una vertiente protectora, en la medida en que también persigue que la inactividad de la Administración no cause perjuicio a los administrados.

Sin embargo, la aplicación del principio «*in dubio pro operario*» trata de dar primacía al sentido más favorable para el trabajador de una norma siendo aplicable únicamente en la interpretación del derecho, en caso de que surja una duda respecto de su sentido y alcance (STS de 18 de octubre de 1989)<sup>188</sup>. Por

---

<sup>184</sup> Vid., por todos, MARÍN CORREA, José María, *op.cit.*, pg.58-60.

<sup>185</sup> El principio de «*in dubio pro operario*» expresa el principio jurídico de que en caso de duda en la interpretación de una norma se aplique aquella que favorezca al trabajador.

<sup>186</sup> A pesar de que su finalidad es distinta, ya que en el caso del principio de «*in dubio pro operario*» tiene una finalidad tuitiva con el trabajador que se considera la parte débil de la relación, en este ámbito podría asemejarse con el principio de «*favor libertatis*», en la medida en que obliga a la Administración a interpretar las normas de la manera más beneficiosa con el administrado.

<sup>187</sup> Vid., por todos, MARÍN CORREA, José María, *op.cit.*, pg.58-60.

<sup>188</sup> Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, «Cap. IX Principios Generales», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *El Sistema de fuentes de la*

tanto, la aplicación del principio «*in dubio pro operario*» solo será posible cuando la norma sea oscura, y admita diversas interpretaciones (STS de 25 de abril de 1985).

No obstante, la jurisprudencia ha admitido la aplicación del principio «*in dubio pro operario*» en el ámbito del empleo público, al entender que en el caso de que este principio no fuera observado la Administración estaría realizando un ejercicio inadecuado de su poder de dirección, ya que si cuando aplica la legislación laboral, en su papel de empleadora, se decanta por una interpretación menos favorable para el trabajador estaría infringiendo el ordenamiento laboral. Y, por tanto, se estaría acometiendo un acto contrario a Derecho, prohibido por los mandatos constitucionales recogidos en los artículo 9.3 –interdicción de la arbitrariedad- y sujeción a la ley y al Derecho, ya que no se habría adoptado la consecuencia jurídica más razonable y ajustada a Derecho en el ámbito del contrato de trabajo (STSJ de Murcia nº 285/1999, de 16 de marzo).

La aplicación del principio «*in dubio pro operario*» debe defenderse en el ámbito de la Administración Pública salvo que de optar por la interpretación más beneficiosa para el trabajador se causara un perjuicio al interés general o a los usuarios del servicio, en cuyo caso ya no se podría defender que fuera la consecuencia jurídica más razonable y ajustada a Derecho, ya que como se vio, toda la actuación de la Administración debe estar orientada a este fin por mandato constitucional (art.103 de la CE).

Por otro lado, tampoco se encuentra una equivalencia clara en el ordenamiento administrativo para los principios, por un lado, de irrenunciabilidad de derechos o indisponibilidad y, por otro, de norma mínima o más favorable. No obstante, hay autores que proponen semejanzas entre la

indisponibilidad con las legítimas expectativas de derechos o confianza legítima<sup>189</sup>.

En esta misma línea, estos autores asemejan la condición más beneficiosa a los actos propios, al entender que la Administración puede reconocer derechos o beneficios que excedan de los estrictamente legales sin que luego pueda unilateralmente retirarlos, ya que queda vinculado por sus actuaciones preexistentes. En este sentido, cabe recordar que la doctrina de los actos propios postula la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma, lo que implica la imposibilidad de adoptar en actuaciones ulteriores un comportamiento contradictorio. Esta doctrina encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y que limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (STC 73/1988, de 21 de abril y STC 198/1988, de 24 de octubre).

Sin embargo, no resulta sencillo reconducir la condición más beneficiosa a los actos propios, ya que existen pronunciamientos judiciales en esta materia que excluyen la capacidad de la Administración para incorporar al nexo contractual nuevas condiciones, por carecer de voluntad, más allá de la prevista en la ley (STSJ de la Comunidad Valenciana nº 3036/2010, de 9 de noviembre). En efecto, la sujeción al principio de legalidad por parte de la Administración Pública impone, frente a pretendidos derechos o condiciones más beneficiosas, la sujeción estricta de las condiciones de trabajo a lo legalmente previsto, sin posible desviación por razones de mera tolerancia o error provenientes de quienes no ostentan jurídicamente la potestad de vincular a la Administración con sus decisiones (STSJ de Aragón nº 506/2003, de 5 de mayo).

---

<sup>189</sup>*Vid.*, por todos, MARÍN CORREA, José María, *op.cit.*, pg.58-60.

Además, el reconocimiento de la condición más beneficiosa en este ámbito puede suponer una vulneración del principio de igualdad, ya que, como se sabe, la Administración se encuentra vinculada positivamente a este principio y no puede procesar un trato desigual a situaciones que objetivamente son iguales (*vid.* Cap. VII.3).



## CAPÍTULO II

### LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA NORMA INTERNACIONAL

**1. Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas. -2. Derechos, deberes y principios rectores en el empleo público. -3. Distribución de competencias en el empleo público. -4. Cuadro constitucional de fuentes para el empleo público. -5. La influencia de la norma internacional en el empleo público. -6. El Derecho de la Unión Europea y el empleo público.**

#### **1. Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas**

La Constitución Española de 1978 emplea la palabra «*principio*» con diferentes significados. Así, nuestro texto constitucional tiende a equiparar «*principios*» con «*valores superiores del ordenamiento*». Los valores superiores constituyen ideales que han venido siendo reclamados a lo largo de la historia del pensamiento ético y político de la cultura occidental. Se trata de opciones materiales que son tenidas por meta-jurídicas y como matrices de valor que el propio tiempo ha positivizado.

En este contexto, hay autores que defiende que la consideración de los principios generales del derecho está estrechamente vinculada con la evolución del concepto normativo de Constitución. En concreto, se defendió la utilización de los principios generales, durante la primera mitad del Siglo XX, como un intento de frenar el auge de regímenes totalitarios y autoritarios en un buen número de países europeos<sup>190</sup>. Los grandes cambios políticos posteriores a la I Guerra Mundial – por ejemplo la Revolución Rusa, el fascismo italiano, el nazismo alemán, y las leyes básicas o fundamentales de los autoritarismo portugués y español- son los que motivan la irrupción de los principios básicos

---

<sup>190</sup>Vid. GARCÍA CANALES, Mariano, «Principios Generales y Principios Constitucionales», *Revista Española de Estudios Políticos*, nº 64, 1989, pg. 138.

de los regímenes políticos<sup>191</sup>. Sin embargo, su eficacia fue limitada debido al carácter no normativo que los caracterizaba en aquella época, al encontrarse recogidos en Constituciones no normativas o como derecho no escrito.

La derrota de estos regímenes tras la II Guerra Mundial, dio paso a un nuevo tiempo en el ámbito jurídico, caracterizado por Constituciones normativas, y no meramente programáticas, en las que se codificaron principios políticos, convirtiéndolos así en normas jurídicas. Por tanto, en este tiempo se produjo un desplazamiento, que perdura en nuestra época, desde los principios políticos programáticos hacia los principios constitucionales, con una formulación más o menos explícita y precisa, pero con naturaleza normativa y vocación de eficiencia<sup>192</sup>.

En nuestra Constitución vigente se puede resaltar como principal «*valor superior*» del Estado las previsiones del artículo 1.1. de la CE que establece que «*España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*», constituyendo el marco ético-jurídico en el que debe enmarcarse la actividad de los poderes públicos.

En lo que respecta a los valores consagrados en el artículo 1.1 de la Constitución hay que hacer una mención especial al «*principio democrático*», ya que se proclama como base del sistema de Derecho constitucional positivo. En este sentido, la propia posición del Parlamento, y de la ley, se determina en los Estados constitucionales a partir del lugar que el principio democrático asigna a la Cortes, como titulares del poder legislativo. Por tanto, la posición de la ley en el ordenamiento guarda una relación con este principio estructural. El reconocimiento del principio democrático determina la relación entre la potestad

---

<sup>191</sup>Vid. COSSIO CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pg.50.

<sup>192</sup>Vid. GARCÍA CANALES, Mariano, «Principios Generales y Principios Constitucionales», *Revista Española de Estudios Políticos*, nº 64, 1989, pg. 139.

normativa del Parlamento y la del Gobierno, exigiendo la intervención de la ley en materias consideradas esenciales<sup>193</sup>.

Estos valores se imponen de forma inmediata a los poderes públicos en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Así lo entendió tempranamente nuestro Tribunal Constitucional, que estableció que los principios recogidos en el texto constitucional, más allá de la mera función «*informadora*», tenían valor anulatorio, por inconstitucionalidad, de aquellas normas que se opusieran a su contenido (STC 4/1991, de 13 de febrero).

Por tanto, se puede afirmar que los principios constitucionales participan de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento. Así pues, todos los principios constitucionalizados, sean principios recogidos expresamente, o inducidos del articulado constitucional, son normas jurídicas, aunque al ser enunciados de manera escueta o imprecisa requieran del aplicador del Derecho, en este caso del Tribunal Constitucional, para la concreción de su significado y alcance<sup>194</sup>.

En este sentido, algunos autores consideran que estamos en una etapa histórica en la que se ha producido la superación definitiva de la antítesis positivismo/ius-naturalismo, ya que nuestra norma fundamental expresa valores éticos o político, que en etapas anteriores no tenían relevancia jurídica, y que sin embargo, en la actualidad gozan de carácter normativo y eficacia directa sobre todos los poderes públicos<sup>195</sup>.

Además de esta codificación de los valores superiores, la Constitución incluye otros principios orientados a guiar o limitar el ejercicio de los poderes públicos. En concreto, en lo que se refiere a la actividad administrativa,

---

<sup>193</sup>Vid. DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pg. 140.

<sup>194</sup>Vid. GARCÍA CANALES, Mariano, «Principios Generales y Principios Constitucionales», *Revista Española de Estudios Políticos*, nº 64, 1989, pg.147-149.

<sup>195</sup>Vid. GARCÍA CANALES, Mariano, «Principios Generales y Principios Constitucionales», *Revista Española de Estudios Políticos*, nº 64, 1989, pg.151.

adquieren una especial relevancia la consagración del principio de legalidad (art.9.3 CE), la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3), el principio de supremacía del interés público sobre el particular (art.103.1 CE), el principio de jerarquía (art.103.1 CE), el principio de imparcialidad (art.103.3 CE) y el principio de proporcionalidad, como principio de rector de la actividad administrativa, en la medida en que el acto administrativo debe ser congruente con los motivos y fines que los justifique (art.1.1, 9.3, y 10.1 CE)<sup>196</sup>.

Estas previsiones suponen, respecto de todos los poderes públicos, incluida la Administración en su vertiente de empleadora, una limitación capital a sus decisiones discrecionales, al exigirles una fundamentación objetiva, adecuada y racional, es decir, justificada, para que sean jurídicamente admisibles.

Así, el principio de legalidad, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, impide que la Administración actúe sin una habilitación legal previa, considerándose ilícitas aquellas intervenciones administrativas que excedan el marco normativo de referencia<sup>197</sup>. Por tanto, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción de la Administración, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa previa. En otras palabras, la Administración no solo tiene vedadas aquellas conductas que expresamente están prohibidas, sino que solo puede actuar en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico la habilite de manera expresa.

---

<sup>196</sup>Vid. MINNICELLI, Alessandra, *Principios Generales y Políticas Públicas. Herramientas del Derecho Administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalidad los derechos humanos en un Estado eficaz*, La Ley, Argentina, 2013, pg.236-237.

<sup>197</sup>Vid. REBOLLO PUIG, Manuel, «Los principios generales del Derecho. Atraviesamiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.1526.

Es necesario destacar que el principio de legalidad tiene manifestaciones específicas en el empleo público<sup>198</sup>. Al tratarse de un principio general de la actividad administrativa, debe guiar tanto la actividad de sus empleados, como la de las propias Administraciones en sus relaciones con ellos. Este principio debe ser entendido en el marco constitucional, lo que implica que se ha superado el modelo burocrático clásico, en virtud del cual se estimaba que la función administrativa consistía en la pura ejecución de las leyes. Por tanto, la función actual de la Administración debe enmarcarse en la consecución de los intereses generales, y los empleados públicos deben prestar sus servicios a los ciudadanos de conformidad con el Derecho, y en el marco de la legalidad.

Estas manifestaciones del principio de legalidad se vinculan, así mismo, con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art.9.3 de la CE). Así, este principio presenta también una doble vertiente, por un lado, exige la razonabilidad de las decisiones de la Administración respecto de sus empleados y, por otro, vincula al empleado público, que es a su vez poder público respecto de los administrados, y que debe orientar toda su actividad profesional a la consecución de una buena Administración<sup>199</sup>.

Estos principios recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución conectan, a su vez, con las previsiones del artículo 103. 1 de la CE, que regula específicamente la actuación administrativa. Así, se establece que *«la Administración Pública sirve con objetividad los interés generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»*, determinándose en el tercer apartado del citado precepto que *«la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del*

---

<sup>198</sup>Sobre la evolución y alcance del principio de legalidad *vid.* GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimotercera edición, Aranzadi, Navarra, 2006, pg.444-446.

<sup>199</sup>*Vid.* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, «Ética Pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril, 2010, pg. 15.

*ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones»<sup>200</sup>.*

En este contexto, el mandato constitucional del «servicio objetivo a los intereses generales» (art.103.1 CE), adquiere una especial trascendencia ya que asienta la finalidad principal de la actuación administrativa, que no es otra que la consecución del interés común. En el ordenamiento jurídico español la noción de interés público se utiliza como principio político de la organización estatal y como concepto jurídico de cuya interpretación depende la legalidad de la actuación administrativa. De esta manera, otros principios podrían agregarse a este con el fin de dirigir la citada actividad, pero en ningún caso este podría ser obviado o anulado<sup>201</sup>, ya que en nuestro ordenamiento jurídico el fin que justifica la existencia de la Administración es el servicio objetivo a los intereses generales<sup>202</sup>.

El citado precepto impone de forma expresa a las Administraciones que sirvan al interés público, y para ello su actuación debe guiarse siempre por la «objetividad», y con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Así, por un lado, el debido respeto a la objetividad excluye cualquier supuesto de discriminación o de decisión meramente subjetiva. Por otro lado, la sujeción a la ley y al Derecho impone a la Administración una actuación imparcial, ya que solo puede actuar dentro del marco establecido por el ordenamiento jurídico.

En este contexto, podría presentarse una aparente contradicción entre la objetividad de la Administración y el principio, igualmente constitucional, de la subordinación de aquella al poder de dirección del Gobierno (art.97.1 CE). Sin embargo, no existe tal contradicción en la medida en que, en un Estado

---

<sup>200</sup>Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, «Ética Pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril, 2010, pg. 16.

<sup>201</sup>Vid. MINNICELLI, Alessandra, *Principios Generales y Políticas Públicas. Herramientas del Derecho Administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalidad los derechos humanos en un Estado eficaz*, La Ley, Argentina, 2013, pg. 212-213.

<sup>202</sup>Vid. UREÑA SALCEDO, Juan A., «El principio de servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales», *Documentación Administrativa*, nº 289, 2011, pg.58.

democrático y de Derecho, la Administración obtiene su legitimidad precisamente de su carácter instrumental, al servicio de los intereses generales, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art.9.3, 97 y 103 CE)<sup>203</sup>. Es decir, la Administración no tiene, ni puede tener, intereses propios, sino que ha de servir a los intereses generales tal como son definidos por los órganos democráticamente legitimados para ello, con estricto sometimiento al principio de legalidad<sup>204</sup>.

Los intereses generales a los que debe servir la Administración deben de definirse, en primer lugar, en la Constitución. Así, nuestra norma fundamental incluye algunas menciones sobre qué intereses debe perseguir la acción pública. Sin embargo, en otras ocasiones el constituyente, debido al carácter abierto de la norma suprema, solo pudo fijar mandatos finalistas, que deben ser concretado por el legislador ordinario, al que le corresponderá entonces determinar que se entiende por interés general y cuál es el mejor modo de alcanzarlos.

Aún así, la ley tampoco puede definir de manera prolija y pormenorizada el interés común o el interés general, debido a la naturaleza casuística propia del termino, lo que da lugar a la «*discrecionalidad administrativa*», la cual puede ser entendida como la capacidad otorgada a la propia Administración para definir el interés general<sup>205</sup>. En otras palabras, la discrecionalidad aparece cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un momento dado, lo que es el interés público<sup>206</sup>.

De esta manera, el artículo 103.1 de la Constitución contiene una habilitación general para que la Administración pueda intervenir cuando lo exijan los intereses generales, condicionando así su actuación a la prestación de

---

<sup>203</sup>Vid. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro Ramón Areces, Madrid, 1991, pg. 236.

<sup>204</sup>Vid. MIGUEZ MACHO, Luis, «El principio de objetividad de la Administración», *Documentación Administrativa*, nº 289, 2011, pg. 11-12.

<sup>205</sup>Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Vol. I, Iustel, 2.ª edición, 2006, pg. 530 y ss.

<sup>206</sup>Vid. UREÑA SALCEDO, Juan A., *op.cit.*, pg.60-63.

un servicio objetivo para todos los ciudadanos<sup>207</sup>. Por tanto, la actuación de la Administración Pública deberá ser objetiva y neutral para garantizar el mandato constitucional.

Por otro lado, el principio de objetividad en el desarrollo de los servicios afecta directamente a la Administración en cuanto a autoridad, pero también influye sobre la actividad que debe desarrollar su personal, en la medida en que son los que actúan en nombre de la misma<sup>208</sup>. De esta manera, la objetividad que se predica de la Administración exige la actuación imparcial de los empleados públicos de tal modo que estos al interpretar y/o aplicar una norma, o ejercitar una potestad, deben realizar una valoración del supuesto concreto al margen de cualquier subjetividad o consideración. Por tanto, en lo que respecta a los empleados públicos, el principio de objetividad anula el interés propio del agente en aras a acatar la estricta voluntad de la norma<sup>209</sup>. Además, el empleado público, en atención al principio de neutralidad derivado de la objetividad administrativa, debe realizar sus funciones con fidelidad institucional al Gobierno, lo que ha venido a denominarse «*eficacia indiferente*» (vid. Cap. VI.2).

Se puede afirmar que el principio de objetividad no solo vincula a la Administración Pública en su conjunto, sino que respecto a sus empleados, integra su estatuto, de forma que debe orientar el conjunto de su actividad a la realización del interés general<sup>210</sup>.

En estrecha relación con el principio de objetividad, la Administración debe respetar en su actuación el denominado «*principio de proporcionalidad*», que se proyecta sobre todas las relaciones jurídico administrativas. En concreto,

---

<sup>207</sup>Vid. BERZOSA LÓPEZ, Daniel, «El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa», *Documentación Administrativa*, nº289, 2011, pg. 47-49.

<sup>208</sup>Vid. BERZOSA LÓPEZ, Daniel, *op.cit.*, pg. 49-51.

<sup>209</sup>Vid. ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia, «El principio de objetividad en el empleo público», *Documentación Administrativa*, nº 289, 2011, pg.185.

<sup>210</sup>Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2011, pg.192.

la aplicación conjunta de los artículos 103. 1 y 106.1 de la Constitución marcan las pautas de comportamiento de la Administración para que esta alcance los fines que el Derecho le atribuye: servir con objetividad los intereses generales y adecuar la actuación a los fines que la justifican<sup>211</sup>. Por ello este principio también se denomina «*principio de prohibición de exceso*», ya que actúa como un límite a la extensión o intensidad de la competencia administrativa, fijando su radio de actuación para que sea el realmente demandado para el cumplimiento de la finalidad pública, tratando en todo caso de no perjudicar a los particulares.

En este sentido, debe existir siempre proporcionalidad entre el encargo/sacrificio que se le exija y los beneficios que obtenga la Administración, en aplicación del principio de «*favor libertatis*» que, como se sabe, obliga a interpretar las normas restrictivas de derechos de la forma más respetuosa con la libertad del individuo<sup>212</sup>. Por tanto, la potestad para intervenir en el tráfico jurídico de la Administración solo puede ejercerse en los casos necesarios y con la intensidad imprescindible para satisfacer las exigencias esenciales para la comunidad<sup>213</sup>.

Muy cercano al principio de proporcionalidad se encuentra el de razonabilidad, que tiene el sentido de coherencia lógica de las decisiones y medidas administrativas. La actuación de la Administración no puede ser desarrollada de manera ilógica o incongruentemente, sino que debe de adoptar la opción que resulte más adecuada para obtener el fin legal, y así debe quedar expresado, lo que justifica la exigencia de motivación (*vid.* Cap. VII.6).

Además, la regulación contenida en la Constitución Española sobre el modo en que la Administración debe tratar los asuntos de los ciudadanos, con

---

<sup>211</sup>*Vid.* LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, «A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, entorno a los límites al derecho de reunión», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 48, 1996, pg.

<sup>212</sup>*Vid.* MINNICELLI, Alessandra, *Principios Generales y Políticas Públicas. Herramientas del Derecho Administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalidad los derechos humanos en un Estado eficaz*, La Ley, Argentina, 2013, pg. 241.

<sup>213</sup>*Vid.* BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pg. 45.

objetividad y eficacia (art.103.1), lleva a algunos autores a afirmar que, aunque de manera implícita, se consagra un deber jurídico de «buena Administración», que se corresponde con el derecho al «procedimiento administrativo debido»<sup>214</sup>.

En este sentido, y como consecuencia del principio de legalidad al que se encuentra sometido la Administración, la ética o moralidad pública no puede ser otra cosa que lo que el ordenamiento indique como tal. Por ello, cuando se hace referencia a la buena Administración, no se trata de un concepto filosófico, sino un concepto jurídico, que genera una serie de obligaciones susceptibles de ser exigidas por diversas vías<sup>215</sup>.

En segundo lugar, el artículo 103.1 establece que la Administración «actúa de acuerdo con el principio de jerarquía». El principio de jerarquía consagrado en el texto constitucional puede englobar dos fenómenos diferentes, ya que puede referirse «ordenamiento u orden» jerárquico o a una «relación» jerárquica. En este sentido, el primero sería una manifestación de la jerarquía organizativa, refiriéndose exclusivamente a la relación entre órganos de una misma organización y a la ordenación de sus competencias por grados, mientras que el segundo haría referencia a la subordinación que se da entre las personas al servicio de la Administración, y en el que, como se verá, se fundamenta el poder directivo de esta respecto de sus empleados (*vid.* Cap.VII.1).

Sin embargo, una parte de la doctrina administrativista considera que su consagración en el texto constitucional debe entenderse desde una perspectiva exclusivamente organizativa, relativa a diversos fenómenos que se producen en el ámbito de las relaciones interorgánicas, excluyendo así la relación entre la

---

<sup>214</sup>*Vid.* PONCE SOLÉ, Julio, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pg. 155-160 y CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, «Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo, en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.1150-1151

<sup>215</sup>*Vid.* PONCE SOLÉ, Julio, «El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública», *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, nº2, 2012, pg.307.

Administración y el personal a su servicio<sup>216</sup>. Desde esta concepción, el principio constitucional poseería una única finalidad: la de asegurar la unidad de la acción de la Administrativa de cara al exterior de la misma. Por tanto, siguiendo esta teoría, el principio de jerarquía aludiría únicamente a una relación entre los órganos, nunca entre las personas que son titulares o sirven dentro de ellos, ya que la finalidad sería la búsqueda hacia el exterior de la unidad íntima de la Administración. En otras palabras, este principio trataría de garantizar la coherencia y la racionalidad de su actuación hacia los administrados, evitando que se produzcan con respecto aquellos distintas o divergentes interpretaciones.

Por el contrario, cabe defender una interpretación amplia del principio de jerarquía, abarcando no solo su aspecto organizativo hacia el exterior, sino también englobando las relaciones de subordinación entre las personas que prestan servicios en su seno<sup>217</sup>. En este caso, el principio de jerarquía incorporaría también como finalidad la satisfacción interna de su propio interés como organización, que se materializaría en la adopción de directrices, órdenes y, en su caso, sanciones<sup>218</sup>.

Desde el punto de vista de la organización, la jerarquía impone diversas reglas, como son, por un lado, la comunicación directa, grado por grado, hacia arriba y hacia abajo, de los órganos. Y, por otro lado, supone el control de los

---

<sup>216</sup>*Vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «El principio constitucional de jerarquía administrativa», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg. 736.

<sup>217</sup>*Vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro, «La jerarquía administrativa», *Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pg. 24

<sup>218</sup>No obstante, los detractores de esta interpretación inclusiva defiende que si bien la buena organización interna repercute en el mejor funcionamiento externo de la misma a su juicio, no lo hace de manera determinante, ya que en el buen funcionamiento externo también influye el cumplimiento de otros principios constitucionales, en los que sin embargo, nadie defiende que estén relacionados con el principio de jerarquía en sentido estricto. *Vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «El principio constitucional de jerarquía administrativa», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg. 721-722.

órganos superiores sobre los actos de los inferiores, en cuanto que pueden ser «detenidos, modificados y revocados»<sup>219</sup>.

Sin embargo, en una interpretación amplia, que incluyera su vertiente personal, el principio de jerarquía se centra en los principios de subordinación y responsabilidad. La subordinación conlleva, en este sentido, la obligación de los inferiores de obedecer las órdenes de los superiores y, por ende, la capacidad por parte de los superiores de suspender a los inferiores en el ejercicio de sus funciones, y hasta destituirlos de sus cargos. Todas estas afirmaciones son corolarios de una tesis principal: el superior es el responsable de todo lo que hace el inferior. Por tanto, si el superior es el responsable de lo que hace el inferior, nada más lógico que aquél tome medidas para asegurar una conducta adecuada por parte de este<sup>220</sup>.

Por último, cabe recordar que cuando la Constitución somete la actividad Administrativa «a la ley y al Derecho» en todas sus actuaciones (art.103.1 CE), también está haciendo referencia a aquellos principios generales del derecho que no se encuentran consagrados en la propia Constitución Española. En efecto, la Constitución contiene una distinción expresa entre «ley» y «Derecho», lo que ha llevado a un sector doctrinal a entender que ambas expresiones no son intercambiables, por lo que el artículo 103 de la Constitución se refiere al Derecho no contenido en la leyes, esto es, a los principios generales del Derecho<sup>221</sup>.

Por otro lado, la alusión debe de entenderse realizada aquellos principios no constitucionalizados, toda vez que, con carácter general, la Administración se encuentra sometida a los principios constitucionales *ex* artículo 9.3 CE, y carecería de sentido que este límite se reiterara en el artículo 103, a no ser que

---

<sup>219</sup>Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, «La jerarquía administrativa», *Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pg. 24.

<sup>220</sup> Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, *op.cit.*, pg. 24.

<sup>221</sup>Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op.cit.*, pg.201 y ss.

este aportara algo nuevo. Por tanto, la referencia a los principios generales del Derecho debe de entenderse realizada al ordenamiento jurídico en su conjunto, no solo a los principios expresamente contemplados en el texto constitucional.

En este sentido, el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, consagra de manera expresa, los principios de buena fe, de confianza legítima, de transparencia, de participación y de servicio a los ciudadanos. La propia exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero que modificó la citada ley, afirmaba que los principios de buena fe y de confianza legítima eran una derivación del principio constitucional de seguridad jurídica (*vid.* Cap. III.5)<sup>222</sup>.

## **2. Derechos, deberes y principios rectores en el empleo público**

Junto a los principios generales de organización de la Administración Pública, nuestra norma fundamental recoge ciertas previsiones específicas sobre el empleo público. En concreto, el texto constitucional recoge sus principios rectores, como es la subordinación de los derechos e intereses legítimos de quienes forman parte de la organización al interés general (art.103.1 CE), el principio de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas (art. 23.3 CE) y el debido respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso (art.103.3 CE), así como los derechos y deberes básicos de los empleados públicos.

Entre los derechos reconocidos por la Constitución a los empleados públicos se puede citar el derecho de sindicación y huelga (art. 28.1 y 2), el derecho a la libre elección de profesión u oficio o a la promoción a través del trabajo, así como el derecho a una remuneración suficiente (art.35.1 CE).

---

<sup>222</sup>*Vid.* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, «Ética Pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril, 2010, pg. 17.

Aún así, la titularidad de ciertos derechos colectivos, en especial el derecho de sindicación y huelga<sup>223</sup>, propició un intenso debate, tanto doctrinal<sup>224</sup> como jurisprudencial<sup>225</sup>, sobre su reconocimiento al colectivo de funcionarios públicos. Sin embargo, esta problemática se encuentra cerrada, tras el reconocimiento expreso de tales libertades por parte del EBEP [art.15 b) y c)], aunque aun subsisten ciertos colectivos de empleados públicos a los que se les niega (v.gr. fuerzas y cuerpos de seguridad del estado<sup>226</sup>)<sup>227</sup>.

Por otro lado, el artículo 103.3 de la Constitución Española se erige como el precepto fundamental en la materia. Y, a tal efecto, prevé que «*La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*».

Este artículo, en primer termino, y conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, establece la preferencia por el régimen estatutario para el empleo

---

<sup>223</sup>Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, «Los límites del Derecho de huelga en la Administración Pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº18, septiembre-diciembre, 1986, pg. 21-50.

<sup>224</sup>Vid. VALDÉS DAL RE, Fernando, «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 86, 1997, pg. 844.

<sup>225</sup>Vid. las SSTC 11/1981, de 8 de abril; 99/1987, de 11 de junio; 51/2003, de 17 de marzo.

<sup>226</sup>La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado establece que: «*Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios*» (art.6.8).

<sup>227</sup>La existencia de restricciones a los derechos de los empleados públicos no es un fenómeno exclusivo de nuestro ordenamiento. Así, en los Estados Unidos de América se ha pasado de una concepción totalmente prohibitiva con el ejercicio de libertades individuales por parte de los empleados públicos, a través de la «*Doctrine of privilege*», instaurada por el juez Holmes en el caso *McAuliffe v New Bedford* (1982), en la que se establecía que: «*el peticionario puede tener derecho constitucional a hablar de política, pero no tiene derecho constitucional a ser policía*», a una gradual constitucionalización de la relación laboral, con un impulso importante en la década de 1960, que prácticamente ha equiparado el ejercicio de los derechos de los empleados públicos con el del resto de los ciudadanos. Vid. LEE, Yong S., *Public personnel Administration and Constitutional values*, Querum Books, London, 1995, 1995, pg. 28; y DOSTON, Arch, «The Emerging Doctrine of Privilege in Public Employment», *Public Administration Review*, Vol. 15, nº2, 1955, pg. 77.

público, pero sin que ello impida el acceso del personal laboral al sector (STC 11/1987, de 11 de junio).

En lo que respecta al acceso al empleo público la Constitución Española obliga, como ya se anunciado, a que se respete el principio de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE) y que este se haga de acuerdo con los «*principios de mérito y capacidad*» (art. 103.3 CE). En este sentido, se ha entendido que el principio de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas es una manifestación más del principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, pero goza de sustantividad propia (STC 10/1983, de 21 de febrero). Sin embargo, del artículo 23 CE no se deduce que exista un derecho subjetivo a ocupar o desempeñar funciones específicas, sino que simplemente configura el derecho a participar en las pruebas selectivas en condiciones de igualdad (STC 50/1986, de 23 de abril).

La doctrina constitucional ha considerado que este principio es compatible con el establecimiento de requisitos objetivos para poder participar en ciertas pruebas de acceso al empleo público (STC 75/1983, de 3 de agosto)<sup>228</sup>. En un sentido análogo se ha pronunciado la jurisprudencia ordinaria, que ha considerado que el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido, tan incondicional como absurdo, de que todo persona, por el hecho de serlo, esté en condiciones de acceder al desempeño de cualquier cargo, profesión, función u oficio. En efecto, para acceder a un puesto público es indispensable estar en posesión de una titulación específica, de unos conocimientos que no son patrimonio de todos, de una determinada edad, o del cumplimiento de determinadas pruebas (STS 22 de febrero 1986)<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup>*Vid.* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», *Revista de Administración Pública*, nº121, 1990, pg.250-251.

<sup>229</sup>*Vid.* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», *Revista de Administración Pública*, nº121, 1990, pg. 251.

Por ello, el artículo 103.3 de la CE otorga al legislador un amplio margen para la regulación de los procedimientos de acceso, siempre que no se establezcan referencias individualizadas que pudiera crear desigualdades arbitrarias (SSTC 148/1986, 25 de abril y 193/1987, 9 de diciembre)<sup>230</sup>.

Si bien la necesidad de observar estos principios no ha resultado controvertida respecto del personal funcionario, ya que así se desprende del mandato constitucional (art. 23.2 y 103.3 CE), no ha ocurrido lo mismo respecto del personal laboral. Así, algún autor ha puesto en duda que los citados artículos sean también aplicables para el acceso al empleo público en régimen laboral, defendiendo que solo son predicables para el sistema de acceso concebido por el constituyente: el régimen estatutario funcional<sup>231</sup>.

El Tribunal Constitucional ha entendido que la concreción del artículo 23.2 de la CE, al igual que ocurre con el principio de igualdad (art. 14 CE), se debe realizar en dos planos diferenciados. Por un lado, como igualdad ante la ley –o en aplicación de la ley- y, por otro lado, como igualdad en la ley. En este contexto, la «*igualdad en la ley*» implica para el legislador la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad<sup>232</sup>, estableciéndose una conexión directa entre los artículos 23.2 y 103.3 de la CE, de la que se desprende la existencia de un derecho subjetivo a la igualdad en el acceso al empleo público, también en régimen laboral<sup>233</sup> (STC 50/1986, de 23 de abril, 148/1986, de 25 de noviembre, 86/1987, de 1 de junio, 24 de enero, 193/1987, de 9 de diciembre, 206/1988, 7 de noviembre, 67/1989, de 18 de abril, 27/1991, de 14 de febrero).

---

<sup>230</sup>Vid. NIEVES NIETO, Nuria, «El acceso al empleo público laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.54 y ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia, «EBEP: ¿modernización o continuidad en la regulación de los procesos de selección de los empleados públicos?», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa, 2011, pg. 204.

<sup>231</sup>Vid. GODINO REYES, Martin, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, pg.122.

<sup>232</sup>Vid. NIEVES NIETO, Nuria, «El acceso al empleo público laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.55.

<sup>233</sup>Vid. GODINO REYES, Martin, *op.cit.*, pg.123 y ss.

Por tanto, el principio de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas se encuentran muy vinculado a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), cuya aplicación exige a los aspirantes acreditar la capacidad profesional necesaria para desempeñar el correspondiente puesto de trabajo, y que sus conocimientos y destrezas superen a otros competidores.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional no siempre fue uniforme, y se encuentra algún pronunciamiento discrepante. Así, la STC 281/1993, 27 de septiembre consideró que *«el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución no es aplicable a los supuestos de contratación del personal laboral por parte de las Administraciones Públicas, de manera que el trato discriminatorio denunciado sólo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución del que el artículo 23.2 no es sino, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicas»*. Por tanto, la STC 281/1993 defiende la inaplicación del artículo 23.2 de la CE al personal laboral de las Administraciones Públicas, de tal manera que únicamente podría observarse una posible discriminación en supuestos de contratación de dicho personal a través del artículo 14 de la CE.

A pesar de la existencia de este pronunciamiento, su doctrina no se consolidó, y fue criticada por los autores de la época, que defendieron una aplicación extensiva del artículo 23.2 de la CE, que alcanzara no solo al acceso de los funcionarios públicos, sino a cualquier *«servidor de la Administración»*<sup>234</sup>.

Esta interpretación, que es la mantenida en la actualidad, tanto por la doctrina científica como por la judicial, se fundamenta en la propia finalidad del precepto constitucional, ya que lo que trata de garantizar este es la transparencia en el uso y gestión de los fondos públicos, propiedad fundamental de la

---

<sup>234</sup>Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «¿Es aplicable el art. 23.2 de la Constitución Española al personal laboral de las Administraciones Públicas?», *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº72, 1995, pg. 628-629.

democracia que requiere de publicidad, concurrencia, mérito y capacidad. Por ello ninguna Administración, o entidad que gestione dinero público, puede seleccionar libremente al personal que va a prestar servicio en ella<sup>235</sup>.

A mayor abundamiento, se puede afirmar que el principio de igualdad es absoluto, referido a todos los ciudadanos, por lo que se limita la libertad de nombrar y contratar a quien se desee, imponiéndose la exigencia de objetividad<sup>236</sup>. En este contexto, algún autor ha entendido que si esta exigencia no se aplicara a todos los empleados públicos quedaría derogada la garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues se estaría tratando de forma distinta a quienes desean incorporarse a la Administración como trabajadores asalariados (STC 83/2000, de 27 de marzo)<sup>237</sup>.

Por tales motivos, resulta preciso aplicar el artículo 23.2 de la Constitución también en el caso de los trabajadores para evitar así injerencias en el principio de igualdad, vedando a la Administración no solo contratar libre o discrecionalmente los servicios de quien considere más conveniente, sino obligándola a hacerlo respecto de aquel ciudadano que acredite encontrarse con las cualidades objetivas, requeridas para el desempeño de las tareas predichas cuando le hagan acreedor de contraer tal vínculo (STC 282/1983, de 27 de septiembre, 181/1991, de 18 de julio). Además, en la actualidad, esta polémica se zanja en el propio EBEP en el cual se establece la aplicación de los principios

---

<sup>235</sup>Vid. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, «El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho administrativo español», *Actualidad Administrativa*, N°3, 2007, pg. 262.

<sup>236</sup> Vid. SALA FRANCO, Tomás, «La contratación temporal de las Administraciones Públicas», *Poder judicial*, número 3, 1986, pg. 162 y SALA FRANCO, Tomás, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, Madrid, 1989, pg.26.

<sup>237</sup>Vid. QUINTANA LÓPEZ, Tomás, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Principio de mérito y capacidad», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.752.

de mérito y capacidad a todos los tipos de empleados públicos (art. 1.3 y 55.1 EBEP)<sup>238</sup>.

Además, reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 87/2008, de 21 de julio) ha precisado que el artículo 23.2 de la CE incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación misma de Ley. De este modo, durante el desarrollo del procedimiento selectivo queda excluida, en la aplicación de las normas reguladoras del proceso, toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo, pues las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución no se proyectan solo a las propias leyes, sino también a su aplicación e interpretación (SAN de 12 de noviembre de 2013<sup>239</sup>).

No obstante, el Tribunal Constitucional ha precisado que el artículo 23.2 no consagra un derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas, ya que solo cuando la infracción de las normas reguladoras del proceso selectivo implique una vulneración de la igualdad entre los participantes se entenderá que se ha vulnerado el precepto constitucional. En otras palabras, *«la inaplicación por la Administración de una de las bases del concurso a todos los aspirantes por igual, comportará una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pero no afectaría a la igualdad en el acceso que garantiza artículo 23.2 CE, pues, de esa infracción de la legalidad no se deriva trato desigual alguno, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad»* (STC 115/1996, de 25 de junio).

### **3. Distribución de competencias en el empleo público**

La distribución de competencias en materia de empleo público viene configurada por las previsiones recogidas en el art. 149.1. 7 y 149.1. 18 de la

---

<sup>238</sup>Vid, por todos, NIEVES NIETO, Nuria, «El acceso al empleo público laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.55.

<sup>239</sup> Rec. 625/2012.

Constitución Española. En concreto, la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva para regular «*las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos*» (art.149.1.18) y la «*legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades autónomas*» (art.149.1.7). Como se puede observar, a nivel competencial existen diferencias sustanciales entre el empleo público funcional y el laboral, ya que las Comunidades gozan de una amplitud de competencias para legislar en materia de funcionarios públicos, con el límite que imponga la normativa básica del Estado, mientras que carecen de esta posibilidad en lo que se refiere al ámbito laboral.

En relación con las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de función pública algún autor ha señalado que, tras la aprobación del EBEP y de los denominados Estatutos «*segunda generación*», la Comunidad Autónoma no se limitan a un mero «*desarrollo legislativo*» de la normativa estatal, sino que se crea un régimen de competencia compartida en el que el Estado (poder central) dicta las bases y las Comunidades Autónomas ejercen sus potestades legislativas de configuración, con la única limitación de respetar los preceptos básicos (*vid.* Cap. III.7).

En lo que respecta a la legislación laboral, ya se ha anunciado, que es una competencia que recae en exclusiva en el Estado. Esta opción del constituyente ha sido entendida por la doctrina, tanto constitucional<sup>240</sup> como científica<sup>241</sup> como una salvaguarda al principio de igualdad. En efecto, en las previsiones del artículo 149.1.7 de la CE subyace el principio de igualdad, que

---

<sup>240</sup>*Vid.* SSTC 18/1982, de 4 de mayo; 35/1982, de 14 de junio; 39/1982, de 30 de junio; 57/1982, de 27 de julio; 5/1985, de 15 de enero; 7/1985, de 25 de enero.

<sup>241</sup>*Vid.* ALONSO OLEA, Manuel, «El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas», *Revista de Política Social*, nº 121, 1979, pg. 68; CASAS BAAMONDE, María Emilia, «Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 1, 1980, pg. 15-17; DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y DESDENTADO BONETE, Aurelio, «Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de relaciones laborales y seguridad social. De la experiencia republicana a la Constitución de 1978. Los trabajadores y la Constitución», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, nº4, 1980, pg.164-165; CASAS BAAMONDE, María Emilia, «Las competencias de las Comunidades Autónomas en las materias laboral, de empleo y emigración: análisis del Estatuto de Autonomía de Galicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988, pg.108.

obliga a que las condiciones de trabajo sean uniformes en todo el territorio nacional. Así, la jurisprudencia constitucional tempranamente estableció que *«la finalidad del precepto constitucional es la de mantener la uniformidad en la ordenación jurídica de la materia»* (STC 18/1982, de 4 de mayo). Y es precisamente esta perspectiva de la regulación unitaria la que tiene presente el constituyente al reservar al Estado la *«legislación laboral»* (STC 35/1982, de 14 de junio).

En este contexto, es necesario distinguir entre los dos conceptos que delimitan la reserva a favor del Estado. Por un lado, el término *«legislación»* y, por otro, el adjetivo *«laboral»*. En lo que respecta al término *«legislación»*, el Tribunal Constitucional ha entendido que *«cuando la Constitución en su artículo 149 utiliza el concepto de legislación como criterio definidor del ámbito en el que las Comunidades Autónomas no pueden adquirir competencias propias, tal concepto ha de ser entendido en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas»* (STC 35/1982, de 14 de junio).

Esta idea ha sido ratificada en ulteriores sentencias, que de una manera análoga entendieron que *«prevalece el concepto material y no formal, constreñido a las leyes, en la acepción de normas, que emanan de quienes ostentan el poder legislativo o de quienes por excepción o por delegación puedan producir normas con valor de ley»* (STC 39/1982, de 30 de junio). Además, el Tribunal Constitucional ha precisado que el término legislación laboral también incluye *«los reglamentos ejecutivos que complementan o desarrollan la ley, los que, por tanto, son también competencia del Estado»* (SSTC 57/1982, de 27 de julio y 7/1985, de 25 de enero).

En el concepto constitucional de *«legislación laboral»* deben incluirse todos los actos de carácter normativo, entendiéndose por tales todos aquellos que presenten las notas de generalidad, permanencia, indeterminación temporal e inserción en el ordenamiento jurídico, ya que así se exige para la regulación unitaria de la materia laboral, tal y como ha querido asegurar el constituyente

(STC 18/1982, de 4 de mayo)<sup>242</sup>.

Esta última aseveración ha llevado a algunos autores a afirmar que si la potestad legislativa reservada al Estado sobre la materia laboral alcanza, en materia reglamentaria, solo a la potestad de dictar reglamentos ejecutivos, la Comunidad Autónoma podrá dictar reglamentos organizativos que no afecten a la situación o derechos de los trabajadores en general, y queden referidos a la mera estructuración interna de la organización administrativa<sup>243</sup>. En efecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que la reserva del artículo 149.1.7 de la CE no incluye la capacidad de administrar y de dictar reglamentos internos de organización, pero sí, la potestad reglamentaria general, que permanece en manos del Estado (SSTC 1/1982, de 28 de enero; 18/1982, de 4 de mayo; 27/1982, de 27 de julio).

Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con esta doctrina constitucional, gozan de potestad para promulgar disposiciones administrativas «*ad-intra*»<sup>244</sup>, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia<sup>245</sup>. A este respecto, no debe olvidarse que los reglamentos organizativos se limitan a estructurar y dirigir la actividad de la Administración, sin que su contenido pueda considerarse en puridad jurídico o normativo. Además, los reglamentos organizativos tienen un alcance limitado y

---

<sup>242</sup>Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel, «Distribución de competencias en materia laboral», *Relaciones Laborales*, nº 1, 1992. Pg.96.

<sup>243</sup>Vid. PÉREZ AMORÓS, Francisco, «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materias de política de empleo», *Autonomies. Revista Catala de Dret Públic*, nº6, 1987, pg.17.

<sup>244</sup>Los reglamentos autónomos o independientes han sido definidos por la jurisprudencia como aquellos «*para cuya elaboración la potestad reglamentaria de la Administración no ha recibido directriz alguna y que, por tanto, ha de plasmarse en una regulación originaria*»[STS de 23 de junio de 1978 (Sala de lo Social)].

<sup>245</sup>Vid. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y empleo y protección social», *Anales de Derecho*, nº 23, 2005, pg. 105-106.

no se imponen con carácter general a todos los trabajadores, sino que su radio de actuación se constriñe al ámbito interno de la Administración que los dicta<sup>246</sup>.

Esta precisión tiene una especial importancia respecto de las relaciones laborales en el sector público, ya que, como más adelante se verá, el Estatuto Básico del Empleado Público remite la regulación de ciertas materias a las Administraciones Públicas, entre las que se incluyen, destacadamente, las Comunidades Autónomas, y tales remisiones deben entenderse desde esta perspectiva de la potestad doméstica u organizativa, ya que sino se estaría vulnerando la competencia exclusiva del Estado en materia laboral (*vid.* Cap. IV.2).

Además del artículo 149.1.7 de la Constitución, existen otras reglas técnicas y principios constitucionales que contribuyen a complementar el régimen de monopolio normativo estatal en materia laboral. Así, el artículo 149.1.1 de la CE atribuye la competencia exclusiva al Estado en *«la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»*.

Este precepto otorga al Estado la competencia exclusiva para la regulación básica de todos los derechos y deberes recogidos en la Sección 1ª, Capítulo 2º, del Título I de la Constitución Española. Y entre tales derechos con incidencia laboral deben destacarse la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el

---

<sup>246</sup> Una muestra de este tipo de normativa serían aquellos acuerdos adoptados por las Comunidades Autónomas que contienen directrices, por ejemplo, en materia de contratación temporal. Así, el Acuerdo de 21 de mayo de 2015, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, por el que se establecen las directrices de contratación de personal temporal t nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal en 2015 (BOPA de 1 de junio de 2015). El propio acuerdo prevé que *«El Consejo de Gobierno es el órgano competente para establecer las directrices conforme a las cuales ejercerán sus competencias en materia de personal los distintos órganos de la Administración del Principado. Así lo establece el artículo 14.2 a) de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública, y es precisamente ese asidero competencial en el que encuentran asiento las presentes directrices, que pretenden ordenar internamente el ejercicio de la competencia de los distintos órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos en materia de personal»*.

derecho de huelga (art. 28.2 CE), cuyo valor normativo es directo, y cuyo desarrollo sustancial se reserva a la ley orgánica (art. 81.1 CE)<sup>247</sup>.

Como cláusula de cierre, los artículos 138 y 139 de la Constitución contienen el principio de igualdad en su vertiente positiva (art. 139.1 «*Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado*») y negativa (art. 138.2 «*Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales*» y 139.2 «*Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español*»), llamándose al Estado a velar por la efectiva realización «*del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución*» (art. 138.1).

Como antes se anunció, para determinar el alcance real de la atribución estatal contenida en el artículo 149.1.7 de la Constitución, debe delimitarse también el adjetivo «*laboral*». A este respecto, el Tribunal Constitucional ha descartado que tal mención pueda abarcar cualquier referencia al mundo del trabajo en sentido amplio o genérico. De esta manera, se limita el alcance del término «*laboral*» al trabajo por cuenta ajena, entendiendo, entonces, por «*legislación laboral*», aquella que regula la relación que media entre los trabajadores que presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, a favor de los cuales y bajo cuya dirección se prestan estos servicios (STC 35/1982, de 14 de junio)<sup>248</sup>.

Así, para algunos autores el concepto constitucional de legislación laboral coincide con los «*límites tradicionales del Derecho del Trabajo*», por lo

---

<sup>247</sup>Vid. CASAS BAAMONDE, María Emilia, «Las competencias de las Comunidades Autónomas en las materias laboral, de empleo y emigración: análisis del Estatuto de Autonomía de Galicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988, pg.110.

<sup>248</sup>Vid. PÉREZ AMORÓS, Francisco, «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materias de política de empleo», *Autonomies. Revista Catala de Dret Públic*, nº6, 1987, pg.18.

que el núcleo normativo incluye tanto las relaciones laborales individuales como las colectivas, sin que quepa ningún espacio de regulación por parte de las Comunidades Autónomas en ese espacio nuclear (STC 195/1996, de 28 de noviembre)<sup>249</sup>.

A mayor abundamiento, la STC 39/1982, de 30 de junio, apunta que *«el concepto de legislación laboral cuyo primer término tiene una considerable fuerza expansiva, no puede ser entendido también como potencialmente ilimitado en función del segundo, cosa que sucedería inevitablemente si el adjetivo se entendiera como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo»*.

Por tanto, habrá materias que sin alcanzar la condición de laborales en sentido estricto, pero teniendo clara influencia en la esfera jurídica del personal laboral, podrán estar excluidas del principio de reserva estatal y, en consecuencia, podrán ser reguladas por las Comunidades Autónomas.

Además de esta competencia limitada a través de materias indirectamente laborales, las Comunidades Autónomas tienen atribuida la *«ejecución»* laboral, que se restringe a la mera aplicación, ya que, como se ha visto, el desarrollo reglamentario de la leyes es también de atribución estatal, siendo únicamente competencia autonómica los reglamentos organizativos o *«ad-intra»*.

Esta competencia, en apariencia residual en las relaciones laborales en el sector privado, cobra una gran trascendencia en el ámbito del empleo público en régimen laboral, en la medida en que abre una vía de regulación y ordenación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Autonómicas, ya que mientras la Administración se limite a su ámbito de

---

<sup>249</sup>*Vid.* GARCÍA MURCIA, Joaquín, «Las fuentes del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia constitucional: notas para un balance», *Relaciones Laborales*, nº 15-16, 1997, pg.19.

organización interna, su actuación reguladora no vulneraría la distribución constitucional de competencias.

#### **4. Cuadro constitucional de fuentes para el empleo público**

El sistema de fuentes de regulación del empleo público en régimen laboral está condicionado por la existencia de dos importantes reservas de ley. Por un lado, la relativa al *«estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a la sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad de sus funciones»* (art.103.3 de la CE). Por otro, la referida a la relación laboral en sentido estricto, ya que la Constitución prevé que *«la ley regulará un estatuto de los trabajadores»* (art.35.2).

Estos dos preceptos constitucionales plantean diversas dudas doctrinales. En primer término cabe cuestionarse por qué razones el constituyente ha querido blindar estas materias, y reservarlas al Parlamento, y en segundo, cuál es el alcance de la mismas, tanto formal como materialmente.

Tras la aprobación de la Constitución Española de 1978, y la consagración del *«Principio Democrático»* como clave del sistema jurídico-político, podría cuestionarse la propia existencia de las reservas de ley en nuestro ordenamiento. Como se sabe, la reserva de ley surgió históricamente como un intento de subordinar la actividad del Monarca –poder reglamentario- a la del Parlamento –poder legislativo-, ya que en los Estados liberales estos dos poderes tenían legitimidades distintas, siendo la primera de origen tradicional o divino, y la segunda de origen constitucional.

Sin embargo, esta justificación primigenia de la subordinación de la potestad reglamentaria al poder legislativo pierde vigencia en las actuales sociedades, en las que todos los poderes públicos tienen un fundamento democrático (art.1.2 CE). Esta circunstancia podría cuestionar si siguen

existiendo razones que justifiquen dicha subordinación, máxime si se tiene en cuenta que la mayoría parlamentaria es la que forma el Gobierno, por lo que la separación entre ambos poderes no es real desde una perspectiva político constitucional.

A pesar de ello, aunque desde otra perspectiva, el propio principio democrático también impone la existencia de reservas de ley para ciertas materias. En efecto, el paso del Estado liberal al Estado social y democrático de Derecho conllevó que se abandonaran las concepciones dualistas del Estado (monarca-legislativo), a favor de una concepción monista, en la que la única legitimación del Estado, y de todos sus poderes, es democrática<sup>250</sup>. En este nuevo marco, el antagonismo político se establece entre la mayoría en el poder y la minoría parlamentaria, siendo la suma de ambas la que conforma la voluntad popular, por lo que se exige que ambas deban participar en el proceso de toma de decisiones, a través del procedimiento legislativo.

Por el contrario, si se permitiera que el criterio de la mayoría se impusiera de forma unilateral, a través de una actividad reglamentaria prolija por parte del Gobierno, el principio democrático se rompería, ya que las minorías quedarían excluidas del proceso de toma de decisiones. Por esta razón, los derechos de la minoría se imponen como un límite a la actuación del Gobierno<sup>251</sup>, lo que conlleva la necesaria sujeción de la actividad gubernamental

---

<sup>250</sup>De esta manera, la doctrina ha entendido que entre el Parlamento y el Gobierno se ha producido una homogeneización en virtud del principio democrático, ya que en la actualidad todos los poderes emanan del pueblo en cuanto titular de la soberanía (art.12 CE), por lo que ya no es posible plantear las relaciones entre la Ley y el reglamento a partir de la dicotomía propia de la vieja doctrina dualista: la contraposición de un Parlamento democrático a un Ejecutivo de origen divino. En la actualidad la legitimidad de ambos poderes es la misma. *Vid.*, por todos, VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Reserva de ley y Constitución*, Dickinson, Madrid, 1994, pg. 55-57 y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pg. 140.

<sup>251</sup>Cabe recordar, a este respecto, que si bien en nuestro actual ordenamiento jurídico la legitimación del Ejecutivo y del Legislativo es la misma –el principio democrático–, es posible que su articulación difiera, en la medida que el primero carece de legitimidad propia o directa. *Vid.*, VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Reserva de ley y Constitución*, Dickinson, Madrid, 1994, pg. 57-58.

al Parlamento, como órgano en el que convergen todas las pluralidades democráticas<sup>252</sup>, incluidas las minorías<sup>253</sup>.

Por tanto, si el principio democrático exige que sea el Parlamento el órgano encargado de decidir sobre las cuestiones esenciales, esta misma razón justifica, a su vez, la existencia de las reservas de ley, ya que el constituyente consideró que ciertas materias, debidas a su especial importancia, debían estar vedadas al ejecutivo y decidirse en la sede parlamentaria<sup>254</sup>.

Aceptada la adecuación finalista de las reservas de ley en nuestro ordenamiento, es necesario determinar de qué manera afectan al empleo público, y en particular, al sometido al régimen laboral. El punto de partida para este análisis se sitúa en un modelo constitucional que establece dos sistemas de regulación del trabajo por cuenta ajena: de un lado con la previsión de un estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 de la CE) y, de otro, con el establecimiento de un estatuto de los trabajadores (art.35.2 CE), de aplicación exclusiva aquellos trabajadores que rijan sus relaciones jurídicas por medio de una contratación laboral privada.

Sin embargo, la Constitución no especifica si los trabajadores al servicio de la Administración Pública se encuentra incluidos en el radio de acción de alguna de las reservas de ley previstas en su seno. A lo sumo, del texto constitucional se puede inferir una preferencia por el régimen estatutario para los servidores públicos (art.103 y 149.1.18 CE), siendo competencia de la ley

---

<sup>252</sup>Vid. MARTÍNEZ SOPEDRA, Manuel, *Fuentes del Derecho en el Derecho español: Una introducción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 123-124.

<sup>253</sup>Vid. GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de sujeción especial en la constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pg.177-178.

<sup>254</sup>En este sentido, corresponde al Parlamento –como órgano representativo del pueblo– la proyección normativa del principio democrático. En otras palabras, debe de ser el legislador quien lleve a cabo la realización normativa de la Constitución. Vid. ARAGÓN REYES, Manuel, «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº19, 1987, pg. 37-46.

determinar en qué casos y con que condiciones son posibles otras vías de acceso al servicio de la Administración Públicas<sup>255</sup>.

En lo que respecta al régimen de la función pública, como antes se vio, el artículo 103 establece que «*La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*». De este precepto es necesario analizar dos puntos, por un lado, si es de aplicación al personal laboral, y por otro, su alcance material.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación subjetivo tanto la doctrina científica como la constitucional han entendido que la reserva de ley contemplada en el artículo 103.3 de la Constitución solo alcanza al estatuto general de los funcionarios públicos<sup>256</sup>, excluyéndose de la misma al personal laboral (STC 99/1987, de 11 de junio). En efecto, el Tribunal Constitucional considera que el régimen funcional y el laboral son jurídicamente distintos, aplicables a situaciones diferentes, con distintos derechos y deberes, y con una distinta regulación y previsión constitucional, uno en el artículo 35.2, que remite al Estatuto de los Trabajadores, y otro en el artículo el 103.3, que reenvía al Estatuto de los Funcionarios (STC 57/1982, de 27 de julio).

Cabe advertir que la reserva de ley configurada por el texto constitucional fue interpretada por algunos autores como una teoría unilateral estatutaria, entendiendo que la Constitución Española excluía cualquier

---

<sup>255</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg.16.

<sup>256</sup>Como se vio, el Estatuto general de los funcionarios públicos delimitado por el art. 103 CE alcanza al acceso –de acuerdo con los principios generales de mérito y capacidad- las peculiaridades del ejercicio del derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de las funciones.

posibilidad de aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración<sup>257</sup>. Esta exclusión del derecho laboral se pretendía reforzar mediante criterios de igualdad, argumentándose que la aceptación de personal laboral en el seno de la Administración supondría una discriminación contraria al artículo 14 de la CE, toda vez que daría entrada a un personal titular de derechos colectivos de sindicación, negociación colectiva y huelga, disfrutados en su plenitud, en contraste con el colectivo funcional<sup>258</sup>.

De todas las materias incluidas dentro de la reserva de ley prevista en el artículo 103.3 de la Constitución, el concepto de «*Estatuto de los funcionarios públicos*» es el menos preciso. Es este, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto, y en el que ha de entenderse comprendida la regulación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y las situaciones que en estas pueden darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas y el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas (STC 99/1987, de 11 de junio).

Nuestro Alto Tribunal entendió que todas las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos (STC 99/1987, de 11 de junio). Sin embargo, hay autores que entienden que la interpretación propuesta por el Tribunal Constitucional sobre el alcance de la reserva de ley excede del concepto de «*estatuto*», ya que no solo incluye aspectos jurídicos de la relación funcional, sino también materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup>Vid. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pg. 75.

<sup>258</sup>Vid. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *op.cit.*, pg. 75.

<sup>259</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP» *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg. 2127.

Además, el Tribunal Constitucional (STC 11/1985, de 11 de junio) defiende que habiendo optado la Constitución Española, con carácter general, por un régimen estatutario para los servidores públicos, habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías de acceso al servicio público (art. 103.3 y 149.1.18)<sup>260</sup>. Por tanto, será únicamente la ley quien pueda excepcionar el estatuto funcional del empleo público.

El alcance y contenido de la reserva de ley, en este punto, se ha cuestionado en las sucesivas reformas del régimen de la función pública española desde la Constitución de 1978. Así, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (en adelante LMRFP), estableció la competencia del Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los correspondientes ministerios, para especificar qué puestos debían reservarse a los funcionarios públicos, en atención a la naturaleza de sus contenidos (art.15 *in fine*).

Esta previsión fue entendida por la doctrina de la época como la creación de un régimen laboral paralelo al funcional, de manera que cualquier función propia de un cuerpo de funcionarios podía ser también desempeñada por los contratados laborales, ya que la normativa no contenía límite sustantivo alguno. Por tanto, en esas condiciones, cualquier puesto podía ser desempeñado indistintamente por funcionarios o por contratados laborales, siendo decisión del Gobierno la determinación de qué puestos debían reservarse a los funcionarios «*en atención a la naturaleza de su contenido*»<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup>De esta manera, la doctrina entiende que nuestra Constitución no contiene un principio unitario entre el régimen funcional y el laboral, ya que por ley podrá exceptuarse el mandato genérico del artículo 103, que opta por un régimen estatutario funcional con carácter general para el empleo público. *Vid.* SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda, «El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto (Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007, pg.536-537.

<sup>261</sup>*Vid.* DEL SAZ, Silvia, *Contrato laboral y función Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pg.43-44.

Este inciso del artículo 15 fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, al entender que vulneraba la reserva de ley contenida en el artículo 103.3 de la Constitución<sup>262</sup>, ya que «*habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario con carácter general para los empleados públicos (art. 103.3 y 149.1.18) habrá de ser también la Ley la que establezca en que condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública*» (STC 11/1987, de 11 de junio)<sup>263</sup>. Así, nuestro Alto Tribunal considera que la reserva establecida por la norma fundamental en materia de función pública obliga a que sea el legislador quien regule el modo de provisión de puestos de trabajo de las Administraciones Públicas<sup>264</sup>.

Para corregir esta tacha de inconstitucionalidad, así como para modernizar el sistema de función pública, se aprobó la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP). Esta ley introdujo una nueva redacción del artículo 15, que expresaba la preferencia general por los funcionarios<sup>265</sup>, relegando los puestos a cubrir por el personal laboral a casos tasados y excepcionales<sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup>Vid. BERMEJO CABRERO, Fernando, «Las relaciones de puestos de trabajo y la laborización de la función pública» *Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo*, nº62, pg. 1989, pg. 229- 241.

<sup>263</sup>Cabe señalar que la fundamentación del Tribunal Constitucional se separó de los argumentos esgrimidos por los recurrentes que partían de la base de que, en principio, todos los puestos de la Administración debían ser ocupados por funcionarios públicos y que, por tanto, el artículo 15 *in fine* resultaba contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Sin embargo, esta no fue la tesis asumida por el Tribunal Constitucional, que si bien entendió que el citado artículo 15 vulneraba el artículo 103.3 de la Constitución, no era por que fuera exigible el carácter funcional de todos los puestos de trabajo, sino por la remisión hecha al Gobierno sobre la regulación de los puestos de trabajo que pueden ser desarrollados por personal laboral, cuando existe una reserva de ley en la materia que blinda la competencia del legislador. Vid. RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg.43-44.

<sup>264</sup>Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis, «El Estatuto del Empleado Público: Un Godot que no ha llegado» *RAP*, nº 174, septiembre-diciembre, 2007, pg.134-135.

<sup>265</sup>Vid. MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, «Título II. Clases de personal al servicio de la Administración» en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía y RIVAS VALLEJO, Pilar (dir. y coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg. 160-162.

<sup>266</sup>En concreto, la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de medidas para la reforma de la función pública, disponía que: «(...) *Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y sus organismos autónomos así como de las entidades*

En la actualidad, esta materia se regula en el Estatuto Básico del Empleado Público (art.9.2 y 11.2), el cual reserva a los funcionarios públicos aquellos puestos que impliquen ejercicio directo de autoridad, y remite la concreción del resto de supuestos a las leyes de desarrollo (*vid.* Cap. III.1).

La segunda reserva de ley enunciada se establece en el artículo 35.2 de la Constitución, conforme al cual «*La Ley regulará un estatuto de los trabajadores*».

En relación con este precepto es necesario precisar dos extremos, por un lado si resulta de aplicación al personal laboral de las Administraciones Pública, y, por otro, si se trata de una reserva de ley, en sentido estricto, o es un mero encargo al legislador para regular las relaciones de trabajo por cuenta ajena.

Respecto al ámbito subjetivo del precepto, el Tribunal Constitucional ha entendido que en nuestra norma fundamental no se ha constitucionalizado un concepto de trabajador asalariado, a los efectos de aplicación del Derecho del Trabajo. De este modo, el citado artículo 35.2 no se limita, a juicio del Tribunal,

---

*gestoras de la Seguridad Social serán desempeñados por funcionarios públicos. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral: -Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo. - Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos. - Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos, instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil, comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores. - Los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de funcionarios cuyos miembros tenga la preparación específica necesaria para su desempeño. - Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten el manejo de máquinas, archivos y similares. Así mismo los organismos públicos de investigación podrán contratar personal laboral en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación científica y técnica».* A pesar de que la modificación de la ley fue adoptada para adecuar su contenido al fallo del Tribunal Constitucional, la nueva redacción fue cuestionada en trámite parlamentario por considerar que seguía planteando problemas de constitucionalidad. Así, la nueva propuesta de redacción del artículo 15 de la Ley 30/1984, mantenía el apoderamiento del Gobierno para decidir qué puestos debían ser reservados para los funcionarios. El Grupo parlamentario IU-EC hizo constar a través de una enmienda a la totalidad del proyecto de ley, que mientras se mantuviera esta discrecionalidad en manos del Gobierno en materias que se encuentran reservadas a la ley, se estaría incumpliendo la sentencia del TC. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Legislatura, nº 104, año 1988, jueves 21 de abril, pg. 6474-6475.

a configurar una reserva de ley, sino que, al deferir al legislador la normación de un régimen jurídico específico para los trabajadores, le encomienda simultáneamente la tarea de acotar ese concreto sector social. De esta manera, es competencia del legislador ordinario determinar y articular el régimen jurídico estatutario de los trabajadores asalariados, así como calificar como laboral o no las relaciones contractuales, conforme a los criterios que al respecto se adopten (STC 227/1998, de 26 de noviembre).

Sin embargo, la libertad del legislador no es absoluta en este punto, ya que el artículo 35.2 de la CE se considera la «*sede constitucional*» de las relaciones de trabajo, lo que impide que se produzcan restricciones ilegítimas en el concepto de trabajador, en cuanto a sector social (SSTC 20/1994, de 27 de enero y 227/1998, de 26 de noviembre)<sup>267</sup>. De esta manera, el legislador tiene vedada la exclusión de laboralidad de aquellos colectivos que cumplen los presupuestos sustantivos del concepto de trabajador asalariado sin «*una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida*» (STC 227/1998, de 26 de noviembre)<sup>268</sup>.

Por tanto, la libertad de configuración del concepto de trabajador asalariado por parte de legislador encuentra dos límites, por un lado, se exige que el criterio adoptado para introducir la diferenciación supere el canon de constitucionalidad constituido por el artículo 35.2 de la CE y, por otro, tal diferenciación debe estar provista de una justificación objetiva y razonable<sup>269</sup>.

Es necesario poner de manifiesto que la doctrina constitucional ha entendido que el control de constitucionalidad que resulta del artículo 35.2 de la

---

<sup>267</sup>Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, «Artículo 35 de la Constitución», en VV.AA., CASAS BAAMONDE, María Emilia, y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolsters Kluwer, Toledo, 2008, pg. 944.

<sup>268</sup>Vid. PULIDO QUECEDO, Manuel, *Constitución Española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.1103-1104.

<sup>269</sup>Vid. VV.AA., «Artículo 3. Fuentes de la relación laboral», en GULLÓN RODRÍGUEZ, Jesús (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, Madrid, 2010, pg. 100- 101.

Constitución es más intenso que el que cabe obtener a partir del principio general de igualdad (art.14 CE), es decir, si la exclusión de un colectivo como asalariado supera la proscripción constitucional de las diferencias de trato carentes de un fundamento objetivo y razonable previstas en el artículo 35.2 de la CE, habrá de entenderse respetado también el principio general de igualdad (STC 227/1998, de 26 de noviembre)<sup>270</sup>.

De esta doctrina algunos autores han extraído que para delimitar las fronteras del Derecho del Trabajo el canon de constitucionalidad se encuentra en el artículo 35.2 CE, es decir este precepto tiene una proyección «*ad extra*», mientras que una vez fijado el ámbito subjetivo del Derecho laboral, el canon interpretativo será el del artículo 14 de la CE<sup>271</sup>.

El legislador solo podrá excluir de la calificación de trabajador por cuenta ajena aquellas relaciones en las que, aun cumpliendo las notas de «*ajenidad*» y «*dependencia*», concurren causas justificativas suficientes. Así se ha hecho en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores en que se relacionan aquellos supuestos en los que, aun pudiendo configurarse como relaciones laborales, el legislador ha optado por excluirlas del ámbito de aplicación de la ley, sin que entre ellas se encuentre el persona laboral de las Administraciones.

Por tanto, si el personal laboral de las Administraciones Públicas cumple las notas de *ajenidad* y *dependencia*, y el legislador no ha entendido que concurren causas justificativas suficientes como para excluir tal relación de las

---

<sup>270</sup> SSTC 227/1998, 5/1999, 9/1999, de 8 de febrero; 47/1999, de 22 de marzo; 59/1999, de 12 de abril; 102/1999, de 31 de mayo; 123/1999, de 28 de junio; 158/1999, de 14 de septiembre; 156/1999, de 14 de septiembre; 172/1999, de 27 de septiembre; 182/1999, de 11 de octubre; 203/1999, de 8 de noviembre; 227/1999, de 13 de diciembre; 28/2000, de 31 de enero; 179/2001, de 17 de septiembre y 187/2001, de 19 de septiembre.

<sup>271</sup> Vid. CASAS BAAMONDE, María Emilia, «Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales», en VV.AA., SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y MARTÍN JIMENEZ, Rodrigo (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTSA, Madrid, 2003, pg. 1524 y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, «Artículo 35 de la Constitución», en VV.AA., CASAS BAAMONDE, María Emilia, y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolsters Kluwer, Toledo, 2008, pg. 944.

relaciones laborales, este está dentro del radio de acción del artículo 35.2 de la Constitución Española.

Por otro lado, ha resultado controvertida la literalidad del artículo 35.2 en relación a si este configura o no una reserva de ley y, en su caso, cuál sería su alcance. Además de la eventual existencia de una reserva de ley, también ha suscitado debate el contenido de la expresión «*estatuto de los trabajadores*», en el sentido de si la referencia constitucional es intercambiable o equivalente con la de «*contrato de trabajo*», y sí, de existir la citada reservada de ley, afectaría a todos los extremos de la relación individual de trabajo.

A este respecto algún autor ha puesto de manifiesto que existe una correlación lógica entre el estatuto de los trabajadores y la relación individual de trabajo, pero que la equiparación no puede ser inmediata, ya que la relación individual de trabajo no completa la relación estatutaria de los trabajadores. A estos efectos, debe de tenerse en cuenta que tan estatutaria resulta la relación individual de trabajo, como la vertiente individual de los derechos colectivos, incluso su dimensión colectiva<sup>272</sup>. Por tanto, parece claro que las previsiones constitucionales no quedan constreñidas al contrato o a la relación individual de trabajo, ya que la condición estatutaria incluye también la dimensión colectiva de la relación laboral.

No parece posible deducir del texto constitucional el alcance del término «*estatuto de los trabajadores*», ya que, a la postre, todos los contenidos del Derecho del Trabajo inciden en la relación subjetiva de los trabajadores. Por ello, la doctrina ha entendido que dada la imprecisión con la que está formulado el artículo 35.2 de la Constitución no es posible inferir del mismo una reserva de ley<sup>273</sup>. En efecto, si se defendiera que el citado precepto crea una reserva de ley,

---

<sup>272</sup>Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «El lugar del Reglamento en el ordenamiento laboral. A propósito de la sentencia TS 3.ª de 31 de enero de 1990 (II)» *Relaciones Laborales*, nº 19-22, 1990, pg.3.

<sup>273</sup>Vid. GARCÍA MURCIA, Joaquín, «El papel del reglamento en materia laboral: algunas reflexiones a la luz de las reformas de 1994» *Actualidad Laboral*, nº36, 1995, pg.632.

sin que del propio texto constitucional se puedan deducir cuáles serían sus límites, se estaría otorgando al legislador la competencia para decidir su contenido, potestad de la cuál no dispone, en tanto que es exclusiva del constituyente<sup>274</sup>.

Las previsiones del artículo 35.2 de la Constitución Española deben entenderse como un mandato genérico al legislador para que regule el régimen jurídico del trabajo por cuenta ajena y dependiente, esto es, el trabajo asalariado, siguiendo la línea de las disposiciones legales preconstitucionales en materia laboral<sup>275</sup>.

Por último, es necesario poner de manifiesto que en el ámbito de la prestación de servicios en el seno de las Administraciones Públicas, y a pesar de que la norma fundamental establezca fronteras nítidas entre el régimen funcional y el laboral, la Constitución también es un instrumento decisivo para dar cierta uniformidad a ambos colectivos. En efecto, ciertos principios informadores del Derecho del Trabajo recogidos en nuestra norma fundamental (art.35.1 CE) son aplicables a todos los trabajadores por cuenta ajena con independencia del vínculo jurídico que dé cobertura a su prestación de servicios<sup>276</sup>. En este sentido, tanto a los trabajadores asalariados como a los funcionarios públicos les son de aplicación las reglas recogidas en el artículo 35.1 de la CE sobre protección de derechos tales como la libertad de elección de

---

<sup>274</sup>Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 26, 1989, pg.69. Esta interpretación es aceptada, además, por parte de la doctrina constitucionalista, que considera el artículo 35.2 de la CE, como una evidencia de que no se puede aplicar en el ordenamiento jurídico español la cláusula de libertad y propiedad, y por tanto, extender a todos los extremos la reserva de ley. Vid. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pg. 205-206.

<sup>275</sup>Vid. GARCÍA MURCIA, Joaquín, «El papel del reglamento en materia laboral: algunas reflexiones a la luz de las reformas de 1994» *Actualidad Laboral*, nº36, 1995, pg.632.

<sup>276</sup>Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, «Artículo 35 de la Constitución», en VV.AA., CASAS BAAMONDE, María Emilia, y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolsters Kluwer, Toledo, 2008, pg. 933 y CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 20.

profesión u oficio, la promoción a través del trabajo y la percepción de una remuneración suficiente.

Por otro lado, ciertos principios constitucionales específicos de los funcionarios públicos, aparentemente referidos en exclusiva para la relación estatutaria, resultan igualmente aplicables al personal laboral que presta servicio en las Administraciones Públicas, como por ejemplo, los principios de mérito y capacidad para el acceso al empleo público, por cuanto que su fundamento reside en las peculiaridades del sujeto que actúa como empleador y no en la naturaleza de la relación jurídica del empleado (*vid.* Cap.II.1)<sup>277</sup>.

## 5. La influencia de la norma internacional en el empleo público

La influencia de la normativa internacional en la configuración de nuestro modelo de empleo público vino marcada por las sucesivas ratificaciones de los Convenios de la OIT relativos a los derechos colectivos en los inicios de la nueva etapa constitucional, que se abrió en nuestro país a partir del año 1975. En el estudio de la normativa internacional se puede delimitar dos etapas diferenciadas: la primera sobre la posibilidad y conveniencia de aplicar los Convenios generales sobre protección de derechos colectivos a la Administración Pública (Convenios nº 87, de 9 de julio de 1948 y 98 de la OIT, de 1 de julio de 1949), y una segunda en la que ya se encuentran Convenios específicos de aplicación a este sector (Convenios nº 151, de 27 de junio de 1978 y nº154, de 3 de junio de 1981 de la OIT).

Como ya se anunció, en una primera etapa se debatió sobre la idoneidad de aplicar el Convenio nº 87 de la OIT<sup>278</sup>, relativo a la «*libertad sindical y a protección del derecho de sindicación*» y el Convenio nº 98 de la OIT<sup>279</sup>, «*sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva*» a las relaciones de prestación de servicios habidas en el seno de la Administración. En este sentido,

---

<sup>277</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, *op.cit*, pg.21.

<sup>278</sup>Ratificado por España el 13 de abril de 1977.

<sup>279</sup>Ratificado por España el 13 de abril de 1977.

se entendió que el Convenio 87 era de aplicación a los funcionarios públicos con carácter general, en la medida en que solo se previa como posible excepción determinados colectivos de empleados públicos, como «*las fuerzas armadas*» y «*la policía*»<sup>280</sup>. El convenio establecía, fundamentalmente, un concepto amplio de libertad sindical (art. 1-9), así como la obligación de adoptar mecanismos de protección del citado derecho (art. 11)<sup>281</sup>.

Como se puede observar, nuestro texto constitucional, aprobado un año después a la ratificación por España del Convenio, recogió las previsiones en la materia del citado Convenio nº 87 de la OIT, ya que reconoció el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente, especificándose que «*la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios público*» (art.28 de la Constitución Española).

Una relación similar se estableció entre la normativa interna y el Convenio 98 de la OIT, relativo al derecho de sindicación y de negociación colectiva. En efecto, el citado convenio excluía de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos, dejando sin amparo un posible derecho a la negociación colectiva de este sector de trabajadores<sup>282</sup>. Esta situación de «*omisión*» se trasladó al Derecho interno, en el que se suscitó un fuerte debate doctrinal sobre un posible reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos (*vid.* Cap. VIII. 1).

La negación de este derecho en sede constitucional también se amparó, inicialmente, en normativa internacional, alegándose la imposibilidad de que la

---

<sup>280</sup>En concreto, el artículo 9 del Convenio 87 de la OIT prevé que «*La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio*».

<sup>281</sup>*Vid.* ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pg. 48.

<sup>282</sup>Así, establecía que «*El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto*» (art.6).

Administración participara en aquella por no poder formar parte de las asociaciones empresariales. Como se recordará, el último inciso del artículo 37 de la Constitución Española establece que la negociación colectiva deberá realizarse entre los «*representantes de los trabajadores*» y los «*representantes de los empresarios*», requisitos que nunca se podrían alcanzar en el sector público, ya que, en atención a las previsiones del Convenio nº 87 de la OIT, la Administración tendría prohibido afiliarse a las asociaciones empresariales.

Los defensores de esta doctrina extraen tal prohibición del artículo 3.2 del citado convenio que establece que «*las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho [«libertad sindical»] o a entorpecer su ejercicio legal*». En este sentido, se entiende que la afiliación de la Administración a las asociaciones empresariales sería un acto de injerencia en el citado derecho en la medida en que se erigiría como el mayor grupo empresarial del país, y fácilmente podría dominar aquellas asociaciones.

No obstante, hay autores que entienden que tanto la protección del Convenio nº 87, como las previsiones del Convenio nº 98, debían de extenderse al personal al servicio de la Administración Pública. En este sentido, afirman que la libertad sindical comprende tanto el «*derecho de organización sindical como el derecho a ejercer actividades sindicales dentro y fuera de los centros productivos*», encontrándose la negociación colectiva entre esas actividades. Por otro lado, el Convenio 98 de la OIT ordena la adopción de medidas adecuadas para estimular y fomentar «*el pleno desarrollo y el uso de procedimientos de negociación voluntaria con objeto de reglamentar, por medio de convenios colectivos, las condiciones de empleo*» (art.4).

En este sentido, la Comisión de Expertos para la aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT entendió que los preceptos del convenio eran de aplicación al personal funcionario, ya que «*la exclusión del campo de aplicación del Convenio a las personas empleadas por el Estado o en*

*el sector público que no actúa como órgano de poder público es contraria al sentido del Convenio»<sup>283</sup>.*

Un segundo estadio de análisis se abre tras la aprobación del Convenio nº 151 de la OIT, «*sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública*» (ratificado por España el 22 de junio de 1984). El Convenio 151 de la OIT es la norma internacional más concreta y de mayor espectro aplicativo sobre los derechos colectivos de los funcionarios, ya que se aprobó recordando las disposiciones del Convenio nº 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; del Convenio nº 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, y del Convenio nº 135 sobre los representantes de los trabajadores.

El Convenio fue aprobado, según su propio preámbulo, debido a la considerable expansión de los servicios prestados por la Administración Pública en muchos países y de la necesidad de que existan sanas relaciones laborales entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleados públicos.

Este convenio tiene carácter programático y exige un desarrollo normativo por parte de los Estados. El Convenio reconoce la protección del derecho de sindicación, con una reproducción prácticamente literal a lo establecido en el Convenio 98 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación que, como se recordará, no resultaba «*a priori*» de aplicación al personal de las Administraciones. Así se fijan facilidades que deben darse a las organizaciones de empleados públicos (art. 6), procedimientos para la

---

<sup>283</sup> Vid. BLASCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 52, 1986, pg. 535-536 y MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio, «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº39, 1989, pg. 466.

determinación de las condiciones de trabajo (art.7) y solución de conflictos (art.8)<sup>284</sup>.

Por último, también resulta de aplicación el Convenio nº 154 de la OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva, aplicable a todos los sectores de actividad<sup>285</sup>. La aprobación, y posterior ratificación por España, de estos Convenios específicos sobre la sindicación y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos ha llevado a algún autor a entender que en nuestro sistema es necesario realizar una relectura del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. En este sentido, se aboga por una dimensión constitucional del citado derecho a través del artículo 10 de la CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales a través de los tratados internacionales suscritos por España (*vid.* Cap. VIII.1).

Sin embargo, esta opinión no es unánime en la doctrina, ya que otros autores consideran que los términos utilizados por los Convenios de la OIT 151 y 154 son genéricos y ambiguos, lo que permite al Parlamento optar con libertad entre un amplio abanico de posibilidades en cuanto al régimen de participación de los funcionarios públicos en la fijación de las condiciones de trabajo<sup>286</sup>.

## 6. El Derecho de la Unión Europea y el empleo público

La Unión Europea cuenta con su propia función pública que se integra por distintos grupos de funcionarios, así como por personal temporal<sup>287</sup> y eventual<sup>288</sup>. A estos efectos, los grupos de funcionarios de la Unión Europea se

---

<sup>284</sup>*Vid.* CASTILLO BLANCO, Federico A., «Los Derechos individuales de los empleados públicos», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, pg. 150.

<sup>285</sup> Ratificado por España el 26 de julio de 1985.

<sup>286</sup>*Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 18.

<sup>287</sup>La Unión Europea puede contratar a personal temporal para realizar una amplia variedad de tareas altamente especializadas o delimitadas en el tiempo.

<sup>288</sup> Algunas Instituciones de la Unión pueden contratar personal eventual, que se consideran contratos inmediatos y de corta duración, ya que su duración máxima es de seis meses.

clasifican en administradores (AD) –que se dedican a la elaboración de políticas y la aplicación de la legislación de la UE y a tareas de análisis y asesoramiento-; los asistentes (AST) –que desempeñan tareas ejecutivas y técnicas (administrativas, de contabilidad, comunicación, investigación, desarrollo y aplicación de medidas, etc.)- y los asistentes-secretarios (AST/SC), que desempeñan tareas de gestión de oficina y apoyo administrativo<sup>289</sup>.

Además, al servicio de la Unión Europea también operan los agentes contractuales (CAST). Este personal se vincula a través de un contrato de duración determinada –entre seis y doce meses- y realizan tareas auxiliares manuales y administrativas o para proporcionar una capacidad adicional cuando no se dispone del número suficiente de funcionarios con las cualificaciones requeridas<sup>290</sup>.

Sin embargo, estas previsiones se limitan a la organización del empleo público de la propia Unión Europea, sin que se encuentre una regulación de la función pública aplicable a los Estados Miembros.

Aun así, el Derecho de la Unión ha tenido tradicionalmente dos importantes ejes de influencia sobre la legislación nacional de empleo público<sup>291</sup>. El primero de ellos se encuentra vinculado al derecho de libre circulación entre Estados miembros<sup>292</sup>, y a la posibilidad de que estos impongan requisitos de nacionalidad para el acceso a la función pública. Y, un segundo eje

---

<sup>289</sup> Sobre el Estatuto del Personal de la Unión Europea *vid.* Reglamento (UE, EURATON) n° 1023/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión Europea.

<sup>290</sup> Existen puestos de agentes contractuales para toda una serie de empleos que requieren distintos niveles de cualificación, con arreglo a cuatro grupos funcionales: I. Tareas auxiliares manuales y administrativas II. Tareas de oficina y secretaría, gestión administrativa y equivalentes III. Tareas de ejecución, redacción, contabilidad y tareas técnicas equivalentes IV. Tareas de asesoramiento, administrativas, lingüísticas y técnicas equivalentes.

<sup>291</sup> *Vid.* DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pg.164.-69.

<sup>292</sup> *Vid.* BALLESTER PASTOR, Amparo, «La evolución del derecho a la libertad de circulación de personas y trabajadores: la incompleta culminación de Ámsterdam», *Noticias de la Unión Europea*, n°204, 2002, pg.45-70.

de influencia, relativo a la fijación de condiciones de trabajo y empleo, en la medida en que la armonización de ciertas materias laborales ha afectado también a la regulación del empleo público. Este último fenómeno se explica, principalmente, por la interpretación extensiva del concepto de trabajador que se realiza por el Derecho de la Unión Europea, así como por el Tribunal de Justicia, sobre todo a los efectos del ejercicio del derecho de libre circulación<sup>293</sup>.

Como cuestión preliminar cabe reseñar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha considerado que la distinción entre «funcionarios» y «personal *laboral*» al servicio de la Administración es ajena al Derecho europeo, y solo afecta a la autonomía interna de cada Estado. Así, el Auto de 7 de marzo del 2010 (Asunto C-178/12 *Rivas Montes*) inadmite una cuestión prejudicial al entender que la cuestión planteada por el Juzgado de lo Social nº1 de Córdoba está fuera del ámbito de aplicación del principio de igualdad consagrado en el Derecho de la Unión, porque la diferencia de trato alegada no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, esto es, en la naturaleza jurídica de la relación que tales empleados mantienen con la Administración. Cuestión que, a juicio del Tribunal, queda fuera de los límites de conocimiento del Derecho europeo.

Sin embargo, tradicionalmente, la jurisprudencia del TJUE ha dado preferencia a los sistemas de empleo público en los que primara el modelo funcional. A modo de ejemplo, cabe citar las SSTJUE de 12 de febrero de 1974 (Asunto C-152/73 *Sotgiu vs Bundespos*); de 17 de diciembre de 1980 (Asunto C-149/79 *Comisión vs Reino de Bélgica*); de 3 de junio de 1986

---

<sup>293</sup>Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, «El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº 37, 1998, pg. 56

(Asunto C-307/84 *Comisión vs República de Francia*); de 3 de julio de 1986 (Asunto C-66/85 *Lawrie-Blum vs Land Baden-Württemberg*)<sup>294</sup>.

En lo que respecta al primero de los puntos antes enunciado, el relativo al derecho a la libre circulación y los requisitos de acceso a la función pública que un Estado miembro puede establecer legítimamente, cobra especial relevancia la exigencia de nacionalidad<sup>295</sup>. A estos efectos, no se puede olvidar que las libertades económicas fundamentales que han hecho posible la existencia del mercado único europeo inevitablemente afectan a la concepción clásica del empleo público, vinculada de alguna manera con la soberanía y el poder nacional, ya que este tipo de «trabajadores» también se mueven dentro del mercado único europeo, bien porque trabajan en diferentes Estados miembros, bien cuando obtienen títulos o diplomas en un Estado y quieren acceder con ellos a la función pública de otro Estado<sup>296</sup>.

Por esta razón, si bien el Derecho de la Unión ha mantenido tradicionalmente una concepción restrictiva sobre las posibilidades de discriminación por razón de la nacionalidad, ya que de permitirse entrarían en contradicción con el derecho a la libre circulación, sí que ha permitido una excepción relacionada con los empleados públicos. En efecto, el artículo 45.2 del TFUE establece, con carácter general, que «*la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*». Sin embargo, el apartado 4 de ese mismo

---

<sup>294</sup>Vid. MONEREO PÉREZ, José Luis y VIDA SORIA, José, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, pg.42-43.

<sup>295</sup>Sobre la libre circulación de trabajadores, con especial referencia a las restricciones en el acceso a empleos del sector público vid. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía, «Lección Vi. Libre Circulación de trabajadores», en VV.AA., NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga, MIRANDO BOTO, José María, *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg.180-182.

<sup>296</sup>Vid. ORDOÑEZ SOLIS, David, «Incidència de la normativa i jurisprudència comunitària de dades en les relacions laborals de les Administracions Públiques», *Seminari d'actualizació de Funció Pública Local, FMC*, Julio 2013, pg. 2.

artículo prevé que dichas disposiciones *«no serán aplicables a los empleos en la administración pública»*.

Aún así, el Tribunal de Justicia ha advertido que esta excepción no puede ser ilimitada, y englobar en ella amplios sectores de actividad de manera injustificada. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1996, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica (Asunto C-173/1994), en relación con el acceso a puestos de funcionario o empleado en las empresas públicas de distribución de agua, gas y electricidad en Bélgica, estableció que *«un Estado miembro no puede exigir, con carácter general, un requisito de nacionalidad para la totalidad de los puestos de trabajo en los sectores de que se trata sin sobrepasar los límites de la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48<sup>297</sup> del Tratado»*.

Y, además, estableció la clave para entender debidamente la excepción a la libre circulación, al subrayar que la aplicación del requisito de nacionalidad solo es aplicable *«al acceso a empleos que implican realmente una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas»*.

En términos análogos se expresó la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1996, Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo (Asunto C-473/93), que consideró que la normativa del Estado vulneraba la libre circulación al aplicar la excepción del Tratado a los sectores públicos de investigación, enseñanza, transporte terrestres, correos y telecomunicaciones, y en los servicios de distribución de agua, gas y electricidad.

Es en el contexto de esta normativa y jurisprudencia europea en la que

---

<sup>297</sup> La referencia numérica del Tratado cambia y no se corresponde con la actual – artículo 45 del TFUE- ya que cuando se dictó la Sentencia estaba en vigor una versión de los Tratados distinta.

deben enmarcarse las previsiones del EBEP sobre la materia. En concreto, el artículo 56.1 establece que «*para poder participar en los procesos selectivos será necesario reunir los siguientes requisitos: a) Tener la nacionalidad española*», encuadrándose de esta manera los empleos públicos dentro de la excepción antes vista del artículo 45.2 del TFUE<sup>298</sup>. Sin embargo, el propio precepto matiza esta idea inicial al establecer que el requisito de nacionalidad se exigirá «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente*» (art. 56.1 *in fine*). En efecto, el artículo 57 del EBEP prevé el acceso al empleo público de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tiene por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

Cabe destacar que las exigencias de la Unión en esta materia ya habían sido atendidas con anterioridad a la aprobación del EBEP, aunque bien es verdad que la normativa anterior se limitaba al ámbito de actuación de la AGE. Así, el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre el acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus organismos públicos de nacionales de otros estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, estableció el principio de acceso al empleo público de los nacionales de otros Estados en condiciones de igualdad con los españoles. En concreto, los artículos 3 y 5 del citado Real Decreto establecían que los nacionales de los Estados miembros podrían acceder en igualdad de condiciones que los españoles a todos los empleos públicos, salvo aquellos que implicaran una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de

---

<sup>298</sup>Sobre la evolución de la excepción de libre circulación, *vid.* DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, «Los empleos en la Administración Pública como excepción a la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea. (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1996)», *Revista de Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº7, 1998, pg.270.

las Administraciones Públicas<sup>299</sup>.

La influencia del Derecho de la Unión también se hace patente en las directivas de armonización de las legislaciones nacionales, que si bien no están pensadas específicamente para los empleados públicos, estos tampoco quedan excluidos de su ámbito de aplicación. Así, son destacables la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo o la Directiva 1999/70/CE del Consejo, del 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada<sup>300</sup>.

También tienen una especial relevancia la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre permiso parental (*vid. Cap.VI.3*)<sup>301</sup>.

En lo que se refiere a la Directiva 2000/78/CE su ámbito de protección alcanza a toda discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad o de orientación sexual, estableciendo un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aplicable también a los

---

<sup>299</sup>*Vid. GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, Libre circulación de trabajadores en el empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español*, CES, Madrid, 1996, pg. 157-177.

<sup>300</sup>*Vid. BALLESTER PASTOR, Amparo «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 92, 2011, pg. 207-256.*

<sup>301</sup>*Vid. BALLESTER PASTOR, Amparo, «Lección V. El principio de igualdad de trato y no discriminación», en VV.AA., NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga, MIRANDO BOTO, José María, Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg.125-159.*

empleados públicos.

Esta directiva tuvo una especial trascendencia sobre en qué supuestos resulta lícito fijar edades máximas o mínimas de acceso a la función pública. Así, la STJUE de 12 de enero de 2010 (Asunto C-229/08), examinó la adecuación de la legislación alemana, en concreto la norma de uno de sus *«Land»*, que fijaba la edad máxima para la contratación de funcionarios en el servicio de bomberos en 30 años.

El Tribunal de Justicia señala, en primer lugar, que esta Directiva 2000/78 se aplica *«a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con [...] las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional»*. En lo que se refiere a la concreta causa de discriminación entiende que, en este supuesto, la exclusión de los mayores de 30 años es una actuación legítima conforme a la Directiva, en la medida en que la exclusión encontraba su causa justificativa en un *«requisito profesional esencial y determinante»* para el buen funcionamiento del servicio.

Sin embargo, la STJUE de 13 de noviembre de 2014 (Asunto C-416/13), proveniente del Ayuntamiento de Oviedo, declaró que la Ley del Principado de Asturias<sup>302</sup> que fijaba en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local es contraria al Derecho de la Unión. En el caso analizado, el Tribunal de Justicia entiende que si bien es verdad que algunas de las funciones de agente de la Policía Local –como puede ser la protección de las personas y bienes, la detención y custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas- pueden requerir capacidades físicas específicas, no está demostrado que dichas capacidades estén necesariamente vinculadas a un

---

<sup>302</sup>Ley del Principado de Asturias 2/2007, de 23 de marzo, de Coordinación de las Policías Locales

grupo de edad determinado y no puedan darse en personas que hayan superado determinada edad.

A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia considera que en la medida en que las propias bases de la convocatoria controvertida prevén la realización de pruebas físicas por parte de todos los candidatos, deben ser los resultados de estas los que permitan alcanzar a la Administración la convicción de que candidatos cumplen las condiciones físicas especiales necesarias para el desarrollo de esa profesión. El resultado de estas pruebas es, a juicio del Tribunal, mucho más adecuado y menos restrictivo que la mera fijación de una edad máxima para concurrir al proceso selectivo. Además, el Tribunal de Justicia considera que ninguno de los elementos que se le han remitido permite considerar que el límite de la edad para participar en la convocatoria sea apropiado y/o necesario. Como se puede extraer de estas dos Sentencias, se considera conforme al Derecho de la Unión aquellas limitaciones o restricciones que tenga una causa justificada y objetiva en relación con el buen desarrollo de la prestación de servicios.

Por otro lado, en la configuración actual de nuestro modelo de empleo público, también tuvieron una especial relevancia la Directiva 1999/70/CE del Consejo, del 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada<sup>303</sup>. En efecto, la interpretación de estas Directivas conllevó varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre la adecuación de nuestra legislación al Derecho de la Unión.

La primera de estas Sentencias fue la STJUE del 13 de septiembre del 2007 (Asunto C-307/05 Del Cerro Alonso) que resolvió un caso proveniente del Juzgado de los Social nº1 de San Sebastián sobre la aplicación de la Directiva

---

<sup>303</sup>*Vid.* GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, «Lección XI. Contrato de Trabajo», en VV.AA., NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga, MIRANDO BOTO, José María, *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg.301-306.

1999/70/CE a una auxiliar administrativa que tras acceder a una plaza fija en el Servicio Vasco de Salud pretendía que se le computaran, a efectos de trienios, los doce años que llevaba prestando servicio para el mismo organismo como «*personal estatutario temporal*».

En primer termino, el Tribunal de Justicia consideró que el Derecho de la Unión garantizaba a los trabajadores con un contrato de duración determinada disfrutar de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables «*salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas*». Y, en este sentido, entendió que «*La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como ‘de plantilla’ con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro*» no es una causa objetiva para dispensar un trato diferenciado.

En el año 2010 volvió a plantearse ante el Tribunal de Justicia la adecuación de nuestra normativa a la citada directiva. Así, la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (Asuntos C-444/09 Gavieiro Gavieiro y C-456/09 Iglesias Torre) resuelve a favor de las trabajadoras sendos casos, procedentes del Juzgado nº3 de A Coruña y nº3 de Pontevedra respectivamente, sobre el reconocimiento y abono de trienios con efectos retroactivos mientras las interesadas habían sido funcionarios interinas.

El Tribunal de Justicia precisa, en primer lugar, que de la Directiva 1999/70 se deduce su aplicación a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público. Asimismo, reitera que es irrelevante la naturaleza de la relación, laboral o funcionarial, con la Administración a los efectos de aplicar la directiva. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva para justificar la diferencia de trato en lo que se refiere al pago de complementos salariales por

antigüedad<sup>304</sup>.

Esta misma jurisprudencia se ha repetido en otros casos de procedencia española. Solo por citar algunos de los más destacados, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión de 9 de febrero de 2012 (Asunto C-556/11 Montoya Medina) aplica, a instancias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias del Cerro Alonso y Gavieiro a la discriminación entre personal laboral de las universidades públicas. En este asunto, el Tribunal de Justicia recordó que no cabe discriminación entre los distintos tipos de trabajadores salvo que *«la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto»*.

O también la STJUE de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10 Rosado Santana) que resolvió las pretensiones de un funcionario andaluz que quería que se reconociera, a efecto de promoción profesional, diez años de antigüedad adquiridos como funcionario interino. En este supuesto el Tribunal de Justicia entendió que no se había vulnerado el Derecho de la Unión en la medida en que *«las funciones ejercidas por el demandante en el litigio principal como funcionario interino no corresponden a las ejercidas por un funcionario de carrera perteneciente a los cuerpos correspondientes al grupo D exigidas en la convocatoria, de ello se derivaría que el interesado no se encuentra, en cualquier caso, en una situación comparable a la de un funcionario de carrera candidato a la promoción interna que ha cumplido en dichos cuerpos los períodos de servicio requeridos»*.

---

<sup>304</sup>Vid. ORDOÑEZ SOLIS, David, «Incidència de la normativa i jurisprudència comunitària de dades en les relacions laborals de les Administracions Públiques», *Seminari d'actualització de Funció Pública Local, FMC*, Julio 2013, pg.17.

En lo que respecta a la ordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos es necesario destacar la interpretación realizada por el TJUE de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En especial, en lo referente al derecho a las vacaciones anuales y los límites máximos semanales de la jornada de trabajo.

Así, es de destacar las SSTJU 18 de marzo de 2004 (Asunto C-342/01 Merino Gómez) y de 20 de enero de 2009 (Asunto C-350/06 Schultz-Hoff y Stringer) que reconocen que el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas *«debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva [...] relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo»*. De esta manera se considera un actuación ilícita la denegación de un cambio en la fecha de las vacaciones por coincidir estas con el periodo de maternidad (Asunto Merino Gómez) o con un periodo de incapacidad temporal (Asunto Schultz-Hoff y Stringer).

La opción del Tribunal de Justicia en la resolución de estos litigios forzó una modificación legislativa en nuestro ordenamiento. En concreto, se modificó el artículo 38.3 del Estatuto de los Trabajadores que en su redacción actual prevé que *«cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan»*.

*Además, ese mismo precepto añade que «en el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado».*

### CAPÍTULO III

#### LA ORDENACIÓN LEGAL DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL

**1. El papel de la Ley en la regulación del empleo público laboral. -2. El Estatuto de los Trabajadores como primera fuente de ordenación legal. -3. El papel del Estatuto Básico de los empleados públicos. -4. Las leyes «laborales» comunes: libertad sindical y prevención de riesgos laborales. -5. Las leyes sobre organización y régimen jurídico de las Administraciones públicas. -6. Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. -7. Las leyes autonómicas sobre función pública o empleo público. -8. Las posibilidades de regulación a través del decreto-ley.**

##### **1. El papel de la Ley en la regulación del empleo público laboral**

El artículo 35.2 de la Constitución Española establece que «*la ley regulará un estatuto de los trabajadores*». Si bien el texto constitucional no configura una reserva de ley sobre el régimen del personal laboral, ni del sector privado ni del público, si que contiene una llamada al legislador para que ordene esta relación. En efecto, cuando la norma fundamental encarga la aprobación de un «*estatuto de los trabajadores*» está imponiendo que la regulación básica de este personal sea acometida por la ley.

En este sentido, si bien no se especifica nada respecto del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas parece que el citado estatuto debe de ser también la primera norma de referencia para este colectivo, en la medida en que estos se encuentran incluidos en el radio de acción del artículo 35.2 de la Constitución (*vid.* Cap. II.4).

Cuando se alude al término «*estatuto*» se está haciendo referencia a los derechos y deberes de quienes están vinculados por un contrato de trabajo. Y a estos efectos, se aprobó la Ley del Estatuto de los Trabajadores (actualmente recogida en el Real Decreto Legislativo 1/995, de 24 de marzo). Aún así, el

Estatuto de los Trabajadores no completa la regulación de relación de trabajo, dando cabida –conforme a las previsiones de su artículo 3.1- a otra normativa estatal, tanto legal como reglamentaria. Así, por ejemplo, cabe citar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) o la Ley Orgánica 11/1985, de 25 de agosto, de Libertad Sindical (*vid.* Cap. III.4).

Además, también tienen influencia en la regulación de las relaciones laborales otras leyes que, sin ser estrictamente de carácter laboral, despliegan efectos en la ordenación de la prestación de trabajo. A este respecto se pueden mencionar la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que garantiza la igualdad de trato y no discriminación en el empleo, o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres (*vid.* Cap.VI. 3).

Por otra parte, en el ámbito de la ordenación de las relaciones laborales en la Administración Pública, y a pesar de que la norma primigenia sea, en efecto, el Estatuto de los Trabajadores, tienen influencia otras leyes, que completan la regulación de la relación laboral, y que en, este ámbito, son de carácter administrativo. Así, y principalmente en lo que se refiere a la configuración del estatuto jurídico de la Administración como empleadora, tienen especial importancia la Ley 30/1992, 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)<sup>305</sup> (*vid.* Cap. III.5).

Por otro lado, cabe destacar que ciertas leyes que inicialmente se consideraron incompatibles con el estatuto constitucional de la Administración Pública han ido incorporando en su ámbito de aplicación al personal laboral de este sector. En concreto, el necesario respeto a los principios de mérito y

---

<sup>305</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 ambas leyes quedaran derogadas rigiéndose esta materia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

capacidad en todas las contrataciones realizadas por la Administración tradicionalmente justificó la inaplicación en el ámbito público de la Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en adelante LETT). En efecto, la disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos en el sector público, prohibía a la Administración la celebración de contratos con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precisara la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos.

Sin embargo, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, contiene, entre otras, diversas modificaciones de la legislación sobre empresas de trabajo temporal con el objetivo de incorporar en nuestro derecho la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la cual obliga a revisar las restricciones que se aplican a estas<sup>306</sup>.

Así, y entre otras modificaciones, el artículo 17 de esta Ley incorpora una nueva disposición adicional cuarta a LETT relativa a la *«validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal»*, con el tenor literal siguiente: *«A partir del 1 de abril de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, incluida la establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con la única excepción de lo establecido en la presente Ley. A partir de esta fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de*

---

<sup>306</sup>*Vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas», *Diario la Ley*, nº 7588, 2011.

*garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos».*

Por último, hay que señalar que el papel de la ley resulta de capital importancia en la propia delimitación del empleo público laboral. Como se recordará, conforme al mandato constitucional recogido en los artículos 103.3 y 149.1.18 deberá ser la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías de acceso al servicio público diferentes al régimen estatutario previsto en la norma fundamental<sup>307</sup>.

En la actualidad, el mandato constitucional se cumple por el propio EBEP, al establecer que *«el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca»* (art.9.2).

De esta manera, el artículo 9.2 del EBEP contiene una cláusula general que delimita las funciones que solo pueden ser desempeñadas por funcionarios, limitándolas, como se ha visto, a aquellas que *«impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o salvaguarda de los intereses generales»*. Para algunos autores este precepto únicamente codifica el principio general recogido con anterioridad por la doctrina constitucional, por

---

<sup>307</sup>De esta manera, la doctrina entiende que nuestra Constitución no contiene un principio unitario entre el régimen funcional y el laboral, ya que por ley podrá exceptuarse el mandato genérico del artículo 103, que opta por un régimen estatutario funcional con carácter general para el empleo público. *Vid.* SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda, «El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto (Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007, pg.536-537.

el cual resulta necesario reservar al personal funcionario el ejercicio directo de las potestades administrativas o funciones de autoridad<sup>308</sup>.

Además, esta cláusula genérica contenida en el EBEP es respetuosa con la distribución de competencias existente en la materia, ya que en la medida en que las Comunidades Autónomas pueden dictar sus propias leyes de función pública, resulta acertado que no sea la ley básica estatal la que predetermine qué puestos o funciones deben de quedar reservados a funcionarios y cuáles pueden ser desempeñados por personal laboral<sup>309</sup>. Por eso la segunda regla del artículo 9.2 contiene una remisión a la potestad legislativa –autonómica o estatal- para que fije con mayor precisión, en cada ámbito, cuáles son en particular esas funciones que presuponen ejercicio, directo o indirecto, de potestades de carácter o naturaleza pública.

En efecto, el artículo 11.2 del EBEP establece que «*Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2*»<sup>310</sup>. Este precepto no trata sino de detraer de los órganos de gestión la decisión de quiénes pueden poseer la condición de funcionarios y, por tanto, dar cumplimiento a la reserva de ley, pero respetando la distribución competencial existente en la materia<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Así lo entendió la Comisión de expertos en el Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg.52. Y también la doctrina, (CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo Público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales y extinción de la relación laboral*, Editorial Fundación Asesores locales, Málaga, 2011, pg.43).

<sup>309</sup> Vid. el Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2007, pg.52.

<sup>310</sup> La doctrina ha entendido que este artículo es consecuencia de la jurisprudencia constitucional que obliga a la ley a señalar qué puestos de trabajo pueden ser ocupados por personal laboral. Vid. CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo Público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales y extinción de la relación laboral*, Editorial Fundación Asesores locales, Málaga, 2011, pg. 42.

<sup>311</sup> Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 45 y 53.

Por tanto, la determinación de los puestos y funciones que corresponden en exclusiva a los funcionarios corresponderá, respetando las funciones que conlleven ejercicio de autoridad, a las leyes de desarrollo del Estado, de las Comunidades Autónomas, y a las que regulen la Administración Local<sup>312</sup>, que delimitarán con mayor precisión la frontera entre funcionarios y personal laboral<sup>313</sup>.

Por otro lado, los términos en los que se redacta el actual artículo 9.2 del EBEP podrían presentar dudas de constitucionalidad, ya que debido a que se incluyen formulaciones generales y conceptos jurídicos indeterminados, podría entenderse que vulnera la citada reserva. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado que la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados, así como la remisión a las leyes de desarrollo, son medidas compatibles con el respeto a la reserva de ley, siempre y cuando la remisión no se haga de manera incondicionada o carente de límites, y en el propio precepto se anuncien los criterios o parámetros que han de inspirar la normativa de desarrollo (STC 37/2002, de 14 de febrero).

En esta remisión es donde la regulación actual se separa más de la contenida inicialmente en la Ley 30/1984, que fue reprobada por el Tribunal Constitucional, en cuanto que la remisión se realizaba a la potestad reglamentaria del Gobierno, mientras que en la regulación actual el sujeto competente sigue siendo el poder legislativo –ya sea estatal o autonómico–,

---

<sup>312</sup>Respecto a las Corporaciones Locales debe de tenerse en cuenta que la Disposición adicional segunda del EBEP prevé que serán *«funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería»*. Así como se reserva a funcionarios con habilitación de carácter estatal aquellas funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales de *«secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo»* y las de *«control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación»*.

<sup>313</sup>Vid. LARIOS RIOS, David, «Artículo 9. Funcionarios de Carrera» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.89.

cumplíendose, por tanto, la reserva de ley impuesta por la Constitución (*vid.* Cap.II.4)<sup>314</sup>.

Como se ha visto, el EBEP se limita a establecer un marco de funciones materiales que solo podrán ser ejercidas por los funcionarios, que se concretan en aquellas que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de autoridad<sup>315</sup>. Y no recoge expresamente la preferencia general por los funcionarios, descartando así un sistema de empleo público que se rige por una regla –el personal funcionario- y una excepción –el personal laboral-, como si hacía, sin embargo, el artículo 15 de la Ley 30/1984<sup>316</sup>.

Esta separación respecto a la normativa anterior puede deberse en parte a la influencia de la jurisprudencia y de la legislación de la Unión Europea, en relación con el principio de libertad de circulación de trabajadores. En efecto, la reserva de ciertos puestos de trabajo a los funcionarios públicos supone una excepción al principio de libre circulación<sup>317</sup>, ya que la nacionalidad se impone como un requisito general para participar en los procesos selectivos [art. 56.1.a) del EBEP]. No obstante, este requisito de la nacionalidad debe de ser matizado, ya que el propio artículo 57 del EBEP prevé el acceso al empleo público de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, con excepción de

---

<sup>314</sup>*Vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, «Título II. Clases de personal al servicio de la Administración» en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg160-162.

<sup>315</sup>A este respecto algún autor ha puesto de manifiesto que pese a la opción preferencial del constituyente por el modelo estatutario (STC 99/1987, de 11 de junio) las funciones a las que puede acceder el personal laboral no puede quedar delegado a una suma de quehaceres secundarios previstos en la leyes, ya que el modelo actual ha dado lugar a un notable incremento del personal laboral debido, en parte, a la aparición o configuración de nuevas y específicas tareas que no estaban tradicionalmente asignadas al colectivo de funcionarios. *Vid.* TOLIVAR ALAS, Leopoldo, «El personal de la Administración Local y el nuevo marco regulador de la función pública», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 308, pg.22.

<sup>316</sup>*Vid.* MARTÍN REBOLLO, Luis, «El Estatuto del Empleado Público: Un Godot que no ha llegado», *RAP*, nº 174, septiembre-diciembre, 2007, pg.134-135.

<sup>317</sup>Sobre la evolución de la excepción de libre circulación, *vid.* DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, «Los empleos en la Administración Pública como excepción a la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea. (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1996)», *Revista de Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº7, 1998, pg.270.

aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tiene por objeto la salvaguarda de los interés del Estado o de las Administraciones Públicas (*vid.* Cap. II. 6)<sup>318</sup>.

De otra parte, también hay que destacar que el Tribunal Constitucional ha ido relajando o relativizando su doctrina inicial sobre la preferencia constitucional por el régimen funcionarial. Así, pronunciamientos más recientes han aceptado que la reserva de ley se respeta con el mero establecimiento por parte del legislador de criterios generales que marquen a cada concreta Administración qué puestos deben ser desarrollado por funcionarios públicos, como ocurría con el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local<sup>319</sup> (STC 235/2000, de 5 de octubre)<sup>320</sup>.

El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP defendía que el nuevo Estatuto debía reducir las distancias entre el régimen funcionarial y el laboral, para evitar así que las distintas Administraciones quisieran optar por uno u otro colectivo en el desarrollo de determinadas funciones. De esta manera, si la contratación del personal laboral no puede utilizarse como una pura y simple huida de los principios constitucionales sobre el empleo público, ni el régimen de funcionarios tiene las condiciones de rigidez tradicionales, en cuanto a la movilidad en el puesto, la asignación de tareas y

---

<sup>318</sup>*Vid.* GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, *Libre circulación de trabajadores en el empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español*, CES, Madrid, 1996, pg. 157-177.

<sup>319</sup>El artículo 92.2 de la Ley de Bases del Régimen Local (derogado por la disposición derogatoria única del EBEP) establecía que «*Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función*».

<sup>320</sup>*Vid.* El Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2007, pg.52.

sistema retributivo, se reduciría la litigiosidad en esta materia, ya que atendería únicamente a criterios objetivos para optar entre uno y otro régimen <sup>321</sup>.

## **2. El Estatuto de los Trabajadores como primera fuente de ordenación legal**

El legislador, con el fin de cumplir el mandato constitucional contenido en el artículo 35.2 aprobó, como ya se ha visto, la Ley del Estatuto de los Trabajadores (actualmente recogida en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). Esta Ley está dedicada, en su mayor parte, a la ordenación del contrato de trabajo, entendiendo la expresión en su sentido más amplio, que comprende no solo el acto contractual de declaración de voluntad del trabajador y del empleador para la prestación de servicios retribuidos, sino también los distintos aspectos y vicisitudes de la relación nacida de dicho acto<sup>322</sup>.

A este respecto algún autor ha manifestado que existe una correlación lógica entre el estatuto de los trabajadores y la relación individual de trabajo, pero que la equiparación no puede ser inmediata, ya que la relación individual de trabajo no completa la relación estatutaria de los trabajadores. A estos efectos, debe de tenerse en cuenta que tan estatutaria resulta la relación individual de trabajo, como la vertiente individual de los derechos colectivos, incluso su dimensión colectiva<sup>323</sup>.

Por ello, el Estatuto de los Trabajadores no se limita a la regulación de la relación laboral individual, sino que, además, se extiende a otras instituciones jurídico-laborales, entre las que cabe destacar la representación unitaria de los trabajadores en la empresa, y la regulación de la negociación colectiva. En efecto, esta norma se compone de tres títulos, dedicándose el Título I a «la

---

<sup>321</sup>*Vid.* Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg. 51.

<sup>322</sup>*Vid.* MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Vigésimoprimera Edición, Tecnos, pg. 153.

<sup>323</sup>*Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «El lugar del Reglamento en el ordenamiento laboral. A propósito de la sentencia TS 3.ª de 31 de enero de 1990 (II)» *Relaciones Laborales*, nº 19-22, 1990, pg.3.

*relación individual de Trabajo», el Título II a «los Derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores» y el Título III a «la negociación y de los convenios colectivos».*

En primer término, es necesario poner de manifiesto que el legislador, como antes vio, dispone de libertad para configurar el concepto de trabajador, contenido en el artículo 1.1 del propio Estatuto y que se define por la concurrencia de las notas de «ajenidad» y «dependencia», pudiendo excluir de esta consideración a ciertos colectivos, siempre que existan causas justificadas conforme al parámetro de constitucionalidad impuesto por el artículo 35.2 de la CE (*vid.* Cap. II.4). A estos efectos, el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores excluye de su ámbito de regulación «*La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias*». Una interpretación del citado precepto a «*sensu contrario*» pone de relieve que el personal vinculado por un contrato laboral, aunque preste servicios dentro de la Administración, estará incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores.

Aún así, no se puede aplicar el Estatuto de los Trabajadores sin matizaciones, ya que la condición de sujeto de derecho público de la Administración introduce, obligatoriamente, modulaciones en el régimen del contrato de trabajo. Tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico se limitaba a reconocer la posibilidad de que existieran relaciones laborales en el sector (art. 7 Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado), pero omitía cualquier tipo de regulación, por lo que la doctrina judicial defendía la aplicación íntegra, y sin matices, del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entendió que las vicisitudes planteadas en los contratos de trabajo en el seno de una

Administración debían resolverse siempre aplicando de manera preferente y general la legislación laboral (SSTS de 3 de junio de 1994 y 7 de octubre de 2004<sup>324</sup>). Estos pronunciamientos abogaban por dar una primacía absoluta al papel de empleadora de la Administración, en detrimento de su estatuto constitucional de sujeto de derecho público, defendiendo que solo fuera de aplicación la normativa laboral<sup>325</sup>.

El Tribunal Supremo entendió que cuando la Administración actuaba como empleadora intervendría en las mismas condiciones que cualquier otro empresario privado, siéndole de aplicación la normativa laboral. En este mismo sentido, otros pronunciamientos entendían que la mera y subjetiva circunstancia de que el empleador sea una Administración Pública no era óbice para la no aplicación de la normativa laboral (STS de 9 de junio de 2009<sup>326</sup>).

Sin embargo, y a pesar de que el Estatuto de los Trabajadores es la norma de referencia, no se puede olvidar las especialidades que la Administración Pública presenta como sujeto empleador, y las modulaciones que inevitablemente se introducen en la ordenación de sus recursos de personal, por su sujeción a los principios constitucionales. En concreto, se someten todas sus intervenciones a los principios de actuación reglada, objetividad y, muy singularmente, al principio de igualdad en la aplicación de la ley<sup>327</sup>. Además, tampoco se puede obviar la aplicación de otras normas de carácter administrativo que disciplinan toda su actuación, también cuando actúa como

---

<sup>324</sup>Rec. 2562/1992 y Rec. 2182/2003

<sup>325</sup>*Vid.* PALOMAR OLMEDA, Alberto, «La desvinculación de la pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº144, 2009, pg.631.

<sup>326</sup>Rec. 3046/2008.

<sup>327</sup>*Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales*, nº117, 2012, pg.24.

empleadora (v.gr. Ley 30/1992, LOFAGE...), con independencia de que esa sujeción no se prevea expresamente en una norma<sup>328</sup>.

Esta interpretación fue avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional que entendió que la Administración, también cuando actúa como empleadora, se encuentra sometida a la ley y al Derecho, con interdicción expresa de la arbitrariedad, por lo que no rige sus relaciones jurídicas por el principio de autonomía de la voluntad (STC 161/1991, de 18 de julio, 2/1998, de 12 de enero y 34/2004, 8 de marzo).

En este contexto, la aprobación del EBEP, a pesar de que no pone fin a estas controversias, sí que supone una novedad respecto de la legislación anterior, en la medida en que es la primera norma que extiende la regulación de la función pública a ciertas materias de la relación individual de trabajo en el sector público, como pueden ser, por ejemplo, el sistema de provisión de puestos y movilidad (art. 83 del EBEP) o el régimen disciplinario (art.93-98).

Aún así, la relación que se crea entre el Estatuto de los Trabajadores y el propio EBEP es compleja y difícil, ya que ni se esclarece de manera expresa en el texto, ni parece que se pueda establecer mediante una interpretación sistemática, una preferencia clara por una de las dos normas para la regulación de la relación laboral. El artículo 7 del EBEP prevé, a estos efectos, 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*»<sup>329</sup>.

Por tanto, si bien la ordenación inicial de la relación se rige por el Estatuto de los Trabajadores, el EBEP ejerce una incidencia tan intensa que a veces se produce una aplicación conjunta de ambas normas (v.gr. permisos y

---

<sup>328</sup>Vid. COSTA REYES, Antonio, «Ejercicio y límites del *iusvariandi* de la Administración Pública respecto a su personal laboral. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2010», *Temas laborales*, nº105/2010, pg. 201 y 202

<sup>329</sup>Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «El Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administración Pública*, nº174, septiembre-diciembre, 2007, pg.486-487.

licencias) y otras, incluso, desplaza la normativa laboral (v.gr. régimen sancionador).

Por otro lado, como antes se advirtió, la regulación del Estatuto de los Trabajadores no se limita a la relación individual de trabajo, sino que también alcanza a la representación de los trabajadores en la empresa y el derecho de reunión (Título II) y a la negociación colectiva (Título III). Si bien ambas materias se regulan para el personal laboral de las Administraciones por esta norma, su aplicación requiere, como se verá, ciertas matizaciones. En este sentido, el propio tenor literal del EBEP prevé 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»* (art.32).

En lo que respecta a la representación de los trabajadores en la empresa, si bien su regulación nuclear se encuentra en el Título II del Estatuto de los Trabajadores, el EBEP desplaza su contenido en ciertas materias, como ocurre con la regulación del derecho de reunión. Así, el EBEP establece que *«Están legitimados para convocar una reunión, además de las Organizaciones Sindicales, directamente o a través de los Delegados Sindicales, los Delegados de Personal, las Juntas de Personal, los Comités de Empresa, Los empleados públicos de las Administraciones respectivas en número no inferior al 40 por 100 del colectivo convocado»* (art.46.1). Respecto del régimen jurídico de las reuniones el EBEP solo prevé que se autorizarán fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo entre el órgano competente en materia de personal y quienes estén legitimados para convocarlas y siempre que la celebración de la reunión no perjudique la prestación de servicios (art.46.2). Como se puede observar, la norma transcrita es plenamente aplicable al personal laboral y completa el régimen establecido en los artículos 77 a 80 del Estatuto de los Trabajadores, que

actuará como norma supletoria en lo no previsto expresamente en el EBEP<sup>330</sup>.

A mayor abundamiento, el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, introduce ciertas modulaciones en el proceso electoral en el ámbito de las Administraciones Públicas. Así, por ejemplo, la disposición adicional tercera establece que en el ámbito de la Administración «*constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo Convenio Colectivo*».

De un modo análogo, en lo que respecta a la negociación colectiva, la regulación inicial se contiene en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, pero, sin embargo, su ejercicio se encuentra muy limitado por la sujeción en este ámbito «*a los principios de legalidad y cobertura presupuestaria*» (art.33 EBEP), que limita la libertad y las materias objeto de negociación en el sector, también para el personal laboral (*vid.* Cap. VIII.5). Además, las especialidades de la Administración como sujeto empleador exigen alguna matización en torno al establecimiento de las unidades de negociación (art. 83), así como a las reglas de legitimación (art. 87) previstas en el Estatuto de los Trabajadores para negociar un convenio estatutario, o impidiendo, por efecto de la vinculación positiva al principio de legalidad la existencia de convenios extra-estatutarios (*vid.* Cap. VIII.2).

### **3. El papel del Estatuto Básico del empleado público**

La aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), constituye un hito en la legislación del empleo público en nuestro ordenamiento y, en principio, viene a cumplir el mandato

---

<sup>330</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 266.

constitucional que prevé que «*la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos*» (art.103). El EBEP consagra como su objetivo principal el «*establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación*». Así como «*determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*» (art.1.1 y 2).

A pesar de estas consideraciones iniciales, el objetivo del EBEP no es abarcar la regulación íntegra del estatuto de los funcionarios públicos, sino únicamente establecer la legislación básica de su régimen jurídico. Y es que el artículo 103.3 de la CE no es una norma de atribución de competencias, por lo que dicho Estatuto lo deberá establecer quien ostente competencia para ello. Y, a tal efecto, el artículo 149.1.18 atribuye al Estado la aprobación de la legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas (SSTC 57/1982, de 27 de julio; 85/1985, de 10 de julio; 235/1991, de 12 de diciembre y 385/1993, de 23 de diciembre), que sería la función asumida por el EBEP, dejando a las Comunidades Autónomas la competencia para dictar su propia legislación de Función Pública (art. 149.1.18 CE)<sup>331</sup>.

En suma, se puede afirmar que desde esta perspectiva del artículo 103.3 de la Constitución, el EBEP no es más que una parte de ese estatuto de la función pública, que se completará con la normativa de desarrollo dictada por las Comunidades Autónomas, respecto de sus funcionarios, y con la normativa estatal, en lo relativo a los funcionarios propios de la Administración General del Estado (AGE)<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup>Sin embargo, hay autores que consideran que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, la articulación de la competencia estatal con las correspondientes competencias autonómicas para el desarrollo normativo de dicha legislación básica dista de ser una cuestión resuelta (SSTC 207/1999, de 11 de noviembre y 37/2002, de 14 de febrero). *Vid.* MARINA JALVO, Belén, «Consideraciones sobre el informe para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, nº29, 2005, pg.9.

<sup>332</sup>*Vid.* FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «El Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administración Pública*, nº174, septiembre-diciembre, 2007, pg.460.

Además de la legislación básica de funcionarios, el EBEP ha ampliado su ámbito de aplicación, en ciertas materias al personal laboral, completando, de esta manera, el régimen jurídico del personal contratado al servicio de las Administraciones Públicas. El EBEP define a este personal como el «*que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación prevista en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas*» (art.11). De esta manera, se reconoce expresamente la posibilidad de que la Administración acuda al régimen laboral para contratar la realización de servicios en su seno, al tiempo que se codifican algunas peculiaridades y modulaciones, que la jurisprudencia había realizado con anterioridad a su entrada en vigor, ante la imposibilidad de aplicar la legislación laboral sin matices a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas.

El EBEP enfatiza, ya en su exposición de motivos, la distinción entre el personal laboral y funcionario, considerando que la laboralización de las Administraciones Públicas es la forma más adecuada para implantar modos de gestión menos rígidos y más próximos a la empresa privada. En concreto declara que «*la flexibilidad que el régimen laboral introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración*»<sup>333</sup>.

Aún así, el EBEP reconoce expresamente la preferencia por el régimen funcionarial (art.2 y 9). De esta manera, el legislador se decanta por el sentir de la doctrina constitucional sobre el contenido y alcance del artículo 103 de la Constitución, que aboga por un régimen estatutario en el empleo público (STC 99/1987, de 11 de junio). La opción estatutaria del EBEP también está más en sintonía, como antes se vio, con la jurisprudencia del TJUE<sup>334</sup>, que dio

---

<sup>333</sup>Vid. LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Administrativa*, nº16, 2007, pg.1945.

<sup>334</sup>Vid. SSTJUE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu vs Bundespos*; STJUE de 17 de diciembre de 1980, *Comisión vs Reino de Bélgica*; STJUE de 3 de junio de 1986, *Comisión vs República de Francia*; STJUE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum vs Land Baden-Württemberg*.

preferencia a los sistemas de empleo público en el que primara el modelo funcional (vid. Cap.II.6).

La inclusión del personal laboral en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público era necesaria, ya que con independencia de la naturaleza del vínculo –funcional o laboral-, el empleo público presenta diferencias sustanciales con el empleo privado que necesitan una regulación específica<sup>335</sup>. Las diferencias respecto a las relaciones laborales en el empleo privado son debidas, por un lado, a las especialidades de la Administración como empleadora, que no es equiparable a un empresario privado y, por otro lado, a la actividad desarrollada por los empleados públicos, que tampoco es intercambiable con los trabajadores del sector privado, ya que la actividad profesional de aquellos debe estar dirigida al interés general<sup>336</sup>. Por ello, uno de los principales objetivos perseguidos por el EBEP es el de establecer un marco normativo básico o común que «*sintetice 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*»<sup>337</sup>.

Por esta razón, otra de las funciones principales del EBEP es la de codificar y desarrollar los principios constitucionales relativos al empleo público. A juicio de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP su codificación es esencial para la realización de los objetivos perseguidos por la reforma del empleo público, entre los que se enmarcaba contribuir a una buena Administración<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup>Vid. TOLIVAR ALAS, Leopoldo, «El personal de la Administración Local y el nuevo marco regulador de la función pública», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 308, pg.22.

<sup>336</sup>Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Objeto y ámbito de aplicación», en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pg.45-47.

<sup>337</sup>Vid. la Exposición de motivos de la norma y RAMOS MORAGUES, Francisco, «Ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Laboral*, nº2, 2009, pg.161.

<sup>338</sup>Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg.45-47.

No obstante, la concreción de este régimen común presenta dificultades, debido a la diferente habilitación competencial establecida para uno y otro colectivo por el texto constitucional. En efecto, como se ha dicho, la regulación del régimen jurídico de los funcionarios públicos es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, siendo competencia del primero la legislación de función pública de carácter básico para todos los funcionarios, y de las Comunidades autónomas el desarrollo del régimen aplicable a sus propios funcionarios (art.149.1.18 CE). Sin embargo, en lo que se refiere a la regulación del régimen del personal laboral es una competencia exclusiva del Estado, conforme a las previsiones del artículo 149.1.7 de la Constitución. Por tanto, para aquellas materias que no se encuentren reguladas de manera expresa en el EBEP, se acudirá a la legislación laboral ordinaria, sin posibilidad de que exista una regulación por parte de la Comunidad Autónoma.

Para algunos autores, una de las características del EBEP es un carácter abierto, ya que más allá de su naturaleza básica, también contiene disposiciones en materia laboral y numerosas referencias a las facultades de las Administraciones públicas. De tal modo, que del estudio EBEP, se desprende que las relaciones entre normas estatales, autonómicas y negociadas se inserta en un modelo no unívoco, complejo y heterogéneo<sup>339</sup>.

En este sentido, hay autores que consideran que una de las principales aportaciones del EBEP ha sido precisamente la de dar cobertura legal a las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública, ya que a pesar de que su existencia estaba sobradamente consolidada, carecían de un reconocimiento legal<sup>340</sup>. En efecto, hasta la aprobación del EBEP, la legislación

---

<sup>339</sup>Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto «Artículo 6. Leyes de Función Pública», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 61; LINDE PANIAGUA, Enrique, «Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del EBEP», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg. 21.

<sup>340</sup>Vid. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, «Criterios para la clasificación del empleado público: ¿Funcionario o laboral?», *Revista Vasca de Gestión de Persona y Organizaciones Públicas*, nº5, 2013, pg. 86.

general de la función pública se limitaba a reconocer la posibilidad de contratación del personal contratado «*de acuerdo con la legislación laboral*» (art.7 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado) y a determinar qué funciones o puestos podían ser desempeñados en ellas por este personal [art.15.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP)].

Sin embargo, en la actualidad, el Estatuto Básico del Empleado Público combina en su regulación de la función pública previsiones para el personal contratado. A estos efectos, el EBEP se estructura en ocho Títulos, dedicándose el Título I al «*objeto y ámbito de aplicación*»<sup>341</sup>, el Título II a las «*Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas*», el Título III a los «*Derechos y Deberes. Código de Conducta de los empleados públicos*», el Título IV a la «*Adquisición y pérdida de la relación de servicios*», el Título V a la «*Ordenación de la actividad profesional*», el Título VI a las «*Situaciones Administrativas*», el Título VII al «*Régimen disciplinario*» y el Título VIII a la «*Cooperación entre las Administraciones Públicas*».

El EBEP cobra una especial relevancia respecto de la regulación de la relación laboral en las materias incluidas en el Título III, relativas a los «*Derecho y deberes*» de los empleados públicos, ya que relaciona los derechos individuales de todos los empleados públicos (art.14), así como los ejercidos colectivamente (art.15). Además, introduce la evaluación de desempeño (art.20), como instrumento dirigido a valorar la actividad profesional, pudiendo vincularse a efectos de promoción profesional (*vid.* Cap. V.3).

Por otro lado, este Título también codifica el «*principio de legalidad presupuestaria*» para el personal laboral, al prever que «*el incremento de la*

---

<sup>341</sup>*Vid.* CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, «Capítulo I. Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de la Administración Pública», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 74-75.

*masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos» (art.21.1). Añadiendo, además, que «no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal» (art.21.2).*

Dentro del Título III es de especial relevancia el Capítulo VI, denominado «*Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta*» (art.52-54), que codifica el elenco de los deberes jurídicos exigible a todos los empleados públicos en la prestación de servicios. En este sentido, la exposición de motivos del EBEP alude a la necesaria incorporación de «*una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituyen un auténtico código de conducta*», con una «*finalidad pedagógica y orientadora*» pero, también actuando como un «*límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias*» (vid. Cap. VI.2)<sup>342</sup>.

El Título IV «*Adquisición y pérdida de la relación de servicios*» también tiene importancia en la configuración de la relación laboral, ya que prevé de manera expresa para el acceso de todos los empleados públicos –ya sean funcionarios o laborales- la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad en el acceso y en la promoción (art. 55). La necesidad de respetar, en todo caso, estos principios denota una característica esencial de nuestro modelo de empleo público, como es la profesionalidad de los

---

<sup>342</sup>Vid. CASTILLO BLANCO, Federico A., «Los deberes de los funcionarios públicos», en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pg. 366-367.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, nº36, 2007, pg. 18 y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg.34-35.

empleados, en aplicación de la cual solo se admiten nombramientos por razones de confianza política en casos tasados y excepcionales (art.12 EBEP)<sup>343</sup>.

Además, se consagra un principio fundamental para la consecución de una buena Administración, como es el «*principio de transparencia administrativa*». La transparencia administrativa, o en la gestión administrativa, puede definirse como la posibilidad de que los ciudadanos consigan acceder a cualquier tipo de información generada por las entidades públicas en el desarrollo de sus funciones<sup>344</sup>.

En concreto, el artículo 55.2 del EBEP establece la publicidad de la convocatoria y sus bases; la transparencia del procedimiento; la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, y la agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección.

Por tanto, como se puede observar, la transparencia vinculada al proceso selectivo afecta a todas las fases del procedimiento, de tal modo que los criterios que se utilicen para la selección, incluso sino están pautados o baremados, deben de ser claros y conocidos. De igual modo, el proceso de designación de los miembros de órgano calificados debe ser diáfano. A su vez, debe garantizarse el conocimiento de los actos de tramite por los interesados, así como estar estos suficientemente motivados, sin perjuicio del carácter reservado de las

---

<sup>343</sup>Vid. PÉREZ GÓMEZ, José María, «Título IV. Adquisición y pérdida de la relación de servicio. Capítulo I. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 491 y ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia, «EBEP: ¿modernización o continuidad en la regulación de los procesos de selección de los empleados públicos?», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa, 2011, pg.206-207.

<sup>344</sup>Vid. GIMÉNEZ-CHORNET, Vicente, «Acceso de los ciudadanos a los documentos como transparencia de la gestión pública», *El profesional de la información*, v. 21, nº 5, 2012, pg. 505

deliberaciones internas. Por último, la revisión de las pruebas realizadas debe ser facilitada a los concurrentes a las mismas<sup>345</sup>.

La publicidad de la convocatoria y de sus bases es una de las garantías esenciales con que cuentan los participantes para controlar la actuación de la Administración, ya que si bien esta goza de amplia discrecionalidad en la elección del procedimiento selectivo y en la configuración y diseño de las exigencias generales en su desarrollo no deja de estar sujeta a las reglas previamente establecidas y susceptibles de conocimiento por todos los ciudadanos<sup>346</sup>.

Respecto de la «*Ordenación de la actividad profesional*» regulada en el Título V hay que tener en cuenta el papel desempeñado por la «*Oferta de Empleo Público*» (art. 70 *vid.* Cap. V.4) y por la «*Relación de Puestos de Trabajo*» (art. 74), que pueden condicionar la validez de los contratos de trabajo de carácter fijo (*vid.* Cap. I.5 y Cap. V.2).

Por último, ha que señalar que el Título VII «*Régimen disciplinario*» se aplica íntegramente al personal laboral, desplazando de este modo la regulación del Estatuto de los Trabajadores (*vid.* Cap. VII.5). Además, se introduce una cláusula relativa a los despidos disciplinarios del personal fijo que sean declarados improcedentes que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, obliga a la readmisión de aquellos (art.96.2) (*vid.* Cap. VI.5).

#### **4. Las leyes «laborales» comunes: libertad sindical y prevención de riesgos laborales**

A pesar de que, como se ha visto, la prestación de servicios en el ámbito de la Administración Pública se regula por el Estatuto Básico del Empleado

---

<sup>345</sup>*Vid.* QUINTANA LÓPEZ, Tomás, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Principio de mérito y capacidad», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.758.

<sup>346</sup>*Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan José, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *El acceso al empleo público*, CEF, Madrid, 2005, pg.45.

Público, afectando aunque con distinta intensidad a los funcionarios públicos como al personal laboral, hay ciertos sectores de la prestación que tienen una regulación común con los trabajadores del sector privado. En primer lugar, el derecho de libertad sindical, reconocido por la Constitución a «*todos*» en su artículo 28.1, y desarrollado por la Ley Orgánica 11/1985, de 25 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante LOLS) y, en segundo lugar, la seguridad e higiene en el trabajo, que por mandato constitucional vincula a los poderes públicos (art.40.2), regulado en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL).

En lo que respecta al ejercicio del derecho de libertad sindical, es necesario recordar que este comprende el derecho de los trabajadores a organizarse colectivamente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. Por esta razón la LOLS delimita mejor el ámbito subjetivo del Derecho, matizando las previsiones constitucionales que aludían genéricamente a todos, y concreta que «*todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente*» (art.1.1).

En efecto, como antes se adelantó, esta ley optó por la unificación del régimen sindical de los funcionarios y del resto de trabajadores, de tal manera que «*a los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de la Administración Pública*». La equiparación entre el trabajador público y privado parece total a favor de la aplicación unitaria de la LOLS, máxime cuando las anunciadas y eventuales peculiaridades no han encontrado concreción legislativa. Por tal motivo, el derecho a la libertad sindical para cualquier empleado público incluirá las manifestaciones enumeradas en el artículo 2 LOLS<sup>347</sup>.

---

<sup>347</sup>*Vid.* FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, Juan José, «Artículo 15. Derechos individuales ejercidos colectivamente», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 162.

En concreto, el artículo 2 de la LOLS establece que la libertad sindical comprende, tanto el «*derecho a fundar sindicatos*», así como «*el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección*», también «*el derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato*» y «*el derecho a la actividad sindical*».

Es necesario recordar, además, que nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla un «*sistema dual*» de representación de los trabajadores en la empresa. Por un lado, la «*representación unitaria*» de todos los trabajadores y, por otro, la «*representación sindical*» de los trabajadores afiliados a un sindicato. Este modelo se repite en el empleo público, con la especialidad de que cuando se yuxtaponga el doble canal de representación de funcionarios y laborales se puede producir un sistema con cuatro canales de representación<sup>348</sup>.

En efecto, la representación unitaria del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá por las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, artículos 62 y siguientes, constituyéndose en «*delegados de personal*» (art. 62) o «*comité de empresa*» (art. 63), según corresponda. Mientras que la representación sindical se articula a través de la LOLS.

El régimen funcionarial sigue el mismo esquema, el unitario, que se regula en los artículos 39 y siguientes del EBEP, sobre «*los órganos específicos de representación de los funcionarios*», constituido por los Delegados de personal y las juntas de personal, y el sindical, que también se regula por las previsiones de la LOLS.

Sobre la representación sindical de los empleados públicos, es necesario advertir que su configuración no está predeterminada por la ley, por lo que es posible que existan secciones sindicales específicas para cada colectivo de empleados, esto es, una específica para funcionarios y otra para personal laboral

---

<sup>348</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.262.

de la Administración, o que, por el contrario, se opte por una única sección que englobe a ambos colectivos.

Esta decisión se trata de una cuestión que pertenece a la esfera interna de cada sindicato, integrando el contenido de la libertad sindical. La redacción del artículo 8 LOLS, que se refiere al derecho constituir secciones sindicales, legitima la posibilidad de que en un mismo centro existan varias, así pues permite que funcionarios y laborales de una misma entidad, aún perteneciendo a un mismo sindicato, constituyan secciones sindicales diferenciadas<sup>349</sup>.

Por tanto, la opción depende de los Estatutos de cada sindicato, que, en virtud de su derecho de autoorganización, puede determinar la organización interna de la sección sindical, correspondiéndoles el derecho a decidir si en la misma estarán comprendidos todos los trabajadores, con independencia de la naturaleza del vínculo que les una a la Administración, o si existirá una sección para cada colectivo.

En este contexto, sorprende que la regulación del derecho de sindicación sea común a todos los colectivos de trabajadores –tanto del sector público como privado y de los funcionarios- y que, sin embargo, la actividad colectiva de los mismos sea diferente. En efecto, la negociación colectiva del personal laboral, tanto del sector público como del privado, se rige por el Título III del Estatuto de los Trabajadores y constituye una negociación en sentido estricto, cuyo producto –el convenio colectivo- es un contrato con fuerza vinculante (art.37 de la CE y 82 ET). Sin embargo, la articulación de la negociación en el ámbito de la función pública siempre ha presentado más dudas, sin que se pueda considerar una concertación en sentido estricto. En efecto, los pactos y acuerdos regulados en el EBEP, a pesar de que tienden a equiparse con los convenios colectivos,

---

<sup>349</sup>*Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, y CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Los sindicatos en la Función Pública: Régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, Sevilla, 1990, pág. 225 y LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.263.

tienen una naturaleza jurídica diferente (art.38 EBEP). Algo semejante ocurre en relación con el derecho de huelga que respecto del colectivo funcional su fundamento y ejercicio ha sido controvertido y, en la actualidad, se encuentra más limitado.

Por otro lado, la Constitución Española prevé en su artículo 40.2 «*los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo*», para cumplir este mandato se aprobó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)<sup>350</sup>. Esta Ley, así como sus disposiciones de desarrollo, tienen una vocación de universalidad e integración, lo que en el ámbito de las Administraciones Públicas supone considerar la prevención frente a los riesgos laborales como una actuación única, indiferenciada y coordinada que debe llegar a todos los empleados públicos sin distinción del régimen jurídico que rija su relación de servicio.

Debe tenerse en cuenta que, las Administraciones Públicas, en su condición de empleadores, deben hacer plenamente efectivo el derecho de los empleados públicos a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Para ello, las Administraciones deberán cumplir también lo exigido a las empresas en el ámbito privado, esto es: lograr un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, mejorar la eficacia y calidad de las actividades preventivas y fortalecer y favorecer la implicación de los empleados públicos en la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo<sup>351</sup>.

Por tanto, la normativa se aplica tanto a los trabajadores vinculado por una relación laboral común, como al personal con una relación de carácter

---

<sup>350</sup>Vid. CORTÉS DÍAZ, José María, *La ley de prevención de riesgos laborales y su desarrollo reglamentario*, Editorial Tébar, Madrid, 2006, pg. 85-97.

<sup>351</sup>Vid. MONREAL BRINGSVAERD, Erick José, «Planes de organización de actividades preventivas», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008, pg.1105-1113.

administrativo o estatutario (ar.3.1 LPRL)<sup>352</sup>. Ahora bien, las particularidades organizativas y de participación del personal que introduce la LPRL<sup>353</sup> obliga a que esta se adapte al ámbito de la Administración y a sus especialidades de representación y participación.

Con este fin se aprobó, inicialmente, el Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado. Esta norma creaba una regulación específica para las Administraciones Públicas en determinadas cuestiones tales como los derechos de participación y representación (art. 3 y 4), la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas (art. 6), la definición de funciones y niveles de cualificación del personal que las lleve a cabo (art. 7) y el establecimiento de adecuados instrumentos de control que sustituyan a las obligaciones en materia de auditorias, ya que estos no son de aplicación a las Administraciones Públicas (art. 8).

Además de esta adecuación inicial, también se ha desarrollado determinada normativa de prevención de riesgos laborales aplicable a colectivos específicos dentro de la Administración General del Estado, tales como el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, aplicable a las relaciones de trabajo del personal laboral y los funcionarios civiles que prestan sus servicios en establecimientos dependientes de la Administración Militar; y los Reales Decretos 179/2005, de 18 de febrero, y 2/2006, de 16 de enero, aplicables respectivamente al Cuerpo de la Guardia Civil y al Cuerpo Nacional de Policía, que han de ser contemplados en un planteamiento general coordinado. Finalmente, es necesario citar el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa.

---

<sup>352</sup>Así también lo ha reflejado la doctrina judicial vid. SSTSJ nº 66/2002 de Castilla-León, de 25 de mayo; de nº 199/2005, de Islles Balears, de 8 abril.

<sup>353</sup>Así como su desarrollo reglamentario, el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención.

En el año 2007, y tras la aprobación del EBEP, se hizo necesaria una reforma de la normativa de prevención, en la medida en que la entrada en vigor de la citada norma conllevó una modificación de los órganos de representación de los funcionarios públicos. En este contexto, se aprobó la *«Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012»*<sup>354</sup>, que preveía que *«las Administraciones Públicas, en su condición de empleadores, deberán hacer plenamente efectivo el derecho de los empleados públicos a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, tal y como se reconoce en la reciente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público»*. Y añade, más adelante, en el capítulo dedicado al diagnóstico de la situación, que *«la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales a los empleados públicos ha presentado insuficiencias que es necesario corregir»*.

Es en este nuevo marco en el que se debe desarrollar la representación y participación de los empleados públicos en materia de prevención de riesgos. Para ello, se aprobó el Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado. Este nuevo Decreto, aparte de adecuarse a las exigencias del EBEP, también responde a las importantes modificaciones acaecidas en la normativa general de prevención de riesgos laborales, que han de ser trasladadas al ámbito de la Administración General del Estado<sup>355</sup>.

---

<sup>354</sup>Consejo de Ministros el 29 de junio de 2007.

<sup>355</sup>Entre ellas, es necesario citar la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, que profundiza en la necesidad de integrar la actividad preventiva en las organizaciones y establece la obligatoriedad de elaborar Planes de Prevención como medio para conseguir dicha integración; la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, por la que se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y se añade una disposición adicional novena-bis relativa al personal militar, con lo que se cierra definitivamente el contencioso con la Comisión Europea respecto al ámbito de aplicación de dicha Ley, ámbito que afecta directamente a la Administración General del Estado; el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales referido a la coordinación de actividades empresariales; y el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Prevención, en el que se desarrollan las previsiones de la Ley 54/2003, antes citada,

En particular, cabe reseñar como novedad la creación de «*Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales*» (art.4.2 del Real Decreto 67/2010, de 29 de enero), dependiente de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado (art. 36.3 del EBEP), y que se configura como el órgano específico de participación y negociación de las organizaciones sindicales en esta materia.

Además, se completa la participación de los empleados públicos en materia de prevención con la constitución, con carácter general, en cada provincia, de un Comité de Seguridad y Salud (CSSL), que depende de la Subdelegación de Gobierno. Dicho CSSL es el órgano colegiado y paritario de participación, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la Administración Pública, en materia de prevención de riesgos laborales. El CSSL está formado por los Delegados de prevención designados por los representantes del personal con presencia en los órganos de representación del personal y por el mismo número de representantes de la Administración. No obstante, cuando un servicio no integrado o una delegación de un organismo público cuente con más de 50 empleados puede constituir su propio Comité (art. 6 del Real Decreto 67/2010, de 29 de enero).

## **5. Las leyes sobre organización y régimen jurídico de las Administraciones públicas**

Si bien, como se ha visto, la regulación de la prestación de servicios en el ámbito de la Administración Pública se regula, mayoritariamente, por el EBEP para el personal funcionario, y por el Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral, así como por distintas normas laborales de alcance general – como la LOLS y LPRL- su ordenación también está condicionada por la normativa administrativa de carácter general. En efecto, la condición de sujeto

---

en cuestiones tales como el Plan de Prevención, la obligatoriedad de la presencia de recursos preventivos en determinados trabajos o las auditorías de prevención. Todas ellas afectan de manera directa a los contenidos del Real Decreto 1488/1998 y requieren, por tanto, una nueva adaptación de esta normativa.

de derecho público de la Administración conlleva que esta esté sometida a las previsiones generales en todas sus actuaciones, también cuando actúa como empleadora, por lo que serán de aplicación la normativa administrativa sobre funcionamiento y organización. En especial, deben de tenerse en cuenta las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>356</sup> y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)<sup>357</sup>.

Se puede afirmar que la normativa administrativa impone un modelo legal de organización, ya que incluye directrices que determinan la organización, las estructuras profesionales, la planificación y el procedimiento de provisión de puestos de las Administraciones Públicas<sup>358</sup>.

En primer término, la Ley 30/1992 consagra, de manera expresa, los principios de buena fe, de confianza legítima, de transparencia, de participación y de servicio a los ciudadanos (art.3), que deben guiar toda la actividad administrativa, tanto en la relación de la Administración con sus empleados, como en el desarrollo de la actividad de estos respecto de los ciudadanos<sup>359</sup>. La propia exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó la citada ley, puso de manifiesto la importancia de respetar siempre los principios

---

<sup>356</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 quedará derogada la Ley 30/1992, regulándose estas materias por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

<sup>357</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 quedará derogada la LOFAGE, regulándose estas materias por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

<sup>358</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 300.

<sup>359</sup>A partir del 2 de octubre de 2016, los principios de la actuación administrativa serán los recogidos en el artículo 3 –principios generales- y en el artículo 4 –principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad- de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

de buena fe y de confianza legítima, ya que son una derivación del principio constitucional de seguridad jurídica<sup>360</sup>.

Además, la Ley 30/1992 condiciona el ejercicio de toda la actividad administrativa, también cuando actúa como empleadora, exigiéndose que su actuación sea siempre por escrito y pública (art.52.1 y 55 de la Ley 30/1992)<sup>361</sup>. De igual modo, se impone la obligación de motivar todas aquellas decisiones que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales [art. 54.1 f)], así como los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos [art.54.1 a)]. Además, también deberán ser motivados aquellos actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte (art. 54.2) [vid. Cap. VII.6]<sup>362</sup>.

Esta obligación cobra una especial trascendencia en materia de reorganización de personal, como puede ser una movilidad funcional o geográfica, ya que en caso de que no estén debidamente motivadas y justificadas se incurriría en una desviación de poder, vicio que invalida el acto

---

<sup>360</sup>Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, «Ética Pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril, 2010, pg. 17.

<sup>361</sup>El artículo 52.1 de la Ley 30/92 establece que «para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario que corresponda». Por su parte, el artículo 55 establece que «los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia». A partir del 2 de octubre de 2016 la publicidad de las normas se recoge en el artículo 131 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. En concreto, el citado artículo establece que «las normas con rango de ley, los reglamentos y disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial que correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos». En lo que respecta a la forma, el artículo 36.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, prevé que «los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia».

<sup>362</sup>Vid. AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1999, pg. 273.

administrativo<sup>363</sup>, según lo previsto en el artículo 63.1 de la propia Ley 30/1992<sup>364</sup>.

Una situación análoga se produce respecto del procedimiento de elaboración de ciertos instrumentos en materia de personal, como puede ser el caso de las RPT (*vid.* Cap. V. 2). En estos supuestos, se aplica la nulidad de pleno derecho del acto, conforme a lo previsto en el artículo 62.1 e) de la ley 30/1992, en aquellos supuestos en los que se produzca una falta de negociación con las organizaciones sindicales, ya que esta se equipara a la omisión de un trámite procedimental esencial<sup>365</sup>.

Las reglas de la Ley 30/1992 se aplican de manera subsidiaria a todo lo no previsto en los procedimientos específicos en los que intervenga la Administración. Así, por ejemplo, la creación por parte del EBEP de la «*evaluación del desempeño*» (art.20) fue entendida por algunos autores como la creación de un procedimiento especial para la medición de la calidad de la actividad desarrollada por los empleados<sup>366</sup>, que se regirá por lo dispuesto en el EBEP y, subsidiariamente, por la Ley 30/1992 (*vid.* Cap. V. 3)<sup>367</sup>.

Otro ejemplo, relativo a las bases de las convocatorias, que tienen su propio procedimiento de elaboración y aprobación (*vid.* Cap. V.5), una vez que

---

<sup>363</sup>*Vid.* SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y ARETA MARTÍNEZ, María, «Artículo 73. Desempeño y agrupación de puestos de trabajo» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V.(Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.630.

<sup>364</sup>El artículo 63.1 de la Ley 30/1992 («*anulabilidad*») establece que: «*Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*».

<sup>365</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 quedará derogada la Ley 30/1992, regulándose esta materia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En concreto, la nulidad y anulabilidad de los actos administrativos se regulará en el artículo 47 de la nueva ley.

<sup>366</sup>*Vid.* LINDE PANIAGUA, Enrique, «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg.199.

<sup>367</sup>*Vid.* LINDE PANIAGUA, Enrique, «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg.196.

han sido aprobadas adquieren «*valor y fuerza vinculante*» hacia los terceros, pero también para la propia Administración, que solo podrá modificarlas con estricta sujeción al procedimiento previsto en la Ley 30/1992 (STC 193/1987, de 9 de diciembre; 200/1991, de 28 de octubre y 93/1999, de 19 de junio)<sup>368</sup>.

La Ley 30/1992 también sirve para completar otros procedimientos específicamente laborales, como es el caso de la negociación colectiva. En efecto, si bien la negociación colectiva del personal laboral se regula a través del Título III del Estatuto de los Trabajadores, ciertas materias se fijan de acuerdo a los criterios recogidos en la normativa administrativa general. Así ocurre respecto de la determinación de las unidades de negociación y con las reglas de legitimación de la parte empresarial (*vid.* Cap.VIII.3).

Por un lado, las unidades de negociación en la AGE se pueden establecer conforme a las previsiones de la LOFAGE y, por otro, lado la Ley 30/1992, determina la legitimación de la parte empresarial, al especificar que cada Administración actúa con personalidad jurídica propia (art.3.4)<sup>369</sup>, lo que la convierte, por sí misma, en el sujeto idóneo para suscribir acuerdos colectivos, al menos en el ámbito del convenio de empresa<sup>370</sup>.

Además, para adecuar las especificidades de ciertos procedimientos relacionados con la gestión del personal a las previsiones generales de la Ley 30/1992 se aprobó el Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley

---

<sup>368</sup>*Vid.* QUINTANA LÓPEZ, Tomás, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Principio de mérito y capacidad», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.755-756.

<sup>369</sup> A partir del 2 de octubre de 2016 quedará derogada la Ley 30/1992, regulándose esta materia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En concreto, el artículo 3.4 de la nueva ley establece, de manera análoga a la Ley 30/1992, que «*cada una de las Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica propia*».

<sup>370</sup> *Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 276.

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La exposición de motivos del Decreto entiende que es necesario proceder a la adecuación de las normas generales habida cuenta de que *«la relación funcional o de servicio que une a la Administración con su personal es, por su propia naturaleza, una relación de supremacía especial, como ha señalado el Tribunal Constitucional»*.

Además considera necesario establecer reglas propias respecto del *«silencio administrativo»* que, como regla general, es positivo (art. 43 de la Ley 30/1992)<sup>371</sup>, ya que muchos de los procedimientos de personal *«comportan consecuencias económicas y organizativas que, por su incidencia en el gasto público y en el principio de autoorganización de la Administración Pública, han de entenderse exceptuados del principio general de estimación presunta de las solicitudes en las que no recaiga resolución expresa en plazo»*.

Por ello, el artículo 2 establece una relación de procedimientos de gestión de personal que podrán entenderse desestimados una vez alcanzados los plazos determinados en el propio artículo. Así, por ejemplo, se entenderán desestimados, en el plazo de dos meses, los procedimientos relacionados con asistencia a cursos de selección, formación y perfeccionamiento [art.2 a)]; reconocimiento de grado personal y servicios previos [art.2 b)]; clasificaciones e integraciones en Cuerpos o Escalas de nivel superior [art.2 g)], y en el plazo de tres meses, la clasificaciones e integraciones en Cuerpos o Escalas de nivel superior [art.2 c)]; declaración de situaciones administrativas [art.2 d)], autorización de permutas de destino entre funcionarios [art.2 e)], y adscripción provisional a puestos de trabajo [art. 2 f)].

Por el contrario, el artículo 3 establece los procedimientos que podrán

---

<sup>371</sup> La nueva regulación del silencio administrativo se recogerá, a partir del 2 de octubre de 2016, en los artículos 21, 24 y 25 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

entenderse estimados una vez cumplido el plazo previsto. Así, por ejemplo, se entiende estimadas las peticiones de vacaciones en período ordinario en un mes [art.3 a)]; los permisos por nacimiento de un hijo o muerte o enfermedad de un familiar en un día [art.3 b)]; permisos por traslado de domicilio sin cambio de residencia en diez días [art.3 c)]; permisos para concurrir a exámenes finales en tres días [art.3 d)]; permisos de una o media hora de ausencia del trabajo para el cuidado de hijo menor de nueve meses en un día [art.3 e)]; permisos para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal en tres días [art.3 f)]; permisos por maternidad o adopción en tres días [art.3 g)]; permisos para asuntos particulares en diez días [art.3 h)]; reducción de jornada por razones de guarda legal en diez días [art.3 i)]; ampliación de jornada para quien la tiene reducida por guarda legal en diez días [art.3 j)]; permisos sindicales en tres meses [art.3 k)]; y licencia por matrimonio en diez días [art.3 m)].

En lo que respecta a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), supone la concreción de los mandatos constitucionales sobre la actuación de la Administración, así como la determinación de su régimen de funcionamiento, al menos en lo que respecta a la Administración General del Estado. En este sentido, su propia Exposición de Motivos declara que el modelo de Estado social y democrático de Derecho a que se refiere la Constitución española tiene una singular trascendencia sobre el sistema de la Administración pública en general y, por tanto, sobre la Administración General del Estado en particular<sup>372</sup>.

En primer lugar, porque el artículo 103 de la Constitución consagra, no sólo el principio de legalidad de la actuación administrativa, sino también su carácter instrumental al servicio de los intereses generales. Además, como ya se ha visto, recoge los principios básicos que deben presidir la actividad de la

---

<sup>372</sup>Vid. CANALES ALIENDE, José Manuel, «El debate parlamentario sobre el modelo de Estado y de Administraciones Públicas con motivo de la aprobación de la LOFAGE», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 54/55, pg. 223-230.

Administración estatal: servicio, objetividad, generalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

Además, el artículo 9.2 de nuestra Norma Fundamental señala claramente que la Administración pública debe remover los obstáculos que impidan la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra. Y, por otra parte, el artículo 10.1 de la Constitución dispone solemnemente que el libre desarrollo de la personalidad es uno de los fundamentos del orden político y la paz social. Por eso, la Administración General del Estado, a través de sus diferentes modalidades de actuación, debe tener presente que el servicio a los ciudadanos es el principio básico que justifica su existencia y que debe presidir su entera actividad<sup>373</sup>.

Para ello, el artículo 3 de la LOFAGE establece que la Administración General del Estado se organiza y actúa con pleno respeto al principio de legalidad, y de acuerdo con *«los principios de jerarquía, descentralización funcional, desconcentración funcional y territorial, economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales, simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos y coordinación»*. En este sentido, su funcionamiento debe dirigirse a la eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, a la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, así como a la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión. Además, debe establecer una programación y desarrollo de objetivos, así como un control de la gestión y de los resultados (art. 3.2 LOFAGE)<sup>374</sup>. Por ello debe actuar siempre con

---

<sup>373</sup>Vid. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «El proceso de modernización administrativa contenido en la LOFAGE», *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 7-8, 1997, pg.91.

<sup>374</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 entrará en vigor la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público que, a estos efectos, prevé que *«Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho»*. Para ello *«deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: a) Servicio efectivo a los ciudadanos. b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos. c) Participación, objetividad y transparencia de la*

responsabilidad por la gestión pública, objetividad y transparencia y prestando un servicio efectivo a los ciudadanos<sup>375</sup>.

En lo que respecta específicamente al empleo público, la LOFAGE otorga las competencias generales en materia de organización administrativa y régimen de personal al Ministerio de Administraciones Públicas (art. 66.1)<sup>376</sup>. Por otro lado, también prevé que *«corresponde al Ministro de Economía y Hacienda proponer al Gobierno, en el marco de la política general económica y de economía presupuestaria, las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración General del Estado y de sus Organismos públicos, así como autorizar cualquier medida relativa a la organización y al personal que pueda suponer incremento en el gasto o que requiera para su aplicación modificaciones presupuestarias que, según la Ley General Presupuestaria, excedan de la competencia de los titulares de los Departamentos ministeriales»* (art. 66.2).

Además, la LOFAGE delimita el campo de aplicación del EBEP, al menos en el ámbito de la Administración General del Estado. Como ya se vio, el artículo 1 del EBEP establece que este será de aplicación al personal de *«los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas»*.

Pues bien, el Capítulo II de la LOFAGE se dedica a la regulación de los

---

*actuación administrativa. d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión. e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. f) Responsabilidad por la gestión pública. g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas. h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados. i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales. j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas».*

<sup>375</sup>Vid. MÁIZ CARRO, Lourdes, «El modelo de Administración propuesto por la LOFAGE», *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 7-8, 1997, pg.156.

<sup>376</sup>La Ley 40/2015, del 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público reitera estos postulados sin modificar la competencia del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 54.2).

organismos de autónomos de la AGE (art. 45-52)<sup>377</sup>. En concreto, el artículo 47.1 de la LOFAGE –«*personal al servicio de los organismos autónomos*»– prevé que el personal al servicio de los Organismos autónomos será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado. Además, añade que «*el titular del máximo órgano de dirección del Organismo autónomo tendrá atribuidas, en materia de gestión de recursos humanos, las facultades que le asigne la legislación específica*» (art.47.2). Y prevé, excepcionalmente, la posibilidad de establecer peculiaridades del régimen de personal del Organismo autónomo en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal (art. 47.3).

En sintonía que las previsiones antes analizadas del artículo 66.2 se añade que «*el Organismo autónomo estará obligado a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el Ministerio de Administraciones Públicas y a comunicarle cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su Ley de creación*» (art. 47.4)<sup>378</sup>.

Sin embargo, el EBEP parece que ha dejado fuera de su ámbito de aplicación a los organismo reguladores mencionados en la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, que engloba las denominadas

---

<sup>377</sup>Vid. MÁIZ CARRO, Lourdes, «El modelo de Administración propuesto por la LOFAGE», Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas, nº 7-8, 1997, pg. 157.

<sup>378</sup>La Ley 40/2015, del 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, reitera los postulados contenidos en la LOFAGE. En concreto, los artículos 88 y siguientes regulan los organismos autónomos. En concreto, en lo que respecta al régimen de personal y contratación establece que «*El personal al servicio de los organismos autónomos será funcionario o laboral, y se regirá por lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y por la normativa laboral. El nombramiento de los titulares de los órganos de los organismos autónomos se regirá por las normas aplicables a la Administración General del Estado. El titular del máximo órgano de dirección del organismo tendrá atribuidas, en materia de gestión de recursos humanos, las facultades que le asigne la legislación específica. El organismo autónomo estará obligado a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos dictadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y a comunicarle a este departamento cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su Ley de creación o en sus estatutos*» (art.100.1)

Administraciones independientes, que se regulan por su propia normativa, debido a que están dotadas de cierta independencia funcional o autonomía respecto de la AGE<sup>379</sup>.

La LOFAGE hace mención, en este apartado, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al Consejo de Seguridad Nuclear, a las Universidades no transferidas a las Comunidades Autónomas, a la Agencia Española de Protección de Datos, al Consorcio de la Zona Especial Canaria, la a Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, al Museo Nacional del Prado, al Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía y al FROB. El EBEP alude a ellos, en la disposición adicional quinta, previendo que sus preceptos solo serán de aplicación en aquellos supuestos en los que la leyes de creación de estos organismos así lo prevean.

De manera similar, y aunque estos se encuentren fuera del ámbito de aplicación del EBEP, el Capítulo III de la LOFAGE regula las «*entidades públicas empresariales*» (art. 53-60), en la medida en que integran el sector público empresarial (*vid.* Cap. I.1). En relación con su personal, el artículo 55 establece que «*el personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, quienes se regirán por la legislación sobre Función Pública que les resulte de aplicación*».

A efectos de contratación y selección se prevé que el personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 6.10 de la propia LOFAGE, tendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada. Y el resto del personal será seleccionado mediante

---

<sup>379</sup>*Vid.* CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, «Capítulo I. Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de la Administración Pública», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 74-75.

convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 55.2). Además se prevé que la determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, requerirán el informe conjunto, previo y favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda<sup>380</sup>.

## 6. Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado

La ordenación y regulación del régimen del personal al servicio de las Administraciones se encuentra condicionada, en gran medida, por la normativa presupuestaria, principalmente, por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esta regulación se completa, además, por las previsiones de las Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas, respecto de su personal.

Esta sujeción se debe a la previsión constitucional que establece que *«los Presupuestos Generales del Estado tendrá carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal (...)»* (art. 134.2 de la CE)<sup>381</sup>. Este artículo consagra el denominado *«principio de legalidad presupuestaria»*.

Esta previsión constitucional debe complementarse con las previsiones de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria –derivada del *«Pacto por la estabilidad y el crecimiento»* adoptado por la Unión Europea

---

<sup>380</sup>De una manera análoga, el artículo 106 La Ley 40/2015, del 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, establece que *«El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado, quienes se regirán por lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos o por la normativa laboral»*. Además, precisa que *«la selección del personal laboral de estas entidades se realizará conforme a las siguientes reglas: a) El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con arreglo a los criterios establecidos en el apartado 11 del artículo 55, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada. b) El resto del personal será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad»*.

<sup>381</sup>Vid. CALATAYUD PRATS, Ignacio, *«La fuerza activa de la ley de presupuestos ¿ley formal o ley material? a propósito de la Sentencia 238/2007 de 21 noviembre, del Tribunal Constitucional»*, *Hacienda Canaria*, nº34, 2011, pg.20-31.

en el año 1997-<sup>382</sup>, así como por las previsiones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Esta normativa obliga a que todos los presupuestos públicos estén sometidos a los principios de unidad y universalidad, así como a la temporalidad, la transparencia y la eficacia<sup>383</sup>. Esta exigencia totalizadora impuesta a todos los presupuestos públicos por el precepto constitucional y su ulterior desarrollo legal, implica la inclusión en el presupuesto de todos los gastos de las diferentes Administraciones, lo que incluye, también, todos los gastos de personal.

Además, hay que tener en cuenta que la nueva redacción del artículo 135 de la CE, constitucionaliza el «*principio de estabilidad presupuestaria*», que ya no actúa como una causa extraordinaria, sino que se integra como principio rector de la actuación ordinaria de la Administración<sup>384</sup>. En este sentido, y con el encargo de desarrollar el contenido del citado artículo se ha aprobado la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Esta nueva normativa presupuestaria se vincula al cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, que impone como objetivo principal garantizar la sostenibilidad y la estabilidad financiera del Estado Español y, por ende, de todas las Administraciones Públicas que lo integran.

En lo que respecta a la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente a cada año hay que señalar que el Tribunal Constitucional ha ido delimitando el contenido posible de esta Ley, y ha manifestado que existe un

---

<sup>382</sup>Vid. MARTINEZ RICO, Ricardo, «La institución presupuestaria española: del pacto de estabilidad a las reglas de estabilidad presupuestaria», *ICE*, nº826, 2005, pg. 368-369.

<sup>383</sup>Vid. PICÓ LORENZO, Celsa, «Las limitaciones presupuestarias como límite a la negociación colectiva, en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público, Consejo General del Poder Judicial*, 2007, pg.238-239.

<sup>384</sup>Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, «*Las reformas en el empleo público en el escenario de la crisis económica*», debates celebrados en el Consejo Económico y Social, Madrid, 1 de febrero de 2013, pendiente de publicación.

contenido necesario, constituido por la determinación de la previsión de ingresos y la autorización de gastos que puede realizar el Estado, y los entes a él vinculado o dependientes, en el ejercicio de que se trate. Junto a este contenido necesario, cabe la posibilidad de que se añada un contenido eventual, aunque estrictamente limitado a las materias o cuestiones que guarden directa relación con las previsiones de ingresos, la habilitaciones de gastos o los criterios de política económica general, que sean complemento necesario para una interpretación fácil y una ejecución eficaz de los Presupuestos Generales del Estado y de la política económica del Gobierno (STC 238/2007, de 21 de noviembre)<sup>385</sup>.

Por tanto, las materias que quedan al margen de estas previsiones son ajenas a la Ley de Presupuestos Generales del Estado. De esta forma, el contenido de la Ley está constitucionalmente acotado, a diferencia de lo que sucede con las demás Leyes, cuyo contenido resulta, en principio, ilimitado dentro del ámbito competencia del Estado y con las exclusiones propias de la materias reservada a la Ley Orgánica<sup>386</sup>.

El Tribunal Constitucional señala que el criterio de temporalidad no resulta determinante de la constitucionalidad o no de una norma desde la perspectiva de su inclusión en una Ley de Presupuestos. Por ello, si bien la Ley de Presupuestos puede calificarse como una norma esencialmente temporal, nada impide que accidentalmente puedan formar parte de la misma preceptos de carácter plurianual o indefinido (SSTC 65/1990, de 5 de abril y 32/2000, de 3 de febrero).

---

<sup>385</sup>Vid. CALATAYUD PRATS, Ignacio, «La fuerza activa de la ley de presupuestos ¿ley formal o ley material? a propósito de la Sentencia 238/2007 de 21 noviembre, del Tribunal Constitucional», *Hacienda Canaria*, nº34, 2011, pg.25.

<sup>386</sup>Vid. ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, «La disciplina constitucional de los Presupuestos Generales del Estado y su aplicación en el ámbito de las Comunidades Autónomas», *Auditoría Pública*, nº 45, 2008, pg. 56 y 66.

En lo que respecta a la regulación del régimen de personal, la influencia de la Ley de Presupuestos se puede centrar en dos ejes de actuación diferenciados. Por un lado, en las previsiones de contratación, ya sea de personal estable o temporal, y, por otro lado, en lo que se refiere a la determinación de las cuantías retributivas de los empleados públicos.

En lo que se refiere al ingreso, como más adelante se verá (Cap. V.3), la Administración no tiene libertad para decidir sobre la contratación de personal, sino que debe adecuarse a sus necesidades reales, recogidas en un instrumento denominado «Oferta de Empleo Público» (OEP) y adecuándose a las previsiones de su RPT. Si bien la OEP habitualmente se negocia por cada Administración con la representación sindical correspondiente y recoge todas las necesidades de personal permanente que no puedan cubrirse con los efectivos ya existentes, su contenido puede encontrarse limitado por las normas presupuestarias.

En efecto, no resulta infrecuente que, atendiendo a las necesidades de contención del gasto y corrección del déficit públicos<sup>387</sup>, la Ley de Presupuestos correspondiente a cada año incluya prohibiciones<sup>388</sup> o restricciones<sup>389</sup> a la

---

<sup>387</sup>Vid. VIDA FERNÁNDEZ, Raquel, «Crisis Económica y Empleo Público» en VV.AA. MONEREO PÉREZ, José Luis y SÁNCHEZ MONTOYA, José Esteban (Dir.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Comares, Granada, 2010, pg.522 y 523.

<sup>388</sup>Así, por ejemplo, el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre establecía que «a lo largo del ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores». La prohibición de contratar alcanzaba, con carácter general, a todos los ámbitos y niveles de las Administraciones Públicas. Esta previsión impedía la aprobación de nuevas OEP aunque permitía la convocatoria de plazas e ingreso de personal que se derivaran de la ejecución de OEP ya en vigor, y cuyo cumplimiento estuviera pendiente de ejecutarse.

<sup>389</sup>En este sentido, las Leyes de Presupuestos para el año 2010 –Ley 26/2009, de 23 de diciembre- y 2011 –Ley 39/2010, de 22 de diciembre- contemplaron restricciones tanto en la contratación temporal, como en la provisión de plazas de carácter permanente. Así, se preveía que «el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público delimitado en el artículo anterior será, como máximo al 15 por 100 de la tasa de reposición de efectivos y se concentrará en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales (...) Dos. Durante el año 2010 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de funcionarios interinos del artículo 10.1 de la Ley 7/2007, en el ámbito a que se refiere el apartado Uno del artículo anterior, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades

contratación. En este mismo sentido, el artículo 18.6 de la LMRFP –aún en vigor respecto de la OEP de la AGE- establece que «*anualmente, y de acuerdo con las prioridades de la política económica y las necesidades de las planificación de los recursos humanos, las leyes de presupuestos señalaran los criterios aplicables a la OEP en el sector público estatal incluido en el CAP. II del Título III de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria*».

Cabe destacar que las limitaciones o restricciones a la contratación impuestas por las Leyes de Presupuestos no tratan de manera uniforme a todos los sectores de actividad. Así, es habitual que sectores estratégicos de la actividad pública tengan un régimen más permisivo en la contratación (*v.gr.* Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, Educación, Sanidad, Fuerzas Armadas, y Cuerpos de la Administración de lucha contra el fraude fiscal y laboral)<sup>390</sup>. Además, tampoco resulta infrecuente que las restricciones sean más gravosas cuando se trata de acceder al empleo público permanente que en los supuestos de contrataciones temporales.

La normativa presupuestaria también afecta a la hora de fijar la cuantía de las retribuciones de los empleados públicos. No obstante, en este supuesto, el alcance será distinto entre el colectivo de funcionarios y el de personal laboral<sup>391</sup>. En efecto, conforme al artículo 21 del EBEP, para los funcionarios

---

*urgentes e inaplazables*»(artículo 23 de la Ley 26/2009). Por su parte, el artículo 23 de la Ley 29/2010 dispuso: «*Uno. Durante el año 2011, el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público delimitado en el artículo anterior será, como máximo, igual al 10 por ciento de la tasa de reposición de efectivos y se concentrará en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales (...) Dos. Durante el año 2011 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.*»

<sup>390</sup>A estos efectos, *vid.* Artículo 3.5 del Real Decreto 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Este Real Decreto fue aprobado en el momento de mayor contención del gasto público debido a efectos de la crisis económica e imponía una prohibición absoluta de contratar en el sector público, tanto con carácter permanente como temporal, excepto en los sectores ahora relacionados.

<sup>391</sup>Sobre el régimen retributivo de los empleados públicos *vid.* ORTUÑO NAVALÓN, M<sup>a</sup> Carmen, MANZANA LAGUARDA, y Rafael S, *Las retribuciones de los Empleados*

públicos la correspondiente ley de presupuestos deberá recoger tanto la cuantía de las retribuciones básicas, como el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias.

Sin embargo, en lo que respecta al personal laboral la ley de presupuestos solo reflejará «*el incremento [total] de la masa salarial*» (art. 21 del EBEP)<sup>392</sup>. Por tanto, para el personal laboral las leyes de presupuestos sólo contendrán los incrementos globales máximos que puede experimentar la masa salarial, mientras que la cuantía específica de las retribuciones se fijará, siempre que respete los máximos legales, atendiendo al convenio colectivo que sea de aplicación y al contrato de trabajo (art. 21.1 y 2 y art. 27 del EBEP)<sup>393</sup>.

Cabe advertir que la sujeción al principio de economía presupuestaria afecta por igual a todos los niveles de la Administración, y no sólo al personal de la Administración General del Estado. Como es sabido, desde la Ley de Presupuestos Generales para el año 1984 (Ley 44/1983, de 28 de diciembre), las limitaciones sobre incrementos salariales contempladas para el personal estatal se irradian a todo el personal que preste servicio en una Administración Pública.

Al amparo de la competencia exclusiva de coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 de la CE) y del principio de coordinación con la Hacienda estatal (artículo 156.1 de la CE) – como límite a la autonomía financiera-, los presupuestos de las Comunidades Autónomas y los de los Entes Locales deberán recoger los límites sobre incrementos retributivos fijados en la norma presupuestaria estatal. Por esta razón, las citadas limitaciones alcanzan a todos los convenios colectivos del sector público, que, con independencia de la unidad de negociación de que se

---

*Públicos. Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

<sup>392</sup>Téngase en cuenta que el propio EBEP remite el régimen retributivo del personal laboral al convenio colectivo que sea aplicable y al contrato de trabajo siempre que se respete lo previsto en el artículo 21 (art. 27 del EBEP).

<sup>393</sup>*Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.233-234.

trate, estarán constreñidos por los topes máximos fijados en la ley de presupuestos correspondiente a cada año<sup>394</sup>.

La imposición de estos límites condiciona, a su vez, la actuación de la negociación colectiva, que también se somete al principio de legalidad presupuestaria en todas aquellas materias que puedan tener un impacto económico. Por tanto, la negociación colectiva, al menos en materia salarial, debe ajustarse a las previsiones presupuestarias generales. Además, el principio de jerarquía normativa (art.9.3 CE) impide que los incrementos retribuidos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre el contenido de normas con rango de ley. Así lo ha establecido también la jurisprudencia constitucional al entender que «*el artículo 37.1 de la CE ni por sí mismo ni en conexión con el artículo 9.3 de la CE puede oponerse o impedir la producción de efectos de la leyes en la fecha dispuesta por las misma. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario*» (STC 210/1990, de 20 de diciembre)<sup>395</sup>.

En este mismo sentido, la doctrina judicial ha entendido, de manera unánime, que la Ley de Presupuestos prima sobre cualquier acuerdo, convenio o pacto, declarándose la nulidad de aquellos que la contravinieran (SSTS de 18 de noviembre de 1999, de 18 de enero de 2000, de 5 de diciembre de 2000, de 20 de febrero de 2001, de 11 de abril de 2001, de 21 de marzo de 2002<sup>396</sup>)<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup>Vid. GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral. Análisis particular de los acuerdos y convenios colectivos del ámbito municipal asturiano*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2011, pg. 86.

<sup>395</sup>Vid. FOLGUERA CRESPO, José Ángel, «Las bases constitucionales del derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva», en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.39.

<sup>396</sup>Rec. 9443/1995; Rec. 4982/1999; Rec. 5108/1996; Rec. 1039/2000; Rec. 4187/1995; Rec. 1074/2001.

<sup>397</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «Límites en los incrementos de las retribuciones del Sector Público: ley estatal de presupuestos, leyes autonómicas y acuerdos colectivos», en VV.AA., SALA FRANCO, Tomás (Coord.), RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. (Coord.) y BORRAJO DA CRUZ, Efrén (Coord.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución: Estudios homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley, Madrid, 2004, pg.105-124 .

La sujeción de la negociación colectiva del personal público al principio de economía presupuestaria podría plantear dudas de constitucionalidad por vulneración del principio de igualdad respecto de los asalariados del sector privado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (STC 96/1990, de 24 de mayo), ha avalado la existencia de «*un régimen salarial y negocial diferente*» entre los trabajadores del sector público y del sector privado, justificación que «*radica en los evidentes rasgos diferenciadores que existen entre la Administración o una empresa pública frente a las empresas privadas, circunstancias que, en este caso, permite modular el derecho a la negociación colectiva típico de la empresa privada y someter a los trabajadores a una superior presión de los intereses públicos y de los servicios generales a que sirve la política económica*» pues «*la existencia real de ese régimen diferenciado, como consecuencia de la Ley de Presupuestos, no vulnera el principio de igualdad al recaer sobre situaciones que en sí no son idénticas*»<sup>398</sup>.

## **7. Las leyes autonómicas sobre función pública o empleo público**

La distribución de competencias en materia de empleo público, como ya se vio (Cap. II.3), diferencia entre el régimen de funcionarios (art. 149.1.18) y el del personal laboral (art. 149.1.7). Así, el artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado competencia exclusiva para regular «*las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos*», dejando a cada Comunidad Autónoma la competencia para dictar su propia legislación de Función Pública.

Tradicionalmente se ha dicho que las Comunidades Autónomas tienen, en materia de función pública, una competencia de «*desarrollo*» respecto de la legislación estatal. Sin embargo, hay autores que entienden que tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público, y en concreto con la llamada segunda generación de Estatutos de Autonomía, realmente las

---

<sup>398</sup>Vid. FOLGUERA CRESPO, José Ángel, «Las bases constitucionales del derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva», en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.38.

Comunidades Autónomas no poseen «*competencias de desarrollo legislativo*», sino materias compartidas en las que el Estado (poder central) dicta las bases y las Comunidades Autónomas ejercen sus potestades legislativas de configuración con las limitaciones inherentes de respetar lo básico<sup>399</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien es verdad que la legislación de las Comunidades Autónomas no es un mero desarrollo del EBEP, tampoco es, en puridad, una competencia compartida. En este sentido, el Alto Tribunal entiende que la Comunidad Autónoma tiene capacidad para configurar su función pública, pero deberá hacerlo de acuerdo con las previsiones de la legislación básica del Estado (STC 31/2010, de 28 de junio). Por tanto, aunque parece algo similar, en realidad el alcance de la operación es muy diferente, ya que en el primer caso, la Comunidad será libre de desarrollar su modelo de empleo público siempre que no contradiga la legislación básica, mientras que con la interpretación del Tribunal Constitucional deberá desarrollar un modelo de empleo público que parta de las previsiones de la legislación del Estado.

La doctrina constitucional, además, ha delimitado las competencias autonómicas respecto del régimen estatutario de los funcionarios públicos, estableciendo un concepto amplio de las bases del régimen funcionarial, sobre todo en lo concerniente a los derechos económicos de los funcionarios o al régimen de incompatibilidades, o a las normas que limitan cuantitativa las convocatorias de nuevas plazas por las Administraciones públicas (SSTC 99/1987, de 11 de junio; 102/1995, 26 de junio; 172/1996, de 31 de octubre; 103/1997, de 2 de mayo; 148/2006, de 11 de mayo; STC 178/2006, de 6 de junio; 86/2009, de 23 de febrero). En concreto el concepto de lo «*básico*», desde una perspectiva constitucional, «*consiste en el común denominador normativo*» de «*carácter*

---

<sup>399</sup>Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «Una nueva Ley de Empleo Público para Euskadi: inercia *versus* innovación», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº1, 2011, pg.14-15.

*nuclear, inherente al concepto»* (SSTC 24/2002, de 31 de enero; 139/2005, de 26 de mayo; 148/2006, de 11 de mayo)<sup>400</sup>.

A pesar de la novedad que supuso el EBEP en la configuración del empleo público, las Comunidades Autónomas no adaptaron con celeridad sus respectivas normativas de función pública, a lo sumo, algunas de ellas introdujeron modificaciones parciales, en relación con determinadas materias como la carrera horizontal y la evaluación del desempeño. En esta primera etapa cabría destacar la Ley 5/2008, de 26 diciembre, de Presupuestos para 2009 de la Comunidad de Extremadura que modificó la Ley de Función Pública de la Comunidad para adaptar la carrera horizontal a las previsiones del EBEP. De un modo análogo, la Ley 5/2009, de 29 diciembre, del Principado de Asturias, modificó parcialmente su Ley 3/1985, de 26 de diciembre, para introducir el modelo de carrera profesional horizontal, conforme a lo previsto en el EBEP<sup>401</sup>.

Sin embargo, en una etapa posterior, las Comunidades Autónomas han asumido, aunque de momento no de manera mayoritaria, una regulación integral del empleo público en su territorio. Así lo hicieron, por ejemplo, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura y la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia.

Las nuevas leyes de función pública asumen, en primer termino, el mandato del EBEP de establecer *«los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral»* (art.11.2). De esta manera, las Leyes de Función Pública reservan a favor de los

---

<sup>400</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, «Empleo Público y Comunidades Autónomas», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg.564-566.

<sup>401</sup>En Asturias, posteriormente a esta modificación inicial, se aprobó la Ley del Principado de Asturias 14/2010, de 28 de diciembre, por la que se modificaba la Ley de Función Pública de la región. En el año 2014 se produjo una nueva reforma de la Ley de Función Pública por la aprobación de la Ley del Principado de Asturias 7/2014, de 17 de julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa.

funcionarios de carrera las funciones de autoridad, en términos muy similares a los previstos en el artículo 9.2 del EBEP, aunque ampliándose en general a otras funciones de pura gestión administrativa.

Así, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, amplía la reserva inicial de ejercicio de la autoridad o fe pública al *«asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión económico- financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica y, en general, los que se reservan a este personal para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, así como los que implican una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma»* (art.14.3).

Además, añade una cláusula general de presunción del carácter funcional de los puestos de trabajo. En efecto, el artículo 14.4 establece que *«con carácter general, los puestos de trabajo de la administración autonómica están reservados a personal funcionario de carrera, sin perjuicio de los supuestos a que se refieren los artículos siguientes»*.

De una manera análoga, la Ley de Castilla la Mancha reserva a los funcionarios públicos todas aquellas funciones que supongan la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, entre las que incluye *«la instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos, la inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas, la emanación de órdenes de policía, el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, la contabilidad, las de tesorería, la fe pública, la recaudación, la inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos, el asesoramiento legal preceptivo»*. Relegando las funciones que pueden ser asumidas por el personal

laboral a «*las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo*» (art. 6.2).

Esta *vis-expansiva* de las «*funciones de autoridad*» plasmada en las nuevas leyes de función pública, ha sido entendida por algún autor, como una «*refuncionalización*» del empleo público, que relega al campo de lo excepcional al empleo público laboral, limitándolo a las áreas de actividades manuales, instrumentales, muy especializadas o a los entes públicos con personalidad jurídica propia<sup>402</sup>.

Estas nuevas regulaciones crean una situación paradójica en la regulación del empleo público, ya que en un determinado sentido hay un avance del Derecho Administrativo, pero al tiempo el Derecho del Trabajo penetra en el núcleo esencial del empleo público, a tal nivel que algunos autores afirman que las diferencias entre los dos regímenes jurídicos del personal se han diluido<sup>403</sup>. En este sentido, destacan que las relaciones entre la Administración Pública y sus empleados son bilaterales y sinalagmáticas, que la negociación colectiva es el instrumento fundamental para el establecimiento de las condiciones de trabajo<sup>404</sup>, con tanta intensidad, o más en la práctica, como en el sector privado, y que al personal laboral también han llegado cuasi privilegios hasta hace poco exclusivos de los funcionarios, como la inamovilidad y la estabilidad.

En ese sentido, se resalta el doble fenómeno de interinfluencia, por el cual instituciones clásicas de la relación funcionarial se aplican a los trabajadores, e instituciones clásicas de la relación laboral se aplican a los funcionarios, lo que representa la definitiva proscripción del monismo

---

<sup>402</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, «Empleo Público y Comunidades Autónomas», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg.567-568.

<sup>403</sup>Vid. MOLINA NAVARRETE, Cristobal, «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de Estatutos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 293-294, 2007, pg. 124.

<sup>404</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.311.

normativo en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos<sup>405</sup>.

En las normas citadas también se observa una incipiente preocupación por el desarrollo de una nueva promoción profesional, especialmente en lo relativo a la carrera horizontal, a través de la evaluación del desempeño. Estas materias configuran dos aspectos esenciales en la moderna gestión de recursos humanos que tiende a dotar a las Administraciones públicas del dinamismo propio del sector privado, que junto con la flexibilidad de las reglas sobre movilidad, suponen configurar un cuadro del «*management*» de los empleados públicos con importante similitud al del sector privado<sup>406</sup>.

Por otro lado, es necesario destacar que la nueva generación de Estatutos de Autonomía reconoce la competencia exclusiva de las Comunidades para establecer medidas de acción positiva que consigan eliminar las discriminaciones existentes por razón de género en su ámbito territorial, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y las leyes correspondientes del Estado<sup>407</sup>. Como desarrollo de estas previsiones es frecuente la existencia de leyes de igualdad autonómicas, permitiéndose incluso la adopción de determinadas medidas que puedan tener incidencia, más o menos directa, sobre las condiciones de trabajo del personal laboral<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup>Vid. DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14, 2007, pg.2.

<sup>406</sup>Vid. DEL REY GUANTER, Salvador, «Empleo Público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pg.120 y Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, «Empleo Público y Comunidades Autónomas», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg. 583.

<sup>407</sup> Vid. art. 153 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 71.73 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón y art. 70.1.11 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-León.

<sup>408</sup>Vid. GARCÍA CAMPÁ, Santiago, «El derecho al trabajo de mujeres y hombres en igualdad de oportunidades en el marco de la normativa de las competencias autonómicas», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*.

Estos instrumentos, derivados de la ejecución de las medidas de igualdad, no deben confundirse con los denominados «*Planes de Igualdad*» (vid. Cap. VI. 3), aunque también pueden tener impactos sobre las condiciones de trabajo del personal de la Administración. Por esta razón, se plantea su licitud, ya que su ámbito subjetivo no se limita únicamente a la Administración que los ha dictado sino que tienen alcance general en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, pudiendo vulnerar el reparto constitucional de competencias.

Hay autores que defienden la constitucionalidad de estas regulaciones, al entender que al no tratarse de una norma estrictamente laboral, no se estaría infringiendo el texto constitucional<sup>409</sup>. De esta manera entienden que a pesar de que la división de competencias normativas en materia de empleo público impide que las Comunidades Autónomas aprueben legislación laboral, a través de la competencia de igualdad se abre la vía a una regulación autonómica con contenido laboral<sup>410</sup>.

Sin embargo, para garantizar el debido respeto a la distribución competencial diseñada por nuestra norma fundamental en materia de «*legislación laboral*» (art.149.1.7 CE) se hace necesario precisar cuándo estos instrumentos derivan de la potestad doméstica de la Administración y, por tanto, son actuaciones legítimas de su poder de dirección, y cuándo son normas de alcance general –y qué regulación hacen de las relaciones laborales- ya que, en este último supuesto, sí que se puede presentar una eventual causa de inconstitucionalidad.

---

*XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg.451.

<sup>409</sup>Vid. GARCÍA CAMPÁ, Santiago, «El derecho al trabajo de mujeres y hombres en igualdad de oportunidades en el marco de la normativa de las competencias autonómicas», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg.451.

<sup>410</sup>Vid. ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa, «Legislación autonómica sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: medidas de promoción de la igualdad en las empresas y en la negociación colectiva», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg. 391-393.

Como ejemplo de lo hasta ahora expuesto, cabe mencionar la Ley 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida familiar y laboral del personal de la Administración de Cataluña y la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en Igualdad de las mujeres de Galicia.

La primera de las leyes citadas, la Ley 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida familiar y laboral del personal de la Administración de Cataluña, es una norma de eficacia general, aplicable a todas las Administraciones radicadas en el territorio de la Generalitat<sup>411</sup>, cuyo ámbito subjetivo alcanza a todos los empleados públicos, ya sean funcionarios o laborales<sup>412</sup>. Esta Ley regula condiciones de trabajo específicas para los empleados públicos, ya que establece unos mínimos tendentes a facilitar y promover la conciliación del trabajo con la vida personal y laboral, mejorables, en el caso del personal laboral, por convenio colectivo. En concreto, se prevé un régimen propio de permisos, excedencias y reducciones de jornada.

Por tanto, ni por el fondo, ni por la forma, podría equipararse al poder de dirección. Esta Ley es un ejemplo paradigmático de normativa autonómica que regula materia de índole puramente laboral, planteando serias dudas de constitucionalidad por vulneración del artículo 149.1.7 de la Constitución.

En segundo lugar, la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en Igualdad de las mujeres de Galicia, que si bien también regula materias de carácter laboral, lo hace de manera indirecta, sin concretar condiciones de trabajo diferentes a las previstas en el ámbito estatal. En este sentido, la propia ley establece que el objeto de la Ley es *«la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las competencias*

---

<sup>411</sup>En concreto, su artículo 1 prevé que *«El objeto de la presente ley es facilitar y promover la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña»*.

<sup>412</sup>En concreto la disposición adicional primera establece que *«Las medidas establecidas por la presente ley son aplicables al personal laboral de las administraciones públicas de acuerdo con lo que establecen los correspondientes convenios colectivos, para los cuales la presente ley deviene principio orientador»*.

*autonómicas sobre empleo y relaciones laborales»* (art. 1.1) y que *«El ejercicio de las competencias autonómicas sobre empleo y relaciones laborales se regirá por la aplicación transversal del principio de igualdad»* (art.1.2). Para ello se desarrollan principios generales como *«la discriminación directa o indirecta»* (art.3), la *«excepción de buena fe ocupacional»* (art.4), promoción de los *«derechos de conciliación de la vida personal y laboral»* (art.5)<sup>413</sup>, o las medidas de sensibilización de la ciudadanía (art.6). La ley también se ocupa de la promoción de la igualdad en las empresas (art. 9-21), incluyendo entre sus medidas la creación de la *«Marca Gallega de Excelencia en Igualdad»* (art. 16-20).

Como se puede observar, en este caso se ejerce correctamente la competencia de igualdad que tienen asumidas las Comunidades Autónomas. Ya que si bien se regulan materias que tienen incidencia sobre el mundo del trabajo, no regulan condiciones de trabajo específicas diferentes a las previstas por el Estado para todos los trabajadores de la nación.

De esta manera, se puede afirmar que la competencia de igualdad asumida por las Comunidades Autónomas no puede entenderse como una vía alternativa de regulación de condiciones de trabajo, que en todo caso debe permanecer en manos del Estado. Como se recordará el Tribunal Constitucional entendió que la competencia del Estado respecto de la *«legislación laboral»* se justificaba por la necesidad de que existiera un régimen unificado en toda la nación respecto de esta materia (SSTC 18/1982, de 4 de mayo y 35/1982, de 14 de junio).

---

<sup>413</sup> En concreto, el artículo 5 establece que *«Con vistas al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como manifestación del derecho de las mujeres y hombres a la libre configuración de su tiempo, se promoverá la corresponsabilidad a través del reparto entre mujeres y hombres de las obligaciones familiares, las tareas domésticas y el cuidado de personas dependientes mediante la individualización de los derechos y el fomento de su asunción por parte de los hombres y la prohibición de discriminación basada en su libre ejercicio»*. Como se ve, la regulación de la Ley Gallega se separa de la Ley Catalana antes vista en que esta no regula en ningún caso concretas condiciones de trabajo.

En efecto, la competencia de igualdad no puede traducirse en la capacidad para regular concretas condiciones de trabajo, sino que debe fijarse en objetivos de políticas públicas. En concreto, abarcaría la posibilidad de fijar medidas para garantizar el derecho de las mujeres y los hombres a participar plenamente en la vida laboral sin discriminación de ningún tipo, así como la competencia en materia de promoción de la mujer<sup>414</sup>. También englobaría las medidas tendentes a reconocer el derecho de las mujeres a participar en condiciones de igualdad en todos los ámbitos públicos y privados<sup>415</sup> y, particularmente, en el acceso a la ocupación, la formación, y la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, así como la prohibición de discriminación por causa de embarazo o maternidad<sup>416</sup>.

Además, esta normativa introduce un planteamiento novedoso en nuestro ordenamiento jurídico<sup>417</sup>, ya que no se limita a la ordenación del tiempo de trabajo, sino que opta por una intervención más amplia, incidiendo en la

---

<sup>414</sup> Vid. art.11, art.13 y 49.1.2.26 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y arts. 16, 17 y 30.17 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, Estatuto de Autonomía de las Illes. Balears.

<sup>415</sup> Art. 19 .1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña («*Todas las mujeres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y todo tipo de discriminación*») y art.19.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña («*Las mujeres tienen derecho a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados*»).

<sup>416</sup> Art. 41.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña («*Los poderes públicos deben garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso a la ocupación, la formación, la promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluida la retribución, y en todas las demás situaciones, así como garantizar que las mujeres no sean discriminadas por causa de embarazo o maternidad*»).

<sup>417</sup> En este sentido, también, hay que mencionar la Orden de 12 de diciembre de 2005, de la Consejería de Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha, que aprueba el Programa de Acción Social para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha, aunque su funcionalidad se concreta en ayudas de tipo económico. Este programa fija ayudas para los estudios de su personal empleado, por nupcialidad, natalidad o adopción, ayudas por guardería, por comedor escolar en educación infantil o primaria, por enfermedad celiaca de los hijos, por estudios universitarios de los hijos menores de 24 años, por atención especial a hijos discapacitados, por prótesis médicas, por sepelio, defunción, por ascendiente a cargo, por emergencia social y por hijo a cargo.

distribución total de los tiempos de las personas, mediante la colaboración conjunta y comprometida de las familias, las empresas y los poderes públicos<sup>418</sup>.

Por último, cabe señalar que, con posterioridad a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se ha ido aprobando en distintas Comunidades Autónomas normativa en materia de igualdad, incluyendo en algunos casos protocolos de actuación para prevenir y combatir el acoso sexual y el acoso discriminatorio por razón de sexo, así como medidas de protección contra la violencia de género. Por orden cronológico, la Ley 7/2007, 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de protección con la Violencia de Género de la Región de Murcia (modificada por la Ley 3/2008, de 3 julio); la Ley 12/2007, 26 de noviembre, de promoción de la Igualdad de Género en Andalucía; la Ley 1/2010, 26 de febrero, de Igualdad Canaria; la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y

---

<sup>418</sup>Ejemplo paradigmático de la distribución de tiempos es la creación de los llamados «*Bancos Municipales de Tiempo*» o «*Los Planes de programación del tiempo de la ciudad*» previstos en la Ley de trabajo en Igualdad de las mujeres de Galicia, concebidos como instrumentos tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. Por medio de los bancos municipales de tiempo se trata de ayudar a la realización de tareas domésticas concretas, en especial aquellas que exijan desplazamiento, como la realización de la compra diaria o gestiones de índole administrativa, así como labores de cuidado o de mera compañía de menores de edad y de personas dependientes. En principio parece que estos bancos municipales de tiempo se harán efectivos a través de las redes comunitarias de apoyo a la conciliación, constituidas por voluntarios y gestionadas por los Ayuntamientos. Responden, por tanto, a una finalidad solidaria y a un intento de concienciación de la ciudadanía de que los cuidados son responsabilidad de todos, prohibiendo, en tal sentido, que las labores de apoyo a la conciliación constituyan el objeto propio de un contrato de trabajo, y que las redes comunitarias de apoyo no sustituyan el trabajo retribuido. En efecto, sólo se permite que se lleve a cabo estas tareas recurriendo a personas que no sean voluntarias, por parte de los Ayuntamientos y de manera excepcional, a través del personal propio o contratado al efecto, en supuestos de distanciamiento de los centros de población o ausencia de personas voluntarias que imposibiliten acudir a las redes comunitarias de apoyo a la conciliación, de prestación de cuidados a una persona dependiente cuyos ingresos sean inferiores al doble de la cuantía del IPREM, o de descanso de personas que hayan asumido el cuidado de personas dependientes. Por su parte, los planes de programación del tiempo de la ciudad pretenden una coordinación de los horarios de la ciudad con las exigencias personales, familiares y laborales de la ciudadanía, obligando a una permanente revisión y adaptación de aquellos, entre lo que se comprenden los de apertura y cierre de oficinas públicas, comercios, y servicios públicos o privados de atención al público, incluyendo actividades culturales, bibliotecas, espectáculos y transportes.

hombres de Castilla-La Mancha, y la Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las familias numerosas de Castilla-La Mancha y de la maternidad. Más recientemente, se han aprobado, en el Principado de Asturias, la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, en la Comunidad de Madrid, la Ley 3/2011, de 22 de marzo, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada, y en Extremadura, la Ley 8/2011, de 25 de marzo, sobre igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género.

### **8. Las posibilidades de regulación a través del decreto-ley**

La posibilidad de regular el empleo público a través del decreto-ley entronca con una de las cuestiones clásicas de nuestro sistema de fuentes: los límites formales y materiales impuestos por el texto constitucional a la utilización de este instrumento. Para su aprobación es necesario que concurra el supuesto habilitante, que se traduce en una «*extraordinaria y urgente necesidad*», y que la citada intervención no afecte a las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos recogidos en el Título I, el régimen de las Comunidades Autónomas y el derecho electoral general (art.86 de la CE).

En lo que respecta a los límites formales, y a la necesaria concurrencia de la causa de extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal Constitucional tradicionalmente ha avalado un uso permisivo del Real Decreto-ley. De esta manera, nuestro Alto Tribunal entiende que, en la medida en que se trata de un instrumento previsto por la Constitución, es una vía de actuación idónea para todas aquellas situaciones en las que no se puede acudir a las medidas legislativas ordinarias. De esta premisa inicial se sigue que la utilización del Decreto-ley es adecuada para afrontar coyunturas económicas problemáticas e imprevisibles. Dicha actuación estará legitimada, por tanto, cuando exista una necesidad política de dar una respuesta legal rápida e inmediata a una situación coyuntural o imprevista a la que no se puede hacer frente por el cauce

ordinario<sup>419</sup>, sin necesidad de que se produzca un supuesto extremo de excepcional amenaza para la comunidad o al orden constitucionalmente garantizado<sup>420</sup>.

Aun así, esta delimitación general debe ser matizada en el ámbito del Derecho del Trabajo. En principio, el régimen de la relación laboral podría ser modificado por RD-Ley si se diera el presupuesto constitucional. Sin embargo, debe precisarse con claridad el contexto en el que resulta lícita su aplicación, sobre todo en lo que se refiera a abordar reformas laborales de gran calado, y no meras concreciones o reglas particulares. En este sentido, se exige para su adecuada utilización una situación económica grave, imprevisible o de especial relevancia, pues en caso contrario, dadas las necesidades permanentes y de continua adaptación de la legislación laboral a las cambiantes situaciones de la economía<sup>421</sup>, se excluiría *«prácticamente en bloque del proceso legislativo parlamentario a la legislación laboral y de seguridad social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes»* (STC 68/2007, de 28 de marzo).

Por otro lado, y en relación con los límites materiales impuestos por el texto constitucional, el Real Decreto-ley tiene vedada la regulación o afectación de las instituciones básicas del Estado, los derechos y deberes de los ciudadanos, el régimen de las Comunidades Autónomas y el derecho electoral general (art.86 de la CE). Es necesario destacar que la literalidad del precepto puede llevar a interpretar la prohibición de manera absoluta, lo que, a la postre, impediría la aprobación de cualquier RD-ley, puesto que prácticamente todas las

---

<sup>419</sup>Vid. GARCÍA MURCIA, Joaquín, «Constitución y Ley», en VV.AA (Coord. GARCÍA MURCIA, Joaquín), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*. Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, pg.59.

<sup>420</sup>Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, y GARCÍA MURCIA, Joaquín (Dir. y Coord.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. VOL. I*, Aranzadi, Navarra, 2008,pg.132.

<sup>421</sup>Vid. ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, vigesimoquinta edición, Civitas, Madrid, 2008, pg. 937.

regulaciones, de manera más o menos intensa o directa, afectan a las materias antes citadas, en especial a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Por esta razón se ha impuesto en la doctrina, tanto científica como constitucional, una concepción flexible del término «afectar»<sup>422</sup>. De esta manera, nuestro Alto Tribunal ha considerado que la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la CE debe ser entendida de tal modo que ni reduzca a nada el Decreto-ley, ya que es un instrumento normativo previsto en la Constitución, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, ni permita que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de los derechos y libertades de los ciudadanos (SSTC 11/1983, de 2 de diciembre y 60/1986, de 20 de mayo, cuya doctrina se reitera en las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, 137/2003, de 3 de julio, 108/2004, de 30 de junio y 189/2005, de 7 de julio).

En este mismo sentido, la STC 68/2007, de 28 de marzo, ha puesto de relieve que la restricción impuesta en el artículo 86.1 de la CE no impide cualquier incidencia por Decreto-ley en los derechos y libertades constitucionales, sino que únicamente prohíbe la regulación del régimen general de los derechos, deberes y libertades contenidos en el Título I de la Constitución o aquellas que vayan en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos.

No parece pues que la regulación del «empleo público laboral» se encuentre, por sí misma y con carácter general, vedada al Decreto-ley. Sin embargo, cuando se proceda a su regulación mediante Decreto-ley es necesario realizar un análisis detallado de las materias afectadas por si pudiera suponer una intromisión ilegítima en alguno de los supuestos previstos en el artículo 86 de la Constitución Española.

---

<sup>422</sup>Vid. TRAYTER JIMENEZ, Juan Manuel, *Los límites materiales del decreto-ley en la Constitución*, Editorial Milladoiro, Santiago de Compostela, 1988, pg.90-92.

Especial atención merece la eventual afectación a los derechos, deberes y libertades establecidos en el Título I de la Constitución, así como a su contenido esencial. En concreto, en el ámbito de la Administración Pública cobra una especial trascendencia la regulación por Decreto-Ley de la negociación colectiva.

La regulación de la negociación colectiva tiene una doble vertiente, como derecho susceptible de limitar el alcance de los Decretos-leyes y, recíprocamente, de verse afectada por ellos. Por una parte, en cuanto a derecho de negociación, y por otra, en cuanto a fuente creadora y reguladora de otros derechos constitucionales. Aplicando la doctrina general de la afectación a los derechos y libertades constitucionales nuestro Alto Tribunal ha establecido, en reiteradas ocasiones, que el artículo 37.1 de la Constitución Española no consagra la intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, sino que, en cumplimiento del principio de jerarquía normativa, es el convenio el que debe respetar y someterse, no solo a la ley formal, sino, más genéricamente a las normas de mayor rango jerárquico (STC 210/1990, de 20 de diciembre).

En efecto, las normas con rango de ley pueden desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva e imponer límites sobrevenidos a las condiciones de trabajo previstas en la negociación colectiva, por la aplicación de las más básicas reglas de jerarquía normativa. Como se ve, la jurisprudencia constitucional permite la afectación por Decreto-ley de las condiciones laborales contenidas en los convenios colectivos, pero, sin embargo, como se desprende de la jurisprudencia antes citada, se excluye la posibilidad de que se modifique el marco general de negociación a través de este instrumento<sup>423</sup>.

Dicha problemática se intensifica en el ámbito de la Administración, debido a la particular configuración de la negociación colectiva en el sector

---

<sup>423</sup>A pesar de ello, existen ejemplo en nuestro ordenamiento de Decretos-leyes que han abordado una reforma del régimen general de la negociación colectiva, como por ejemplo el RD-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

público, en el que las limitaciones legales son mayores que en el ámbito privado. En concreto, el Tribunal Constitucional ha avalado la compatibilidad del artículo 37.1 de la Constitución (derecho a la negociación colectiva) con la existencia de límites a la negociación en el ámbito del empleo público, como, por ejemplo, la limitación de incrementos salariales a través de las leyes de presupuestos<sup>424</sup>.

El Tribunal Constitucional considera lícita la existencia de un trato desigual entre los empleados públicos y los trabajadores del sector privado, siempre que la medida sea necesaria en atención a los intereses públicos y, por tanto, acepta la posibilidad de *«modular el derecho de la negociación colectiva típico de la empresa privada, y someter a los trabajadores [públicos] a una superior presión de los intereses públicos y de los servicios generales a los que sirve la política económica»*<sup>425</sup>.

Aun así, la doctrina de los intereses generales solo justificaría la admisión de límites adicionales a la negociación colectiva en el ámbito del empleo público, cuando estos tuvieran un carácter coyuntural y excepcional, y existieran circunstancias ineludibles que así lo exigieran, en atención a la salvaguarda de otros derechos y valores constitucionales<sup>426</sup>. En este sentido, parece razonable que dicha limitación fuera llevada a cabo por Real Decreto-ley, en la medida en que se fundamenta en una situación coyuntural y excepcional.

La cuestión, por tanto, reside en precisar en qué medida los decretos-leyes tienen vedada la afectación de la negociación colectiva, aun cuando sus medidas fueran pretendidamente temporales o coyunturales, como de hecho ocurrió con la aprobación de los Reales Decretos ley 8/2010 y 20/2012<sup>427</sup>. Para

---

<sup>424</sup>Vid. ATC 815/1985, de 20 de noviembre, y la STC 96/1990, de 24 de mayo.

<sup>425</sup>Vid. STC 96/1990, de 24 de mayo.

<sup>426</sup>Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, «Negociación colectiva y Constitución», *Cuadernos de Derecho Judicial: La negociación colectiva*, Madrid, 1992, pg.17.

<sup>427</sup>Si bien la justificación del Tribunal Constitucional sobre la validez de los límites impuestos a la negociación colectiva en el sector público en materia de retribuciones se fundamenta en los intereses generales que sirven a la Administración Pública, hay autores que consideran que es posible la admisión de estos límites coyunturales también en la negociación

ello hay que tener en cuenta la configuración constitucional del derecho, deber o libertad afectado, e incluso su ubicación sistemática en el texto constitucional, así como la naturaleza y alcance de la concreta regulación llevada a cabo por parte del Real Decreto-ley.

En lo que respecta al Real Decreto-ley 8/2010 se debatió su constitucionalidad en relación con el recorte salarial impuesto a todos los empleados públicos, que suponía, a la postre, una modificación de ciertas previsiones convencionales. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre esta problemática en diversos autos (ATC 85/2011, 7 de junio y ATC 180/2011, de 13 de diciembre), mediante los cuales trató de aclarar nuevamente el concepto de «afectación» contenido en el texto constitucional, como límite a la actuación del Decreto-ley, manteniendo su postura permisiva con la utilización de este instrumento.

Así, el ATC 85/2011, 7 de junio, rechazó la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados del Real Decreto 8/2010, al considerar que las previsiones legales cuestionadas no suponían una afectación, en el sentido constitucional del término, del derecho de la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 de la CE, ya que se modificaron concretas condiciones de trabajo (la cuantía de las retribuciones) pero no se incidía sobre la regulación general del derecho a la negociación. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su jurisprudencia anterior, recordando que el Decreto-ley tiene vedada la regulación del régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I de la CE o aquellas regulaciones que «vayan en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos» (STC 11/1983, de 2 de diciembre, doctrina que se reitera en las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, 137/2003, de 3 de julio, 108/2004, de 30 de junio y 189/2005, de 7 de julio).

---

colectiva en el ámbito privado cuando circunstancias ineludibles lo exijan en función de otros derechos y valores constitucionales, *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, «Negociación colectiva y Constitución», *Cuadernos de Derecho Judicial: La negociación colectiva*, Madrid, 1992, pg.17

La aprobación del Real Decreto-ley 20/2012 suscitó dudas semejantes a las planteadas por el RD-ley 8/2010, ya que suprimió la paga extraordinaria de Navidad, al tiempo que introdujo ciertas modificaciones en la configuración del régimen de permisos y vacaciones de los empleados públicos. La inconstitucionalidad de estas medidas se planteó, tanto por el fondo, al afectar directamente al contenido convencional, como por la forma, debido al largo periodo de carencia de alguna de ellas. La clave del debate reside en determinar si la nueva regulación de las condiciones de trabajo y empleo introducida por el Real Decreto 20/2012 comporta, en algún punto, una vulneración del contenido esencial de los derechos de negociación colectiva y de libertad sindical (art.37 y 28.1 de la CE).

A la hora de analizar la constitucionalidad del Real Decreto 20/2012 es necesario distinguir entre las diversas modificaciones que introduce. Por un lado, la supresión de la paga extraordinaria de Navidad y, por otro lado, la modificación del régimen de permisos y vacaciones.

Respecto a la primera de las cuestiones resulta de aplicación la doctrina constitucional antes expuesta sobre Real Decreto-ley 8/2010, al tratarse, igualmente, de un recorte salarial, por lo que no se produce una intromisión ilegítima por parte del Real Decreto-ley en el derecho a la negociación colectiva. En este sentido, las medidas adoptadas no suponen una regulación del régimen general de dicho derecho, sino que modifican concretas condiciones de trabajo, y, como se sabe, la intangibilidad del convenio colectivo no se configura como un elemento esencial del derecho. Así lo ha manifestado la doctrina constitucional al establecer que los convenios colectivos no son, ni pueden ser, inmunes a las normas de rango legal posteriores, sean estas leyes o decretos-leyes<sup>428</sup>.

---

<sup>428</sup>*Vid.* DURÁN LÓPEZ, Federico, «El convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo: las relaciones ley-convenio. El papel de la autonomía individual», *Cuadernos de Derecho Judicial: La negociación colectiva*, Madrid, 1992, pg.249-270.

Más problemática resulta la segunda de las cuestiones, relativa a la modificación del régimen de permisos, tanto por una cuestión de forma, como de fondo. En concreto, se plantean dudas sobre la existencia del presupuesto habilitante («*extraordinaria y urgente necesidad*») en la medida en que el propio Real Decreto-ley prevé un periodo de carencia para aquellas medidas que afectan al contenido de los convenios colectivos superior a los cuatro meses. En este contexto, hay que destacar que la doctrina existente del Tribunal Constitucional no parece avalar un uso del Decreto-ley en los términos en los que se ha realizado en este caso. Si bien es cierto que nuestro Alto Tribunal ha admitido la aprobación de medidas diferidas por Decreto-ley, esta posibilidad se ha contemplado de una de manera muy restrictiva y con unas condiciones que no concurren en el supuesto analizado. Así, por ejemplo, la doctrina constitucional acepta la utilización de este recurso cuando se trata de crear un marco jurídico que prevea las medidas de ejecución o de desarrollo reglamentario, siempre que todo ello se lleve a cabo en un plazo inferior al resultante de acudir al procedimiento legislativo de urgencia (STC 29/1986, de 20 de febrero)<sup>429</sup>.

Por último, cabe destacar que también se ha realizado a través del Decreto-Ley la revocación de estas medidas, adoptadas como consecuencia de la crisis económica. En concreto, el Real Decreto 10/2015, de 11 de septiembre, prevé la recuperación de parte de la paga extraordinaria y adicional de los empleados públicos correspondiente al año 2012. Así como, la modificación del número de días del permiso por asuntos particulares, restituyendo un sexto día, y el incremento de la duración del permiso por asuntos particulares y los días de vacaciones reconocidos en el Estatuto Básico del Empleado Público en función de la antigüedad.

---

<sup>429</sup>*Vid.* SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pg. 120-121.



## CAPÍTULO IV

### POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL

**1. Potestad reglamentaria en el empleo público. -2. Habilitaciones y remisiones legales a la potestad reglamentaria. -3. Reglamentos sobre condiciones de empleo y condiciones de trabajo. -4. Reglamentos sectoriales de trabajo.**

#### 1. La potestad reglamentaria en el empleo público

La ley no es la única fuente de regulación de las relaciones laborales, y menos aun en la ordenación de la relación de empleo público en régimen laboral. Además de otros instrumentos que serán analizados con posterioridad, en especial la negociación colectiva (*vid.* Cap. VIII), hay que recordar que la Administración Pública es titular de la potestad reglamentaria, que puede ser ejercitada en este terreno. Así se deduce del artículo 106 de la CE, cuando establece que *«los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»*.

En el ordenamiento laboral, la intervención por vía reglamentaria está regulada en el Estatuto de los Trabajadores (art.3), y se encuentra sometida a dos límites fundamentales. Por un lado, la prohibición de establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas en las leyes (art. 3.2. del ET), y, por otro, el respeto al espacio de la autonomía colectiva (art.37.1 CE).

La titularidad de la potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral se otorga con carácter general al Gobierno, aunque hay ciertas materias que por su especialidad se encargan al correspondiente Ministerio<sup>430</sup>. En concreto, el Estatuto de los Trabajadores establece la intervención del Gobierno en materia

---

<sup>430</sup>*Vid.* ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, vigesimoquinta edición, Civitas, Madrid, 2008, pg.946-947.

de duración y modalidades de contrato (art.15.9), en promoción y fomento del empleo (art.17.3), ampliación y limitación de jornada y descansos (art.34.7) y supresión o reducción de horas extras (art.35.2). Respecto de los encargos al Ministerio del ramo, se trata del modelo del recibo del salario (art.29.1.3), del régimen transitorio y derogación de las ordenanzas de trabajo (disp. transitoria segunda), y de la composición y organización de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (disp. final sexta).

En el ámbito del empleo público la potestad reglamentaria está orientada, igual que en otras ramas del ordenamiento jurídico, en primer lugar, a la ejecución de la ley, en concreto de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público (*vid.* Cap. IV. 2). Y, en este sentido, no se plantean mayores controversias. Sin embargo, su articulación dista de la prevista en el ámbito del empleo privado, por dos razones fundamentalmente. En primer lugar porque al ser la Administración una de las partes intervinientes en la relación de prestación de servicios que se regula, resulta de aplicación el artículo 103 de la Constitución, lo que conlleva que el marco de referencia ya no sea, exclusivamente, el Estatuto de los Trabajadores, sino también el EBEP, lo que implica la operatividad de la reserva de ley del artículo 103.3 de la CE, al menos respecto del personal funcionario.

En segundo lugar, porque en este ámbito el reglamento asume una función adicional a las que desarrolla en el sector privado, ya que es el instrumento ordinario –al menos formalmente- a través del cual la Administración lleva a cabo la ordenación de los recursos de personal, por lo que es posible la existencia de reglamentos domésticos, en la medida en que sean una manifestación de la potestad de autoorganización.

La existencia de una reserva de ley en lo relativo al estatuto de los funcionarios públicos supone que estas materias queden sustraídas a la potestad reglamentaria en lo que respecta a sus elementos esenciales, aunque es posible la

intervención del Gobierno para complementar o particularizar aspectos instrumentales, siempre con la debida sujeción a los preceptos de la ley.

En el ámbito de la función pública, la potestad reglamentaria no podrá desplegar ningún elemento innovador, ni sustituir la disciplina legislativa. En este sentido, tampoco será posible que el legislador disponga del contenido de la reserva a través de remisiones incondicionales o en blanco al reglamento, pues entrañaría un desapoderamiento del Parlamento que sería contrario a la reserva constitucional (STC 99/1987, de 11 de junio).

Sin embargo, estas previsiones no proscriben la existencia de reglamentos en todos los extremos concernientes al estatuto de los funcionarios públicos, sino que suponen una reserva al legislativo respecto a los aspectos nucleares de las mismas. En este sentido, es posible una regulación por vía reglamentaria de aspectos técnicos o de mero desarrollo, previa autorización del legislador, a través de la correspondiente remisión normativa. Estos reglamentos responden a la función general de la potestad reglamentaria, dictados por el Gobierno, cuya función principal, de manera análoga a lo que ocurre en el Estatuto de los Trabajadores, es el desarrollo de la Ley.

Los reglamentos ejecutivos deben diferenciarse claramente de aquellos otros actos –que en ocasiones también pueden presentar el carácter de reglamentos- que responden a la potestad de autoorganización de cada concreta Administración, con un radio de acción limitado a su personal, tanto funcionarios como personal laboral. En otras palabras, deben diferenciarse las normas de alcance general, de las manifestaciones propias del poder de dirección de la Administración en cuanto empleadora, aunque formalmente puedan ser iguales.

No obstante, esta distinción no es aceptada de manera unánime en la doctrina, ya que algún autor considera que si la Administración regula condiciones de trabajo, aunque sea a través de un reglamento organizativo,

materialmente se está extralimitando de su ámbito doméstico, y, por ende, está vulnerando las reservas de ley estatal previstas en el texto constitucional<sup>431</sup>.

Los defensores de esta postura entienden que en lo concerniente al estatuto jurídico de los empleados públicos no pueden existir actos reglamentarios que no sean de mera ejecución, ya que los artículos 103 – «*La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos*»- y 104.2 de la CE – «*Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*»- configuran una reserva de ley que excluye que los llamados reglamentos de auto organización se ocupen de materias concernientes al régimen de personal<sup>432</sup>.

Sin embargo, la exclusión de los reglamentos organizativos en materia de personal por esta vía no resulta adecuada, ya que aún aceptando la existencia de una reserva de ley que alcance a todos los extremos de la relación, según el tenor constitucional, esta solo afectaría a los funcionarios públicos, pero no podría abarcar sin más al personal laboral que presta servicios en el seno de una Administración.

No obstante, esta controversia sobre la existencia o no de una reserva de ley en la materia entroncaría con el tradicional debate doctrinal, sobre el alcance y contenido de la potestad reglamentaria, en relación con la existencia de la denominada «*cláusula de libertad*»<sup>433</sup>. En concreto, existe un sector doctrinal

---

<sup>431</sup>Vid., por todos, BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pg.206.

<sup>432</sup>Vid., por todos, BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pg.206.

<sup>433</sup>Esta teoría defiende que un reglamento sin habilitación legal suficiente no puede afectar al principio general de libertad de los ciudadanos, en ninguna de sus manifestaciones, quedando proscrita la regulación de todas las materias que pudieran afectar a la citada libertad, y no solo las sometidas a reserva de ley expresa. Para los defensores de la «*cláusula de libertad*» la regulación de las materias que afecten a las libertades públicas solo podrían llevarse a cabo a través de una norma reglamentaria en aquellos supuestos en los que el propio texto constitucional así lo hubiera previsto, circunstancia que no se produce en nuestro ordenamiento, ya que no existe ninguna reserva a la potestad reglamentaria. esta inexistencia de una reserva constitucional a favor de la potestad reglamentaria debe ser interpretada como una intención del

que considera que en nuestro texto fundamental existe una reserva de ley en relación con todas aquellas materias que puedan tener incidencia en la regulación de los derechos de libertad y propiedad de los ciudadanos, los cuales solo podrían ser regulados por una norma con rango de ley, relegando el papel del reglamento a la mera ejecución de las previsiones legales<sup>434</sup>.

Aún así, el alcance de la cláusula de libertad varía de unos autores a otros<sup>435</sup>. Un sector doctrinal defiende la intangibilidad del principio de libertad, de tal manera que una norma reglamentaria no podría restringir ni condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales cuando una norma legal no la haya habilitado para ello<sup>436</sup>. Sin embargo, otros autores extienden la cláusula de libertad también al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art.10 de la CE), configurándose así una reserva general de ley más amplia, que alcanza a todos los aspectos relacionados con la libertad del individuo<sup>437</sup>.

La ampliación de la reserva de Ley al desarrollo de la libre personalidad implica una extensión que va más allá de la mera suma de los concretos ámbitos de protección propios de cada derecho fundamental en particular, hasta alcanzar

---

poder constituyente de limitar la actividad del reglamento a la ejecución y desarrollo de la ley, y de impedir que existan los reglamentos independientes, ya que si el constituyente hubiera querido que tuviera un poder regulador autónomo hubiera previsto la atribución de determinadas materias al reglamento, como ocurre en otros países de nuestro entorno europeo. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en VV.AA. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Dir.), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Volumen II, pg.1492.

<sup>434</sup>Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en VV.AA. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Dir.), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Volumen II, pg.1492.

<sup>435</sup>Es necesario destacar que si se acepta la vigencia de la cláusula de libertad en nuestro ordenamiento, la posición del reglamento presentaría una doble subordinación a la ley: por un lado, jerárquica, ya que en ningún caso son posibles los reglamentos contrarios a las leyes, y, por otro, una vinculación material al sentido y contenido de la ley.

<sup>436</sup>Vid. BAÑO LEÓN, José Manuel, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pg.199-203.

<sup>437</sup>Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, C.E. Ramón Areces, Madrid, 1981, pg. 781.

a la libertad en el sentido más amplio<sup>438</sup>. Incluso, algún autor considera que la Constitución Española contiene una reserva de ley absoluta, que no solo afectaría a aquellas regulaciones que tuvieran incidencia sobre los derechos de libertad y propiedad de los ciudadanos, sino que alcanzaría a todas las materias, relegando el papel del reglamento a una función de mero desarrollo de las leyes, incluso en el ámbito interno u organizativo de la Administración<sup>439</sup>.

---

<sup>438</sup> Vid. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, y GARCÍA LUENGO, Javier, «La potestad de dictar actos administrativos como intromisión a la libertad», *Revista de Administración Pública*, nº.172, enero-abril, 2007, pg.119.

<sup>439</sup>La defensa de una cláusula de libertad absoluta se construye por oposición del sistema de fuentes configurado en la Constitución española de 1978 –en concreto sobre el contenido del artículo 97–, y la construcción sobre la potestad organizativa del Gobierno en Alemania. En este sentido, la doctrina alemana otorga al poder ejecutivo la capacidad originaria de autonormarse, partiendo de una legitimación democrática de todos los poderes del Estado, que se refleja en la Ley Fundamental de Bonn, y que justifica que el ejecutivo también cuente con un poder privado e independiente, distinto del legislativo. Esta posibilidad no implica una exclusión del poder legislativo en la regulación de las funciones del Gobierno, pero sí niega que la regulación llevada a cabo por el propio Gobierno tenga que estar autorizada por el legislador. Este marco jurídico en el que se fundamenta el carácter originario de la potestad reglamentaria en el sistema alemán es el postulado utilizado en el análisis de nuestro sistema. En concreto, los defensores de una reserva de ley absoluta consideran inaplicable a nuestro sistema la doctrina alemana, ya que en la Constitución Española no existe un artículo que atribuya al Gobierno la competencia específica de auto organización, como, de hecho, ocurre en la Ley Fundamental de Bonn, la cual ha previsto expresamente la competencia del Gobierno para regular y determinar su composición. En este sentido, la falta de una previsión expresa de atribución de materias al Gobierno, como ocurre en el sistema germano, es entendida como una extensión de la reserva de ley a todas las materias, negando el carácter originario de la potestad reglamentaria en todos los casos. Por tanto, los defensores de esta teoría entienden que el modelo constitucional español parte de un postulado distinto al alemán, y que configura de manera diferente las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo, en la medida en que la Constitución Española de 1978 no atribuye al Gobierno ninguna competencia de manera expresa. Sin embargo, esta concepción del sistema de fuentes exporta de la doctrina alemana el fundamento democrático de ambos poderes (legislativo y ejecutivo), lo que permite al legislador delegar en el Gobierno la regulación de determinadas materias, sobre todo organizativas. Esta concepción de la potestad del Gobierno para dictar normas de organización, por delegación del poder legislativo, se refuerza con la existencia de otras remisiones normativas de auto regulación encargadas por el legislador a otros entes públicos. En definitiva, esta concepción de la potestad reglamentaria del Gobierno se separa de la construcción alemana y de la interpretación que la doctrina mayoritaria extrae del artículo 97 de la Constitución Española, al negar el carácter originario de la potestad reglamentaria del Gobierno, ya que exige la existencia de una ley previa que habilite la actuación del ejecutivo. Por ello, esta teoría excluye la existencia de reglamentos independientes, ya que hasta los de organización se fundamentan en una delegación previa por parte del legislativo. Aun así, no niega la existencia de reglamentos de organización dictados por el Gobierno o por las Administraciones Públicas, si bien solo son posibles cuando hayan sido previamente autorizados por el legislador. En otras palabras, la existencia de reglamentos organizativos es posible, pero nunca como manifestación de un poder autónomo. Vid. BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991,

Bajo esta concepción, los reglamentos en materia laboral –ya sea en el ámbito público o privado-, en la medida en que afectan a derechos y deberes de los trabajadores, solo podrían cumplir un papel de desarrollo y/o ejecución de las leyes, lo que conforme a la doctrina constitucional antes analizada, devolvería la competencia íntegra al Estado, también en lo que respecta a la concreta regulación mediante reglamentos organizativos de cada Administración (*vid.* Cap. II.3).

Sin embargo, la existencia de la cláusula de libertad en nuestro texto constitucional<sup>440</sup>, y la consiguiente vinculación material del reglamento a la ley, es rebatida por la doctrina mayoritaria, que defiende el carácter originario del reglamento, y la existencia de reglamentos independientes<sup>441</sup>.

En efecto, la mayoría de los autores entienden que la Constitución Española confiere al Gobierno una habilitación directa y general para desarrollar su actividad reglamentaria sobre aquellas materias que no estén expresamente atribuidas al poder legislativo<sup>442</sup>, siempre dentro del respeto a las leyes<sup>443</sup>. El reconocimiento constitucional del poder reglamentario al Gobierno es independiente de las otras funciones que tiene encomendadas el ejecutivo y, por ende, se puede desarrollar de forma autónoma<sup>444</sup>.

---

pg.135-137. En esta obra se expone la doctrina alemana sobre el ámbito privativo de organización del Gobierno, liderada por Böckenförder («*Die OrganisationsgewaltimBereich der Regierung*», Berlin, 1964, pg.56 y ss.), así como la oposición a la aplicación de la doctrina al ordenamiento constitucional español.

<sup>440</sup>*Vid.* GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimotercera edición, Aranzadi, Navarra, 2006, pg.183 y ss., respecto del origen y fundamento de la potestad reglamentaria.

<sup>441</sup>La STS (Sala Contencioso Administrativo) de 31 de enero de 1990 consideró que el Gobierno cuenta con un poder normativo autónomo e independiente que deriva directamente del texto constitucional, por lo que negó que «*forzosa y necesariamente no existan más que reglamentos rabiosamente ejecutivos*».

<sup>442</sup>*Vid.* VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Reserva de ley y Constitución*, Dickinson, Madrid, 1994, pg. 167- 168.

<sup>443</sup>*Vid.* DE OTTO PARDO, Ignacio, *op.cit.* pg.234.

<sup>444</sup>Entre la doctrina laboralista, *vid.* ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, vigesimoquinta edición, Civitas, Madrid, 2008, pg. 944, que en este sentido, consideran que en el caso de los reglamentos autónomos o independientes: «*la condición originaria de la potestad reglamentaria [es] atribuida por la*

Así pues, el fundamento de la potestad reglamentaria es el propio texto constitucional, y no la ley. En este contexto, cabe advertir que la habilitación legal expresa a favor del reglamento en determinadas materias no supone un plus de legitimidad para la actividad reglamentaria. La habilitación debe de ser entendida, por tanto, como una directriz en el ejercicio de la potestad reglamentaria que, en ocasiones, ayuda a delimitar el espacio libre de la reserva de ley<sup>445</sup>. En este sentido, la intervención del Parlamento tampoco podría, en ningún caso, deslegalizar una materia, en otras palabras, no sería posible que a través decisión parlamentaria se habilitara al Gobierno a regular con carácter principal materias que estuviera reservadas a la ley<sup>446</sup>.

Por otro lado, la Administración junto con la potestad reglamentaria en sentido estricto, también puede dictar «*actos reglamentarios*» derivados de sus potestades de gobierno, y que cobran una especial trascendencia en la ordenación de sus recursos de personal(*vid.* Cap. V.1).

En este sentido, es necesario clasificar la actividad de la Administración para determinar que alcance puede tener sobre las relaciones laborales habidas en su seno. La actuación de la Administración puede categorizarse en disposiciones de carácter normativo, actos administrativos, y actos materiales. Conforme a esta clasificación, se considera acto administrativo a «*todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho*

---

*Constitución al Gobierno sin necesidad de remisión o invitación formal por parte del legislador*».

<sup>445</sup>*Vid.* DE OTTO PARDO, Ignacio, *op.cit.* pg.236.

<sup>446</sup>*Vid.*, en este sentido, PUNSET BLANCO, Ramón, «Potestades normativas y formas de gobierno»*Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado. Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 5, Junta General del Principado de Asturias, 2009, pg.312, y LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, COLEX, Madrid, 2011, pg. 286. A pesar de que esta concepción es mayoritaria en la doctrina, hay autores que consideran que la exigencia de la reserva de ley se cumple con la mera intervención del legislador, con independencia del contenido de esta intervención. De esta concepción se sigue que una ley que deslegalice la concreta materia objeto de la reserva estaría cumpliendo las exigencias formales impuestas por el texto constitucional, ya que si que existe el requerido pronunciamiento del legislativo. Para estos autores la verdadera función de la reserva de ley es evitar la existencia de reglamentos independientes en esa materia (*vid.* LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pg.209-211).

*Administrativo*»<sup>447</sup>. En otras palabras, el acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso en el ámbito del Derecho Público, con efecto inmediatos en el exterior<sup>448</sup>.

Junto a estas actuaciones se encuentran los denominados «*actos materiales*», que englobarían todas aquellas actividades naturales u operaciones técnicas que no tienen trascendencia jurídica<sup>449</sup>. Este tipo de actividad administrativa no es más que la materialización fáctica y técnica de las atribuciones jurídico-públicas conferidas por el ordenamiento a la Administración (v.gr. una operación quirúrgica o un folleto de información al público)<sup>450</sup>.

Además, la Administración también puede dictar actos, que si bien tienen contenido jurídico, no están sometidos al Derecho Administrativo, sino al Derecho Privado como, por ejemplo, al Derecho Civil o al Laboral<sup>451</sup>.

Sin embargo, no existe en la ley una categorización expresa de las distintas actuaciones de la Administración. Como punto de partida, debe de tenerse en cuenta las previsiones del artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que habilita a

---

<sup>447</sup>Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimotercera edición, Aranzadi, Navarra, 2006, pg.547.

<sup>448</sup>Vid. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «El concepto de acto administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº2, 2003, pg.9.

<sup>449</sup>Vid. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «El concepto de acto administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº2, 2003, pg.21.

<sup>450</sup>Vid. AGUDO GONZÁLEZ, Jorge «Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración», *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas*, nº41-42, 2013, pg.131-133.

<sup>451</sup>Fuera del ámbito de estudio del empleo público son reseñables los actos contractuales, que sometidos al derecho privado, han dado lugar a una teoría propia sobre los «*contratos de la Administración*», regulados por el Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público.

los órganos administrativos a «*dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio*»<sup>452</sup>.

Además, en el ámbito del empleo público podría hacerse una interpretación extensiva del precepto y entenderse que cuando se alude a «*órganos jerárquicamente dependientes*», se podrían englobar dentro de su radio de acción las directrices dictadas por la Administración para ordenar la prestación de servicios en su seno, y que incluirían mandatos directos al personal aunque no sean «*órganos*», en sentido propio.

Para la doctrina administrativista el fundamento de estos instrumentos, cuando no tienen alcance general, deriva del principio de jerarquía<sup>453</sup>, innata en cualquier organización, cuya consecuencia es una ordenación gradual y vertical de las competencias<sup>454</sup>. Sin embargo, desde la perspectiva de la ordenación de las relaciones laborales, las instrucciones, en la medida en que solo afectan a los empleados de la Administración, podrían englobarse dentro del poder de dirección, aunque, como luego se verá, en el ámbito público este también se fundamenta en el principio de jerarquía (*vid.* Cap. VII.1).

A pesar de que el citado precepto alude de manera genérica e indistinta a «*instrucciones*» y «*órdenes de servicio*», bajo estas denominaciones se engloban

---

<sup>452</sup>La Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, reitera los postulados del actual artículo 21 de la Ley 30/1992, al establecer que «los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno».

<sup>453</sup>La jerarquía, como principio integrante de la Administración Pública Española encuentra su fundamento normativo en el artículo 103 de la Constitución.

<sup>454</sup>La STSJ de Extremadura nº 1494/1996, de 20 de diciembre establece que «las circulares deben estimarse de naturaleza diferente al Reglamento en cuanto contiene directivas a seguir en los respectivos centros o unidades emanadas de los órganos superiores y que obligan exclusivamente a sus subordinados. Su fuerza de obligar no deriva del ejercicio de la potestad reglamentaria sino del principio jerárquico».

instrumentos de diverso origen, naturaleza y alcance<sup>455</sup>. En efecto, el propio precepto prevé que las instrucciones y las órdenes de servicio puedan tener distintos destinatarios y/o efectos, debiendo publicarse en el correspondiente boletín oficial aquellas que en atención a sus destinatarios y/o efectos tuvieran eficacia general. Por tanto, parece que dentro de esta categoría se pueden englobar disposiciones de carácter general, así como manifestaciones de la potestad doméstica e, incluso, actos administrativos.

Así parece desprenderse del apartado dos del citado artículo, que establece que *«cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda»*.

Junto a ellas, y pese a su no inclusión formal en la Ley 30/1992, las Administraciones continúan también dictando *«circulares»*<sup>456</sup>, reguladas hasta entonces por el artículo 7 de la Ley de 17 de Julio de 1958, sobre el Procedimiento Administrativo<sup>457</sup>.

Una clasificación de las instrucciones, órdenes de servicio y circulares podría hacerse en atención a sus destinatarios y sus efectos, ya que las citadas categorías engloban, por un lado, actos con vocación de alcance general, y que, por tanto, generan derechos y obligaciones para los particulares, en cuyo caso tendrían la consideración de reglamentos. Y, por otro lado, manifestaciones de la potestad de auto organización concedida a los órganos de la Administración respecto de sus órganos subordinados y/o empleados que carecen de contenido normativo general, y no constituyen derecho objetivo que afecte a los

---

<sup>455</sup>Para un recorrido doctrinal sobre la naturaleza de las circulares e instrucciones, *vid.* LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., «Instrucciones y órdenes de servicio en el ámbito de la administración de la seguridad social», *Aranzadi Social*, nº12, 1998, pg. 80-81.

<sup>456</sup>*Vid.* MORENO REBATO, Mar, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, nº147, 1998, pg.163-164.

<sup>457</sup>En concreto, el artículo 7 de la Ley 17 de Julio de 1958 decía que *«Los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares»*.

ciudadanos. Estos instrumentos, derivados del poder de auto organización, constituyen un mandato interno de los órganos superiores a los inferiores jerárquicos, cuyo objeto es ordenar y dirigir la adecuada prestación del servicio<sup>458</sup>, y son una mera manifestación de la jerarquía administrativa<sup>459</sup>.

Estos actos son dictados al amparo de la atribución genérica con la que cuenta la Administración para reglamentar la actuación de sus órganos inferiores, sin que para llevar a cabo esta tarea sea necesaria una habilitación o atribución específica<sup>460</sup>.

Algún autor ha tratado de diferenciar entre instrumentos vinculándolos al alcance personal de cada uno de ellos. En concreto, se postulaba que únicamente las «*circulares*» constituyen auténticas disposiciones reglamentarias aplicables a todos los administrados. Por el contrario, las instrucciones y órdenes se limitarían al ámbito doméstico de la Administración, influyendo en relaciones de jerarquía, ya sea esta administrativa o laboral. Esta idea es aceptada por una parte de la doctrina científica, que rechaza la consideración de estas como fuentes de Derecho, bien por su inexistencia en la relación de fuentes del artículo 1.1 del Código Civil<sup>461</sup>, bien atendiendo a su naturaleza –por carecer de publicidad oficial alguna-, o bien por su contenido, ya que son un mero mandato a los órganos inferiores, fundado en el principio de jerarquía, que carecen de capacidad normativa<sup>462</sup>.

En este sentido, la STC 26/1986, de 19 de febrero, estableció que «*las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente del derecho, sino tan sólo el de directiva de*

---

<sup>458</sup>Vid. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Fuentes del Derecho*, Lete, Bilbao, 2007, pg.193.

<sup>459</sup>STS 23 de febrero de 1995 (Sala 3ª), rec. 6354/1990.

<sup>460</sup>Vid. MOROTE SARRIÓN, José Vicente, *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pg. 230.

<sup>461</sup>Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1988, pg.138.

<sup>462</sup>Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de reglamentos», *RAP*, núm.27, 1958, pg. 38.

*actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de actuaciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria en caso contrario sin que sea menester su publicación».*

Esta opinión no es unánime en la doctrina, ya que hay ciertos autores, que si bien reconocen que existen diferencias entre las circulares y las instrucciones, consideran que en la práctica resulta estéril distinguir entre ambas figuras, en cuanto que participan de similar naturaleza y relevancia jurídica<sup>463</sup>. Para estos autores, ambos instrumentos conforman el sistema de fuentes, por tanto, tienen carácter reglamentario, en la medida en que siempre imponen obligaciones a los destinatarios, sean estos órganos inferiores o empleados – conformando la categoría que hemos llamados normas de autoorganización- o a los ciudadanos en general<sup>464</sup>. Aunque para que sean considerados auténticas normas reglamentarias se exige siempre que hayan sido publicados en algún boletín oficial.

La jurisprudencia tampoco maneja un criterio único, aunque parece decantarse por entender que bajo la denominación genérica contenida en la ley es posible englobar actos de diversa naturaleza jurídica. Así, el Tribunal Supremo ha considerado que las circulares pueden ser tanto un acto administrativo, como una disposición de carácter general, y que para diferenciar unos casos de otros se debe acudir a criterios materiales. En concreto, se puede afirmar que una circular es una disposición general si impone sujeciones nuevas a los administrados o les reconocen nuevas garantías. También cuando comportan una decisión de carácter general seguida de simples medidas de

---

<sup>463</sup>Vid. LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *op.cit.*, *Aranzadi Social*, nº, 1998, pg.80.

<sup>464</sup>Vid. BAENA DE ALCÁZAR, Mariano, «Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo», *RAP*, nº 48, 1965, pg. 110 y 111.

aplicación o cuando crean una regla interpretativa nueva (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995)<sup>465</sup>.

Dada la imprecisión de la ley a este respecto, parece que esta es la opción más correcta. De esta interpretación, se puede concluir, por tanto, que tendrán carácter de norma reglamentaria aquellas actuaciones de la Administración, con independencia de la forma que revistan, que contengan mandatos o regulaciones de alcance general, en atención a su contenido e incidencia sobre los derechos y deberes de los ciudadanos. Por el contrario, no podrán ser considerados una manifestación de la potestad reglamentaria aquellos instrumentos que carezcan, en atención a sus contenidos, de naturaleza normativa, por no suponer una innovación del ordenamiento jurídico<sup>466</sup>.

Conforme a esta clasificación se puede afirmar que las primeras formarían parte del sistema de fuentes en sentido estricto, mientras que los segundos podrían conformar el sistema de fuentes de regulación de la actividad administrativa. Además, estos instrumentos también pueden integrar el sistema de regulación de la relación laboral, en la medida en que muchas de ellas son manifestaciones del poder de dirección de la Administración, en su papel de empleadora y afectan de igual manera al personal funcionario y al laboral.

A pesar de que, como se ha visto, no resulta fácil delimitar la frontera entre los actos reglamentarios y los actos administrativos, la doctrina, tanto laboralista<sup>467</sup>, como administrativista<sup>468</sup>, acepta la existencia de reglamentos

---

<sup>465</sup>Vid. LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., «Instrucciones y órdenes de servicio en el ámbito de la administración de la seguridad social», *Aranzadi Social*, nº12, 1998, pg.82-83.

<sup>466</sup>Vid. MORENO REBATO, Mar, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, nº147, 1998, Pg.173.

<sup>467</sup>Vid. VÁZQUEZ GARRANZO, Javier, «Artículo 69. Objetivos e instrumentos de planificación» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V.(Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.605-606.

<sup>468</sup>Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Capítulo XII, Ordenación de la actividad profesional», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg.429.

dictados por las Administraciones Públicas en materia de organización de los recursos de personal (*vid.* Cap. V.1).

Por último, en el ámbito del empleo público aparece un instrumento desconocido en el Derecho del Trabajo, denominado «*circulares interpretativas*». Estas circulares son utilizadas para determinar el sentido de una norma superior (*v.gr.* instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos)<sup>469</sup>. En este sentido, resulta obvio que cada Administración puede tener un criterio propio de interpretación de una determinada norma legal o reglamentaria y que puede, en consecuencia, impartir directrices a sus empleados para que apliquen la citada norma en el sentido indicado por su propia interpretación.

Sin embargo, no se puede pretender que el criterio establecido por cada Administración sea el único admisible, de tal modo que su interpretación sea la única legal y que, por ello, vincule a los ciudadanos, ya que de ser así la legalidad vendría definida por el aplicador inmediato del Derecho, infringiendo los principios básicos de jerarquía normativa<sup>470</sup>. En efecto, la norma interpretativa no puede pretender sustituir la voluntad del superior por la suya propia, en otras palabras, la norma inferior no puede pretender que el sentido de la norma superior elegido por ella resulte el único acertado.

Atendiendo a estas precisiones, las circulares interpretativas deberían ser clasificadas como actos administrativos, en la medida en que no contienen un elemento normativo o innovador, y se limitan a la aplicación e interpretación de normas superiores. Sin embargo, un sector doctrinal califica como elemento innovador del ordenamiento la elección de una determinada opción entre las

---

<sup>469</sup>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 Empleados Público en el ámbito de la Administración General del Estado (BOE 23 de junio de 2007).

<sup>470</sup>*Vid.* MARTÍNEZ SOPEDRA, Manuel, *Fuentes del Derecho en el Derecho español: Una introducción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 131-132.

posibles con las que teóricamente cuenta la Administración, innovando con esta concreción el ordenamiento<sup>471</sup>.

Con independencia de la opción que se prefiera, desde una óptica meramente formal resulta claro que en ningún caso los citados instrumentos podrán exceder del ámbito doméstico de cada Administración que los ha dictado. Por tanto, desde la perspectiva de las fuentes de regulación de la relación laboral serán una manifestación inherente al principio de jerarquía, que rige la actuación administrativa, y que como se verá, fundamenta el poder directivo de la Administración, en cuanto a empleadora.

## **2. Habilitaciones y remisiones legales a la potestad reglamentaria**

El EBEP contiene a lo largo de su articulado diversas remisiones a la potestad reglamentaria, algunas atribuidas expresamente al Gobierno de la Nación o de las Comunidades Autónomas, y otras sin especificar el órgano que debe ejecutarlas.

Como se recordará el Estatuto de los Trabajadores prohíbe la aprobación de reglamentos que regulen condiciones distintas a las previstas en las leyes (art.3). Sin embargo, las Administraciones están legitimada para dictar reglamentos cuando sean de carácter ejecutivo, o cuando sean reglamentos organizativos.

En efecto, la actuación reglamentaria de la Administración tiene una especial trascendencia en la regulación de sus recursos humanos, sobre todo en aquellos extremos sometidos al Derecho del Trabajo, ya que debido a la distribución de competencias configurada en la Constitución, ciertas actuaciones Administrativas serían lícitas solo si se consideraran regulaciones no normativas, es decir, si no tuvieran alcance general. En este contexto, se hace imprescindible precisar que tipo de actuación lleva acabo la Administración,

---

<sup>471</sup>*Vid.* MOROTE SARRIÓN, José Vicente, *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pg.186.

para determinar cómo se encuadran en el sistema de fuentes de regulación de la relación laboral, y si su utilización es ajustada a Derecho.

Si una Administración aprueba un acto con contenido laboral, y su finalidad es, en exclusiva, ordenar y dirigir la relación de sus empleados, dicha actuación se englobaría sin problemas como una manifestación más del poder de dirección. En otras palabras, el acto sería consecuencia de una actuación de la Administración en cuanto a empleadora, que ejerce sus potestades de ordenación, control y dirección de sus recursos humanos, con independencia de la forma bajo la que se revista.

Sin embargo, si el acto referido fuera dictado por la Administración en su faceta de poder público, como podría ser el caso de una Administración Autonómica, y tuviera vocación de alcance general, siendo aplicable a todos los trabajadores de las distintas Administraciones con sede en su territorio, este acto supondría una injerencia respecto de la competencia exclusiva del Estado en materia de «*legislación laboral*» (art. 149.1.7 CE).

No obstante, estas precisiones solo son predicables respecto del personal laboral al servicio de la Administración, y no alcanzarían a los funcionarios públicos, ya que en este caso la Comunidad Autónoma sí podría aprobar un acto de vocación general. Estas diferencias son debidas a la distribución competencial configurada en nuestro texto constitucional, que permite a las Comunidades Autónomas dictar normas (tanto leyes, como reglamentos) en materia de función pública, al ser una competencia compartida (art. 149.1.18 CE), pero no así en materia laboral, que es competencia exclusiva del Estado (art.149.1.7 de la CE) (*vid.* Cap.II.3).

Esta postura ha sido también defendida por algún pronunciamiento judicial que consideró que cuando el artículo 149.1.7 de la Constitución Española alude a la «*legislación laboral*» se está refiriendo a la ley como fuente formal del derecho laboral. Esto es, se reserva al Estado la producción de las

normas que disciplinan la materia laboral con carácter general, para establecer la estructura esencial de la regulación social. A *sensu contrario*, si la normativa autonómica no incide sobre la legislación laboral en el sentido del artículo 149.1.7 de la CE, en cuanto que no afecta a la estructura básica y general de la normativa social, ni a sus categorías nucleares, sino que regula condiciones particulares, como ocurre en el caso de los empleados públicos en régimen laboral, sería válida su regulación (STSJ de Castilla- La Mancha nº 686/2012, de 13 de junio)<sup>472</sup>.

En los supuestos en los que una de las partes de la relación jurídico laboral es una Administración Pública, el Tribunal entiende que la normativa dictada a este respecto no se englobaría en el apartado de «*disposiciones legales y reglamentarias*» [art.3.1 a) del Estatuto de los Trabajadores] sino que conformaría «*la voluntad de las partes*» [art. 3.1.c)]<sup>473</sup>.

Más específicamente, los encargos al Gobierno de la Nación contenidos en el EBEP se concretan en el régimen jurídico del personal directivo (art.13), en el procedimiento electoral, sobre qué funcionarios son electores y elegibles (art.44), y en el desarrollo del régimen de jubilación de los funcionarios (disposición adicional sexta). Además, el EBEP también contiene encargos dirigidos a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas en estas mismas materias, pero respecto de sus propios funcionarios (arts.13 y 44 EBEP). Esta pluralidad de Administraciones a cuya regulación se remite el EBEP, no existe en el texto del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que la distribución de

---

<sup>472</sup>Así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional que ha considerado lícita la regulación por parte de la Comunidad Autónoma de condiciones laborales específicas de su personal. Por ejemplo, se ha reconocido la competencia de la Comunidad Autónoma para fijar los salarios de sus empleados públicos, también los sometidos al régimen laboral, al amparo del principio de autonomía financiera previsto en el artículo 156. 1 de la Constitución (*vid.* por todas STC 63/1988, de 11 de abril).

<sup>473</sup>*Vid.* GARCÍA SALAS, Ana Isabel, «El sistema de fuentes ante la modificación de condiciones de trabajo del personal al servicio de una Comunidad Autónoma: STSJ Castilla la Mancha de 13 de junio de 2012», *Aranzadi Social*, nº8, 2012, pg.95-101.

competencias en materia de empleo público, como se ha visto, es distinta a la estrictamente laboral.

En cualquier caso, todas estas remisiones citadas responden a la primera clase de reglamentos a los que se ha hecho referencia, esto es, los reglamentos ejecutivos o de desarrollo, tanto por el órgano encargado de ejecutarlo –el Gobierno nacional o autonómico–, como por el encargo en sí, que no es otro que el desarrollo de preceptos legales.

Además de estos encargos, dirigidos a la potestad reglamentaria del Gobierno, el EBEP contiene un segundo tipo de remisiones cuya competencia no se atribuye de manera expresa al Gobierno –ni al nacional, ni al de la Comunidad Autónoma–, lo que puede plantear dudas sobre el órgano llamado a ejecutarlas, y sobre cuál de la potestades de la Administración –la reglamentaria o la directiva– es la pertinente para su ejecución. Estas remisiones se articulan a través de dos fórmulas, una que alude a «*los órganos de gobierno de cada Administración*», y, otra más genérica, referida a las «*Administraciones Públicas*».

Entre las atribuciones que el EBEP otorga a «*los órganos de gobierno de cada Administración*» cabe destacar las relativas a la suspensión o modificación de convenios colectivos, pactos y acuerdos, por alteraciones sustanciales de las condiciones económicas (art. 32 y 38.10 EBEP), a la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios si no se ha alcanzado un acuerdo (art. 38.7 EBEP), a la modificación o establecimiento de nuevas unidades electorales (art. 39.4 EBEP), a la rehabilitación de la condición de funcionario a personas condenadas por pena de inhabilitación (art. 68.2 EBEP), o a la aprobación de las Ofertas de Empleo Público (art. 70 EBEP).

De ellas se desprende que no se trata de remisiones al poder ejecutivo para la elaboración de una norma, sino más bien encargos a los entes u

organismos gestores de cada Administración sectorial, en el ejercicio de la potestad domestica o del poder de dirección.

Como antes se anunció, hay autores que discrepan de esta interpretación, al entender que en lo concerniente al estatuto jurídico de los empleados públicos no pueden existir actos reglamentarios que no sean de mera ejecución, ya que los artículos 103 y 104.2 de la CE configuran una reserva de ley, que excluye que los llamados reglamentos de auto organización se ocupen de materias concernientes al régimen de personal<sup>474</sup>.

No obstante, no se pueden entender las previsiones del artículo 103.3 de la CE como una reserva de ley absoluta, que blinde todos los extremos de la relación funcional, ya que la diversidad de Administraciones, y las especialidades inherentes a ellas, hace necesario un régimen de personal lo suficientemente flexible como para que pueda ser adaptado a la idiosincrasia propia de cada Administración. Por esta razón, ni el EBEP ni sus leyes de desarrollo establecen un régimen rígido, prolijo y casuístico que uniforme la gestión del personal de todas las Administraciones incluidas en su radio de acción<sup>475</sup>.

Por ello, la concreción de la prestación de servicios se deja a cada Administración, que la regulará a través de actos reglamentarios y/o administrativos. De esta manera, las Administraciones utilizan estos instrumentos para organizar y gestionar los recursos humanos, estableciendo precisiones en relación con puestos de trabajo, horarios, jornada, control de asistencia, etc. La diversidad de Administraciones y la casuística que conlleva la

---

<sup>474</sup>Vid., por todos, BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pg.206.

<sup>475</sup>En el ámbito de la AGE, mientras no se apruebe una ley de desarrollo se regirá por lo establecido en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública. Respecto a las Comunidades Autónomas será cada concreta Ley de Función Pública la encargada de desarrollar los preceptos del EBEP en su ámbito territorial.

concreción de estos extremos exige que sea la propia Administración quien los precise, y no una ley.

Así lo han hecho con carácter general todas las Administraciones Públicas. A modo de ejemplo se puede citar alguna de las resoluciones aprobadas por la Administración General del Estado sobre jornada y horarios del personal a su servicio. Actualmente, en esta materia, está vigente la *«Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos»*. La propia resolución prevé que *«Las Administraciones Públicas son competentes para establecer la ordenación del tiempo de trabajo del personal a su servicio, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 7/2007, de 12 de abril que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público. Esta competencia debe ser ejercida respetando, a su vez, lo establecido en el artículo 37.1.m) del mismo texto legal que señala como materias objeto de negociación las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas y permisos»*.

La citada resolución es de aplicación a todos los empleados públicos – tanto funcionarios como personal laboral- tanto de la AGE, como de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y de los organismos públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, y que se rijan por la normativa general de Función Pública (art.1.1). Su regulación material abarca normas sobre el calendario laboral (art.2), jornada general y horarios (art.3), jornada en régimen de especial dedicación (art.4), jornada reducida por interés particular (art.5), jornadas y horarios especiales (art.6), jornada de verano (art.7), medidas de conciliación (art.8), vacaciones y permisos (art.9), tiempo para la formación (art.10), justificación de ausencias (art.11) y control y seguimiento de la jornada y

horario de trabajo (art. 12)<sup>476</sup>.

Por otro lado, el EBEP contiene encargos genéricos hechos a las «*las Administraciones Públicas*». Así, el EBEP remite a las Administraciones Públicas la regulación de sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados (art.20 EBEP), la de objetivos e instrumentos de planificación (art. 69.2 EBEP<sup>477</sup>), la de estructuración de los recursos humanos (art. 72 EBEP<sup>478</sup>), la de ordenación de puestos de trabajo (art. 74 EBEP<sup>479</sup>) y la de movilidad del personal funcionario (art. 81 EBEP<sup>480</sup>).

---

<sup>476</sup>Recientemente se ha aprobado la «*Resolución de 22 de julio de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2012, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos*». Esta instrucción adecua el régimen de jornada a las previsiones legales vigentes, entre las que cabe destacar el incremento de días por asuntos propios realizado por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Además, se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en los términos expresados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, adecuando la previsión de que el aplazamiento del disfrute de las vacaciones, derivado de una incapacidad temporal justificada o análogo, resulte de una duración sustancialmente mayor a la del periodo de devengo con el que guarda relación. En base a ello, se modifica el régimen de disfrute de las vacaciones a fin de posibilitar su disfrute una vez finalizado el permiso de maternidad o paternidad dentro del mismo año natural o del inmediatamente posterior al del hecho causante, o una vez finalizado el periodo de incapacidad temporal siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se haya originado. En tercer lugar, a los efectos del cálculo del período anual de vacaciones, se incorpora la consideración como tiempo de servicio las ausencias derivadas de enfermedad, accidente o del disfrute de los permisos y licencias, supliendo así un vacío normativo

<sup>477</sup> El artículo 69.2 del EBEP establece que: «*Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas: a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos. b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo. c) Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen. d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del presente Título de este Estatuto. e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de empleo público, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente*».

<sup>478</sup>El artículo 72 del EBEP prevé que «*En el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones Públicas estructurarán sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones conforme a lo previsto en este capítulo*».

Nuevamente, la falta de una atribución específica a un determinado órgano o Administración ha llevado a la doctrina a plantear diversas soluciones sobre cuál debe de ser el órgano encargado de cumplir estos mandatos. Si se compara la redacción de estos preceptos con la utilizada por el EBEP en otros pasajes, parece que se puede descartar que se esté atribuyendo la competencia al Gobierno –ya sea el de la nación o el de la Comunidad Autónoma-, ya que cuando el EBEP ha querido aludir a la potestad reglamentaria del ejecutivo lo ha hecho de manera expresa. Por el tipo de encargos que se realizan bajo esta fórmula genérica parece razonable entender que en estos supuestos el EBEP está refiriéndose a la potestad de cada Administración, en su vertiente de empleadora que gestiona y organiza sus recursos de personal.

Sin embargo, hay autores que descartan esta interpretación, y entienden, por contraposición a las referencias contenidas en el EBEP al «Gobierno», que estos mandatos se están atribuyendo al legislador y que, por tanto, serán las correspondientes Leyes de Función Pública las llamadas a regular y desarrollar estas materias<sup>481</sup>.

No obstante, atribuir a las Leyes de Función pública el desarrollo de estos preceptos es una posibilidad que decae si se analiza el contenido y la naturaleza de los encargos, siendo más razonable inclinarse por la opción que entiende que es una atribución a cada Administración. Así, por ejemplo, el artículo 73.2 del EBEP prevé que las «*Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten*

---

<sup>479</sup>El artículo 74 del EBEP establece que «*Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares (...)*».

<sup>480</sup> El artículo 81 del EBEP, relativo a la movilidad geográfica, prevé que «*La Administración Pública, de manera motivada, podrá trasladar a sus funcionarios*».

<sup>481</sup>Vid. GÓMEZ CABALLERO, Pedro, «Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las administraciones públicas», *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2008, pg.53.

*adecuadas a su clasificación, grado, categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen, sin merma en las retribuciones».*

Si se observa, es fácil trazar un paralelismo entre este artículo y la movilidad funcional, regulada en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, lo que lleva a concluir que si en el Estatuto de los Trabajadores la movilidad funcional es una potestad atribuida al empresario, como manifestación de su poder de dirección, el objetivo es el mismo cuando la empleadora es una Administración. El ejercicio de una potestad derivada del poder de dirección no puede ser desarrollado por ley, sino que deberá desarrollarlo cada Administración respecto de sus trabajadores. Además, la exigencia de que este precepto fuera desarrollado por ley impediría a los Ayuntamientos llevar a cabo reasignaciones de personal y funciones por esta vía<sup>482</sup>. Es más, incluso cabría plantearse si el instrumento por el que la Administración acuerda la reasignación de funciones más que un acto reglamentario, no es sino más bien un acto administrativo (*vid.* Cap.IV.1).

En cualquier caso, lo que queda claro es que la citada regulación no puede ser asumida por la Ley, ya que es una actividad ejecutiva, atribuida a cada Administración-empleadora respecto de sus trabajadores, que no podría traducirse en un instrumento normativo de alcance general.

Además, debe de tenerse en cuenta que en la medida en que estos encargos también afectan, en algunos supuestos, a las condiciones de trabajo del personal laboral, si se admitiera que dicha regulación fuera realizada por una ley de una Comunidad Autónoma, se estaría infringiendo la competencia exclusiva en materia laboral que tiene atribuida el Estado, *ex* artículo 149.1.7 de la Constitución Española.

---

<sup>482</sup>Un razonamiento semejante es de aplicación en los supuestos de movilidad del personal funcionario de carrera (art.81 EBEP) o en la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas (art.84 EBEP).

### 3. Reglamentos sobre condiciones de empleo y condiciones de trabajo

Como se ha visto, el ordenamiento laboral reitera los postulados constitucionales respecto a la posición del reglamento en el sistema general de fuentes (artículo 9.3 y 97 CE)<sup>483</sup> y, en este sentido, establece la estricta sujeción de las disposiciones reglamentarias al principio de jerarquía normativa<sup>484</sup>, prohibiéndose que el reglamento establezca condiciones de trabajo distintas a las previstas por las leyes que desarrollan (art.3.2. ET).

En este punto, es necesario recordar que parte de la doctrina laboralista cuestionó la existencia de una reserva de ley en materia laboral, a tenor de lo expuesto en el artículo 35.2 de la Constitución, idea que fue mayoritariamente rechazada (*vid.* Cap.II.4). Sin embargo, dada la prolija regulación legal en materia laboral, se puede afirmar que se ha producido una congelación de rango respecto a muchas de las materias concernientes a las relaciones de trabajo. El Estatuto de los Trabajadores es una norma amplia y detallada que impide, en la práctica, encontrar algún aspecto relativo al contrato de trabajo que no cuente con una regulación legal, lo que supone un límite casi absoluto para los reglamentos independientes, en el caso de que se aceptara su existencia en materia laboral<sup>485</sup>.

Hay autores que entienden que tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores la potestad reglamentaria en materia laboral queda profundamente limitada, en la medida en que su artículo 3.2 no solo exige la sujeción del

---

<sup>483</sup>Como es sabido, en el ordenamiento jurídico español el reglamento ocupa una posición jerárquicamente inferior a la Constitución y a las leyes, y así se determina expresamente en el texto constitucional (art.97 CE) y en distintas leyes administrativas como la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 6 de la Ley 6/1985, de 1 de Julio), la Ley de Procedimiento Administrativo común (art. 51 de la Ley 30/1992) o la Ley del Gobierno (art.23.1. de la Ley 50/1997, 27 de noviembre).

<sup>484</sup>El reglamento presenta una doble sujeción a la ley, por un lado, activa y, por otro, pasiva. La vertiente activa de esta sujeción conlleva que a la entrada en vigor de una ley quedan derogados todos los reglamentos anteriores que contravengan lo dispuesto en ella. Por su parte, la vertiente pasiva implica que las leyes no se verán afectadas por la aprobación de reglamentos posteriores con un contenido contrario a sus preceptos, siendo nulos aquellos pasajes del reglamento que contravinieran las disposiciones legales (art. 62.2 de la Ley 30/1992 y art. 47.2 y 128.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a partir del 2 de octubre de 2016).

<sup>485</sup>*Vid.* GARCÍA MURCIA, Joaquín, *op.cit.*, pg.23.

reglamento al principio de jerarquía normativa, sino que también restringe su papel al mero desarrollo de normas legales. Para estos autores queda cerrada, por indicación legal, la posibilidad de una regulación autónoma de las condiciones de trabajo por vía reglamentaria, y queda igualmente vedada la colaboración del reglamento con la ley que suponga un suplemento en términos de mejora respecto de la regulación legal<sup>486</sup>.

Así, conforme a esta interpretación, el Estatuto de los Trabajadores encarga al reglamento una función de ejecución y complemento de la ley, y así prevé que «*las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior*» (art.3.2.). Esta referencia al papel del reglamento en el Estatuto de los Trabajadores podría entenderse como una prohibición de reglamentos independientes en el ámbito laboral, limitándose la potestad reglamentaria a los reglamentos ejecutivos o de desarrollo.

Sin embargo, parece más correcto entender que esta disposición hace referencia exclusivamente a los reglamentos ejecutivos, sin que ello excluya la posibilidad de que existan en el ordenamiento laboral reglamentos independientes. En este sentido, la vertiente innovadora o autónoma del reglamento se puede inferir de ciertos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, en los que se alude al ejercicio de la potestad reglamentaria para la regulación de determinadas materias, sin limitar su papel al desarrollo del contenido previo de una ley (*v.gr.* relaciones laborales especiales, artículo 2.2. ET)<sup>487</sup>. Así lo ha entendido también la jurisprudencia que ha admitido la validez

---

<sup>486</sup>Vid. BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011, pg. 235, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 26, 1989, pg. 76, GARCÍA MURCIA, Joaquín, «El papel del reglamento en materia laboral: algunas reflexiones a la luz de las reformas de 1994», *Actualidad Laboral*, nº36, 1995, pg.629.

<sup>487</sup>Vid. BLASCO PELLICER, Ángel, «Fuentes de la relación laboral», en VV.AA., VILLALLÓN CRUZ, Jesús, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, GOERLICH PESET, José María y MERCADER UGUINA, Jesús R. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los trabajadores*, Lex nova, Valladolid, 2011, pg.52-53.

del reglamento laboral en materias no reguladas por la ley y no remitidas a la negociación colectiva<sup>488</sup>.

La expresión utilizada por el Estatuto de los Trabajadores –«*condiciones distintas*»- podría entrañar diferentes significados, alguno de ellos no tan restrictivo con el papel de la potestad reglamentaria en el ámbito laboral<sup>489</sup>. En este sentido, los defensores de una concepción restrictiva se han fundamentado en la salvaguarda del derecho a la negociación colectiva, ya que la limitación legal no pretendería otra cosa que liberar un espacio, ocupado por la norma reglamentaria, para dejarlo totalmente expedito para los convenios colectivos<sup>490</sup>.

Con el objetivo de delimitar con claridad los espacios libres de la reserva de ley en el ordenamiento laboral, la doctrina ha diferenciado dos tipos de reservas de ley: las reservas con distribución horizontal y las reservas con distribución vertical<sup>491</sup>. Partiendo de esta clasificación, se entendería que existe una reserva con distribución horizontal cuando una determinada materia debe ser regulada en su totalidad por normas de rango legal. Sin embargo, en las reservas con distribución vertical, la exigencia de una regulación por ley alcanza sólo a los aspectos más básicos de la materia, siendo regulables por reglamento aquellos aspectos complementarios no incluidos en aquella<sup>492</sup>.

---

<sup>488</sup>Vid. STS de 31 de enero de 1990 (Sala Contencioso-Administrativo).

<sup>489</sup>Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *op.cit.*, pg.74, , GARCÍA MURCIA, Joaquín, *op.cit.*, pg.630.

<sup>490</sup>Vid. GARCÍA MURCIA, Joaquín, «El papel del reglamento en materia laboral: algunas reflexiones a la luz de las reformas de 1994», *Actualidad Laboral*, nº36, 1995, pg. 629-630.

<sup>491</sup>Entre la doctrina laboralista *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», en VV.AA., MONTOYA MELGAR, Alfredo, MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pg.371-375 y entre la doctrina constitucionalista DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pg. 230.

<sup>492</sup>Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», en VV.AA., MONTOYA MELGAR, Alfredo, MARTÍN VALVERDE, Antonio, y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pg.371-375.

Conforme a esta distinción, en el texto constitucional español existiría una reserva de ley con distribución horizontal en los artículos 28.1 (libertad sindical), 28.2 (derecho de huelga), 37.1 (derecho a la negociación colectiva) y 37.2 (derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo), así como en el 35.1 (libre elección del oficio)<sup>493</sup>. Dentro de estas materias deben distinguirse, además, aquellas que por tratarse de derechos fundamentales deben ser reguladas por ley orgánica, como la libertad sindical y el derecho de huelga. El resto de las materias reservadas a la ley en el texto constitucional serán reservas con distribución vertical<sup>494</sup>.

Algún autor ha entendido que si bien es verdad que la Constitución no configura una reserva reglamentaria, como en cambio sí existe en materia legal, el ámbito residual de estas reservas de ley queda abierto al reglamento. En este sentido, es posible la existencia de reglamentos en las materias referentes a los «*Principios Rectores*», del Cap. III del Título I de la Constitución, para cuya efectividad solo esporádicamente se exige su regulación por ley (art. 39.2, 43.2, 46, 51,1 y 52), siendo la regla general el mandato a «*los poderes públicos*», expresión que puede entenderse referida al Gobierno y a su potestad reglamentaria<sup>495</sup>,

A pesar de las discrepancias doctrinales sobre la existencia de reglamentos independientes en el Derecho del Trabajo, la potestad reglamentaria desarrolla en el ordenamiento laboral su actividad ordinaria o habitual, de ejecución y complemento de la normativa legal. En su función ordinaria de

---

<sup>493</sup>La doctrina constitucionalista utiliza el artículo 35.1 CE como ejemplo típico de la reserva de ley con distribución horizontal. De esta manera, la libertad de elección de la profesión u oficio queda sometido a la reserva de ley en virtud de la establecida por el artículo 53.1 CE para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades, pero como ha indicado el Tribunal Constitucional, eso no significa que todo el ejercicio de las profesiones y oficios quede en su totalidad sujeto a la reserva, ya que lo reconocido como derecho fundamental es la libertad de elección y no lo demás (STC 83/1984, de 24 de julio). *Vid.* DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pg. 230.

<sup>494</sup>*Vid.* LAHERA FORTEZA, Jesús, *Normas laborales y contratos colectivos*, Reus, Madrid, 2008, pg.38.

<sup>495</sup>*Vid.* ALONSO OLEA, Manuel, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, pg.85.

desarrollo y ejecución de las leyes, el reglamento laboral se encarga de materias que requieren una regulación prolija o casuística, por su nivel de detalle (*v.gr.* jornadas especiales, empleo, contratación temporal), por su dificultad técnica (*v.gr.* prevención de riesgos laborales), o por el carácter coyuntural o de renovación periódica (*v.gr.* salario mínimo interprofesional)<sup>496</sup>.

En el ámbito de la normativa de la función pública, el EBEP no contiene un precepto análogo al artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores que ordene las fuentes de regulación de las relaciones habidas en su seno y establezca los límites del reglamento. Aún así, como ya se ha visto, son numerosas las remisiones que este hace a la potestad reglamentaria, así como a las potestades de Gobierno de las Administraciones Públicas.

A este respecto, cabe recordar las previsiones recogidas en el EBEP que encargan al Gobierno la regulación del régimen jurídico del personal directivo (art.13), del procedimiento electoral, sobre qué funcionarios son electores y elegibles (art.44), y sobre el régimen de jubilación de los funcionarios (disposición adicional sexta).

Además, en el ámbito del empleo público también se han dictado otros reglamentos que adecuan previsiones legales a este sector. Así, cabe citar el RD. 67/2010, de 29 de enero, sobre la adaptación de la legislación de Riesgos Laborales a la Administración general del Estado, así como la Resolución de 15 de noviembre de 2013, de la secretaria de Estado de Administraciones Públicas por la que se actualiza y dispone la publicación del sistema de Gestión de la Prevención de Riesgos laborales en la Administración General del Estado.

También, el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración General del Estado, de la Seguridad Social y de los entes y organismos y empresas

---

<sup>496</sup>*Vid.* MARTÍN VALVERDE, Antonio, y GARCÍA MURCIA, Joaquín (Dir. y Coord.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. VOL. I*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.136.

dependientes –desarrollando la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al servicio de la Administración Pública- y el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero por el que se aprueba el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado.

#### 4. Reglamentos sectoriales de trabajo

La potestad reglamentaria laboral se completa, junto con los reglamentos sobre las condiciones de empleo y trabajo, con los denominados «*reglamentos sectoriales*», que regulan las condiciones de determinados sectores de actividad. Más específicamente, por reglamentos sectoriales de trabajo se entiende la regulación reglamentaria de ciertos sectores de actividad que, en atención a sus especialidades o particularidades, requieren una regulación propia.

Si bien, en la actualidad, estos no tienen la importancia que el anterior ordenamiento jurídico laboral otorgaba a las denominadas «*reglamentaciones*» u «*ordenanzas*», debido a las garantías constitucionales sobre el derecho a la negociación colectiva. En efecto, cuando el artículo 37.1 de la Constitución Española prevé que «*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral*», no solo está imponiendo un deber activo al legislador, que se traduce en una obligación de asegurar un ámbito de actuación suficiente a los sujetos negociadores, sino que también supone una limitación a la actuación del poder normativo, tanto legislativo como reglamentario, en ese espacio mínimo y vital reservado a esta. Por tanto, el reconocimiento constitucional de un espacio a la autonomía colectiva prohíbe las injerencias por parte de los poderes normativos en ese espacio de actuación<sup>497</sup>.

El Estatuto de los Trabajadores prevé que el Gobierno pueda llevar a cabo una reglamentación sectorial (disposición adicional séptima), aunque de

---

<sup>497</sup>Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, «Negociación colectiva y Constitución», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial: La negociación colectiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pg.26.

manera muy limitada, ya que deben concurrir diversas circunstancias excepcionales. Para que sea posible la intervención del Gobierno por esta vía es necesario que en el sector económico y en la demarcación territorial concreta no exista un convenio colectivo. Además, no debe ser posible la extensión de convenios colectivos, prevista en el artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores, y, por último, deben realizarse consultas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales. Esta intervención por parte del Gobierno plantea ciertas dudas de constitucionalidad, ya que se procede a una deslegalización sin límite de tiempo en el ejercicio, lo que podría ser contrario al artículo 82.3<sup>498</sup> de la CE<sup>499</sup>.

Con carácter general, se han aprobado varios reglamentos sectoriales sobre condiciones de trabajos, unas veces cumpliendo encargos del legislador (RD 3255/1983, de 21 de diciembre, del Estatuto Minero) y en otras ocasiones para la transposición de directivas comunitarias (RD 285/2002, de 22 de marzo, sobre jornada de trabajo de la gente del mar)<sup>500</sup>.

En lo que respecta al personal de las Administraciones Públicas habría que diferenciar dos supuestos: por un lado aquellos colectivos de empleados públicos que debido al sector en el que desarrollan su actividad requieren una regulación específica de sus especialidades y, por otro lado, aquellos colectivos que constituyen una relación laboral especial en sentido material.

---

<sup>498</sup>En concreto, el artículo 82.3 de la CE establece que : «*La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado*».

<sup>499</sup>Vid. ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, vigesim quinta edición, Civitas, Madrid, 2008, pg.957, y ALONSO OLEA, Manuel, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, pg.96.

<sup>500</sup>Vid. MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Vigésimoprimera Edición, Tecnos, pg. 109.

A estos efectos, cabe recordar las previsiones del artículo 2 y 4 del Estatuto Básico del Empleado Público. En este sentido, se podrían englobar en el primero de los supuestos las previsiones del artículo 2.2 respecto del personal investigador que establece que *«en la aplicación de este Estatuto al personal investigador se podrán dictar normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades»*. A pesar de que no se ha dictado, por el momento, el Estatuto del Personal Investigador, si que existen regulaciones parciales, como la contenida en el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación.

De un modo análogo, el artículo 4 del EBEP relaciona una serie de colectivos que, en atención a sus especialidades, así como al sector de actividad en el que se llevan a cabo sus funciones, requieren una regulación autónomas (*vid.* Cap. I. 3). Si bien, en principio, podría parecer que este artículo enumera colectivos de empleados públicos con una relación especial, un análisis individualizado de cada uno de ellos hace decaer esta interpretación ya que la mayoría son sectores en los que no tiene cabida –o es residual- la contratación laboral, por lo que, en puridad, no se podría hablar de relaciones laborales especiales.

A estos efectos, de los colectivos relacionados en el artículo 4, solo cabe la contratación laboral respecto del personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito [art.4 f) del EBEP], cuya relación, contenida en el artículo 6 BIS de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España, establece que *«El personal del Banco de España será seleccionado respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y está vinculado al mismo por una relación de Derecho laboral. Sin perjuicio de su autonomía en materia de política de personal, el Banco de España deberá aplicar para su personal medidas en materia de los gastos de personal equivalentes a las establecidas con carácter general para el personal al servicio del sector público, principalmente en las leyes de presupuestos generales del Estado de cada año, no pudiendo acordar, en*

*ningún caso, incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados para dicho colectivo». Por tanto, no se puede considerar una relación de carácter especial, sino una relación laboral ordinaria, a la que, debido al sector de actividad en el que se desarrolla, se extienden ciertos principios y limitaciones propias del empleo público<sup>501</sup>.*

Además, también se puede categorizar como reglamentaciones sectoriales la regulación de ciertos colectivos especiales que prestan servicios en el ámbito de la Administración o en el sector público. Así, el Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo.

Por otro lado, cabe afirmar que es una relación laboral de carácter especial la del personal directivo en régimen laboral, prevista en el artículo 13 del EBEP, ya que la propia ley prevé que *«cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección»*. Por lo que será de aplicación el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Además, también se puede considerar una relación laboral de carácter especial la del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares<sup>502</sup>. En concreto, el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos

---

<sup>501</sup> Sobre el régimen del Banco de España debe de tenerse en cuenta la disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que prevé que *«El Banco de España en su condición de banco central nacional se regirá, en primer término, por lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, el Reglamento (UE) n.º1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013 y la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. En lo no previsto en las referidas normas y en cuanto sea compatible con su naturaleza y funciones será de aplicación lo previsto en la presente Ley»*.

<sup>502</sup> Vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares: coordenadas y peculiaridades de su régimen jurídico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1996.

militares, regula *«las relaciones de trabajo entre el personal laboral al servicio de la Fuerzas Armadas y los Establecimientos dependientes de la Administración Militar, así como el perteneciente a Organismos autónomos encuadrados en el Ministerio de Defensa»* (art.1).

Y, a estos efectos, establece un régimen específico respecto de los derechos y deberes laborales básicos (art. 3-5), los elementos y eficacia del contrato de trabajo (art. 6 y 7), las modalidades del contrato de trabajo y su duración respectiva (art. 8-11), sobre acceso al trabajo (art. 12-15), la promoción en el trabajo (art.21-25), del salario y demás retribuciones (26-32), del tiempo de trabajo (art.33-37), de la modificación y extinción del contrato (art. 38-55) y normas de seguridad social y seguridad e higiene en el trabajo (art. 56-57). Así como una regulación propia de premios, faltas y sanciones (art.58-69).

Además, prevé una regulación específica de los derechos colectivos, contemplado el derecho de representación (art. 78-92) y el ejercicio del derecho de reunión (art.93-97). Adicionalmente se contempla un procedimiento de petición, negociación y resolución sobre materias de índole económica, laboral y asistencial (art. 98-102).

También cabría mencionar en este apartado, el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, al menos respecto de aquellos trabajadores que desarrollen su actividad en establecimientos sanitarios o en centros o unidades docentes de titularidad pública.

Por último, es necesario hacer mención a los profesores de religión en centros públicos. Este colectivo, presenta dudas sobre si debe incluirse en el concepto de empleados públicos, debido a las dificultades que existen a la hora de determinar quién es realmente el empleador. En efecto, estos profesores prestan servicios en el ámbito de una Administración Pública, en concreto en la administración educativa, la cual parece que actúa como empleadora a efectos

formales, pero la Administración no puede proceder a las contrataciones sin un certificado de idoneidad proveniente de la jerarquía eclesiástica<sup>503</sup>.

La doctrina había entendido inicialmente que el empleador de estos docentes era la autoridad educativa, y no la jerarquía eclesiástica, pues si bien es cierto que esta se reserva las facultades de proponer el nombramiento o cese de los trabajadores, así como de señalar los contenidos de la enseñanza y controlar que estos se impartan adecuadamente, es, sin embargo, la Administración educativa quien se encarga de designar concretamente a los trabajadores, organizar el trabajo, ejercer la potestad disciplinaria y retribuirlos<sup>504</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido matizando esta idea, e imputa la condición de empleadora a ambos entes (STS de 19 de abril de 2005). En este sentido, considera empresario a la Administración en cuanto a la retribución y condiciones de trabajo, y a la Iglesia en los restantes aspectos, en particular la propuesta o no de renovación de los trabajadores<sup>505</sup>.

Para tratar de precisar las especialidades de este colectivo se ha procedido a la regulación reglamentaria las particularidades de la relación laboral de los profesores de religión. El Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. La regulación de esta relación tiene una especial trascendencia ya que se otorga la consideración de empleador a dos órganos de distinta naturaleza: la Administración Pública y la Iglesia Católica.

---

<sup>503</sup>Vid. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, «Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza», *Actualidad Laboral*, nº1, 2002, pg. 291-305.

<sup>504</sup>Vid. FÉRNANDEZ MÁRQUEZ, Óscar, «La designación del profesorado de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza. Estado de la cuestión tras la STC 38/2007, de 15 de febrero», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº84, 2008, pg.293.

<sup>505</sup>Vid. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, «Delimitación y alcance de las responsabilidades derivadas del despido de una profesora de religión como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga», *Aranzadi Social*, nº 9, 2012, pg. 75-82.



## CAPÍTULO V

### **INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ORGANIZACIÓN Y PLANIFICACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL**

**1. Potestades de organización del trabajo y el empleo público -2. La ordenación reglamentaria de las «Relaciones de Puestos de trabajo» (RPT). -3. Reglamento de ingreso, promoción y evaluación del desempeño. -4. La especificación reglamentaria de la oferta de empleo público. -5. Las bases de convocatoria de concurso y pruebas de acceso.**

#### **1. Potestades de organización del trabajo y el empleo público**

Como antes se vio, la potestad reglamentaria en el ámbito del empleo público asume una función adicional a las que desarrolla en el sector privado, ya que es el instrumento ordinario –al menos formalmente- a través del cual la Administración lleva a cabo la ordenación de los recursos de personal (*vid.* Cap. IV.1 y 2). La Administración, junto con la potestad reglamentaria, en sentido estricto, también dicta «*actos reglamentarios*» en el ejercicio de la potestad doméstica o del poder de dirección.

De esta manera, en el ámbito de la organización de los recursos de personal de la Administración Pública aparecen ciertos instrumentos, desconocidos en el sector privado, que responden a la capacidad inherente de los órganos de la Administración de pautar, dirigir y organizar la actividad administrativa.

Cabe resaltar que el EBEP no contiene ninguna referencia expresa a la forma que deben adoptar las decisiones directivas de la Administración en cuanto a empleadora, ni diferencia el poder de dirección del resto de actuaciones de la Administración. Sin embargo, sí contempla una prolija regulación de

diversos instrumentos derivados del ejercicio de la citada potestad. Ejemplo de ello son las previsiones que regulan la evaluación del desempeño (art. 20 EBEP), los planes de ordenación de recursos humanos (art.69 EBEP), las Ofertas de Empleo Público (art.70 EBEP), la movilidad funcional de trabajadores (art. 73.2 EBEP), las Relaciones de Puestos de Trabajo (art. 74 EBEP) o la movilidad geográfica del personal funcionario de carrera (art.81 EBEP).

A pesar de que desde la perspectiva de la ordenación de los recursos de personal todas son manifestaciones del poder de dirección, su consideración formal/administrativa es distinta. Por un lado, habrá actos reglamentarios, dirigidos a la ordenación y organización de los recursos humanos, como es el supuesto de los planes de ordenación de recursos (art.69 EBEP).

Existen, además, actuaciones de la Administración que se encuentran más cercanas a los actos administrativos. Así ocurre, por ejemplo, respecto de la movilidad funcional de los empleados públicos (art. 73.2 del EBEP), regulada en términos análogos a lo previsto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores respecto del sector privado<sup>506</sup>. Cuando en el ámbito de una Administración se adopta un acuerdo de movilidad funcional, resulta obvio que va a tener consecuencias jurídico-laborales para los trabajadores afectados, y que su adopción se fundamenta en el poder organizativo de la empleadora. Sin embargo, formalmente el acuerdo de movilidad es un acto meramente ejecutivo, y su eficacia se agotará con su mero cumplimiento, sin introducir, por tanto, ninguna innovación en el ordenamiento.

A mayor abundamiento, el citado artículo 73.2 del EBEP establece como requisito indispensable para la adopción del acuerdo de movilidad funcional,

---

<sup>506</sup>En concreto, el artículo 73.2 del EBEP prevé que: «*Las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas, o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma de las retribuciones*».

que existan necesidades del servicio que lo justifiquen. En caso contrario, la Administración incuriría en un desviación de poder, vicio que invalida el acto administrativo<sup>507</sup>, según lo previsto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992<sup>508</sup>. Por lo tanto, parece que las decisiones de movilidad adoptadas por la Administración respecto de su personal son, materialmente, una manifestación del ejercicio del poder de dirección y, formalmente, un acto administrativo.

Además, existen ciertos actos que desde la perspectiva administrativa pueden ser considerados meramente ejecutivos –por tanto actos administrativos– y que, sin embargo, desde la perspectiva laboral contienen un elemento normativo, y, por tanto, pueden ser clasificados como actos reglamentarios. Un ejemplo de estos actos de carácter dual son las convocatorias de concursos y oposiciones. La doctrina administrativista, en consonancia con la jurisprudencia, considera que *«las convocatorias no son disposiciones de carácter general sino actos administrativos generales, pues se refieren a una actuación singular y concreta, como es la apertura de un procedimiento selectivo para la provisión de plaza, sin que a ello sea obstáculo la pluralidad e indeterminación de sus destinatarios (...) agotándose sus efectos y eficacia jurídica cuando el proceso selectivo, de apertura, finaliza»*<sup>509</sup>.

Sin embargo, desde la perspectiva de la relación laboral de empleo público, una convocatoria de un concurso y/o oposición puede ser fuente de regulación del contrato de trabajo, en especial en los contratos de carácter temporal, en los que es habitual la remisión expresa a la convocatoria, con el fin

---

<sup>507</sup>Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y ARETA MARTÍNEZ, María, «Artículo 73. Desempeño y agrupación de puestos de trabajo» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V.(Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.630.

<sup>508</sup>El artículo 63.1 de la Ley 30/1992 (*«anulabilidad»*) establece que: *«Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder»*. A partir del 2 de octubre de 2016 quedará derogada la Ley 30/1992, regulándose esta materia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En concreto, la anulabilidad de los actos administrativos se regulará en el artículo 48 de la nueva ley, con el mismo contenido.

<sup>509</sup>Cfr. STS 22 de septiembre de 1986 y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones*, RAP, nº 40, 1963, pg.246.

de determinar el contenido concreto de las condiciones laborales. Por eso, desde la perspectiva laboralista la convocatoria no se agota con la apertura del proceso selectivo, sino que mantendrá sus efectos mientras no se extingan todos los contratos firmados a su amparo (*vid.* Cap. V. 5)<sup>510</sup>.

Un razonamiento parecido se puede predicar respecto de la Relaciones de Puestos de Trabajo, reguladas en el artículo 74 del EBEP. Las RPT se definen como el instrumento a través del cual cada Administración Pública estructura su organización de personal, siendo desde esta perspectiva un instrumento administrativo. Sin embargo, la RPT genera efectos laborales, que se traducen en el reconocimiento de un elenco de derechos y obligaciones que se incorporan al contrato de trabajo, por lo que a pesar de ser formalmente un instrumento administrativo, sustancialmente pueden ser fuente reguladora de la relación laboral<sup>511</sup>. Esta dualidad de la RPT también se pone de manifiesto a la hora de determinar la jurisdicción competente en orden a su impugnación, distinguiendo la propia jurisprudencia ambas dimensiones. De esta manera, la impugnación de una RPT se hará ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se cuestione el instrumento como mera manifestación de la potestad organizativa, y se acudirá ante la jurisdicción social para las reclamaciones relacionadas con la adecuación de las condiciones de trabajo recogidas en ella (*vid.* Cap. V.2)<sup>512</sup>.

Esta divergencia entre la concepción formal y material también se plantea en los planes de ordenación de recursos humanos, que desde una

---

<sup>510</sup>Un ejemplo del carácter innovador de las convocatorias se encuentra en la regulación de la prestación de servicio del personal docente e investigador en formación. Si bien este colectivo cuenta con un marco de regulación general, contenido en el RD 63/2006, de 27 de enero, del estatuto del personal investigador en formación, muchos de los extremos de su régimen jurídico se remiten a lo contenido en la correspondiente convocatoria. Así, por ejemplo, el artículo 5.1 establece que dentro de los derechos del personal en formación se incluirán los «reconocidos en las respectivas convocatorias» o el apartado 2 de este mismo precepto, que prevé, sobre la percepción de la ayuda económica, que se haga «en la forma establecida en cada convocatoria».

<sup>511</sup>*Vid.* STS de 15 de enero de 2009 (rec.709/2008) y SSTSJ Galicia 2979/2009, de 17 de junio, 3732/2009, de 17 de julio y 3701/2009, de 24 de julio.

<sup>512</sup>*Vid.* voto particular, SSTSJ Galicia 2979/2009, de 17 de junio.

dimensión puramente formal son meros reglamentos ejecutivos, mientras que desde una perspectiva «*ius laboralista*» son una manifestación clásica del poder de dirección de la Administración (art. 69.1 EBEP).

Por último, existen instrumentos directivos u organizativos que se desarrollan en fases diferenciadas, pudiendo tener cada una de ellas una categorización diferente. Así ocurre, por ejemplo, respecto de la evaluación del desempeño (art.20 del EBEP), configurada como un procedimiento mediante el cual se mide y se valora la conducta profesional, el rendimiento o el logro de resultados de los empleados públicos<sup>513</sup>. Para que se pueda llevar a cabo este procedimiento es necesario que cada Administración apruebe con carácter general un baremo (art.20.2 EBEP)<sup>514</sup>, que será de aplicación en cada caso concreto, pudiendo tener dicha evaluación efectos sobre la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo, la percepción de las retribuciones complementarias, e incluso la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso (art. 20.3 y 4 EBEP).

La doble intervención de la Administración en la evaluación del desempeño ilustra de manera clara los diversos tipos actos a través de los cuales puede estructurarse el poder de dirección dentro del sector público. La primera fase de la evaluación del desempeño, que consta de la elaboración del procedimiento y de la fijación del baremo, supone la aprobación de un acto de carácter normativo con vocación de permanencia, así como una innovación del ordenamiento, en la medida en que se establecen los criterios y los procedimientos que van a utilizarse a lo largo del tiempo para evaluar la actividad de los empleados públicos en cada ámbito concreto. Estas

---

<sup>513</sup>*Vid.* PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Cap. V. Derecho a la carrera y promoción interna» en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), «Capítulo XII, Ordenación de la actividad profesional» *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg.226.

<sup>514</sup>*Vid.* PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rosa, «Título V Ordenación de la actividad profesional. Capítulo II Estructuración del empleo público» en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.757 y ss.

características impiden que el instrumento por el cual se aprueba el procedimiento de evaluación y el baremo sea calificado de acto meramente ejecutivo, debiendo ser categorizado como reglamento o norma de carácter reglamentaria (*vid.* Cap. V.3).

Sin embargo, en la segunda fase de la evaluación del desempeño, la Administración se limita a aplicar una norma jurídica preexistente (el baremo) a una situación dada (la actividad desarrollada por sus empleados), por lo que se trata de un mero acto ejecutivo, susceptible de englobarse bajo la categoría de acto administrativo.

Como se puede observar, estos instrumentos no son productos homogéneos y, por tanto, su adopción, naturaleza y contenido puede ser diferentes. En efecto, no todos los instrumentos derivados de esta potestad revisten la misma forma, ni tienen los mismos efectos sobre la organización de las relaciones laborales. La categorización de estos actos directivos, así como la determinación de su posición en el sistema de fuentes de regulación de la relación laboral, requiere un análisis casuístico, ya que en ocasiones por su forma u órgano de procedencia podrían clasificarse como reglamentos (*v.gr.* OEP que revisten forma de Real Decreto y provienen del Gobierno correspondientes) pero, sin embargo, su contenido puede no tener carácter normativo.

Por ello, este capítulo analiza los instrumentos jurídicos de organización y planificación de los recursos de personal que mayor trascendencia tienen sobre la configuración de las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública. A tal efecto, se estudian, de manera pormenorizada, las Relaciones de Puestos de Trabajo (*vid.* Cap. V.2), los reglamentos de ingresos, promoción y evaluación del desempleo (*vid.* Cap. V.3), las Ofertas de Empleo Público (*vid.* Cap. V.4) y las bases de convocatorias de los concursos y pruebas de acceso (*vid.* Cap. V.5).

El estudio de estos instrumentos analizará el origen de los mismos, así como su soporte o fundamento legal, su configuración y procedimiento de elaboración, su naturaleza jurídica y, por último, las consecuencias jurídicas sobre la relación de empleo público laboral.

## **2. La ordenación reglamentaria de las «Relaciones de puestos de trabajo» (RTP)**

Cuando se habla de la estructura del empleo público se está haciendo referencia al modo en que las Administraciones Públicas organizan la relación entre las personas y las tareas, así como su ordenación y jerarquización, para que resulten adecuadas para garantizar el buen funcionamiento del sistema en su conjunto. En el ordenamiento jurídico español se optó, tradicionalmente, por un modelo de función pública organizado en cuerpos y escalas.

Sin embargo, se ha ido introduciendo paulatinamente el puesto de trabajo, como elemento estructural básico del sistema de empleo público. El punto de inflexión al respecto se halla en el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado<sup>515</sup> y, con mayor énfasis, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP).

El puesto de trabajo, frente a la pertenencia a cuerpos o escalas, aplicables tradicionalmente a los funcionarios, cobra una especial significación en ciertos supuestos en los que el acceso al empleo público se produce directamente a este, como puede ser el caso de pequeños municipios y, en todos los supuestos de acceso en régimen laboral.

A pesar de esta creciente importancia del puesto de trabajo en el seno de la Administración –máxime en una época en la que existe un aumento de la laborización del empleo público- no existe una definición legal precisa sobre

---

<sup>515</sup>En el Decreto 315/1964, la gestión de personal se realizaba a través de un instrumento denominado «*plantillas orgánicas*» precedente de las actuales RPT (art.52).

qué debe entenderse por puesto de trabajo, ni si quiera tras la entrada en vigor del EBEP<sup>516</sup>.

Así, con la aprobación de la LMRFP de 1984 el instrumento básico utilizado para ordenar la actividad laboral en el seno de la Administración ha sido la relación de puestos de trabajo (RPT), fundadas en una clasificación y diseño previo de los puestos, de sus características esenciales y de los requisitos exigidos para su desempeño. El artículo 15 de la LMRFP definía las RPT como «*el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto*».

Para la doctrina las RPT se definen como la expresión ordenada del conjunto de puestos de trabajo caracterizados por pertenecer a una misma unidad o dependencia de la Administración, y que deben ser desempeñados por funcionarios de carrera y personal laboral fijo, con la detallada descripción de las características y requisitos de los mismos<sup>517</sup>. O, expresado de otra manera, la RPT es la ordenación y clasificación funcional del personal en orden a la realización concreta del trabajo a desarrollar diariamente en las Administraciones<sup>518</sup>.

En la actualidad, el EBEP dispone que las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros

---

<sup>516</sup>El informe de la comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público considera que la centralidad del puesto de trabajo es incuestionable dado que en torno a él se debería desarrollar necesariamente diferentes componentes de la gestión de recursos humanos. En concreto, la concreción del puesto de trabajo debería incluir la definición de los perfiles de idoneidad de las personas para el desempeño de las funciones; la asignación y supervisión de las tareas; la evaluación del desempeño de los empleados; la fijación de retribuciones, o mejor dicho, de una parte de ellas y una de las modalidades de carrera profesional, aquella que implica un cambio de puesto de trabajo, *vid. op.cit.* pag.79.

<sup>517</sup>*Vid.* HERRERO POMBO, César, «La planificación y organización de los recursos humanos en la Administración local», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº18, 2007, pg.2943.

<sup>518</sup>*Vid.* GRIS GONZÁLEZ, Juan Carlos, «Naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas: la doctrina del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, nº 7, 2014, pg.122.

instrumentos organizativos similares que comprendan, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas a que estén adscritos, en su caso, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias (art.74)<sup>519</sup>.

Así pues, las RPT podrían ser calificadas como el principal instrumento en la ordenación y gestión del personal, ya que a través de ella se diseña la estructura interna de la Administración, ordenando y clasificando al personal. Además, mediante la RPT se racionaliza y ordena la función pública, al incluirse en la misma la dimensión económica o presupuestaria<sup>520</sup>.

Por ello, se puede afirmar que la RPT refleja la organización administrativa, haciéndola pública para el general conocimiento de los empleados, que de esta forma pueden saber el lugar que ocupan en la jerarquía de la Administración, al establecerse en ella las unidades de organización y la dependencia jerárquica de unos puestos respecto a otros, así como sus funciones y competencia material. Esta funcionalidad de la RPT exige que se configure como un instrumento técnico, vivo, dinámico y flexible, que pueda adaptarse a las cambiantes circunstancias organizativas y de la producción de los servicios que tiene encomendada cada Administración<sup>521</sup>.

Sin embargo, en la actualidad no está previsto un procedimiento específico para la elaboración de la RPT, ya que el EBEP solo recoge trámites

---

<sup>519</sup>En la actualidad aún subsisten, junto a las RPT, otros instrumentos de planificación y ordenación de los recursos humanos, como son las «Plantillas», que son concebidas por la jurisprudencia, a diferencia de las RPT, como la relación de plazas asignadas a cada una de las Escalas, Subescalas, clases y categorías, bien para la totalidad de la organización, bien para cada uno de los órganos de las mismas (STS de 31 de octubre de 1992, rec. 2806/1990). Por tanto, la plantilla responde a una visión subjetiva o corporativa del personal en la que este aparece agrupado en los diferentes cuerpos y escalas. *Vid.* GRIS GONZÁLEZ, Juan Carlos, «Naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas: la doctrina del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, nº 7, 2014, pg. 122-123.

<sup>520</sup>*Vid.* BOCINOS RIOBOO, M<sup>a</sup> Inés, «Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos, especial referencia a la Administración Local», *Revista Cemci*, nº6, 2010, pg.14.

<sup>521</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.304.

dispersos que serán de obligado cumplimiento. Así, por ejemplo, se exige la aplicación del principio de objetividad en la elaboración y determinación del contenido de la RPT; la necesidad del que la RPT tenga un carácter público (art.74 *in fine*); y, como más adelante se verá, la necesidad de negociación con las organizaciones sindicales (art.37.2)<sup>522</sup>.

La omisión de un procedimiento integral plantea diversas dudas sobre el proceso que deben seguir las Administraciones para su elaboración y modificación, así como cuál es el órgano competente para su aprobación. Sin embargo, la normativa precedente sí contenía previsiones a este respecto, y también la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el procedimiento de elaboración y aprobación de las RPT. En concreto, la LMRFP otorgaba la competencia conjunta para aprobar la RPT a los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y contemplaba la posible modificación de las mismas sin más trámites que la aprobación por el órgano competente [artículo 15 e)], asemejándose de esta manera más a un acto administrativo que a una disposición de carácter general<sup>523</sup>. Por su parte, en el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, remitía la confección de las plantillas orgánicas –precedente normativo de las actuales RPT- a las normas relativas a la elaboración de los reglamentos<sup>524</sup>.

---

<sup>522</sup>Vid. ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep, «Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (art.69 a 77)», en VV.AA., DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pg.776-777.

<sup>523</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.304.

<sup>524</sup>Así lo establecía la Base segunda del Decreto 865/1964, de 9 de abril, de aprobación de las bases para la confección de las plantillas orgánicas y la clasificación de los puestos de trabajo. Además, con carácter general, el artículo 52.4 Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado establecía que «*Las plantillas orgánicas y sus modificaciones se aprobarán por el Gobierno, previo informe de la Comisión Superior de Personal, y se publicarán al fin de cada bienio en el Boletín Oficial del Estado*».

La jurisprudencia tampoco mantiene un criterio unánime a este respecto. Así, algunos pronunciamientos entienden que el proceso de elaboración de la RPT se enmarca dentro de las potestades de autoorganización de la Administración destinadas a establecer de manera racional los puestos de trabajo y a cubrir de manera eficiente sus necesidades específicas de personal<sup>525</sup>. Por ello, tanto la aprobación de la RPT –como sus ulteriores modificaciones– son actos de la Administración encuadrables en el ejercicio de sus potestades organizativas (STS de 8 de mayo de 1998).

Sin embargo, otros pronunciamientos consideran que la RPT es una manifestación de las potestades de autoorganización y, por tanto, a pesar de que sea encuadrable en materia de personal, participa de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general, revestidas de *imperium*. Por ello, la jurisdicción social no sería competente ni para declarar la nulidad de una RPT, ni para revisar su contenido<sup>526</sup>.

Algún autor ha defendido que en el ámbito de la relación laboral las RPT no deberían ser consideradas actos o resoluciones administrativas –ni por supuesto disposiciones de carácter general-<sup>527</sup>, ya que, de otorgarles esta consideración, su ulterior modificación exigiría seguir el correspondiente procedimiento de revisión, lo que conllevaría que en caso de que se restringieran derechos individuales debería acudir al procedimiento de declaración de

---

<sup>525</sup>STSJ de Cataluña 757/2003 (Sala de lo Social), de 5 de febrero.

<sup>526</sup>Rec. 3379/1995.

<sup>527</sup>Es destacable que la opinión de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP parece ser favorable o cercana a esta postura, ya que en su informe dictamina que «(...) *debería diferenciarse el documento público –llámese Relación de Puestos de Trabajo, Catálogo o de otra forma–, que clasifique los puestos de trabajo y señale el perfil o los requisitos esenciales exigidos para su desempeño, así como las retribuciones correspondientes a cada puesto, de la identificación precisa de su contenido funcional. Esta última debe establecer más bien en un instrumento de carácter interno y de mera gestión, carentes de valor jurídico y fácilmente modificables, con el fin de evitar la rigidez excesiva del diseño de los puestos a que nos hemos referido*». Sin embargo, la opinión vertida en este punto por la Comisión puede entrar en contradicción con normativa aún hoy en vigor, en concreto con el artículo 15 d) de la LMRFP, que establece que tanto «*la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las relaciones de puestos de trabajo*». Por lo que parece que también la identificación del contenido funcional del puesto debe determinarse a través de la RPT y no en un instrumento de mero carácter interno.

lesividad, regulado en el Título VIII, Cap. I de la Ley 30/1992<sup>528</sup>, lo que entorpecería el normal desarrollo de la relación laboral<sup>529</sup>.

Por otro lado, el EBEP culmina el paulatino reconocimiento del derecho de participación de las organizaciones sindicales en el proceso de elaboración y adopción de estos instrumentos. En concreto, el artículo 37.2.a) prevé que *«Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización –como es el caso de la RPT– tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones»*.

A estos efectos, cabe recordar, que si bien en un estadio inicial, con la LMRFP, no se preveía nada sobre la intervención de los agentes sociales en la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo, posteriores leyes fueron reconociendo un margen de actuación a la negociación colectiva.

La Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, supuso un hito en materia de negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas, al reconocer a los sindicatos un derecho general de negociación en el sector. Sin embargo, esta ley excluía de la negociación aquellas materias en las que la Administración ejercitase sus potestades de organización, entre las que se incluían las RPT.

Posteriormente, se aprobó la Orden de 2 de diciembre de 1998, sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado, que preveía

---

<sup>528</sup> Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.304.

<sup>529</sup> A partir del 2 de octubre de 2016 el procedimiento de declaración de lesividad se regulará por lo previsto en los artículos 106 –revisión de disposiciones y actos nulos– y 107 –declaración de lesividad de actos anulables– de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

que «sin perjuicio de lo establecido en la presente Orden, la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo habrá de tener en cuenta las previsiones contenidas al respecto en el Pacto celebrado el 13 de mayo de 1988 entre la Administración del Estado y las Organizaciones Sindicales UGT y CSIF, cuyas prescripciones en cuanto al procedimiento de participación de las citadas Organizaciones en el proceso de aprobación y modificación de las relaciones de puestos de trabajo habrán de ser cumplidas en los términos fijados por dicho pacto». A pesar de que estas previsiones supusieron un avance en la materia, no se puede considerar que se constituyera un auténtico proceso de negociación, ya que solo se aludía a la «participación» de manera genérica.

Sin embargo, como ya se anunció, la situación cambió con la aprobación del EBEP, ya que su artículo 37.2 dispuso la exclusión de la obligatoriedad de negociación de las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, salvo en aquellos supuestos en los que tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el artículo 37.1<sup>530</sup>, en cuyo caso se procederá a la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales. Por tanto, la Administración no estaría obligada a negociar los términos de la RPT, en cuanto que es una manifestación de la potestad de autoorganización, pero sí debe hacerlo cuando la misma afecte a las condiciones de trabajo de los funcionarios, lo que en la práctica obliga a todas las Administraciones a negociar la RPT<sup>531</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo que entendió que, tras la aprobación del EBEP, la Administración tiene la obligación

---

<sup>530</sup>Entre estas materias se encuentra la RPT. En concreto, en los artículos 37.1 c): «planes e instrumentos de recursos humanos» y 37.1 m): «los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos».

<sup>531</sup>La STSJ de Castilla-León nº22/2014, de 27 de enero, ha entendido que la modificación de una RPT para eliminar puestos de trabajo vacantes ocupados por interinos es una materia que debe ser negociada, en la medida en que afecta a «las condiciones de trabajo» de los empleados públicos.

de negociar la RPT del personal funcionario en la mesa de negociación<sup>532</sup> (SSTS 4 de julio de 2007, 2 de diciembre de 2010, 23 de marzo de 2012<sup>533</sup>). En efecto, a juicio del Tribunal, el artículo 37.2 establece la obligatoriedad de negociación de las condiciones de trabajo *«aunque [estas] pretendan establecerse como consecuencia del ejercicio por parte de la Administración de sus potestades de organización»*.

De esta manera, conforme al artículo 37.2 del EBEP, no sirve el mero trámite de consulta a los sindicatos durante el procedimiento de elaboración de la RPT, sino que se exige un procedimiento de negociación en sentido estricto. En este contexto, el Tribunal Supremo ha entendido que negociar no es solamente remitir documentos a las organizaciones sindicales, sino que supone llevar a cabo las actuaciones imprescindibles para que las partes expongan sus respectivas posiciones y comprueben si es posible acercarlas y llegar a un acuerdo, sin que baste la mera consulta (STS 23 de marzo de 2012). Por tanto, el derecho de los sindicatos a la negociación no se satisface con la sola apertura del proceso negociador, ni con la mera celebración de reuniones carentes de contenido real (STSJ de Castilla-León nº 22/2014, de 27 de enero).

No obstante, el Tribunal Supremo ha precisado que no es necesario que se alcance un acuerdo para que se considere cumplido el trámite de negociación. En otras palabras, no es lo mismo negociación que concertación. Por ello, el bloqueo negociador no impide que la Administración apruebe la RPT, siempre y cuando haya precedido un escenario de reuniones, explicaciones y contrastes dentro de la Mesa de Negociación, que demuestre una voluntad seria de negociar.

---

<sup>532</sup>Incluso con anterioridad a la aprobación del EBEP el Tribunal Supremo ya exigía la necesidad de negociar las RPT en la mesa de negociación correspondiente, siendo la negociación una obligación en todos los casos y no una mera posibilidad que dependiera de que hubiera sido pedida a la correspondiente Administración, STS 4 de julio 2007 (Rec. 3492/2002).

<sup>533</sup>Rec. 3492/2002, Rec. 4775/2009 y Rec. 658/2009.

Así pues, se puede concluir que la obligación de negociar impuesta a la Administración no supone la obligación de alcanzar acuerdos con las organizaciones sindicales, máxime cuando el propio EBEP legitima a la Administración para establecer las condiciones de trabajado de manera unilateral, cuando no ha sido posible la concertación (art. 38.7 EBEP).

La importancia que el Tribunal Supremo otorga a la negociación colectiva se pone de manifiesto, además, en el hecho de que este ha considerado que la falta de negociación conlleva la nulidad de pleno derecho de la RPT, por vulneración del artículo 28 de la Constitución, en relación con sus artículos 37 y 103.3 (STS 2 de diciembre de 2010). Por ello, tratándose de un requisito relacionado con el ejercicio de un derecho fundamental, su ausencia debe valorarse como equivalente a la omisión de un trámite procedimental esencial incardinable también en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992<sup>534</sup>.

Estas especialidades en el procedimiento de elaboración de la RPT plantean, a su vez, dudas sobre su naturaleza jurídica. Si bien, como luego se verá, la RPT es reguladora de las relaciones laborales, formalmente es un instrumento Administrativo. Inicialmente la jurisprudencia había entendido que las RPT son actos o normas de derechos administrativo que participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general revestidas de «*imperium*». En este sentido, en las RPT concurren las notas de generalidad, abstracción y permanencia, aunque no se trate de normas reglamentarias rígidas y estáticas, sino flexibles y adaptables a las cambiantes circunstancias (SSTS 13 de mayo de 1996, 3 de octubre de 2000, 12 de febrero de 2001, 12 de marzo de 2001, 20 de julio de 2001<sup>535</sup>).

A pesar de ello, la jurisprudencia fue matizando esta postura inicial. Así, los pronunciamientos de la última década optaron por una solución intermedia,

---

<sup>534</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 la omisión de un trámite procedimental esencial se conllevará la nulidad del acto administrativo ex. artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

<sup>535</sup>Rec. 4363/1993, Rec. 7611/1994, Rec. 545/2000, Rec. 1045/2000, Rec. 6177/1993.

asignando a las RPT una naturaleza dual, según se refiera la cuestión al plano sustantivo o material, en cuyo caso se consideran actos administrativos, o al plano procesal, a cuyos efectos se consideran disposiciones de carácter general (SSTS 4 de febrero de 2002, 19 de junio de 2006, 4 de julio de 2012, 10 de julio de 2013<sup>536</sup>).

En el año 2014, el Tribunal Supremo se separa de su línea jurisprudencial, desechando la posibilidad de otorgar un carácter dual a estos instrumentos, y decantándose por el carácter de acto administrativo de las RPT en todos sus extremos (STS de 5 de febrero de 2014)<sup>537</sup>.

No obstante, resulta llamativo que antes de entrar a considerar el asunto, el propio Tribunal advierta que limita sus consideraciones a las RPT de la Administración General del Estado y de sus organismos autónomos, en la medida en que el artículo 15 LMRFP sigue en vigor. Por lo que no cabe, a juicio del Tribunal, extender de modo apriorístico su fundamentación a las RPT de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, habida cuenta que el EBEP sí que ha derogado los artículos 16 y 17 de la Ley 30/1984.

De este modo, los intentos ulteriores de categorización de las RPT –u otro instrumento alternativo de ordenación del personal- de estas Administraciones debería hacerse conforme a lo previsto en la Ley de Función Pública de cada correspondiente Comunidad o Corporación Local, dentro de los límites marcados al respecto por la legislación básica del Estado (art. 149.1.18 CE), que en este momento sería el propio EBEP.

Esta división trazada por el Tribunal Supremo olvida el carácter básico que el EBEP otorga al instrumento, lo que debería impedir que se atribuyese a

---

<sup>536</sup>Rec. 225/1999, Rec. 8200/2000, Rec.1984/2010, Rec. 2598/2012,

<sup>537</sup>Vid. RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel, «Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo y sus consecuencias procesales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 168, 2015, pg.209-232.

las RPT diferente naturaleza en función de la Administración de que se trate y de la correspondiente ley de desarrollo que sea de aplicación. Además, la necesidad de una categorización única de las RPT se refuerza con la inclusión y regulación en ellas de puestos de carácter laboral, teniendo en cuenta que las Administraciones Autonómicas y Locales no tienen competencia en esa materia (art.149.1.7 CE) y, por ende, su naturaleza jurídica debería de ser la misma con independencia de la Administración concreta en la que se apruebe.

La Sala entiende que no pueden considerarse disposiciones generales, ya que de hacerse así deberían categorizarse como normas reglamentarias, y que tal calificación comprendería la obligación de publicación oficial, requisito que, sin embargo, no se exige a las RPT. Para el Tribunal Supremo negar la necesidad de publicar oficialmente una norma reglamentaria resultaría de difícil explicación en un marco constitucional y legal que proclama como principio básico la publicidad de las normas (art.9.3 CE)<sup>538</sup>.

Por ello, continua el Tribunal, para que una disposición general pueda tener vigencia sin procederse a su publicación en el correspondiente boletín es necesario que una disposición legal así lo establezca de modo inequívoco (STS de 5 de febrero 2014<sup>539</sup>). Además, el Tribunal resalta que la jurisprudencia más reciente ya había descartado la consideración de las RPT como normas reglamentarias, en la medida en que les faltaba «*la nota de generalidad y demás caracteres propios de las disposiciones reglamentarias*» (STS 19 de junio de 2006<sup>540,541</sup>).

---

<sup>538</sup>Si bien es verdad que las normas reglamentarias deben de publicarse, conforme a lo establecido en el artículo 24.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la publicación es obligada también para la eficacia de los actos de destinatarios indeterminados o actos plúrimos (art.58 y 59.5 Ley 30/1992), que es la categorización que finalmente otorga el Tribunal Supremo a las RPT.

<sup>539</sup>Núm. recurso 2986/2012.

<sup>540</sup>Rec. 8200/2000.

<sup>541</sup>En esa misma línea argumental de falta de «*la nota de generalidad y demás caracteres propios de las disposiciones reglamentarias*», se insiste en las SSTS de 4 de febrero de 2002, 19 de junio de 2006, 4 de julio de 2012, 10 de julio de 2013.

La sentencia recuerda que es un criterio asentado en la doctrina –tanto científica como judicial- que la distinción principal entre el acto y la norma se centra en la innovación o no del ordenamiento jurídico, siendo la norma de carácter general y abstracta, susceptible de ulteriores y sucesivas aplicaciones<sup>542</sup>. Partiendo de esta base conceptual, la mayoría de la Sala entiende que la RPT no puede ser considerada como norma, ya que no es un acto ordenador, sino un acto ordenado, mediante el cual la Administración se autoorganiza. Por tanto, según el sentir mayoritario del Tribunal Supremo no puede encontrarse en la regulación de las RPT una habilitación para que como norma, ordenen los contenidos del estatuto de los empleados público, sino que solo son actos de ordenación que ponen cierre a la organización de personal, por lo que permiten sucesivas y ulteriores aplicaciones.

En este sentido, la Sentencia determina que el estatuto de los funcionarios públicos se integra únicamente por la Ley y por sus reglamentos de desarrollo. Por tanto, lo único que hace la RPT, al ordenar los distintos puestos, es singularizar dicho estatuto en relación con cada puesto, al establecer las exigencias que deben observarse para su cobertura, y la concreción de los derechos y deberes fijados genéricamente por las normas generales (*v.gr.* categoría profesional, nivel de complemento de destino, complemento específico, en su caso, etc.)<sup>543</sup>. De esta manera, para el Tribunal Supremo la definición del puesto de trabajo regulado en la RPT no es sino la precisión de la normativa general al concreto supuesto de hecho. A pesar de todo, la propia sentencia reconoce que la RPT produce significativos efectos en el estatuto de

---

<sup>542</sup>*Vid.*, por todos, LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, COLEX, Madrid, 2011, pg. 418 y ss. Y MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones*, Revista de Administración Pública, nº40, 1963, pg.232-234.

<sup>543</sup>Aun así es posible que se reconozcan complementos que no estén recogidos en la RPT. En efecto, el Tribunal Supremo ha entendido que si la Administración ha incumplido su obligación de aprobar la RPT, o de incluir en ella puestos o completos concretos, esta falta no puede perjudicar al trabajador. Ya que si se permitiera esta práctica «*sería tanto como legitimar la contratación de trabajadores para puestos de trabajo inexistentes, siendo bastante para su no reconocimiento la ausencia de estos puestos específicos [en la RPT], a pesar de la práctica de su existencia y desempeño*» (STS 11 de febrero de 2014, rec. 1190/2013).

los funcionarios. Sin embargo, se descarta que la eventual incidencia en cuestiones de personal sea razón suficiente para entender que las RPT sean normas reguladoras del estatuto funcional.

Si bien esto es verdad respecto del personal funcionario, la consideración de la RPT debe de ser distinta en relación con los contratados. En efecto, la relación laboral en el ámbito del empleo público no se rige únicamente por las leyes y los reglamentos que sean de aplicación, ya que no es una relación «*estatutaria*». Por tanto, no se puede afirmar que respecto de los contratados laborales la RPT sea una mera precisión de la normativa general, sino que, por el contrario, regula condiciones de trabajo más allá de las previsiones legales.

Esta doble virtualidad de la RPT también ha sido reconocida en la sede judicial a la hora de concretar la jurisdicción competente en orden a su impugnación. De esta manera, la impugnación debe realizarse ante la vía contencioso-administrativa, cuando se cuestione como instrumento técnico de la Administración a través del cual se realiza la ordenación del personal. En otras palabras, cabe la impugnación en vía contenciosa cuando se cuestiona la RPT como mera manifestación de la potestad organizativa (STS de 15 de enero de 2009<sup>544</sup>; SSTSJ Galicia 2979/2009, de 17 de junio, 3732/2009, de 17 de julio, 3701/2009, de 24 de julio). Sin embargo, sus actos de aplicación, los que materialmente afecten a la regulación de condiciones de trabajo, deben enjuiciarse por la jurisdicción social si el empleado afectado por la RPT es personal laboral<sup>545</sup>. Por tanto, las reclamaciones formales y relacionadas con la organización administrativa se articularán a través de la vía contencioso-administrativa y la cuestiones materiales o sustantivas serán competencia de la jurisdicción laboral.

A pesar de que el sentir mayoritario de la Sala se decantó por la consideración de las RPT como actos administrativos, este cambio doctrinal no

---

<sup>544</sup>Rec. 709/2008.

<sup>545</sup>*Vid.* voto particular, SSTSJ Galicia 2979/2009, de 17 de junio.

contó con la unanimidad de todos sus miembros. En efecto, la Sentencia recoge un voto particular que considera que la singular naturaleza las relaciones de puestos de trabajo impide que se puedan calificar estrictamente como actos administrativos o como disposiciones generales, pero, a su juicio, esta última concepción resulta más respetuosa con los derechos de los empleados públicos.

De esta manera, los Magistrados que suscriben el voto particular entienden que el artículo 74 del EBEP –así como el artículo 15 de la Ley 30/1984- otorga a las RPT una doble función que dificulta su encuadramiento en una única categoría, ya que desempeñan una función organizativa, consistente en definir el puesto de trabajo, la unidad última en la que se diversifica la estructura de cada Administración Pública. Pero, además, cumplen un segundo cometido, al completar el régimen jurídico de los empleados públicos con unos elementos o derechos que no aparecen en las regulaciones legales y reglamentarias, con especial intensidad en lo concerniente al personal contratado que, como ya se advirtió, no tienen una relación estatutaria<sup>546</sup>.

Por todo ello, el voto particular, considera que las relaciones de puestos de trabajo son instrumentos dotados de un perfil propio y de un régimen específico de elaboración y aprobación, distinto del previsto para las otras normas aprobadas por la Administración, lo que impide reducirlas a la condición de actos administrativos, aunque tampoco puedan equipararse plenamente a las disposiciones generales.

Por último, hay que destacar la virtualidad de las RPT respecto de las relaciones laborales. En este sentido, hay autores que consideran que la función principal de la RPT es, a pesar de que no lo exija el EBEP, la determinación de los puestos que se van a reservar al personal funcionario y los que pueden ser

---

<sup>546</sup>Así, por ejemplo, las RPT identifican los cuerpos y escala a los que se adscribe cada puesto de trabajo, integrando a su vez la regulación del derecho a la movilidad de los funcionarios de esos cuerpos y escalas mediante la indicación de los concretos puestos en que puede ejercitarse. También se incluyen las retribuciones complementarias, lo que implica que una parte del contenido de los derechos retributivos del funcionario se defina a través de la RPT, en la medida en que estas no figuran en ninguna otra norma jurídica.

desarrollados por contratados laborales<sup>547</sup>. No obstante, esta afirmación no se puede realizar sin matizaciones, ya que lo contrario podría conllevar una tacha de inconstitucionalidad, por vulnerar la reserva de ley contenida en el artículo 103.3 de la CE (*vid.* Cap. III.1).

En la actualidad, y en lo que respecta a la Administración General del Estado, la función principal asignada a la RPT es establecer la creación, modificación, refundición y supresión de los puestos de trabajo (art. 15 LMRFP, aun en vigor respecto de la AGE). A su vez, se vincula con la provisión de puestos de trabajo, ya que para que estos puedan ser convocados se requerirá que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas RPT [art.15 f)], aunque esta exigencia solo predicable de los puestos a desempeñar por funcionarios o para la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, excluyéndose de esta exigencia los contratos de trabajo temporales.

La consignación del puesto de trabajo en la RPT tiene una importancia capital, en la medida en que se contempla como un requisito legal previo para la formalización de todo contrato de trabajo fijo. De esta manera, los contratos de trabajo fijos serán nulos en aquellos casos en los que el correspondiente puesto no se refleje en la RPT o, de hacerse, esté asignado a personal funcionario, ya que la Administración debe respetar las previsiones de la ley –y de su propia RPT- respecto a la naturaleza jurídica del vínculo. En caso de llevarse a término un contrato que contraviniera estas previsiones, se estaría ante una infracción de ley, por vulnerarse la reserva contenida en el artículo 9.2 y 11.2 del EBEP, y se trataría de un contrato con objeto ilícito o prohibido<sup>548</sup>.

En este sentido, debe recordarse que la reserva de ley contenida en el artículo 9.2 del EBEP es absoluta a favor de los funcionarios, por lo que no cabe

---

<sup>547</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.306.

<sup>548</sup>*Vid.* GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, pg.167.

que a través de las RPT –una vez aprobadas las perceptivas leyes de desarrollo– se establezca la posibilidad de que un puesto asignado a personal funcionario sea cubierto de forma provisional por el personal laboral, aún en los casos justificados de urgente necesidad. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia que consideró que aun existiendo una urgente e inaplazable necesidad de cubrir una vacante se debe acudir a los sistemas previstos legalmente para la provisión de puestos de trabajo de funcionarios, y no a la contratación laboral, si el puesto está asignado al primer colectivo en la correspondiente ley (STSJ de Castilla-León nº 136/2008, de 2 de mayo)<sup>549</sup>.

Por tanto, se puede afirmar que la RPT genera efectos laborales, que se traducen en un primer momento en la propia validez del contrato y posteriormente en el reconocimiento de un elenco de derechos y obligaciones que se incorporan a este –como puede ser la provisión de complementos retributivos–, por lo que, sustancialmente, puede considerarse reguladora de la relación laboral.

Además, la RPT también despliega efectos en los procesos de amortización de plazas de personal laboral fijo, ya que si la Administración competente pretender eliminar determinados puestos (aún cuando concurren causas económicas, organizativas o técnicas) junto con el procedimiento de despido objetivo deberá proceder a la correspondiente modificación de su RPT. Como se recordará, este procedimiento de amortización ha planteado problemas en relación a la extinción de contratos de trabajo ocupados por el personal laboral no fijo de plantilla (*vid.* Cap. I.5).

### **3. Reglamentos de ingreso, promoción y evaluación del desempeño**

En el ámbito de las Administraciones Públicas resulta muy habitual la atribución a la potestad reglamentaria de las materias relativas al ingreso, la promoción y evaluación de la actividad de sus empleados. No en vano estas

---

<sup>549</sup>*Vid.* CAMPOS DAROCA, José María, *op.cit.*, pg. 51.

materias, debido a su especial trascendencia, se encuentran recogidas en la correspondiente ley –en este caso el EBEP- pero, con carácter general, esta solo recoge los principios rectores que deben guiar las mismas, sin proceder a una regulación prolija o casuística que se delega al reglamento.

La legislación laboral no se hace cargo de estos temas, en la medida en que su regulación está pensando en la empresa privada en la que estas materias no tienen que estar debidamente regladas y pautadas, como si ocurre en el ámbito público. Por tanto, el marco de referencia en este caso es exclusivamente la normativa de función pública, aunque también alcanza al personal laboral al servicio de las Administraciones.

El acceso al empleo público, así como la adquisición de la relación de servicios, se regulan en los artículos 55-62 del EBEP, que tienen carácter básico. A su vez, el artículo 61 y 62 del EBEP regulan los sistemas selectivos y la adquisición de la condición del funcionario de carrera, pero omite cualquier previsión respecto del personal laboral. En lo que respecta a este último, parece lógico que una vez que se hayan superado los procesos selectivos correspondientes deberá formalizarse el contrato de trabajo para que se convierta en empleado público. Sin embargo, el EBEP no hace ninguna referencia a cómo y cuándo debe procederse a la firma<sup>550</sup>.

Sin embargo, la normas de desarrollo si regulan estos extremos. En lo que se refiere a la Administración General del Estado, hay que atender a las previsiones del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

Así, los artículos 28-35 del Real Decreto 364/1995 regulan la «selección

---

<sup>550</sup>Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, pg. 400-419.

*de personal laboral*». A estos efectos se prevé que los sistemas selectivos serán la oposición, el concurso-oposición y el concurso (art. 29, en sintonía con lo contenido en el artículo 61 del EBEP). En lo que se refiere a la adquisición de la condición de personal laboral fijo el artículo 33 del Real Decreto 364/1995 establece que «*el órgano competente procederá a la formalización de los contratos previa justificación de las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria*». Además, añade que se entenderá adquirida la condición de fijo una vez que se haya superado satisfactoriamente el periodo de prueba que se determine en cada convocatoria (art.33.2).

Por su parte, el artículo 35 regula la contratación del personal laboral no permanente. A estos efectos se prevé que se podrá «*proceder a la contratación de personal laboral no permanente para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo*». Dichos contratos se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad, y ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral y de acuerdo con los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas (art. 35. 1 *in fine*).

En lo que se refiere a la promoción del personal, y a pesar de que sigue vigente el título IV del Real Decreto 364/1995 sobre la «*carrera profesional*» respecto del personal funcionario de la AGE, deben de tenerse en cuenta las previsiones del EBEP acerca de la «*Evaluación del Desempeño*»

La evaluación del desempeño se encuentra regulada en el artículo 20 del EBEP y se define como «*el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados*» de los empleados públicos<sup>551</sup>. El EBEP impone, además, que los sistemas de

---

<sup>551</sup> La inclusión de la evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público ha supuesto una de las novedades más destacadas por la doctrina. Sin embargo, no es la primera norma en materia de empleo público que preveía y regulaba este instrumento. Así, la ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los Servicios Públicos ya preveía la utilización de la evaluación del desempeño. *Vid.* «Novedades y aspectos generales del Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Administrativa*, nº15, pg.1797.

evaluación del desempeño se adecúen a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, y que su aplicación se lleve a cabo sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos<sup>552</sup>.

La evaluación del desempeño se erige, teóricamente, como un factor fundamental de mejora de la motivación y el rendimiento de todos los empleados públicos, y según la propia Comisión para el Estudio y preparación del EBEP debe ser el elemento central de cualquier reforma modernizadora de las Administraciones Públicas.

La Comisión para el estudio y preparación del Estatuto de Empleo Público vincula la existencia de la evaluación del desempeño, principalmente, con la promoción profesional de los funcionarios públicos, a través de la carrera profesional<sup>553</sup>. Aun así, la virtualidad de la evaluación del desempeño no se limita a la carrera profesional, sino que se vincula además a la percepción de las retribuciones complementarias, previstas en el artículo 24 del EBEP, y a la provisión y mantenimiento de ciertos puestos de trabajo. Así, el propio artículo 20 del EBEP establece que *«la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistema de evaluación que cada Administración Pública determine»*.

El EBEP impone la obligatoriedad de implantar la evaluación del desempeño en todas las Administraciones Públicas. Sin embargo, no contienen ninguna remisión expresa a las leyes de desarrollo para concretar sus extremos,

---

<sup>552</sup>Para algunos autores el precedente normativo de la evaluación del desempeño se puede encontrar en los artículos 64 y 65 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que recogía los derechos de los empleados públicos a ser informados por sus jefes inmediatos de la organización y competencias de la unidad en la que prestan servicios, a ser oídos por sus jefes sobre el ejercicio de sus competencias y a que sus jefes se informen de sus aptitudes y programen su formación. También se pueden encontrar precedentes respecto del personal laboral, aunque de manera más indirecta, en los apartados b) e) y g) del artículo 14 del ET. *Vid.* LINDE PANIAGUA, Enrique, «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público, en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg.199.

<sup>553</sup>El Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2007, pg.107-110.

por lo que podrá ser regulada reglamentariamente por las distintas Administraciones, sin perjuicio de que aquellas leyes puedan desarrollar y determinar, en el marco del EBEP, la evaluación del desempeño en su ámbito competencial.

Estas singularidades, reforzadas por el carácter genérico de las previsiones del artículo 20 del EBEP, llevan a algunos autores a considerar que la instauración de la evaluación del desempeño supone la creación de un procedimiento especial, en concreto «*el procedimiento administrativo de evaluación del desempeño de los empleados públicos*»<sup>554</sup>. Para los defensores de esta postura el citado procedimiento se regirá por lo dispuesto en el EBEP, completado por la normativa singular que se dicte al efecto<sup>555</sup>, así como con el resultado de la negociación colectiva (art.37 EBEP)<sup>556</sup> y, subsidiariamente, por la Ley 30/1992<sup>557</sup>.

Aún así, debe precisarse que en el procedimiento de la evaluación del desempeño se pueden diferenciar dos fases. Una primera, que se concretaría en la elaboración del procedimiento y la fijación de un baremo mediante la aprobación de un acto de carácter normativo y vocación de permanencia. Y una segunda, en la que la Administración procede a la aplicación del baremo

---

<sup>554</sup>Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique, «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg.199.

<sup>555</sup>La normativa que se podría dictar a estos efectos serían las leyes de desarrollo del EBEP, tanto a nivel estatal como en los ámbitos autonómicos (art.6 EBEP).

<sup>556</sup>Respecto a las manifestaciones de la negociación colectiva en la materia, estos autores consideran que dichos instrumentos deberán respetar, de acuerdo con la STC 227/1988, de 29 de noviembre, «*los principios y reglas del procedimiento administrativo común*», que figuran fundamentalmente en la Ley 30/1992 que, además, deberá aplicarse subsidiariamente en defecto de norma especial aplicable al caso.<sup>556</sup> A partir del 2 de octubre de 2016 quedará derogada la Ley 30/1992, regulándose esta materia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>557</sup>Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique, «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg.196.

previamente aprobado a la actividad de sus empleados<sup>558</sup>. En este caso, el propio EBEP exige una doble garantía en la aplicación de la evaluación del desempeño, ya que debe realizarse siguiendo los criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y, además, debe realizarse sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos (art. 20.2 EBEP).

La aprobación de estas pautas supone una innovación del ordenamiento, en la medida en que se establecen los criterios y los procedimientos que van a utilizarse a lo largo del tiempo para evaluar la actividad de los empleados públicos en cada ámbito concreto. Estas características impiden que el instrumento por el cual se aprueba el procedimiento de evaluación y el baremo sea calificado de acto meramente ejecutivo.

Además, la obligatoriedad de la negociación colectiva, impuesta por el artículo 37 del EBEP suscita, un interrogante adicional, en relación al instrumento que finalmente debe fijar los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño, ya que estos pueden quedar en un ámbito estrictamente negocial, o ser incorporados posteriormente a un reglamento de la Administración correspondiente. Incluso, algunos autores plantean la posibilidad de que sean tramitados y se conviertan finalmente en leyes de desarrollo del EBEP<sup>559</sup>.

La elección de uno u otro instrumento determinará la rigidez del procedimiento de la evaluación del desempeño, porque aunque en todos los casos su contenido haya sido resultado de los acuerdos alcanzados por la negociación colectiva, si finalmente se plasma en una norma de rango legal, no sería posible su ulterior modificación o modulación por cada Administración,

---

<sup>558</sup>En esta segunda actuación la Administración se limita a aplicar una norma jurídica preexistente (el baremo) a una situación concreta (la actividad desarrollada por sus empleados), por lo que se trata de un mero acto ejecutivo, y por lo tanto, se puede englobar bajo la categoría de acto administrativo.

<sup>559</sup>*Vid.* LINDE PANIAGUA, Enrique, «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg.216.

sino que su reforma estaría sometida al procedimiento legislativo ordinario. En efecto, si el contenido inicial de los acuerdos se codificara en una ley, las posteriores decisiones de la mesa general de negociación podrían quedar sin efecto si el legislador no puede –por el juego de las mayorías-, o no quiere, modificar la ley que contiene la regulación inicial, ya que la vinculación a las decisiones negociales impuesta por el artículo 37 del EBEP alcanza solo al órgano al Administrativo, pero no vincula al legislador que podría incorporar su contenido en una ley o no.

En atención a la literalidad y sentido de la norma, parece más adecuado entender que el instrumento idóneo para plasmar el contenido de la negociación sobre la evaluación del desempeño sea un acto reglamentario o, en su caso, un convenio colectivo, para el personal laboral, o un pacto o acuerdo, en el caso del personal funcionario.

La evaluación del desempeño tiene el ámbito subjetivo delimitado por el concepto formal de «*empleados públicos*», por lo que, en principio, afectará por igual al personal laboral y al funcionario<sup>560</sup>. Máxime si se pone en conexión con otros pasajes del EBEP, de aplicación común a ambos colectivos, que reconocen el derecho de los empleados públicos a «*la progresión en la carrera profesional y promoción interna según los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación*» [art. 14 c) EBEP]<sup>561</sup>. Las previsiones de este precepto vinculan la progresión de la carrera profesional con los resultados obtenidos mediante sistemas objetivos y transparentes, como puede ser la evaluación del desempeño, de aplicación común a todos los tipos de empleados públicos.

---

<sup>560</sup>Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «El Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administración Pública*, nº174, septiembre-diciembre, 2007, pg. 495 y SALA FRANCO, Tomás, «La nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *Actualidad Laboral*, nº20, 2007, pg.2415.

<sup>561</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP», *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg.2124.

De esta manera, la evaluación del desempeño será una materia regulable a través de las Mesas de Negociación Comunes al personal funcionario, estatutario y laboral, previstas en el artículo 36.3 del EBEP. Sin embargo, atendiendo a las previsiones del artículo 37.1 d) del EBEP, su alcance se limita a *«los criterios y mecanismos en materia de evaluación del desempeño»*, pero no se incluirían las consecuencias de su aplicación, ni la repercusión de los resultados de esta en la relación de servicios de los empleados, y en su promoción profesional.

Esta limitación material conlleva que la repercusión real de la evaluación del desempeño se concrete por las vías de negociación ordinarias previstas para cada uno de los colectivos, que en el caso de los funcionarios públicos será el propio EBEP, mientras que para el personal asalariado será el Estatuto de los Trabajadores. Esta divergencia en las fuentes de regulación conlleva, en la práctica, un régimen diferenciado por colectivos en lo relativo al impacto de los resultados de la evaluación del desempeño sobre la carrera profesional, la provisión de puestos de trabajo y las retribuciones complementarias. En efecto, conforme a las propias previsiones del EBEP, será la negociación colectiva laboral la encargada de regular la carrera y la promoción profesional (art.19.2 EBEP), así como determinar las retribuciones (art.27 EBEP) y la provisión de puestos y movilidad (art.83 EBEP), sin que ninguno de los citados preceptos exija que los convenios colectivos vinculen la regulación de estas materias con los resultados de la evaluación del desempeño.

Sin embargo, cuando estas materias afectan al personal funcionario, serán reguladas por el propio EBEP, que vincula el progreso y la promoción de su personal a los resultados de la evaluación del desempeño. En efecto, respecto del personal funcionario, el propio artículo 37 engloba no solo los criterios generales conforme a los cuales se deba medir y valorar la conducta profesional, el rendimiento o el logro de resultados y los sistemas objetivos que permitan dicha evaluación, sino también los efectos generales de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y

la percepción de las retribuciones complementarias, previstas en el artículo 24 del EBEP. Así se desprende de otros pasajes del citado artículo, como por ejemplo, las letras c) –sobre planes e instrumentos de recursos humanos-, f) –sobre criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna- y b) –sobre la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios-.

El mantenimiento de dos regímenes separados para funcionarios y para el personal laboral en esta materia viene avalado por el informe de la Comisión, que consideró que la promoción profesional del personal contratado no debía ser regulado por el EBEP, sino por la negociación colectiva<sup>562</sup>. Estas previsiones teóricas han sido seguidas no solo por la norma legal, sino también por la praxis negocial, ya que a pesar de que los criterios generales de la evaluación del desempeño se fijan en el ámbito de la mesa general, su concreción se remite a cada específico ámbito, funcionarial o laboral<sup>563</sup>.

Por todo ello, la efectividad real de la evaluación del desempeño se desvirtúa, al menos para el personal laboral, ya que las materias clave, en las que podría incidir los resultados positivos o negativos de la evaluación, como son las previsiones de promoción profesional y retribuciones complementarias, se remiten íntegramente a los convenios colectivos, cuya regulación puede ser ajena a un procedimiento vinculado a los resultados de la evaluación del desempeño.

A pesar de que es posible, al menos teóricamente, que se genere esta disensión entre el régimen funcionario y laboral, en la práctica no debería

---

<sup>562</sup>El Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2007, pg.110.

<sup>563</sup>*Vid.* en este sentido, el Acuerdo de la Mesa General del Ayuntamiento de Gijón 2008-2011, de 24 de octubre de 2008, ratificado por la Junta de Gobierno de 11 noviembre de 2008. El citado acuerdo aprueba el «Manual de evaluación del desempeño del Ayuntamiento de Gijón»(Anexo V), al cual se da traslado a las mesas de negociación de los ámbitos funcionarial y laboral para su debate e incorporación, en lo que afecte a cada ámbito, tanto al Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios municipales, como al convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Gijón, de las fundaciones y patronato dependientes del mismo.

producirse ya que la Administración siempre forma parte de la mesa de negociación, y debería hacer prevalecer estas previsiones. Sin embargo, las dinámicas negociales en el ámbito laboral –de reiteración en el tiempo y falta de innovación- pueden propiciar el mantenimiento de regímenes de promoción profesional anteriores a la entrada en vigor del EBEP que no contemplarán la evaluación del desempeño.

Posiblemente evitar estas eventuales distorsiones entre los diferentes colectivos de empleados, sea el móvil que subyace a ciertos acuerdos adoptado en el seno de las mesas generales de negociación que hacen extensivo al personal laboral fijo la normativa reguladora de la carrera horizontal y la evaluación para el personal funcionario de carrera<sup>564</sup>.

También está orientado a esta finalidad el Acuerdo Gobierno- Sindicatos para la función pública en el marco del dialogo social 2010-2012 acordó que en el seno de la Mesa General de las Administraciones Públicas se promoverían actuaciones encaminadas a fijar criterios comunes con respecto a la evaluación del desempeño que permitieran establecer criterios generales sobre promoción profesional y estructura retributiva, con el objeto de reforzar los mecanismo de cooperación y coordinación entre las distintas Administraciones en aras a facilitar, entre otras, la movilidad interadministrativa<sup>565</sup>.

Además, hay que tener en cuenta que, en la medida en que la evaluación del desempeño es «*el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados*» de los

---

<sup>564</sup>*Vid.*, el Acuerdo de 5 de octubre de 2010, de la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias, por el que se hace extensiva al personal laboral fijo de las Administraciones del Principado la normativa reguladora de la carrera horizontal y la evaluación para el personal funcionario de carrera. También la Resolución del 30 de noviembre de 2012, de la Consejería de Hacienda y Sector Público, por la que se aprueban los modelos normalizados a utilizar en la evaluación del desempeño y en la fijación de objetivos colectivos dentro del sistema de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, que es de aplicación indistinta al personal funcionario, así como al personal laboral fijo.

<sup>565</sup>*Vid.* ROQUETA BUJ, Remedios, «La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP», *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg. 2123.

empleados públicos (art.20.1 del EBEP), esta se erige como un mecanismo esencial de control de la prestación laboral. Por tanto, se engloba dentro de los poderes de vigilancia y control de la Administración (*vid.* Cap. VII.5). En este sentido, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores establece que la empleadora podrá «*adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana*».

Por ello, la evaluación del desempeño entronca directamente con las medidas previstas en el 64.1.4 d) del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual los representantes legales de los trabajadores deberán emitir informe previo a «*la implantación o revisión por el empresario de los sistemas de organización y control del trabajo*»<sup>566</sup>. Estas exigencias tendrán poca relevancia en la medida en que la evaluación del desempeño ha sido negociada con los representantes de los trabajadores. No obstante, podría ocurrir que, como ya se advirtió, la representación legal de los trabajadores no coincidiera con la habida en la mesa general que negoció el citado instrumento, por lo que por esta vía se ampliarían las obligaciones de información de la Administración.

#### **4. La especificación reglamentaria de la oferta de empleo público**

Las Administraciones Públicas requieren para su correcto funcionamiento una planificación adecuada de la gestión de su personal, así como disponer de los medios necesarios para ejecutarla. Si bien, tradicionalmente, la legislación sobre empleo público no abordó esta necesidad, sí que las sucesivas leyes de función pública han ido dotando y perfilando instrumentos o herramientas que facilitan la planificación de los recursos humanos. Estos instrumentos de regulación, entre los que cabe destacar los registros de personal, las Ofertas de Empleo Público (OEP) o las Relaciones de

---

<sup>566</sup>*Vid.* ROQUETA BUJ, Remedios, «La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP», *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg. 2131-2132.

Puestos de Trabajo (RPT), se han desarrollado sobre todo a partir de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en adelante LMRFP)<sup>567</sup>, si bien su regulación actual se contiene en el EBEP.

La OEP se configura como una herramienta vinculada a la programación de personal, previa a los procesos de selección de empleados de carácter indefinido, ya sean funcionarios o laborales<sup>568</sup>. La OEP es un instrumento básico en la ordenación, programación y planificación de los recursos humanos, ya que su función principal es la de dar publicidad a las plazas vacantes de nuevo ingreso, dotadas presupuestariamente, cuya cobertura es necesaria. Por tanto, la aprobación de las OEP responde al derecho de los ciudadanos a conocer con antelación y en igualdad de condiciones las oportunidades de empleo público que les puedan interesar, en cualquier Administración y en cualquier parte del territorio.

En atención a su actual regulación –artículo 70 del EBEP<sup>569</sup>- la OEP obliga a la Administración que la ha dictado a convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas, y hasta un diez por cien adicional, debiendo fijar las leyes de desarrollo el plazo máximo de convocatoria, que en ningún caso podrá superar los tres años (art.70.1 EBEP).

De esta manera, se puede afirmar que la OEP es un instrumento de planificación de los recursos humanos en el que se incluyen las plazas de la

---

<sup>567</sup>La Ley 30/1984 establecía en su artículo 18, que «las Administraciones Públicas podrán elaborar planes de empleo, referidos tanto, a personal *funcionario como laboral, que contendrán de forma conjunta las actuaciones a desarrollar para la óptima utilización de los recursos humanos en el ámbito a que afecten, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal. 2. Las actuaciones previstas para el personal laboral en los planes de empleo se desarrollarán conforme a la normativa específica del ordenamiento jurídico laboral. 4. Las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con efectivos de personal existentes serán objeto de oferta de empleo público. 6. (...) La oferta de empleo público será aprobada por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas».*

<sup>568</sup>Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2007, pg.71-74.

<sup>569</sup>La actual regulación del EBEP viene a sustituir la regulación contenida en el artículo 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (en adelante LMRFP).

respectiva Administración Pública que se encuentran dotadas presupuestariamente, cuya provisión se considera inaplazable o que afectan al funcionamiento de los servicios públicos esenciales y que no pueden ser cubiertas con los efectivos de personal existente. Dicho de otra manera, las OEP pueden definirse como la expresión consensuada de una opción organizativa, cuya función principal es determinar dónde se encuentran las vacantes a efectos de reclutamiento<sup>570</sup>.

En lo relativo al procedimiento de elaboración, la oferta de empleo público debe ser aprobada, con carácter anual, por el Órgano de Gobierno de la Administración Pública de que se trate, a quien corresponde dirigir la función pública, y deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente<sup>571</sup>.

En el caso de la Administración General del Estado cabe resaltar que el EBEP no derogó íntegramente la normativa anterior, por lo que se mantienen en vigor preceptos de la LMRFP<sup>572</sup> y el RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios<sup>573</sup>. El artículo 8 del citado RD 364/1995 establece que, en la Administración General del Estado, las OEP serán aprobadas por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas, con informe favorable del Ministerio de economía y Hacienda, en el

---

<sup>570</sup> Vid. ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *op.cit.* Pg. 742 ss.

<sup>571</sup> Vid. VÁZQUEZ GARRANZO, Javier, «Artículo 70. Ofertas de empleo público», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.610.

<sup>572</sup> Vid., artículo 18.6 de la LMRF, aún en vigor, ya que la disposición derogatoria única del EBEP en su apartado b) únicamente deroga los apartados 1 a 5 del citado artículo 18.

<sup>573</sup> En efecto, el RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, no ha sido expresamente derogado por el EBEP, y al no contradecirse sus previsiones con el contenido de este debe entenderse que se mantiene su vigencia hasta que se dicten las normas de desarrollo del EBEP.

primer trimestre de cada año<sup>574</sup>. De un modo análogo, en las Comunidades Autónomas la oferta de empleo público será aprobada por decreto del Gobierno de la correspondiente Comunidad.

Por su parte, en las Corporaciones Locales el órgano encargado de aprobar la oferta de empleo público será el Alcalde (art. 21 g y 34.1.9 de la Reguladora de las Bases del Régimen Local), salvo en los municipios de gran población, en los que el órgano competente será la Junta del Gobierno Local (art.127.1 h LBRL)<sup>575</sup>, y dispondrá de un mes para su adopción tras la aprobación de los presupuestos de la Corporación. Además, las OEP deberán ajustarse a los criterios fijados en la normativa básica estatal. De esta manera, la selección de todo el personal deberá realizarse de acuerdo con la OEP, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre en los que se garanticen los principios constitucionales de mérito y capacidad, así como el de publicidad (art. 91. 1 y 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local).

Como especialidad se contempla la obligación de incluir todas las plazas vacantes, ya sean de funcionario o de personal laboral o eventual, en los presupuestos y en la correspondiente plantilla de personal, que se elaborarán anualmente a través del presupuesto. Las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia, y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan

---

<sup>574</sup> Respecto a la OEP de la Administración General del Estado el artículo 18.6 de la LMRFP –aún en vigor– establece que «*anualmente, y de acuerdo con las prioridades de la política económica y las necesidades de la planificación de los recursos humanos, las leyes de presupuestos señalarán los criterios aplicables a la OEP en el sector público estatal incluido en el CAP. II del Título III de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria*».

<sup>575</sup> Se considerarán municipios de gran población aquellos cuya población supere los 250.000 habitantes, así como los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes. También los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas. Asimismo, tendrán consideración de municipios de gran población aquellos cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales (art.121 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local).

rebasar los límites que se fijan con carácter general (art. 90 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local).

A pesar de estas previsiones, el procedimiento de elaboración de las OEP no se realiza de manera unilateral por la Administración correspondiente, sino que, conforme a lo establecido en el artículo 37.1 del EBEP, deben ser negociadas. Este precepto establece que serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración, y con el alcance legal que proceda en cada caso, por un lado, los planes e instrumentos de planificación de recursos humanos [art. 37.1 c) del EBEP] y, por otro, los criterios generales sobre las ofertas de empleo público [art. 37.1.1) del EBEP].

En lo que respecta a las previsiones del artículo 37.1.1) «*criterios generales sobre las ofertas de empleo público*», hay que reseñar que la regulación actual corrige los excesos de la normativa anterior<sup>576</sup>. En concreto, la LORAP exigía la negociación de la «*preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público*» [art.32 c)], que junto a la OEP en sentido estricto, incluía los planes de empleo. Esta previsión fue corregida por la jurisprudencia de la época, que entendió que no era posible negociar los planes de empleo, limitando la virtualidad del precepto a las pautas básicas de la OEP (STS de 27 de julio de 1994<sup>577</sup>, STSJ de Canarias nº 80/2002, de 11 de febrero).

Las exigencias de negociación actual referidas a los «*criterios generales de la OEP*» deben entenderse limitadas a sus principios –pero no a su formulación–, así como a las bases materiales para su ulterior confección, entre las que se englobaría la definición de las necesidades de personal, los criterios de distribución entre grados, niveles y categorías, la coordinación con otras

---

<sup>576</sup>Vid., a este respecto, STS de 18 de mayo de 2011, Rec. 3199/2009.

<sup>577</sup>Rec. 8164/1991.

OEP, así como el diseño de las premisas de promoción, la reducción de la temporalidad y los presupuestos de selección (STS 17 de febrero de 2003<sup>578</sup>,<sup>579</sup>).

La jurisprudencia ha destacado, a este respecto, la necesidad de que la negociación colectiva se lleve a cabo previamente a la aprobación de la oferta de empleo público (STS de 9 de junio de 2008<sup>580</sup>). La exigencia de negociación previa es lógica, pues de ese modo quienes participan en los órganos de negociación puede comprobar que no ha habido excesos y que las ofertas se han constreñido a lo que es su objeto, es decir, a las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existente. A pesar de que la regla general exige la intervención de la negociación colectiva, pueden concurrir circunstancias excepcionales –como razones presupuestarias legalmente consignadas- que excluyan la obligatoriedad de negociar (STS de 29 de mayo de 1997)<sup>581</sup>.

Las previsiones de negociación impuestas por el EBEP solo obligan a la existencia de una negociación real, pero no a alcanzar en todo caso un acuerdo. Por tanto, no se podrá alegar un vicio de nulidad en el proceso de elaboración de la OEP si esa negociación ha existido aunque no se haya podido alcanzar un acuerdo<sup>582</sup>. En aquellos supuestos en los que no haya sido posible el acuerdo negociado, la decisión final sobre la aprobación de la OEP corresponde al órgano de gobierno de cada Administración, en la medida en que es quién tiene atribuida la dirección de la política de personal, y es el encargado de establecer las directrices oportunas en la materia. En este sentido, podrá dar las instrucciones a los representantes de la Administración en la negociación, y dar

---

<sup>578</sup> Rec. 475/2000.

<sup>579</sup> Vid. FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, Juan José, «Artículo 37. Materias objeto de negociación», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.350.

<sup>580</sup> Rec. 55/2005.

<sup>581</sup> Rec. 290/1994.

<sup>582</sup> Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto, «La oferta de empleo público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión», *Revista española de Derecho Administrativo*, nº140, 2008, pg.822.

validez a los acuerdos adoptados. Por tanto, en caso de fracaso de la negociación, las condiciones de la oferta de empleo público podrían ser aprobadas de manera unilateral por la Administración<sup>583</sup>.

En lo que respecta al procedimiento de negociación de la OEP, cabe destacar que el artículo 37.1 del EBEP exige que la negociación tenga lugar «*en su ámbito respectivo y en relación con las competencias que le son propias a cada Administración*». La generalidad con la que está redactado el precepto no permite determinar cuál es el ámbito de negociación, y parece requerir una concreción ulterior en las leyes de desarrollo –tanto estatal como autonómica– que, sin embargo, no se ha llevado a cabo.

En lo que respecta a la Administración General del Estado, y mientras no se apruebe la normativa de desarrollo, habrá que atender a lo establecido en la disposición adicional séptima del RD 364/1995, de 10 de marzo, que prevé que «*La oferta de empleo público, los planes de recursos humanos y los sistemas y el diseño de los procesos de ingreso, promoción y provisión de puestos de trabajo será objeto de negociación con las organizaciones sindicales en los términos de la Ley 9/1987, de 12 de junio de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 31 de la misma*»<sup>584</sup>. Sin embargo, este precepto tampoco clarifica cuál será la unidad de negociación llamada a desempeñar esa función. Si se realiza una interpretación sistemática de los distintos preceptos del EBEP, parece razonable entender que la negociación de la oferta de empleo público de la

---

<sup>583</sup>Vid. VÁZQUEZ GARRANZO, Javier, «Artículo 70. Ofertas de empleo público» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 617.

<sup>584</sup>El artículo 32 b) de la ley 9/1987, como antes se vio, solamente establece que la preparación de los planes de oferta de empleo público son una de las materias que debe ser objeto de negociación.

Administración General del Estado se atribuya a la mesa general de negociación (art. 36.3 del EBEP)<sup>585</sup>.

Sin embargo, para determinados colectivos –debido a su grado de especialización- es posible que la negociación se lleve a cabo en una mesa sectorial (artículo 34.4 del EBEP) o en un organismo que pueda asumir funciones análogas, en atención a las especialidades del colectivo [v.gr. Consejo de Policía (art. 25 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado)]<sup>586</sup>. No obstante, y a pesar de que las especialidades de ciertos colectivos aconsejarían acudir a órganos específicos, no existe impedimento legal para que sea la mesa general quien se encargue de la negociación.

En lo que respecta a las Comunidades Autónomas, el órgano encargado de negociarlas puede ser la mesa general de negociación de la comunidad (art. 34.3 y 36 EBEP)<sup>587</sup> o una mesa sectorial. Las mesas sectoriales pueden

---

<sup>585</sup> Respecto a la unidad de negociación en la Administración General del Estado la STS de 17 de febrero de 2003, en la cual se enjuicia la petición de anulación del RD por el que se aprobó la oferta de empleo público del año 2000 por falta de negociación colectiva. La pretensión de nulidad fue desestimada, al entenderse que la elaboración de la OEP se había llevado a cabo de manera correcta ya que tanto en su preparación y diseño como en su participaron las organizaciones sindicales correspondientes. El Tribunal Supremo entendió que en el caso que conocía se habían respetado las previsiones del artículo 32 de la Ley 9/1987 que exigía que la negociación colectiva de la OEP tuviera lugar en el «ámbito respectivo», inciso que se mantiene en el actual artículo 70 del EBEP, y que la unidad de negociación colectiva debía verificarse con carácter nacional, y no en el ámbito de la mesa de negociación descentralizado del CSIC, como alegaban los recurrentes.

<sup>586</sup> En los últimos años la Oferta de Empleo Público para el Cuerpo Nacional de Policía se ha aprobado de manera independiente a las previsiones de la Oferta de Empleo Público de la Administración General del Estado, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por el Real Decreto 614/1995, de 21 de abril. Así, se aprobó el Real Decreto 67/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba la oferta de empleo público del Cuerpo Nacional de Policía para el año 2008; el Real Decreto 251/2009, de 27 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público del Cuerpo Nacional de Policía para el año 2009; Real Decreto 266/2011, de 28 de febrero por el que se aprueba la oferta de empleo público del Cuerpo Nacional de Policía para el año 2011; Real Decreto 1425/2012, de 11 de octubre, por el que se aprueba la oferta de empleo público del Cuerpo Nacional de Policía para el año 2012.

<sup>587</sup> Por ejemplo, Decreto 88/2008, de 30 de abril, por el cual se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondientes a las plazas de personal funcionario y laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2008 (DO. Galicia de 5 de mayo), que establece que la citada oferta de empleo público ha sido negociada «con las organizaciones sindicales presentes en la mesa general de negociación de acuerdo con lo

encargarse de la negociación en aquellos supuestos en los que la mesa general no haya tratado el tema (art. 34.5 EBEP)<sup>588</sup>, o en aquellos casos que la OEP que se aprueba sea para un colectivo específico, si bien en estos casos también podría realizarse la negociación en el seno de la mesa general de negociación, al igual que ocurre en el ámbito estatal<sup>589</sup>. Y en lo que se refiere a las ofertas de empleo público de las Corporaciones Locales, la negociación se realizará en la mesa general de negociación de cada localidad (art.36.3 EBEP).

En todo caso, es necesario diferenciar la exigencia de negociación en la elaboración de las OEP [artículo 37.1 c) y l) del EBEP] de otros trámites exigidos, con carácter general, para la elaboración de disposiciones generales. La negociación colectiva difiere notoriamente del denominado trámite de audiencia o de emisión de informes preceptivos (v.gr. art. 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno), ya que en este segundo supuesto la Administración adopta una actitud pasiva en espera de que se cumplimente el trámite por el órgano competente, y si finalmente no se produce, la consecuencia previsible es la aparición del vicio de nulidad. En cambio, el proceso de negociación exige, por definición, una actitud activa de ambas partes, sin que sea posible que una imponga una obligación unilateral de una parte sobre la otra parte. En efecto, el

---

*establecido en el artículo 37 del EBEP».* De modo análogo, Decreto 262/2012, de 20 de diciembre, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente a plazas de personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2012 (DO. Galicia de 28 de diciembre de 2012).

<sup>588</sup>En este sentido, Decreto 90/2013, de 23 de julio, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente a 2013 de la Junta de Andalucía (BOJA del 8 de agosto de 2013), habiéndose efectuado la negociación con las organizaciones sindicales más representativas en el seno de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4.2f) y 35 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

<sup>589</sup>El Decreto 9/2014, de 8 de marzo, de la Comunidad de la Rioja, establece que «*la oferta de empleo público para el año 2013 que contiene el presente Decreto y que se refiere al personal docente no universitario de la Administración General de la Comunidad Autónoma de la Rioja, cumpliendo con las prescripciones legales sobre la materia, se dicta previa negociación con las organizaciones sindicales representadas en la Mesa General de Negociación (...)».*

proceso de negociación impone una obligación recíproca y activa de las partes implicadas, encaminada a alcanzar un acuerdo<sup>590</sup>.

No obstante, y a pesar de que con carácter general se pueda afirmar que la OEP se configura en atención a las necesidades reales existentes en cada Administración, el contenido de estas puede encontrarse limitado por otras normas de alcance general, en especial, normas presupuestarias. De esta manera, no resulta infrecuente que la Ley de Presupuestos correspondiente a cada año incluya prohibiciones<sup>591</sup> o restricciones<sup>592</sup> a la contratación, que deben respetarse en todo caso por las Administraciones a la hora de aprobar o ejecutar sus OEP. Estas previsiones integran, habitualmente, un conjunto de intervenciones legislativas motivadas por la necesidad de contención del gasto y

---

<sup>590</sup>*Vid.* PALOMAR OLMEDA, Alberto, «La oferta de empleo público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión», *Revista española de Derecho Administrativo*, nº140, 2008, pg.822.

<sup>591</sup>Así, por ejemplo, el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre establecía que «a lo largo del ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores». La prohibición de contratar alcanzaba, con carácter general, a todos los ámbitos y niveles de las Administraciones Públicas. Esta previsión impedía la aprobación de nuevas OEP aunque permitía la convocatoria de plazas e ingreso de personal que se derivaran de la ejecución de OEP ya en vigor, y cuyo cumplimiento estuviera pendiente de ejecutarse.

<sup>592</sup>En este sentido, las Leyes de Presupuestos para el año 2010 –Ley 26/2009, de 23 de diciembre- y 2011 –Ley 39/2010, de 22 de diciembre- contemplaron restricciones tanto en la contratación temporal, como en la provisión de plazas de carácter permanente. Así, se preveía que «el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público delimitado en el artículo anterior será, como máximo al 15 por 100 de la tasa de reposición de efectivos y se concentrará en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales (...) Dos. Durante el año 2010 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de funcionarios interinos del artículo 10.1 de la Ley 7/2007, en el ámbito a que se refiere el apartado Uno del artículo anterior, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables»(artículo 23 de la Ley 26/2009). Por su parte, el artículo 23 de la Ley 29/2010 dispuso: «Uno. Durante el año 2011, el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público delimitado en el artículo anterior será, como máximo, igual al 10 por ciento de la tasa de reposición de efectivos y se concentrará en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales (...) Dos. Durante el año 2011 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.»

corrección del déficit público, que suelen incluir, además, limitaciones o prohibiciones de incrementos salariales<sup>593</sup>.

En relación con su contenido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, delimitó uno directo o preceptivo, y otro eventual o potestativo. En efecto, según nuestro Alto Tribunal la oferta de empleo público debe tener un contenido directo –la habilitación para la convocatoria de procesos selectivos– y, eventualmente, alguna determinación de carácter programático o directivo, cuyo alcance será el que determinen las correspondientes normas de desarrollo (STS 30 de noviembre de 1999<sup>594</sup>).

De esta manera, se puede afirmar que el objeto de la OEP es doble. Por un lado, su contenido preceptivo se traduce en la futura incorporación de personal de nuevo ingreso para cubrir las necesidades de recursos humanos. Así, en la Administración General del Estado, el artículo 8 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, prevé que *«las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de oferta de empleo público, siempre que exista crédito presupuestario y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio»*<sup>595</sup>.

Esta idea se reafirma por la jurisprudencia, la cual establece que el alcance de la oferta de empleo público consiste tan sólo en determinar las plazas vacantes que podrán ser objeto de cobertura en el ejercicio anual a que está referido, y que, por tanto, su aprobación no produce la iniciación del correspondiente proceso administrativo destinado a seleccionar y nombrar las concretas personas que habrán de ocupar dichas plazas, pues esto corresponde a

---

<sup>593</sup>Vid. VIDA FERNÁNDEZ, Raquel, «Crisis Económica y Empleo Público» en VV.AA. MONEREO PÉREZ, José Luis y SÁNCHEZ MONTOYA, José Esteban (Dir.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Comares, Granada, 2010, pg.522 y 523.

<sup>594</sup>Rec. 347/1997.

<sup>595</sup>Vid. VÁZQUEZ GARRANZO, Javier, «Artículo 70. Ofertas de empleo público», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 613-614.

la ulterior convocatoria, que deberá realizarse con este finalidad (SSTS de 1 de abril de 2009<sup>596</sup> y 20 de noviembre de 2013<sup>597</sup>). Además, reiterada jurisprudencia advierte que con carácter previo a la aprobación de la OEP debe realizarse el procedimiento de provisión de plazas vacantes, pues solo de esta manera se asegura el mejor aprovechamiento de los recursos existente<sup>598</sup>.

El objeto potestativo de la OEP consiste en incluir medidas derivadas de la planificación de los recursos humanos<sup>599</sup>. La regulación del contenido potestativo debe limitarse, por un lado, al ámbito objetivo material propio de las OEP y, por otro, al ámbito subjetivo de la Administración que la dicta, ya que de no hacerse así se podría incurrir en una infracción del sistema de fuentes, planteándose un problema análogo, al menos conceptualmente, al suscitado respecto al contenido obligatorio y posible de las leyes de presupuestos generales del Estado.

Como se sabe, la utilización que se hizo del contenido posible de las Leyes de Presupuestos, también llamadas «*leyes de acompañamiento*», llevó al Tribunal Constitucional a declarar su inconstitucionalidad<sup>600</sup>, al entender que suponía una privación del procedimiento legislativo ordinario, desfigurándose la propia concepción de la ley<sup>601</sup>.

Aplicando esta doctrina a la problemática del contenido potestativo de las OEP, este debe limitarse a detallar medidas de planificación de los recursos humanos que pueden ser desarrolladas por cada Administración, sin que pueda

---

<sup>596</sup>Rec. 4203/2004.

<sup>597</sup>Rec. 44/2012.

<sup>598</sup>Por todas, STS de 12 de marzo de 2001, Rec. 8244/1996.

<sup>599</sup> Cabe destacar que las medidas derivadas de la planificación de los recursos humanos no se encuentran reguladas en el EBEP y es una materia que se deja a la legislación de desarrollo.

<sup>600</sup>*Vid.* STC 176/2011, 8 de noviembre.

<sup>601</sup>*Vid.* SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique, «Algunas cuestiones de técnica legislativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 2011», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº3, Junio, 2012, pg. 72-74.

excederse de este concreto ámbito material y funcional, ya que de otro modo se podrían vulnerar competencias otorgadas a otros órganos<sup>602</sup>.

Así ocurrió, por ejemplo, en el supuesto resuelto por la STS de 31 de mayo de 2008<sup>603</sup>, en el que se decretó la nulidad de una OEP por regulaban materias que excedían de su ámbito. En concreto, la OEP contenía un precepto que regulaba «*los criterios generales de aplicación en los procesos selectivos*», contenido que superaba su ámbito objetivo propio, ya que modificaba los criterios generales que han de regir los procesos selectivos para la previsión de las plazas ofertadas, en relación con lo establecido en la normativa general en vigor sobre el ingreso y la provisión de plazas de funcionarios públicos de la Administración Civil del Estado, contenida en el RD 364/1995, de 10 de marzo.

El Tribunal Supremo entendió que la regulación se podía llevar acabo, en la medida en que la OEP es una disposición de carácter general, pero que al estar cumpliendo la función de desarrollo de una ley –en concreto la LMRFP- se trataba de un reglamento ejecutivo y, por tanto, eran aplicables las previsiones de los artículo 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que imponen la consulta perceptiva de la Comisión permanente del Consejo de Estado para la elaboración de los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes.

Así pues, la OEP solo puede regular materias que le sean propias por contenido, ya que si se excede se esas previsiones se puede confundir con otros instrumentos, como pueden ser los reglamentos ejecutivos, que deben seguir otras normas de procedimiento y elaboración, y que tendrán como resultado final la anulación de la OEP.

---

<sup>602</sup>Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto, «La oferta de empleo público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión», *Revista española de Derecho Administrativo*, nº140, 2008, 813-814.

<sup>603</sup> Rec. 47/2005.

Las especialidades de la OEP, relativas tanto a su contenido, como a su procedimiento de elaboración, han suscitado un debate entre la doctrina científica y la judicial en torno a naturaleza jurídica. Así, la doctrina científica ha entendido mayoritariamente que la OEP es un acto administrativo que, por imposición legal, queda atribuido al mismo órgano al que se reconoce, con carácter general, la potestad reglamentaria, esto es, al Gobierno –ya sea el nacional o autonómico- y mediante un instrumento jurídico –Real Decreto- que formalmente se utiliza para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Para estos autores, su procedencia orgánica y su forma externa no condicionan su naturaleza, que, a su parecer, se sitúa en el ámbito no reglamentario<sup>604</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia parece decantarse más por entender que se trata de disposiciones de carácter general, si bien tampoco maneja un criterio uniforme, ya que existen pronunciamientos que consideran la oferta de empleo público una disposición reglamentaria<sup>605</sup>, y otros un mero acto administrativo. Así, la STS 30 de noviembre de 1999<sup>606</sup> excluye la posibilidad de que la oferta de empleo público sea considerada un reglamento de desarrollo de la ley. Sin embargo, la propia sentencia considera *«que la naturaleza de este precepto es el de una norma reglamentaria porque se refiere a una generalidad abstracta e indeterminada de destinatarios, como son todos los futuros aspirantes o participantes en los procesos selectivos que se regulan y va dirigidas a regular una serie de supuesto de forma abstracta e indefinida, las múltiples convocatorias que se pueden realizar en el futuro»*.

Es necesario resaltar que la OEP no es un documento programático o meramente informativo, sino que implica un compromiso jurídico para las Administraciones que la aprueban. En efecto, así lo establece el artículo 71.1 del EBEP que prevé que la aprobación de la oferta de empleo público *«comporta la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas*

---

<sup>604</sup>Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto, *op.cit.*, pg.813.

<sup>605</sup>Vid. STS de 16 de marzo de 1993, Sala III, Rec. 2990/1991.

<sup>606</sup>Rec. 347/1997.

*comprometidas y hasta un diez por ciento adicional en el plazo que en cada caso se fije».*

Por ello, cuando una determinada Administración no convoca en el plazo máximo previsto las pruebas de acceso a las plazas comprometidas incurre en una inactividad contraria a Derecho. Y, esta falta de actividad de la Administración puede ser objeto de recurso por parte de los interesados, ya sea impugnando la eventual desestimación expresa o presunta de una solicitud de convocatoria formulada por cualquier ciudadano, ya sea mediante recurso contra la inactividad de la Administración (art.29.2 de la Ley de Jurisdicción contenciosa-administrativa), ya que aquella tiene el deber de ejecutar sus propios actos firmes<sup>607</sup>. La negativa de convocar las plazas ofertadas supone, además, una vulneración de los principios constitucionales de mérito y capacidad por omisión, al tiempo que se vincula con la confianza legítima de los ciudadanos en el cumplimiento de los compromisos asumidos por la propia Administración.

Desde la perspectiva de los principios constitucionales de acceso al empleo público, la OEP cumple una función adicional, ya que desde la entrada en vigor del EBEP, esta debe incluir todas las plazas vacantes de personal fijo, por lo que ya no resultará legítimo prolongar año tras año a los funcionarios interinos o contratados temporales. Esta imposición legislativa garantiza un acceso igualitario de todos los ciudadanos al empleo público (art. 23 de la CE), al tiempo que refuerza los principios de mérito y capacidad, ya que se obliga a que la Administración abra un procedimiento de concurrencia competitiva para escoger a la persona más idónea<sup>608</sup>.

---

<sup>607</sup>Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporales y publicar en el plazo las correspondientes convocatorias de selección», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril, 2012, pg.393-394.

<sup>608</sup>La STS de 29 de octubre de 2010 (Rec. 2448/2008) declaró la ilegalidad de una oferta de empleo pública que no incluía todas las plazas de interinos que no sean por sustitución.

## **5. Las bases de convocatoria de concurso y pruebas de acceso**

El empleo privado se caracteriza, en materia de contratación, por otorgar a los empresarios una amplia libertad a la hora de contratar. Esta libertad tiene una doble vertiente, por un lado, el empresario es libre de decidir si contrata –o no contrata- a trabajadores, y, por otro lado, puede elegir libremente a la persona con la que desea celebrar el contrato de trabajo.

Sin embargo, en el empleo público, a diferencia de lo que ocurre en la empresa privada, esta libertad de contratación se restringe, en primer lugar, por los efectos de los artículos 23.2 y 103 de la Constitución<sup>609</sup>. De esta manera, el respeto a los principios de mérito y capacidad impiden a la Administración elegir libremente al candidato con el que quiere contratar, debiendo hacerlo con el más idóneo conforme a los resultados de cada proceso selectivo.

Además, la libertad de contratación de la Administración no solo se restringe respecto de la elección del candidato, sino que también alcanza a los puestos de trabajo, ya que la Administración no puede decidir libremente qué puestos se convocan, sino que debe sujetarse a lo establecido en la correspondiente OEP. A su vez, es necesario que los puestos convocados figuren en la RPT correspondiente, en aquellos casos en los que se trate de personal funcionario o laboral fijo.

La libertad de contratación de la Administración no solo se halla limitada por las disposiciones generales –OEP y RPT- sino que puede ser restringida,

---

La no inclusión en las ofertas de empleo público de plazas vacantes presupuestadas ocupadas por interinos no solo infringe los preceptos legales sino también el derecho fundamental a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución Española. La vulneración del derecho constitucional se produce en la medida en que la permanencia ilegal de funcionarios interinos en plazas vacantes, que deberían salir a concurso público, impide al resto de los ciudadanos acceder en las mismas condiciones al empleo público. *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporales y publicar en el plazo las correspondientes convocatorias de selección», *Revista de Administración Pública*, núm.187, enero-abril, 2012, pg. 384-391.

<sup>609</sup>*Vid.*, en este mismo sentido, la STSJ de Madrid 767/2006, de 30 de octubre, de 2006 (Rec. 2758/2006).

además, por la normativa convencional, en la medida en que la autonomía colectiva puede regular o condicionar el contenido de las convocatorias<sup>610</sup> (STSJ de Cataluña 5737/2004, de 26 de julio<sup>611</sup>).

Para garantizar la igualdad en el acceso al empleo público, y el respeto de los principios de mérito y capacidad, la Administración debe basar su elección de contratar en los resultados obtenidos en un proceso selectivo, que determinará quién es la persona más idónea para ocupar una plaza o puesto de trabajo. Este procedimiento se abre con «*la convocatoria*», que podría definirse como el acto mediante el cual se inicia y se regula un proceso selectivo destinado a cubrir determinadas plazas o puestos de trabajo incluidos con anterioridad en la oferta de empleo público correspondiente.

Así, se puede afirmar que la finalidad de las convocatorias es diseñar un procedimiento de acceso al empleo público, ya sea a través del concurso o del concurso/oposición, que garantice los principios constitucionales de mérito y capacidad. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado la importancia de las bases de convocatoria en el cumplimiento de los principios constitucionales, al afirmar que «*el mérito y capacidad exigibles a los puestos vienen dados por las exigencias que para su cobertura se han fijado en las bases de las convocatorias*» (STSJ del País Vasco 2219/2007, 4 de septiembre y STSJ de Valencia 411/2001, de 10 de julio<sup>612</sup>)<sup>613</sup>.

---

<sup>610</sup>En este sentido, el artículo 8 del Convenio Colectivo del Hospital Infantil de San Juan de Dios regulaba el proceso de cobertura de vacantes de personal fijo y se indicaba que: «*a la convocatoria definitiva podrá concurrir el personal del Hospital que cumpla los requisitos de titulación o experiencia precisos, al que se le asignará, sobre el conjunto de la puntuación posible, un uno por ciento por cada año de antigüedad en el Hospital, con un máximo, por este concepto del diez por ciento sobre el total*».

<sup>611</sup>Rec. 4320/2003.

<sup>612</sup>Rec.1523/2007; Rec. 4400/1998.

<sup>613</sup>Vid. PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco, *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso a la condición de personal sanitario*, INAP, Madrid, 2011, pg. 215.

La importancia de las bases es tal que la doctrina, tanto judicial<sup>614</sup>, como científica<sup>615</sup>, ha entendido que constituye un verdadero «dogma», según el cual, sino son impugnadas, adquieren «valor y fuerza vinculante», denominándose también «ley del concurso» inhabilitando cualquier posibilidad ulterior de recurrir el resultado con fundamento en defectos o irregularidades no denunciadas *ex ante*. Con este mismo fundamento la modificación por la propia Administración de las bases de una convocatoria solo podría realizarse con estricta sujeción a la Ley 30/1992 (STC 193/1987, de 9 de diciembre; 200/1991, de 28 de octubre y 93/1999, de 19 de junio)<sup>616</sup>.

Es necesario señalar que el procedimiento de provisión de puestos, que se abre con la convocatoria, es la actuación reglada mediante la cual se forma la voluntad de la Administración respecto del personal que debe contratar. En este contexto, cabe recordar que incluso en los contratos de carácter privado realizados por los organismos administrativos hay una serie de cuestiones, relativas a la formación de su voluntad, que se encuentran sujetas al Derecho Administrativo y que son, por ello, separables del resto regido por el Derecho privado<sup>617</sup>.

Este fenómeno sirve de base a la teoría administrativa de los llamados «actos separables», conforme a la cual, ciertas cuestiones, como puede ser el órgano competente para la selección de los candidatos, la existencia de crédito presupuestario suficiente, etc., se encuentran regulados en normas de Derecho

---

<sup>614</sup> SSTS 19 de diciembre de 2006 (rec. 2659/2005); 14 de enero de 2000 (rec. 2567/1999); 17 de julio de 1995; STSJ de las Islas Baleares nº 476/2005, de 1 de octubre; STSJ de Madrid nº 179/2003, de 10 de marzo; STSJ de Andalucía nº 3629/2002, de 10 de diciembre; STSJ de Cataluña nº 2486/2002, de 22 de marzo; STSJ de Valencia nº 4485/2000, de 7 de noviembre.

<sup>615</sup> Vid. JERICÓ ASÍN, Carlos, «Las bases como norma o ley del concurso», *Aranzadi Doctrinal*, 5/2014.

<sup>616</sup> Vid. QUINTANA LÓPEZ, Tomás, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Principio de mérito y capacidad», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.755-756.

<sup>617</sup> Vid. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pg.205.

Administrativo y, por tanto, cabe conceptuarlos como separables, siendo su impugnación competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>618</sup>.

La aplicación de la teoría de los «*actos separables*» a las contrataciones laborales realizadas por la Administración ha sido aceptada tanto por la doctrina judicial<sup>619</sup>, como por la científica<sup>620</sup>. Su aplicación a las relaciones laborales supone separar una primera fase relativa a todas aquellas incidencias que se susciten con carácter general y previo al nacimiento de la relación laboral –fase de selección-, de una segunda, que surge tras haber finalizado el proceso selectivo, y una vez constituida la relación laboral, que será la relación privada, en sentido estricto, sometida a la normativa laboral (STS 4 de febrero de 1992)<sup>621</sup>.

Partiendo de esta distinción, en la fase de selección, que comprende todos aquellos actos previos a la formalización del vínculo laboral, incluida la convocatoria, las Administraciones actúan como «*poder público*» o «*autoridad*» y no como empleadora, por lo que toda su actuación está sujeta a las normas propias de Derecho Administrativo, reguladoras del modo en que aquellas conforma su voluntad y, por ello, las cuestiones que se susciten respecto de la misma quedan sustraídas al conocimiento del orden social (STS de 10 de noviembre de 1993, Sala de los Social<sup>622</sup>). De esta manera, las bases de las correspondientes convocatorias, en la medida en que incorporan las concretas

---

<sup>618</sup>Vid. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pg.206.

<sup>619</sup>Vid. SSTs 16 de marzo de 1992 (Rec. 941/1991), 19 junio de 1992 (Rec. 1640/1991), 21 de julio de 1992 (Rec. 1428/1991), 11 de marzo de 1993 (Rec. 443/1992).

<sup>620</sup>Vid. GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, pg.145-148; ALEGRE NUENO, Manuel, «La contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Locales: ¿Agencias de colocación de los Afines?», *Aranzadi Social*, nº48, 2010, pg.49-55; y RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg. 243-246.

<sup>621</sup>Rec. 1018/1991.

<sup>622</sup>Rec. 4150/1992.

previsiones que regirán cada proceso selectivo y que, por tanto, son la «ley del concurso»<sup>623</sup>, deben entenderse sometidas también al Derecho público<sup>624</sup>.

Sin embargo, en la segunda fase, una vez iniciada la relación laboral, la Administración actúa como empleadora y, por tanto, no revestida de sus potestades públicas, por lo que las partes se someten al Derecho del Trabajo y, por ende, a la jurisdicción social (artículo 9.5 de LOPJ).

No obstante, esta doctrina solo se puede aplicar a los supuestos de provisión de plazas de nuevo ingreso, nunca para las de promoción interna, puesto que solo en los supuestos de nuevo ingreso es posible omitir la condición de empleadora de la Administración, haciendo prevalecer su carácter de sujeto de Derecho público, en la medida en que el vínculo laboral formalmente aún no ha surgido. Sin embargo, en los procedimientos de promoción interna los concurrentes al proceso selectivo ya tienen un vínculo contractual previo con la Administración, por lo que no se podría omitir su condición de empleadora<sup>625</sup>. Por tanto, en aquellos casos en los que se regulen procesos de promoción interna, ya no se podrá separar el procedimiento por fases, siendo aplicable a todo el proceso, también en lo relativo a las convocatorias, la normativa laboral.

Si bien esta es la posición doctrinal mayoritaria<sup>626</sup>, existen opiniones contrarias a la aplicación de la doctrina de los actos separables a este supuesto.

---

<sup>623</sup>Sobre la conceptualización de las bases de la convocatoria como «ley del concurso», vinculante para la Administración, para las comisiones de selección y para los aspirantes, *vid.* SSTS 17 de julio de 1995, 14 de enero de 2000 (rec. 2567/1999).

<sup>624</sup>*Vid.* QUINTANS GARCÍA, Jacobo, «La contratación laboral en las Administraciones Públicas», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, n.º 24, 2010, pg. 78.

<sup>625</sup>Respecto a este último punto ha habido siempre consenso doctrinal y se ha aceptado sin problemas la aplicación del Derecho del Trabajo a los supuestos de concurso o traslados ya en este tipo de procedimientos selectivos los actos de la Administración son dictados en su condición de empleadora y sobre la base de unas relaciones laborales preexistentes. Son actos de empresario que dan cauce al derecho de promoción profesional del trabajador. *Vid.* OLIVERA MASSÓ, Pablo, «La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública. ¿Jurisdicción contencioso-administrativa o social?», *Relaciones Laborales*, n.º 11, 1991, pg.305.

<sup>626</sup>*Vid.* GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, pg.145-148; ALEGRE NUENO, Manuel, «La contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Locales: ¿Agencias de colocación de los Afines?»,

En concreto, algún autor considera que la construcción de los actos separables no es aplicable en la medida en que la condición de empleadora de la Administración está presente durante todo el proceso, y dicha consideración no se puede excluir ni siquiera durante el proceso selectivo. Se considera, a este respecto, que la sujeción –o no- al Derecho del Trabajo no se establece en atención a la fase del procedimiento en el que surge la reclamación, sino que lo determinante es la concreta actuación controvertida de la Administración y las materias a las que afecta.

Desde esta perspectiva, el procedimiento de formación de la voluntad de la Administración se someterá siempre al orden público administrativo y estará sujeto a las normas de Derecho Administrativo, con independencia de si se trata de plazas de nuevo ingreso o de promoción interna. Por el contrario, se aplicará el Derecho del Trabajo en aquellos supuestos en los que se cuestione la responsabilidad de la Administración por incumplir normas reguladoras del proceso selectivo que frustren las legítimas expectativas de un trabajador a ocupar el puesto de trabajo<sup>627</sup>.

Esta postura, que doctrinalmente es minoritaria, sin embargo, se adecua mejor a los últimos pronunciamientos judiciales, si bien es verdad que tradicionalmente los tribunales aceptaron la aplicación de la doctrina de los «*actos separables*». En efecto, la jurisprudencia aceptó la aplicación de esta doctrina, al entender que las actuaciones relacionadas con las convocatorias de nuevo ingreso se enmarcaban dentro de la actividad de la Administración, en cuanto a poder público, previa al nacimiento del vínculo laboral, por lo que no se cuestionan jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos, sino solamente meras «*expectativas de derecho*», que no podrían justificar siquiera la existencia de un precontrato.

---

*Aranzadi Social*, nº 48, 2010, pg. 49-55; y RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg. 243-246.

<sup>627</sup>Vid. OLMEDA FREIRE, Gladys B., *La problemática delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pg. 246.

La aplicación de este criterio conllevaba, como se vio, que en los supuestos de selección de personal previos a la existencia del vínculo contractual, se considerara que la Administración actuaba conforme a parámetros de normas administrativas, y la jurisdicción competente para conocer las controversias suscitadas sería siempre la Contenciosa-Administrativa (SSTSJ de Madrid de 12 de diciembre de 1997 y 19 de enero de 1999<sup>628</sup>). Estas primeras sentencias, en consonancia con la doctrina científica, entendían que a pesar de que la Administración convocante era la misma que después ejercería el papel de empleadora, su actuación previa al nacimiento del contrato de trabajo se conectaba con el ejercicio de una potestad administrativa, más que con un poder empresarial, por lo que se justificaría la aplicación prevalente del Derecho Administrativo en esta fase.

Sin embargo, esta jurisprudencia se ha matizado con el tiempo, imponiéndose en la actualidad una distinción por materias, en detrimento de la fase del proceso en el que se produzca la controversia. De esta manera, las reclamaciones dirigidas frente a convocatorias -y sus requisitos-, en que predomina el aspecto administrativo del asunto, se regirán por el derecho administrativo y su impugnación se realizará ante el orden contencioso administrativo. Sin embargo, aquellos actos de aplicación de la convocatoria en los que sobresalga el papel de empleadora de la Administración, o aquellos que puedan tener incidencia sobre las condiciones de trabajo, estarán sometidos al orden laboral (SSTS de 23 de junio de 1997, de 17 noviembre de 1997, 31 de mayo de 1999, 4 de octubre 2000 y 4 de octubre de 2000<sup>629</sup>). De esta manera, lo determinante a la hora de decidir el orden jurisdiccional competente será la naturaleza de las materias que se hayan cuestionado, y no la existencia de una relación laboral formalizada (STSJ Madrid 767/2006, de 30 de octubre).

Además, en el procedimiento de provisión de puestos de trabajo es necesario distinguir dos fases: por un lado, está el instrumento denominado

---

<sup>628</sup>Rec. 237/1997 y Rec. 1857/1998.

<sup>629</sup>Rec. 4536/1996; Rec. 1805/1998; Rec. 500/1998; Rec. 3647/1998.

«bases de la convocatoria» y, por otro, la convocatoria en sentido estricto.

En primer termino, las bases de la convocatoria contienen el sistema de provisión por el que ha optado la Administración para cubrir dichos puestos, detallando, además, las características del puesto convocado, como aquellas que deben reunir los aspirantes. A su vez, se detalla el sistema de concurso u oposición, los ejercicios que conforman el mismo, la baremación de méritos, y la composición del Tribunal de Selección.

En segundo lugar, la convocatoria, en sentido estricto, es el acto por el cual se decide la exteriorización del sistema de provisión, una vez aprobadas las bases del mismo. De esta manera, la convocatoria es una invitación que hace la Administración a los administrados en quienes concurren determinadas condiciones para incorporarse profesionalmente a su servicio.

Por tanto, las convocatorias no son las bases de la provisión, sino una actuación posterior a ellas, ya que no puede haber convocatoria sin bases, y éstas siempre condicionan la existencia de aquellas. A pesar de que ambos instrumentos son interdependientes, deben considerarse actuaciones diferentes dentro de un mismo procedimiento.

Esta conexión entre ambas fases del procedimiento ha llevado a algún autor ha considerar que las bases representan esencialmente un acto interno, sin producir efectos hacia terceros, mientras que la convocatoria es la manifestación externa de ese acto interno<sup>630</sup>. Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que la publicidad de ambos instrumentos es un requisito esencial para su validez, ya que en la medida en que la finalidad de la convocatoria es garantizar el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, estas deben

---

<sup>630</sup>Vid. PÉREZ LUQUE, Antonio, *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales*, La Ley, Madrid, 2005, pg. 362-364.

ser siempre públicas, y de no ser así, se podría instar la nulidad de pleno derecho de la convocatoria, en aplicación del artículo 62.1 a) y f) de la Ley 30/1992<sup>631</sup>.

La distinción entre las «*bases de la convocatoria*» y la «*convocatoria*» en sentido estricto ha encontrado un reflejo expreso en el ámbito de las Administraciones Locales, cuya legislación siempre las ha considerado actos diferenciados, otorgando incluso la competencia para aprobar uno y otro a diferentes órganos. En concreto, la redacción inicial dada por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), preveía que las bases de la convocatoria fueran aprobadas por el pleno de la Corporación, mientras que la convocatoria debía ser aprobada por el Alcalde o Presidente (art. 102.1, en su redacción original)<sup>632</sup>. En la actualidad, si bien se ha eliminado la diferente atribución competencial, se sigue manteniendo esa diferenciación expresa, al establecer el artículo 102.2 de la LRBRL que «*Las pruebas de selección y los concursos para la provisión de puestos de trabajo se regirán por las bases que apruebe el Presidente de la Corporación, a quien corresponderá su convocatoria*».

En lo que respecta a la Administración General del Estado la distinción entre bases y convocatoria no es tan clara como en el ámbito local, ya que las bases forman parte de la propia convocatoria. Así, el artículo 39 Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo establece que «*las convocatorias deberán contener las bases de las mismas, con la denominación, nivel, descripción y localización de los puestos de trabajo ofrecidos, los requisitos indispensables para su*

---

<sup>631</sup>Vid. PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco, *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso a la condición de personal sanitario*, INAP, Madrid, 2011, pg. 215.

<sup>632</sup>Del mismo modo, el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local (BOE de 14 de junio de 1991), establece que «*los procedimientos de selección se regirán por las bases de convocatoria que apruebe el órgano correspondiente de la corporación para cada una de las escalas, subescalas y clases de funcionarios*» (art. 3 «BASES DE LA CONVOCATORIA»), por otro lado, prevé que «*El presidente de la Corporación, un vez publicada la oferta de empleo público en el Boletín Oficial del Estado o en el de la Comunidad Autónoma (...), procederá a convocar las pruebas selectivas. Las convocatorias respectivas determinarán el número y características de las plazas que deben ser provistas, con referencia a las bases aprobadas por el pleno, especificando las que sean de promoción interna*» (art. 5 «CONVOCATORIA»).

*desempeño, los méritos a valorar y el baremo con arreglo al cual se puntuarán los mismos, así como la previsión, en su caso, de memorias o entrevistas y la composición de las comisiones de valoración».*

Además, es necesario señalar que las «*bases de la convocatoria*» tendrán diferente significado y alcance en función de que se regule el acceso al empleo fijo –ya sea funcionario o laboral- o al empleo temporal. En concreto, en aquellos casos en los que se regule el acceso al empleo estable las bases de la convocatoria no podrán aprobarse sin tener en cuenta las previsiones de la RPT, pues han de recoger los datos sobre los puestos de trabajo que se dispongan en ellas. Por tanto, en estos supuestos hay una conexión estrecha entre las bases y la RPT, pues esta fija el perfil del puesto de trabajo, que se traslada después a las bases<sup>633</sup>.

De esta manera, las bases de la convocatoria están subordinadas a la RPT y, por ello, no deben variar ninguno de los elementos del puesto definido en aquella<sup>634</sup>. La superioridad de la RPT respecto de la convocatoria se demuestra tanto en la necesaria preexistencia del puesto en la RPT para proceder a su convocatoria, como en que los aspectos sustantivos recogidos en la convocatoria deben estar previsto en la correspondiente RPT, limitándose las bases a reproducir aquellos. En este sentido, hay autores que entienden que no es función de las bases de la convocatoria innovar las condiciones del puesto. Y, en este sentido, interpretan que las bases de convocatoria, por definición, son un acto aplicativo de una ordenación general previa, la contenida en la RPT<sup>635</sup>.

Sin embargo, estas previsiones no se pueden predicar de las bases de

---

<sup>633</sup>Vid. PÉREZ LUQUE, Antonio, *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales*, La Ley, Madrid, 2005, pg. 313

<sup>634</sup>Vid. DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pg. 148-151.

<sup>635</sup>Vid. LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Provisión de Puestos de Trabajo en la Administración Pública*, Aranzadi, Navarra, 2002, pg. 53; FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier, *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2002, pg.163; PÉREZ LUQUE, Antonio, *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales*, La Ley, Madrid, 2005, pg.313-314

convocatoria en el caso de contratación laboral temporal, ya que la ley solo exige que se detallen en la correspondiente RPT aquellos puestos que vayan a ser desempeñados por el personal funcionario, como por personal laboral fijo, excluyéndose de esta exigencias aquellos supuestos en los que se realicen tareas de carácter no permanente, mediante contratos de trabajo de duración determinada [art.15. f) LMRFP]<sup>636</sup>.

Por tanto, en los supuestos de contratación laboral las bases de la convocatoria no tienen por que sujetarse a las previsiones de la RPT, siendo habitual que esta no prevea nada respecto de los puestos de carácter temporal. En estos supuestos las bases de la convocatoria serán el instrumento idóneo para fijar las características del puesto, su descripción e, incluso, regular condiciones de trabajo.

La posibilidad de que las bases de las convocatorias regulen condiciones de trabajo, al menos en relación con el empleo temporal, plantea dudas respecto de la naturaleza jurídica de la mismas, ya que tradicionalmente la doctrina las consideraba actos meramente ejecutivos. En efecto, la jurisprudencia Contenciosa-Administrativa ha sostenido que la naturaleza de las convocatorias es la de un acto administrativo, y que no se pueden asemejarse a disposiciones de carácter general<sup>637</sup>, en la medida en que se refieren a una actuación singular y concreta, como es la apertura de un procedimiento selectivo para la provisión plazas vacantes, sin que a ello sea obstáculo la pluralidad e indeterminación de sus destinatarios, agotándose sus efectos y eficacia jurídica cuando el proceso

---

<sup>636</sup>Vid. BOCINOS RIOBOÓ, M<sup>a</sup> Inés, «Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos, especial referencia a la Administración Local (II)», *Revista CEMCI*, nº8, 2010, pg.6.

<sup>637</sup>Vid. LLISSET BORRELL, Francisco, «La impugnación de los baremos locales específicos en los concursos de traslados de funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional», *Consultor de Ayuntamientos*, nº 14, 1989, pg. 1518; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «Impugnación por los sindicatos de un concurso para la provisión de puestos de trabajo: reserva de ley, principio de supletoriedad y legitimación», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 63, 2002, pg. 166; FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier, *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2002, pg. 122; PÉREZ LUQUE, Antonio, *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales*, La Ley, Madrid, 2005, pg.310.

selectivo finaliza (SSTS de 28 de febrero de 1986; 22 de septiembre de 1986; 25 de febrero de 1992; 5 de mayo de 1997; 16 de junio de 1997; 18 de julio de 2003<sup>638</sup>).

Sin embargo, esta doctrina parece englobar bajo una misma categoría las bases de la convocatoria y la convocatoria en sentido estricto, quizás, por qué, como antes se vio, en la Administración General del Estado se regulan conjuntamente. Si bien la convocatoria puede asemejarse a un acto administrativo, en la medida en que su única función es la apertura del proceso selectivo, a través de un llamamiento a los administrados interesados en concurrir al mismo, no ocurre lo mismo respecto de las bases.

Desde la perspectiva de las fuentes de regulación de la relación laboral temporal, las bases de la convocatoria no agotan sus efectos y eficacia jurídica una vez finalizado el proceso selectivo, sino que será el marco de referencia de los contratos de trabajo resultantes, tanto en lo que respecta a su validez, como para, eventualmente, determinar sus condiciones de trabajo y empleo. En este sentido, las disposiciones materiales contenidas en la respectiva convocatoria, al ser más específicas, se aplicarán preferentemente a las disposiciones generales de cada Administración, así como sobre la normativa general –EBEP y/o ET-, siempre que no contravengan el contenido mínimo o necesario incluido en aquellas<sup>639</sup>.

---

<sup>638</sup> Esta sentencia reitera una jurisprudencia consolidada de la Sala, entre otras, en las SSTS de 21 de junio de 1975, 20 de mayo de 1981, 11 de junio de 1983.

<sup>639</sup> Así, por ejemplo, el Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid (Resolución de 7 de abril de 2005) prevé que todas las convocatorias de concursos de traslados incluyan el número y características de las plazas convocadas y, en especial, la categoría profesional, el nivel retributivo, especialidades y, en su caso, jornada, turno y centro de trabajo en el que ha de cubrirse (art.16). No obstante, también las convocatorias recogen en ocasiones condiciones de trabajo en su texto. Esta modalidad se puede observar en los distintos niveles de la Administración. Así, por ejemplo, en el ámbito de las corporaciones locales, el Decreto de la Alcaldía de Algeciras número 6940, por el que se aprueba la «*Convocatoria pública para la selección y contratación de cuatro agentes de empleo para el desarrollo del proyecto del fondo social europeo enmarcado en el plan provincial de fomento del empleo local 2012-2015*» establece cuáles son las funciones específicas del puesto de trabajo, sin perjuicio de las demás funciones que pudieran corresponder al trabajador en virtud de su categoría, así como el salario bruto mensual. De manera análoga, en el ámbito de la Administración General del

Así, es habitual que las bases de convocatoria recojan la categoría y grupo profesional, el convenio colectivo de aplicación<sup>640</sup>, la duración del periodo de prueba<sup>641</sup>, las funciones a desarrollar, la jornada<sup>642</sup>, el horario, el salario<sup>643</sup>, e incluso, en algunos supuestos se prevén condiciones específicas sobre el desarrollo de la prestación laboral<sup>644</sup>. Esta función de las bases de la convocatoria se recoge incluso en algunas normas, reguladoras del estatuto jurídico-laboral de determinados colectivos de empleados públicos, que expresamente remiten la concreción de ciertas condiciones de trabajo a la convocatoria correspondiente. Así ocurre, por ejemplo, con el personal investigador en formación, cuyo Estatuto remite a las convocatorias el reconocimiento de ciertos derechos laborales, así como la forma y lugar del pago del salario (arts. 5.1.g y 5.2 del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación).

---

Estado, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 27 de octubre de 2009, por la que se aprueba las Bases y se dispone la convocatoria para la provisión del puesto de delegado en el Real Sitio de Aranjuez, se prevé que el candidato designado para ocupar la plaza convocada suscribirá contrato de alta dirección, regulado por el RD 1382/1985, de 1 de agosto.

<sup>640</sup>La resolución de 24 de mayo de 2010, de la Presidencia del Consejo de Seguridad Nuclear, por la que se convoca proceso selectivo para la cobertura de una plaza de personal laboral temporal de la categoría de oficial de Gestión y Servicios, y en ella se fija la categoría profesional del puesto (Oficial de Gestión y servicios comunes), el grupo profesional (IV), el área funcional (Gestión y servicios comunes), el convenio colectivo aplicable (III Convenio Único para el personal laboral de la Administración general del Estado).

<sup>641</sup>V.gr. Resolución de 24 de julio de 2014, del Ayuntamiento de Catres, por la que se aprueban «las bases reguladoras de la convocatoria para la contratación laboral temporal de un auxiliar de biblioteca para la obra y servicio de interés general y social. Programa Socio-cultural», la cual prevé en su base tercera la jornada de trabajo y horario y el establecimiento de un periodo de prueba de un mes.

<sup>642</sup>La STSJ de Madrid nº 767/2006, 30 de octubre, establece que para determinar la jornada debe acudirse en primer término a las bases de la convocatoria y subsidiariamente se acudirá a la legislación general.

<sup>643</sup>La Resolución de 15 de octubre de 2014, por la que se establece la «Convocatoria para ingreso como personal laboral temporal en el consulado general de España en Santa Cruz de la Sierra con categoría de oficial administrativo» fija en sus bases la categoría profesional (oficial Administrativo), las funciones a desarrollar, la retribución (1795 euros mensuales), y la duración del contrato (que se extenderá durante la baja médica del titular del puesto de trabajo).

<sup>644</sup>En concreto, Resolución del 30 de octubre de 2014, del Ayuntamiento de Montáñez, por la que se aprueban «las bases para la selección de personal laboral temporal del Ayuntamiento», prevén la necesidad de cubrir un puesto de Jardinero y se determina junto a la jornada (37.5 horas semanales) y el salario (798.25 euros brutos al mes, incluida la parte prorrateada de las pagas extras) la obligación de que «el candidato seleccionado se aloje en la vivienda, destinada a tal fin, sitia en el parque y que abra y cierre el recinto deportivo y el parque, corriendo el Ayuntamiento con los gastos de luz y alojamiento» (B.O. Cáceres, 12 noviembre de 2014).

Las convocatorias de empleo temporal no deben confundirse con las denominadas «*bolsas de trabajo*» o «*bolsas de empleo*», las cuales podrían ser definidas como el sistema por el cual la Administración recurre, para la cobertura provisional de vacantes, a aquellas personas que han participado en un proceso selectivo para ingresar al servicio de las Administraciones Públicas, pero que no han sido capaces de superar las pruebas selectivas, o habiéndolas superado, no han obtenido empleo fijo<sup>645</sup>. Si bien este no es el proceso ordinario para la provisión de puestos, la Administración en ocasiones recurre a este instrumento ya que cumplen el necesario equilibrio de respetar el principio de legalidad, el cumplimiento de los requisitos de mérito y capacidad<sup>646</sup>, con la necesidad de cubrir vacantes temporales de manera urgente.

Por último, si como se ha visto la convocatoria condiciona la propia validez del contrato habría que determinar que ocurre con los contratos celebrados a su amparo en el caso de que esta fuera anulada<sup>647</sup>. En concreto, es necesario determinar si los efectos de esa nulidad conllevan a la vez la nulidad del propio contrato o, por el contrario, si justifica su extinción por causas objetivas.

El EBEP no se pronuncia sobre esta problemática, y tampoco la normativa laboral, por lo que ha sido en sede judicial dónde se ha ido construyendo una respuesta para esta situación. A este respecto, la jurisprudencia entiende que la declaración de nulidad de un concurso justifica en principio la extinción de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con sus bases. El Tribunal Supremo sostiene que existe una conexión funcional

---

<sup>645</sup>Vid. GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, «Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas», *Aranzadi Social*, nº5, 2005, pg. 1076.

<sup>646</sup>Los principios constitucionales de mérito y capacidad están presentes en la regulación de las bolsas de trabajo en una doble posición temporal: por un lado, en su creación, mediante el establecimiento de un sistema de valoración de méritos y, por otro lado, durante la vigencia de la bolsa, mediante la valoración continua de los méritos de los solicitantes. Vid. GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, «Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas», *Aranzadi Social*, nº5, 2005, pg. 1077.

<sup>647</sup>Vid. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, «Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en los contratos celebrados a su amparo», *Relaciones Laborales*, nº1, 1999, pg. 797.

directa entre el procedimiento del concurso de provisión de plazas en la Administración Pública y el contrato celebrado a la vista de sus resultados, de suerte que no se puede mantener la vigencia del contrato de trabajo si se ha anulado el concurso que es su base de sustentación.

Si bien esta cuestión no resultó controvertida, la jurisprudencia del Tribunal Supremo evolucionó respecto a la manera de articular la extinción del contrato de trabajo por la nulidad de la convocatoria del proceso selectivo<sup>648</sup>. En un primer momento el Tribunal Supremo entendió que la declaración de nulidad de la convocatoria no podría producir sin más la ineficacia o falta de virtualidad de dicha contratación privada.

Las primeras sentencias abogaron por la tesis de considerar la nulidad de la convocatoria una causa sobrevenida, un acto de la autoridad pública, que justificaba la extinción de los contratos de trabajo. Así, una vez declarada la nulidad del concurso era necesario un acto adicional de la Administración empleadora dirigido específicamente a dejar sin efecto el contrato de trabajo. La Administración para ello debería utilizar alguna de las posibilidades que a efectos de extinción del contrato ofrece el Derecho del Trabajo. Para ello se recurrió, en este primer estadio, a un despido objetivo por causas «*económicas, técnicas, organizativas o de producción*» [art.52 c) ET], entendiéndose que se podían asemejar, ya que muchos supuestos la anulación de las convocatorias se produce por una falta de consignación presupuestaria. La aplicación del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores suponía una preferencia por la institución del despido, rechazándose una eventual nulidad del contrato o la aplicación de causas de fuerza mayor [art. 49.1 h) ET] (STS 12 de junio de 1989).

Sin embargo, esta postura jurisprudencial no fue constante, y la obligación de articular la decisión extintiva de manera expresa a través del

---

<sup>648</sup>Para un estudio detallado de la evolución jurisprudencial en la materia, *vid.* CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, «La extinción de los contrato de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?», *Aranzadi Social*, nº7, 2000, pg.77-87.

despido fue descartada en ulteriores resoluciones. Así, pronunciamientos posteriores entendieron que la nulidad de las convocatorias, más que un despido por causas objetivas, se podía asimilar a una condición resolutoria implícita, la cual eximiría a la Administración de acudir a un proceso específico de extinción (STS de 29 de marzo de 1994)<sup>649</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo cambió nuevamente su doctrina (STS 10 de marzo de 1999)<sup>650</sup> y consideró que la Administración debía acudir a la fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación [art. 49.1. h) ET], y en este sentido, determinó que si tradicionalmente se había asimilado el acto de autoridad o «*factum principis*»<sup>651</sup> a los acontecimientos de fuerza mayor, por una interpretación analógica era posible equiparar las resoluciones judiciales a los actos de autoridad y, por tanto, asimilar estas, a su vez, a la fuerza mayor<sup>652</sup>.

De esta manera, la articulación del despido se efectuará, según los casos, bien por la vía del despido colectivo por fuerza mayor, regulado en el artículo 51.12 del Estatuto los Trabajadores, bien por el despido objetivo regulado en el artículo 52.2 c) del Estatuto de los Trabajadores (SSTS 28 de enero de 2013, 28 de abril de 2009, 28 de mayo de 2008, 21 de enero de 2008, 18 de diciembre de 2007 y 10 de marzo de 1999<sup>653</sup>).

---

<sup>649</sup>Rec. 1673/1993.

<sup>650</sup>Rec. 2138/1998.

<sup>651</sup> El «*factum principis*» se puede definir como «una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista, da lugar a compensación, en aplicación del principio general de la responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración por las lesiones que se infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad, ya sea normal o anormal» Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimotercera edición, Civitas Aranzadi, Navarra, 2006, pg.750.

<sup>652</sup> Para un análisis de la jurisprudencia que se decanta por la anulación de las convocatorias invocando el «*factum principis*», vid. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, «Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en los contratos celebrados a su amparo», *Relaciones Laborales*, nº1, 1999, pg.799-800.

<sup>653</sup>Rec. 986/2012; Rec. 4335/2007; Rec. 136/200; Rec. 454/2007; Rec. 4998/2006; Rec. 2138/1998.

## **CAPÍTULO VI**

### **OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO Y ORDENACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO**

**1. Otros instrumentos de organización del trabajo -2. Códigos de conducta. -3. Planes de igualdad. -4. Protocolos contra el acoso en el trabajo. --5. Cartas de servicios.**

#### **1. Otros instrumentos de organización del trabajo**

Como se ha visto en el capítulo anterior, la ordenación y planificación de los recursos humanos en el seno de las Administraciones Públicas se realiza a través de determinadas manifestaciones de su potestad reglamentaria o directiva. En la medida en que estos instrumentos derivan de las exigencias de un mandato legal de organización se puede afirmar que son previsiones de carácter necesario y general, por lo que deben existir en todas las Administraciones, y su función nuclear es precisamente la organización de los recursos de personal.

Junto con estas previsiones, antes analizadas, han ido apareciendo en el ámbito las Administraciones Públicas otras disposiciones, mayoritariamente de carácter programático, que se presentan como un avance o mejora en el proceso de reforma y modernización de las Administraciones Públicas. Estos instrumentos tratan de ayudar a la organización del trabajo y a la buena prestación del servicio público, pero su función principal no es, en puridad, la organización de los recursos humanos sino la mejora de los servicios públicos, aunque su configuración sí tiene influencia sobre la regulación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

A diferencia de lo que ocurría con los instrumentos analizados en el capítulo anterior, que provenían todos de la Administración Pública correspondiente en virtud de sus facultades organizativas, estos tienen un origen y naturaleza heterogéneo, encontrándose algunos regulados en la ley, otros

como parte integrante de un acuerdo o convenio colectivo, y algunos como manifestaciones unilaterales de la capacidad organizativa de la Administración.

Para sistematizar su estudio en este capítulo se procede al análisis de los Códigos de Conducta, los planes de igualdad, los protocolos contra el acoso en el trabajo, y las cartas de servicio. En cada uno de ellos, se analizará su origen, naturaleza jurídica y efectos, atendiendo a su funcionalidad, consecuencias jurídicas y efectos de una eventual infracción de los mismos.

## 2. Códigos de Conducta

En el Derecho Privado cuando se alude a los «*Códigos de Conducta*», con carácter general, se está haciendo referencia a una manifestación de la autorregulación, situación, como se verá, muy diferente a la que se produce en el ámbito del empleo público.

La autorregulación consiste en una dinámica de formación, aprendizaje, definición, cumplimiento y control de los valores y pautas de conductas éticamente correctas y voluntariamente aceptadas por una organización, que se materializan habitualmente en forma de códigos éticos o códigos de conducta<sup>654</sup>. Aunque no es fácil dar un concepto unitario de autorregulación, esta puede definirse como la regulación surgida de las organizaciones o asociaciones de un sector de la sociedad, quienes no sólo crean las normas, sino que hacen un seguimiento de su cumplimiento y establecen también mecanismos para asegurar este entre sus propios miembros<sup>655</sup>.

---

<sup>654</sup> En el origen del «*soft law*», se encuentran un fenómeno social de gran importancia: la globalización. En un mundo globalizado, el Derecho nacional e incluso el Derecho internacional, considerados «*hard law*», no pueden dar respuesta a todos los fenómenos jurídicos que se plantean, principalmente por dos razones: su limitado alcance territorial y su rigidez. Por esa razón surgen nuevas vías de regulación, separadas de la legislación nacional, aceptada por los propios sujetos intervinientes en el mercado. *Vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz, «Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los Códigos de Conducta y las Fuentes del Derecho», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2141, Abril de 2012, pg.6-7.

<sup>655</sup> Si bien es cierto que los sujetos privados siempre han creado normas autovinculantes, básicamente a través del contrato, la relativa novedad de la autorregulación es que, a pesar de ser reglas creadas entre privados, su ámbito de aplicación excede de las partes que estrictamente han

Dentro de esa idea de autorregulación del Derecho Privado, los Códigos de Conducta se han definido tradicionalmente como un conjunto de reglas que las empresas se comprometen voluntariamente a observar en diversos ámbitos de su actividad, como, por ejemplo, en materia de relaciones laborales, pero también en otros campos, como responsabilidad social de la empresa, con especial relevancia en el ámbito de la responsabilidad medioambiental. Los Códigos de Conducta se resumen en estándares justos de trabajo que las empresas han de aplicar en sus operaciones y que, además, deben exigir que cumplan sus contratistas o suministradores en aquellos países donde actúan<sup>656</sup>.

Por tanto, lo determinante sería establecer cómo se incorporan los Códigos de Conducta a nuestro sistema de fuentes y si tienen la misma consideración en el ámbito del empleo público. En este sentido, algún autor ha considerado a los Códigos de Conducta como fuente de Derecho, pero lo ha

---

participado en su adopción. La autorregulación supone la superación del principio tradicional de relatividad de los contratos y, por tanto, los acuerdos adoptados no solo vinculan a los sujetos o a las empresas que los crean, o que se adhieren a ellos, sino que también alcanza a sus empleados, o al conjunto de potenciales usuarios de un servicio o adquirientes de un bien, que pueden adquirir derechos y obligaciones derivados de tales reglas. *Vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz, «Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los Códigos de Conducta y las Fuentes del Derecho», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2141, Abril de 2012, pg.4-5.

<sup>656</sup> En la situación actual la asunción de estas pautas de conducta es una decisión unilateral de la empresa multinacional, distinguiéndose dos tipos de «*Códigos de Conducta*»: los externos o internos. Los Códigos de Conducta externos proceden de organismos internacionales que pretenden asegurar el respeto de un núcleo de derechos laborales mínimos en las empresas transnacionales. El problema que presentan estos Códigos externos es que el organismo internacional del que proceden suelen carecer de medios coercitivos –ya sean jurídicos, económicos o políticos– a las empresas que no cumplan con lo estipulado. La observación de estos Códigos en el funcionamiento de la empresa queda, por tanto, a la libre decisión de la multinacional, no existiendo ninguna posibilidad real de exigir su cumplimiento de forma coactiva. Así podría entenderse que ocurre con la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de 1998. Por otro lado, estarían los Códigos de Conducta externos, que son los aquellos que realmente responden a una manifestación de la autorregulación. A diferencia de lo que ocurre con los externos, la empresa no se compromete a interiorizar una regulación procedente de organismos internacionales, sino que es ella misma la que se dota de un código que debe respetarse en su funcionamiento interno. A estos Códigos de Conducta internos se los conoce también por el nombre de Códigos Éticos, adjetivo que resulta muy elocuente para determinar su objeto, ya que en este caso, como también ocurría en el caso de los Códigos externos, estas regulaciones carecen de fuerza vinculante. No existe un modo para exigir de manera coactiva la observancia de estos Códigos Éticos, sino que es la propia empresa la que se dota de ellos y la única que puede asegurar su cumplimiento.

hecho reconduciéndolos a la costumbre<sup>657</sup>, lo que tiene poca virtualidad en el ámbito de la Administración Pública, y menos en una materia como es la del empleo público, en la que existe una reserva de ley<sup>658</sup>.

Hay autores que van un paso más allá, y otorgan a los Códigos de Conducta una virtualidad mayor que la mera fuerza de la costumbre. En este sentido, consideran que en torno a los Códigos de Conducta se ha creado una confusión sobre su origen voluntario y su vinculatoriedad. Seguramente dicha confusión proviene de la tradicional consideración de los Códigos externos como una muestra más, e incluso privilegiada, del «*Soft Law*». Si bien estos Códigos son mecanismo típicos de autorregulación ligados a la responsabilidad social de las empresas y, por tanto, su adopción es voluntaria, ello no quiere decir que una vez asumidos y publicitados sus principios no vinculen en absoluto a la empresa<sup>659</sup>. Se reconoce, de esta manera, la virtualidad de los Códigos de Conducta como un poder normativo privado, en oposición a la ley, que sería el reconocimiento del poder legislativo estatal.

En el ámbito de la Administración Pública, con anterioridad a la aprobación del EBEP, ya se habían aprobado diversos instrumentos denominados «*Códigos Éticos*» o «*Códigos de Buenas Prácticas*», lo que ha llevado a una confusión, al menos terminológica, con los «*Códigos de Conducta*». Estos instrumentos se orientaban a definir y concretar los deberes y obligaciones del personal al servicio de la Administración, completando, a juicio

---

<sup>657</sup>Vid. MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J., «Los códigos de conducta como fuente del Derecho», *Derecho privado y Constitución*, nº17, Enero-Diciembre, 2003, pg. 372.

<sup>658</sup> Además debe de tenerse en cuenta que la idea de reconducir los Códigos de Conducta a la costumbre encaja mal, en la medida en que, por definición, esta es un uso reiterado no escrito. Aún así, estos autores justifican su inclusión como costumbre en el artículo 1.3 del Código Civil que explicita que «*los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*». En este sentido, los códigos de conducta son costumbre, son un estilo, son usos normativos o legislativos. En otras palabras, son una forma de hacer que se crean en el marco de una empresa, en una asociación de estas, o en un sector determinado y, en la medida en que los asumen, son obligatorios para todos sus miembros, ya que no atentan contra la libertad, ni contra la moral, ni contra el orden público. Vid. MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J., *op.cit.*, pg. 372.

<sup>659</sup>Vid. CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Códigos Éticos y Derechos de los Trabajadores. Una aproximación a la práctica de las empresas españolas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, pg. 62-63.

de algún autor, la tradicional definición estatutaria y reglamentista de tales deberes<sup>660</sup>. Caso paradigmático fue el «*Código del buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración*» del año 2005<sup>661</sup>.

Sin embargo, se puede afirmar que estas aparentes manifestaciones de la autorregulación en el ámbito público no son tales, ya que a pesar de su denominación, y de que regulen contenido ético y/o moral, siguen siendo manifestaciones de la potestad reglamentaria, y no de la autoregulación<sup>662</sup>. A mayor abundamiento, cabe recordar que en el ámbito de la Administración Pública actúa el principio de legalidad, que impone la sujeción al ordenamiento jurídico también en este punto, por lo que la ética o moralidad pública no puede ser otra cosa que lo que el ordenamiento indique como tal, siendo por tanto un concepto jurídico<sup>663</sup>.

---

<sup>660</sup>Vid. DARNACULLETA GARDELLA, M<sup>o</sup> Mercè, *Derecho Administrativo y autorregulación regulada*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2002, <http://www.tdx.cat/handle/10803/7681>, pg.380-384.

<sup>661</sup> El «*Código del buen Gobierno*» fue aprobado por la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por el que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración Pública (BOE de 7 de marzo de 2005)].

<sup>662</sup> Así, en la propia exposición de motivos el citado «*Código del buen Gobierno*» se establece la obligación del Gobierno y de los altos cargos de la Administración del Estado de cumplir, no solo las obligaciones previstas en las leyes, sino también los principios éticos y de conducta contenidos en dicho Código, que, sin embargo, formalmente reviste rango reglamentario. Además, debe de tenerse en cuenta que las previsiones recogidas en este Código son, mayoritariamente, reiteraciones o desarrollo de principios que ya se encuentran recogidos con carácter general en la Constitución o en las leyes. En efecto, la propia norma reconoce esta reiteración y, en consecuencia, advierte que se trata de principios inducidos de las normas vigentes del ordenamiento jurídico español. En efecto, el Código contiene un catálogo de principios que deben regir la conducta del Gobierno y los altos cargos de la Administración pero no se concretan prohibiciones específicas, ni se establece el correlato de sanciones, ya que las consecuencias jurídicas de su trasgresión se reducen a la obligación del Ministerio de Administraciones Públicas de elevar al Consejo de Ministros un informe anual sobre eventuales incumplimientos de los principios éticos y de conducta, y propone las medidas que se estimen convenientes para asegurar la objetividad de las decisiones de la Administración y de las instituciones públicas (art.4.1). En este sentido, el Código añade que en el caso de que se hubiese apreciado algún tipo de incumplimiento, el Consejo de Ministros «adoptará las medidas oportunas», pero no se establecen cuales serán estas, ni siquiera en que pueden consistir (art.4.2). Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, «Ética Pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril, 2010, pg.19-20.

<sup>663</sup>Vid. PONCE SOLÉ, Julio, «El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública», *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, n<sup>o</sup>2, 2012, pg.307.

Esta confusión nominativa entre los Códigos de Conducta producto de la autonormación y otros instrumentos administrativos con contenido ético/moral, también se produce en el EBEP, que regula el denominado Código de Conducta de los empleados públicos, aplicable tanto al personal funcionario, como al personal laboral<sup>664</sup>. El problema fundamental que plantea la inclusión de un «Código de Conducta» por parte del EBEP es determinar cuál es su operatividad, y si su incumplimiento puede ser considerado una infracción y, por tanto, llevar aparejada una sanción.

El Capítulo VII del Título III se dedica a la regulación de los denominados «*Deberes de los empleados públicos*», recogidos en los artículos 52 a 54, que deben entenderse como principios específicos del empleo público, que completan la regulación de la actuación administrativa (*vid.* Cap. II.1 y 2), a pesar de que la norma denomine a este capítulo «Código de Conducta»<sup>665</sup>.

El artículo 52 establece que «*Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes*».

Sin embargo, las previsiones denominadas por el EBEP Código de Conducta no presentan ninguno de los rasgos característicos de los antes analizados. En otras palabras, el Código Conducta de los empleados públicos no

---

<sup>664</sup>*Vid.* MARTÍN REBOLLO, Luis, «El Estatuto del Empleado Público: Un Godot que no ha llegado», *Revista de Administración Pública*, nº 174, septiembre-diciembre, 2007, pg. 137-140.

<sup>665</sup> En concreto, el Capítulo VII del Título III del EBEP.

se corresponde con una manifestación del poder de autonormación de los interesados, sino que son reglas de comportamiento impuestas a todos los empleados públicos por una norma de eficacia general.

El Código de Conducta es una norma de rango legal, y no reglas de comportamiento que voluntaria y autónomamente haya establecido la Administración Pública o sus empleados. De esta manera, el Código de Conducta del EBEP puede definirse como el elenco de los deberes jurídicos que la norma legal exige a todos los empleados públicos en la prestación de servicios. Por ello, se puede afirmar que el Código de Conducta contenido en el EBEP no se trata solo de un instrumento de publicidad sobre el compromiso de actuar conforme a una determinadas reglas, sino que se trata de una imposición heteronormativa<sup>666</sup>.

Esta opción legislativa desoye las sugerencias de la Comisión de expertos, que consideraba necesario que los Códigos de Conducta se configuraran como «*un derecho más de los ciudadanos*» que garantizara «*sus intereses legítimos en sus relaciones con las Administraciones Públicas*», subyaciendo en su regulación la idea de «*buena administración*». La Comisión recuerda que «*La propia OCDE y el Consejo de Europa han impulsado la asunción de estos códigos por los Estado miembros de estas organizaciones con la finalidad de fortalecer las relaciones e incrementar la confianza entre las instituciones públicas y los ciudadanos*».

Desde esta óptica, el fin último de los Códigos de Conducta debería ser garantizar un mejor servicio a los ciudadanos y representar un factor adicional de competitividad, clave en la sociedad moderna<sup>667</sup>. Si bien estas funciones no

---

<sup>666</sup>Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «Responsabilidad social y ética «públicas»y relación laboral de empleo público», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, Junio 2011, pg.94

<sup>667</sup>Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg. 200-202 y CASTILLO BLANCO, Federico A., «Los deberes de los funcionarios públicos», en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pg. 366-367.

se abordan directamente en el Código de Conducta regulado por el EBEP, si que han sido asumidas en otros instrumentos administrativos, como son las Cartas de Servicio (*vid.* Cap. VI.5).

A pesar de que el Código de Conducta tenga fuerza de ley, siguen planteándose problemas respecto a su operatividad, ya que recoge los deberes de los empleados públicos, pero, aparentemente, no un correlato sancionador en caso de incumplimiento. En efecto, el artículo 52 *in fine* del EBEP se limita a prever que «*Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*». A pesar de que la falta de medidas punitivas es un elemento característico de los Códigos de Conducta del sector privado, no parece que sea igualmente defendible en este supuesto, en la medida en que el Código es parte integrante de una ley<sup>668</sup>.

Esta interpretación es respaldada por el propio legislador, que en la exposición de motivos del EBEP alude a la necesaria incorporación de «*una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituyen un auténtico código de conducta*», con una «*finalidad pedagógica y orientadora*» pero, también actuando como un «*límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias*».

Para algunos autores, la eficacia jurídica del Código de Conducta se reduce, conforme a lo previsto en el artículo 52 del EBEP, a informar «*la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*», contenido en Título VII del EBEP (art.93-98). De esta manera, parece razonable que esta vinculación entre la consagración de los deberes de conducta

---

<sup>668</sup>*Vid.* MARTÍN REBOLLO, Luis, *op.cit.*, pg.137; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, nº36, 2007, pg. 18 y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg.34-35.

y los principios éticos y su inobservancia se articule a través del derecho disciplinario o sancionador, en la medida en que el correlato práctico del incumplimiento debe de ser siempre una sanción.

No obstante, en la regulación del régimen sancionador se plantean aún mayores problemas en relación con la eficacia real del Código de Conducta, ya que en aplicación del principio de legalidad, para que exista sanción es necesaria una concreta y precisa tipificación de las infracciones<sup>669</sup>. Sin embargo, el EBEP no contiene ninguna previsión sobre la vulneración de los principios y deberes éticos. Aún así, cabe advertir que el EBEP solo tipifica, con carácter básico, las infracciones o faltas muy graves (art. 95), remitiendo el establecimiento de las demás a lo que disponga la legislación de desarrollo, respecto del personal funcionario, o a las previsiones de los convenios colectivos, en lo relativo al personal laboral.

Debe recordarse que las previsiones en materia de infracciones y sanciones del EBEP alcanzarán a todos los empleados públicos, sean funcionarios o laborales, con independencia del ámbito territorial o de la Administración en la que desarrollen su prestación, debido al carácter básico de estos preceptos. Sin embargo, la tipificación y posterior sanción podría ser diferente en unas Comunidades y otras, al menos respecto del personal funcionario, en atención a la distribución de competencias que opera en la materia<sup>670</sup>.

En lo que se refiere específicamente al personal laboral no entraría en juego esta distribución de competencias, ya que el Estado tiene competencia exclusiva para la regulación de la legislación laboral y, por tanto, no se podrían producir diferencias a este respecto. Sin embargo, en el régimen laboral también se podrían producir estas diferencias a través de la negociación colectiva [art. 95.1 p) y 3 EBEP].

---

<sup>669</sup>Vid. ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia, «El principio de objetividad en el empleo público» *Documentación Administrativa*, nº289, 2011, pg.190.

<sup>670</sup>Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis, *op.cit.*, pg.138-139.

Atendiendo solo a las previsiones del EBEP, no parece que el incumplimiento de las reglas del Código pudiera conllevar, por si mismo, alguna consecuencia disciplinaria, al no estar dicho incumplimiento tipificado expresamente como infracción. Todo lo más, dichas reglas podrían ser útiles como punto de referencia en la aplicación de las sanciones vinculadas a infracciones que hubiesen sido tipificadas de forma general<sup>671</sup>.

Sin embargo, algunos autores<sup>672</sup> conectan las previsiones del artículo 52 del EBEP con el demérito, previsto en el artículo 96 del EBEP, que consiste en la penalización a efectos de la carrera, promoción y movilidad voluntaria<sup>673</sup>. De esta manera, argumentan, si existe una sanción como el demérito, debe haber una infracción que la justifique y, en este sentido, se pueden utilizar las reglas del Código como criterios de valoración del trabajo a los efectos del progreso en la carrera. Por lo tanto, si la valoración positiva se hace con criterios vinculados a principios y pautas de conducta, la valoración negativa debería realizarse también conforme a estos, lo que conllevaría, en su caso, una sanción por incumplimiento de esos deberes y principios.

---

<sup>671</sup>Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, «Ética Pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril, 2010, pg. 20-22.

<sup>672</sup>Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis, *op.cit.*, pg.139-140.

<sup>673</sup>La sanción del demérito se introduce como novedad en el EBEP entre las sanciones aplicables a los funcionarios públicos. Sin embargo, en lo que respecta al personal laboral, está sanción ya se recogía en la *praxis* negocial. La utilización de esta sanción ha planteado dudas sobre su compatibilidad con el derecho a la promoción a través del trabajo, aunque la jurisprudencia ha avalado su compatibilidad. Así, en la STSJ de la Comunidad Valencia nº 1257/1995, de 2 de junio, denegó la pretensiones de la parte actora que consideraba que la imposición de la sanción de demérito atentaba contra el derecho del empleado a la promoción a través del trabajo. El recurrente entendía que confinar a una persona al desempeño concreto de una actividad, sin posibilidad de promoción, es una forma de limitación de los derechos de la personalidad que solo podría venir impuesta por el «*ius puniendi*» del Estado. Sin embargo, el Tribunal entendió que era lícita, al no incluirse entre una de las sanciones excluidas por el propio Estatuto de los Trabajadores («*reducción de la duración de las vacaciones, minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber*») y ya que tampoco vulneraba ningún derecho del trabajador, ni siquiera el de la promoción profesional, en la medida en que la «*pérdida de una categoría determinada no impide que el operario vuelva a conseguirla si cumple los requisitos establecidos para acceder de nuevo a dicha categoría*». Vid. LAFUENTE BENACHES, Mercedes, «Las prohibiciones de discriminación y acoso en la función pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº138, 2008, pg. 251-252.

Así pues, la valoración negativa por parte de la Administración de la actividad de un empleado público podría identificarse con una sanción, por lo que algún autor considera que implícitamente se reconoce la existencia de una infracción, en relación con el deber de cumplimiento del Código<sup>674</sup>. Sin embargo, defender la posibilidad de imponer sanciones sin que estén expresamente tipificadas vulneraría los principios esenciales del derecho sancionador (art. 25.1 CE) y, a mayor abundamiento, el principio de legalidad al que está sometido la Administración.

La ausencia de una tipificación concreta sobre la vulneración del Código de Conducta (art.53 –principios éticos- y 54 –principios de conducta- del EBEP) no implica necesariamente que el EBEP haya omitido cualquier consecuencia respecto de la infracción de estos principios éticos. En este sentido, el EBEP ha preferido no incluir una infracción única o general que englobe todas las actuaciones que supusieran una vulneración de tales principios, desechando, de este modo, una infracción que aludiera expresamente al «*Código de Conducta*» en su conjunto, sino que ha preferido ir tipificando vulneraciones de su contenido.

Así, por ejemplo, el artículo 53.1 del EBEP prevé que «*los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico*», y tipifica la vulneración de este precepto en el artículo 95.2 a) al establecer que «*son faltas muy graves: el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía en el ejercicio de la función pública*».

De manera análoga, la vulneración del artículo 53.4 del EBEP, el cual prevé que la conducta de los empleados públicos «*se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión,*

---

<sup>674</sup>Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis, *op.cit.*, pg.139-140.

*discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», puede encontrar su correlato sancionador en el artículo 95.2 b), al establecer que «son faltas graves: toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo», así como en el artículo 95.2 k), que establece que como falta grave «la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales».*

En este mismo sentido, el artículo 53.5 del EBEP prevé que los empleados públicos *«se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público»*, y en estrecha conexión, el artículo 53.6 prevé que los empleados públicos *«no contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público»*. El correlato sancionador de estos dos artículos puede encontrarse en el artículo 95.2 j), que establece como falta muy grave *«la prevalencia de la condición de empleado público para obtener beneficio indebido para si o para otro»*.

Fuera del ámbito sancionador, el cumplimiento del Código de Conducta sí que puede conectarse con la implantación de la carrera horizontal. En efecto, el debido respeto de los principios y deberes éticos puede valorarse a efectos de la evaluación del desempeño (art.18) y de la evaluación de la actuación profesional y de la calidad del trabajo (art.17), a través de las cuales se establecen medidas de promoción profesional que permiten a los empleados públicos progresar en grados o categorías personales sin necesidad de cambio de puesto.

La tipificación de estas pautas éticas en las normas de empleo público responde al propio papel constitucional de la Administración, ya que en la medida en que es el órgano ejecutor del Gobierno debe de servir con objetividad a los fines generales previstos en el texto constitucional (art.103 CE), lo que implica la necesidad de respetarlos y garantizarlos en todas sus actuaciones, también como empleadora. Esta exigencia de una vinculación positiva de la Administración a la ideología constitucional plantea si tal adhesión también es exigible a los trabajadores que prestan servicio en su seno. En otras palabras, si la Administración puede ser considerada, desde esta perspectiva, como una empleadora de tendencia.

En este contexto, cabe recordar, que cuando nuestro ordenamiento consagra ciertos valores superiores (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), representa un sistema de preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y básicas en la convivencia colectiva. El reconocimiento de estos valores en el texto constitucional impide que nuestro ordenamiento jurídico pueda considerarse «*axiológicamente neutro*»<sup>675</sup>, ya que su inclusión en la norma fundamental constituye una opción ético-social básica que debe presidir el orden político, jurídico, económico y cultural.

La existencia del Estado social y democrático de Derecho guarda una estrecha relación con el reconocimiento de los citados valores, ya que estos constituyen la dimensión ético-jurídica de dicho Estado. Aun así, el modelo configurado por nuestra norma fundamental no está acabado y cerrado. Por el contrario, es un modelo abierto, en el que los valores superiores son ideales éticos que se propugnan por este tipo de Estado para que sean realizados por su ordenamiento jurídico<sup>676</sup>.

---

<sup>675</sup>Vid. PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pg.53 y 93.

<sup>676</sup>Vid. DEL REY GUANTER, Salvador, «La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, 1988-I, pg.366-368.

Conviene recordar la consideración histórica del concepto de «ideología», con el fin de determinar si los principios y valores superiores consagrados en la Constitución de 1978 pueden ser considerados como un «*corpus ideológico*» que pauten la actuación de la Administración y, en su caso, la de los empleados públicos.

A lo largo de la historia se han sucedido diversas concepciones sobre la ideología. Las primeras conceptualizaciones, propugnadas por las corrientes filo-marxistas, partían de una concepción negativa de la ideología, y se consideraba «*una falsa conciencia del individuo*»<sup>677</sup>, o «*un elemento integrador del aparato político del Estado, en concreto del sub-aparato ideológico*»<sup>678</sup>. Sin embargo, la mayoría de los teóricos modernos se ha desprendido de esta connotación peyorativa, definiéndose la ideología como «*el cuerpo de ideas que entregan identidad y coherencia a un grupo social determinado*»<sup>679</sup>, o «*como cualquier tipo de intersección entre el sistema de creencias y el poder político*». Estas definiciones modernas son neutras respecto a la relación de la ideología con el status-quo establecido, en la medida en que no cuestionan si la intersección entre las creencias y el poder político desafía o confirma un particular orden social<sup>680</sup>.

Desde una concepción filosófico-política resulta claro que el Estado y, por ende, la Administración, siempre responden a una concreta ideología y, por tanto, no puede existir un Estado ideológicamente neutro. En efecto, el ordenamiento jurídico estatal no es sino una forma de vida societaria instituida por la voluntad unificada de los grupos que han logrado predominar

---

<sup>677</sup>Vid. ESTENSSORO, Fernando, «El concepto de ideología», *Revista de Filosofía*, nº15, 2006, pg.99.

<sup>678</sup>Vid. ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Ediciones Comuneros, Bogotá, 1974, pg.22.

<sup>679</sup>Vid. RICOEUR, Paul, *Ideología y utopía*, Ediciones Gedisa, Barcelona, 1999.

<sup>680</sup>Vid. ESTENSSORO, Fernando, «El concepto de ideología», *Revista de Filosofía*, nº15, 2006, pg.107.

políticamente en un conflicto ideológico y que se constituyen como el núcleo del poder estatal en un momento histórico determinado<sup>681</sup>.

Sin embargo, una vez que esa ideología que informa el Estado ha sido aceptada como auténtica por la mayoría de los ciudadanos, lo que conlleva su participación expresa o tácita respecto de sus fundamentos teóricos y axiológicos, el análisis se desarrolla en un plano diferente al puramente ideológico, y se traspasa al de la eficacia del ordenamiento jurídico. Por tanto, la aceptación por parte de los individuos de los fundamentos dogmáticos en los que se apoya el sistema transforma lo que en un momento inicial fue mera ideología, desde una concepción ortodoxa, en una «*tesis verdadera*» de lo real<sup>682</sup>. Esta transformación conlleva que esos principios y valores pierdan su carácter inicial como mero corpus ideológico, y se instauren como las pautas o guías por las que se va a regir un determinado ordenamiento jurídico, lo que implica que se conviertan en Derecho objetivo, y que, por tanto, no puedan ser considerados ideología en sentido estricto.

Desde esta perspectiva, por tanto, se puede descartar que la Administración sea un sujeto ideológico, a pesar de que constitucionalmente se le exige una adhesión a los principios y valores del ordenamiento en todas sus actuaciones, ya que, a su vez, se le impone la obligación de servir con «*objetividad a los intereses generales*» (art.103.1 de la CE). En efecto, la aspiración de la objetividad de la actuación de la Administraciones Públicas solo es entendible dentro de la propia concepción del «*Estado Social de Derecho*» configurado por la norma fundamental. Y, en este contexto, el mandato

---

<sup>681</sup>Vid. MENDEZ DE SMITH, Elisa A., *Las ideologías y el derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1982, pg.137.

<sup>682</sup>Vid. COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pg.480.

constitucional debe ser interpretado como un mandato de neutralidad política e incluso de imparcialidad<sup>683</sup>.

La exigencia constitucional no implica una vinculación ideológica, sino la garantía de que la Administración adecúa su actividad a las pautas de convivencia y reconocimiento en las que se funda todo el ordenamiento jurídico español. Si se descarta el carácter ideológico de la Administración como sujeto, parece razonable que también deba descartarse esta consideración en su vertiente de empleadora y, por tanto, no cabría clasificarla como una empresa de tendencia.

Aun así, no existen en nuestro ordenamiento criterios legales expresos que definan lo que debe entenderse por una empresa de tendencia, manejándose doctrinalmente dos concepciones<sup>684</sup>. La primera, extensiva, considera empresas de tendencia a todas aquellas organizaciones de carácter político, religioso, sindical o moral, cuyos integrantes y simpatizantes comparten una determinada concepción de la realidad, y que se orientan a la difusión de un cierto mensaje (*v.gr.* centros de enseñanza, empresas de información o asociaciones empresariales).

La segunda, más restrictiva, considera que solo se incluirían bajo la categoría de empresas con tendencia ideológica, a aquellas organizaciones dedicadas a la gestión de un determinado mensaje, que se constituyeran como partidos políticos, sindicatos, o confesiones religiosas, sin que merezcan esa calificación otras organizaciones productivas, con independencia de que tanto el empresario como los trabajadores mantengan un determinado ideario común. Esta concepción restrictiva, seguida mayoritariamente por la doctrina

---

<sup>683</sup>Vid. BERZOSA LÓPEZ, Daniel, «El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa», *Documentación Administrativa*, nº289, 2011, pg.49.

<sup>684</sup>Vid. GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José, «Extinción del contrato de trabajo: el despido por razones ideológicas en la Administración Pública», *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº108, 2011, pg.270-272.

científica<sup>685</sup>, y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>686</sup>, considera a la Administración ideológicamente neutra, por lo que se excluye su calificación como empresa de tendencia.

El Tribunal Constitucional entendió que al carecer la Administración de una concreta ideología, y dirigirse su actuación a la consecución del interés general, se erigiría como garante del pluralismo y la libertad en la que se funda el ordenamiento jurídico español, clave para la existencia del Estado social y democrático de Derecho (STC 5/1981, de 3 de febrero).

Y es en este contexto en el que deben enmarcarse las referencias legales de adhesión ideológica que se exigen a los trabajadores públicos respecto de los principios y valores constitucionales. En este sentido, el artículo 53.1 del EBEP establece, entre los principios éticos que deben regir la actuación de los empleados públicos, la obligación de respetar la Constitución (art. 53.1 EBEP) y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, considerándose falta muy grave «*el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución*» [art.95.2.a) EBEP]<sup>687</sup>.

Así, la protección del interés público y la lealtad constitucional vinculan positivamente a todos los empleados públicos, y conllevan no solo una obligación pasiva de acatamiento, sino un compromiso positivo con los valores y principios constitucionales, y muy en particular con el respeto y promoción de

---

<sup>685</sup>*Vid.*, por todos, GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José, «Extinción del contrato de trabajo: el despido por razones ideológicas en la Administración Pública», *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº108, 2011, pg.270-272.

<sup>686</sup>Es más, el Tribunal Constitucional considera que incluso en supuestos especiales, como puede ser la contratación de profesores de religión en centro públicos, no implica la conversión de las Administraciones públicas en una empresa de tendencia: las Administraciones públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico, sino que ejecutan la cooperación con la Iglesia Católica en materia de enseñanza en los términos acordados (STC 38/2007, de 15 de febrero).

<sup>687</sup>*Vid.* MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, «Artículo 53. Principios Éticos», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.517.

los derechos fundamentales en el desarrollo de la prestación de servicios<sup>688</sup>. No obstante, estas previsiones no implican una obligación de identificación personal con la Constitución<sup>689</sup>, pero sí el deber de evitar acciones contrarias al ordenamiento jurídico, durante y con ocasión del ejercicio de las funciones públicas<sup>690</sup>, lo que faculta a la Administración empleadora a adoptar, respecto de sus trabajadores, las medidas que estime necesarias para garantizar tal objetivo.

Las manifestaciones de la Administración en esta materia se pueden fijar en el dictado de órdenes e instrucciones para asegurar o modificar un comportamiento adecuado por parte de sus empleados, así como la adopción de sanciones en caso de que se produzcan incumplimientos del citado deber. En concreto, como antes se vio, se tipifica como falta muy grave, del «*incumplimiento [por parte del empleado público] del deber de respeto a la Constitución (...)*» [art.95.2. a) EBEP].

Esta especial transgresión de los deberes del empleado público debe valorarse en el marco de su libertad ideológica y política. Por tanto, no se puede realizar una interpretación extensiva del precepto que subsumiera en este tipo cualquier incumplimiento del deber de lealtad en la actuación del funcionario, sino que engloba tan solo aquellas conductas que supongan una «*eficaz y positiva infidelidad a la Constitución entendida en su conjunto, como norma básica reguladora de la convivencia de los ciudadanos*» (STS de 28 de noviembre de 1991<sup>691</sup>, rec. 2762/1988)<sup>692</sup>.

---

<sup>688</sup>Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005, pg. 200 y ss.

<sup>689</sup>Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005, pg.202-203.

<sup>690</sup>Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Régimen disciplinario», en VV.AA., Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 541.

<sup>691</sup>La citada sentencia resuelve un caso en el que se planteó que sanciones eran aplicables a un empleado público por haber robado en reiteradas ocasiones a un compañero. La Administración plantea una eventual infracción del «*deber de fidelidad a la Constitución*» en el ejercicio de la Función Pública, al haber desaparecido la regulación anterior que preveía una infracción grave por «*falta de probidad moral o material*» [artículo 6 a) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por

Esta concepción de la lealtad constitucional, entendida como una garantía de la consecución del interés general (art.103 CE) y no como una imposición ideológica, se refuerza comparando la regulación actual con la legislación anterior, que establecía que «*los funcionarios vienen obligados a acatar los principios fundamentales del Movimiento Nacional y demás leyes fundamentales del Reino*» (art. 76 del Decreto 315/1964, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado). La regulación actual sustituye la obligación de acatamiento («*deber de fidelidad*»<sup>693</sup>) por un deber de respeto, que expresa una menor carga de compromiso político y un mayor respeto a la libertad ideológica de los empleados públicos, que no implica una exigencia de identificación personal con el texto de la Constitución, sino el mero deber de observar los fundamentos constitucionales básicos en el ejercicio de su actividad profesional<sup>694</sup>.

En un plano de análisis diferenciado, cabe advertir que el principio de objetividad impuesto por la Constitución (art. 103.1) no excluye la legítima orientación política del Gobierno, como cúspide de la Administración, sino solo

---

el Decreto 2088/1969]. El Tribunal Supremo entendió que no se puede considerar sancionable, bajo el deber de fidelidad a la Constitución, cualquier incumplimiento de un deber funcional, por nimio que fuese. Es más, el Tribunal Supremos consideró que el sentido del precepto es mucho más estricto, refiriéndose exclusivamente a una eficaz y positiva infidelidad a la Constitución entendida en su conjunto, como norma básica reguladora de la convivencia ciudadana.

<sup>692</sup>Vid. QUESADA LUMBRERAS, Javier E., «Título VII. Régimen disciplinario», en VV.AA. MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008,pg.934

<sup>693</sup>Vid. CASTILLO BLANCO, Federico A., «Los deberes de los funcionarios públicos», en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pg.371.

<sup>694</sup>Vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, «Artículo 53. Principios Éticos», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.519 y QUESADA LUMBRERAS, Javier E., «Título VII. Régimen disciplinario», en VV.AA. MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008,pg.933-934 .

su actuación partidista, contraria al principio de igualdad de los ciudadanos<sup>695</sup>. La objetividad exige una buena Administración, pero no una Administración políticamente indiferente<sup>696</sup>.

Este segundo plano de análisis no se fija, por tanto, en el sometimiento de la Administración a los valores político-jurídicos generales, sino que dirime de qué manera la ideología del partido en el Gobierno influye en la actuación administrativa, y que relevancia puede tener en el plano de las relaciones laborales del sector.

Esta concepción del Gobierno-Administración introduce dos nuevas cuestiones a analizar. Por un lado, si es lícito exigir a todos los empleados públicos una adhesión a la ideología del partido en el Gobierno en el desarrollo de sus funciones. Y, por otro lado, si desde esta perspectiva es posible que existan puestos de tendencia, o dicho de otro modo, si respecto de ciertos trabajadores se puede considerar que la Administración es una empresa ideológica.

En primer término, se puede afirmar que el empleado público debe realizar sus funciones con «*fidelidad institucional*», lo que implica que en el desempeño de su labor profesional no solo debe respetar los valores constitucionales —«*lealtad constitucional*»— sino que, además, no puede contradecir las directrices de actuación marcadas por el Gobierno en atención a su propia ideología política<sup>697</sup>.

No obstante, la «*lealtad constitucional*» tiene prevalencia sobre la «*fidelidad institucional*», lo que implica que si la actuación del Gobierno

---

<sup>695</sup>Vid. BERZOSA LÓPEZ, Daniel, «El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa», *Documentación Administrativa*, nº289, 2011, pg.49.

<sup>696</sup>Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, «La Administración sirve con objetividad a los intereses generales», en VV.AA., MARTIN RETORTILLO, Sebastián (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pg. 2226.

<sup>697</sup>Vid. ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia, «El principio de objetividad en el empleo público» *Documentación Administrativa*, nº289, 2011, pg.185.

contraviene el interés general el empleado público está obligado a hacer prevalecer la interpretación que salvaguarde el bien común. Esta exigencia de actuar siempre conforme al interés general ha sido denominada por algún autor «*eficacia indiferente*», e implica para el agente público asegurar siempre la eficacia de la Administración en la atención de los intereses generales, tanto si perjudica como si favorece la política del Gobierno en el poder<sup>698</sup>. En definitiva, se puede decir que el empleado debe actuar siempre sin favoritismos, ni discriminaciones, y con el debido respeto al interés general, sin que pueda obstaculizar el desarrollo del programa gubernativo sino existen razones de interés público para ello.

En segundo lugar, desde la perspectiva del Gobierno/empleador, pueden surgir determinados puestos que no deban ser considerados neutros, por dedicarse a gestionar y transmitir el mensaje de la Administración, o más específicamente del Gobierno. Así ocurre, por ejemplo, con los puestos eventuales de libre designación, que se definen por «*realiza[r] funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial*» (art. 12 del EBEP). Estos puestos, que pueden calificarse de tendencia, tienen un mayor sometimiento al poder de dirección, de manera análoga a lo que ocurre con el desempeño de la actividad laboral en una empresa ideológica en sentido estricto.

Aunque la Administración no sea considerada una empresa de tendencia, con carácter general, hay ciertos supuestos en los que podría clasificarse como tal. El mayor sometimiento al ideario de la empresa de determinados puestos de trabajo ocurre también en las empresas de tendencia clásica. En efecto, en estas empresas no todos los servicios están sometidos con la misma intensidad a los límites impuestos por el carácter ideológico de la empresa, siendo mayor en aquellos puestos que se dedican a la gestión y difusión del concreto mensaje ideológico, y menor o inexistente en aquellos considerados neutros o accesorios

---

<sup>698</sup>Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pg. 1425.

a la actividad empresarial (v.gr. servicio de limpieza en un colegio privado con ideario)<sup>699</sup>.

De esta manera, la imposición de restricciones a los derechos fundamentales en estos supuestos podría resultar lícita, en la medida en que la actividad de los trabajadores, incluida la extra-laboral, pudiera causar un perjuicio para el Gobierno, o su imagen. Aún así, para que estas restricciones pudieran considerarse justificadas deberían adecuarse a la doctrina del «juicio de proporcionalidad» construida por el Tribunal Constitucional (SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio).

### 3. Planes de igualdad

La regulación de la «igualdad» de oportunidades entre mujeres y hombres fue introduciéndose en el ordenamiento jurídico español de manera paulatina, impulsada por la normativa de la Unión Europea. Así, la primera regulación vinculada a esta materia se produjo con la transposición de la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, sobre el permiso parental, en concreto, con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Si bien esta ley fue un paso decisivo en el tratamiento de la igualdad de género, se limitaba únicamente a un aspecto concreto de las relaciones laborales, como es la gestión de los tiempos de trabajo, orientada, fundamentalmente, a permitir el acceso al trabajo en condiciones de igualdad de las madres trabajadoras. En efecto, con esta ley la consecución de la igualdad en el ámbito doméstico dejaba de ser una cuestión puramente privada, que sólo incumbía al

---

<sup>699</sup>Vid. GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José, «Extinción del contrato de trabajo: el despido por razones ideológicas en la Administración Pública», *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº108, 2011, pg. 270-272.

núcleo familiar, para convertirse en un problema social de dimensión constitucional y de responsabilidad pública promocional<sup>700</sup>.

En el año 2007, se elaboró la primera ley transversal en materia de igualdad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIMH), cuyo principal objetivo era potenciar la elaboración de políticas activas y poner en marcha diversas acciones dirigidas a potenciar la igualdad real entre mujeres y hombres y a combatir las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo.

La LOIMH incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva comunitaria 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, refundición, por su parte, de otras tres Directivas comunitarias en la materia<sup>701</sup>. Junto a ellas, la LOIMH también se apoya en otros instrumentos comunitarios, destacadamente en la Resolución del Consejo y de los Ministros de trabajo y asuntos sociales, de 6 de junio del 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional, y en la vida familiar.

Con todo, y a pesar de esta marcada influencia del ordenamiento comunitario sobre la LOIMH, esta no se puede calificar como una ley de mera transposición, puesto que su amplio y ambicioso contenido supera los mandatos

---

<sup>700</sup>Vid. MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> Luisa, «Derechos de conciliación: Derechos de adaptación y, reducción del tiempo de trabajo, suspensión por paternidad y excedencias familiares», en VV.AA., VALDÉS DAL-RE, Fernando y QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, pg.211-215.

<sup>701</sup> Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de reforma de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, formación y a la promoción profesional, Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro, y Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

de esas normas de la UE en muchos aspectos<sup>702</sup>. La LOIMH podría considerarse como un código de la igualdad, en el que aparecen unificados y sistematizados los principios y directrices que deben guiar las estrategias de intervención en la materia. Pero esto no quiere decir que la aportación de la Ley se limite a refundir las políticas preexistentes, sino que se concibe como una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, a la vista de la insuficiencia del reconocimiento de la igualdad formal y de la necesidad de remover los obstáculos y estereotipos sociales persistentes, para asegurar la igualdad real entre sexos.

En este sentido, la LOIMH va más allá de asegurar la igualdad formal entre mujeres y hombres, y busca conseguir una igualdad plena y efectiva entre ambos, mediante una regulación concebida para combatir todas las manifestaciones de discriminación<sup>703</sup>. La Ley tiene su fundamento constitucional en los tres artículos que conforman el concepto de igualdad en la Constitución Española: la igualdad como valor (art.1.1 CE), la igualdad como principio (art.9.2), y la igualdad como derecho subjetivo (art.14 CE), vinculado también a la prohibición de toda forma de discriminación.

La LOIMH trata de combatir la discriminación y promover la igualdad tanto a través de medidas específicas de prevención y promoción como a través de medidas de acción positiva. No obstante, en materia laboral, se ha dado preferencia a la negociación colectiva, con una intervención directa menor por parte del legislativo<sup>704</sup>.

Con el fin de que la negociación colectiva se convierta en un instrumento útil y esencial en la promoción de la igualdad, y se produzca una implantación

---

<sup>702</sup> Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007», *Relaciones Laborales*, nº8, 2007, pg. 2.

<sup>703</sup> Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, *op.cit.* pg.3.

<sup>704</sup> Vid. AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, «Medidas de Igualdad en el empleo. La promoción de la igualdad a través de la negociación colectiva», en VV.AA., MONTROYA MELGAR, Alfredo (Dir.) y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda (Coord.), *Igualdad de Mujeres y Hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson, Navarra, 2007, pg.327.

real, la LOIMH obliga a las empresas a adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral. De esta manera, en determinadas empresas será obligatorio la adopción de los denominados «*Planes de Igualdad*», en concreto, deberán adoptarlo aquellas empresas con más de 250 trabajadores, o cuando así lo establezca el convenio colectivo aplicable (art.45.2 y 3 LOIMH), así como en las Administraciones Públicas,<sup>705</sup>.

Los Planes de Igualdad se regulan en el Capítulo III de la LOIMH (art.45-48) y se definen como un «*conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y a eliminar la discriminación por razón de sexo; los Planes de Igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados*» (art.46). Sin embargo, la norma deja numerosas lagunas en torno a aspectos tales como el ámbito subjetivo y objetivo del plan, su eficacia jurídica, el procedimiento de elaboración, su contenido o el control de su cumplimiento<sup>706</sup>.

En el ámbito del empleo público, la LOIMH establece y desarrolla los criterios generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de Administraciones Públicas. Llama la atención que esta ley, sin embargo, solo impone la obligación de adoptar Planes de Igualdad a la Administración General del Estado y a los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella (art. 64 LOIMH), sin extender dicha obligación al resto de las Administraciones. Aún así, esta omisión fue rápidamente subsanada, ya que el EBEP extiende a todas

---

<sup>705</sup>Vid. AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, «Medidas de Igualdad en el empleo. La promoción de la igualdad a través de la negociación colectiva», en VV.AA., MONTOYA MELGAR, Alfredo (Dir.) y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda (Coord.), *Igualdad de Mujeres y Hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson, Navarra, 2007, pg.329.

<sup>706</sup>Vid. SERRANO GARCÍA, Juana, *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Bomarzo, Albacete, 2007, pg.149-151.

las Administraciones Públicas la obligación de adoptar Planes de Igualdad (disposición adicional octava). En este sentido, hay que destacar que en el ámbito de la Administración la obligación de implantar un Plan de Igualdad no está condicionada ni por el volumen de la plantilla, ni por cualquier otro factor diferenciador, como pudiera ser la modalidad de vinculación, funcionarial o laboral<sup>707</sup>.

En este sentido, es necesario reseñar que los Planes de Igualdad en la Administración Pública, al igual que en la empresa privada, son instrumentos dirigidos a promover las condiciones de trabajo y empleo en igualdad y, por tanto, se pueden calificar como una manifestaciones más de la autonomía colectiva. Aun así, en el ámbito del empleo público también pueden, excepcionalmente, ser actos unilaterales de cada Administración. En otras palabras, los Planes de Igualdad son medidas internas de las empresas o Administraciones en cuanto empleadoras.

En el ámbito del sector público estos Planes de Igualdad deben diferenciarse de otros instrumentos, también denominados planes de igualdad, que se engloban dentro del ámbito de la actuación política y administrativa en materia de igualdad. En concreto, el artículo 17 de la LOIMH prevé la aprobación de un «*Plan Estratégico de Igualdad*», regulado dentro del Título II, relativo a las políticas públicas de igualdad.

A pesar de la falta de precisión terminológica por parte de la LOIMH, el Plan Estratégico de Igualdad no supone una actuación de la Administración como empleadora, sino como poder público, con un alcance universal para toda la ciudadanía, y con un contenido transversal y global, no solo referido a la perspectiva de las relaciones laborales. Este instrumento se aprueba

---

<sup>707</sup>Vid. FABREGAT MONFORT, Gemma, «La implantación de los Planes de Igualdad en la Administración Pública», en VV.AA., PÉREZ ALONSO, María Antonia, BELANDO GARIN, Beatriz, FABREGAT MONFORT, Gemma, y ALONSO MELLADO, Carlos Luis, *Derecho del empleo público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 125.

periódicamente por el Gobierno para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo<sup>708</sup>.

Estos planes deben de recoger el cambio de perspectiva que inspira toda la LOIMH y plantear propuestas que no solo beneficien a las mujeres, sino que formen parte de una apuesta más amplia a favor de la sostenibilidad social, entendiéndose como sociedad sostenible aquella que tiene en cuenta las necesidades de los seres humanos y su calidad de vida. Para ello deben considerarse, al menos, tres ámbitos en la vida de una persona, sea hombre o mujer: la vida con los demás y las atenciones que ello supone, el trabajo remunerado, que socializa y da independencia económica, y el tiempo de cada cual. Este planteamiento rompe con las antiguas políticas de igualdad de trato, que construían la idea de equidad teniendo en exclusiva consideración la relación de los sujetos con el trabajo remunerado, en pro de un equilibrio en la vida de cada persona, en el que se combine la vida familiar y las relaciones sociales, con el trabajo y el ocio.

Volviendo a los planes de igualdad en sentido estricto, cabe preguntarse cuál es el alcance real de la obligación contemplada en la LOIMH, ya que no está claro si la Ley impone un deber de negociar o un deber de llegar a un acuerdo. Para resolver esta duda, al menos en el ámbito del empleo privado, debe atenderse a los artículos 45 de LOIMH y 85 del Estatuto de los Trabajadores. Estos preceptos establecen la obligación de negociar medidas de promoción de la igualdad en todos los convenios colectivos, así como Planes de Igualdad, en aquellas que superen los 250 trabajadores.

No obstante, la doctrina ha entendido que esta obligación es de procedimiento y no de resultado, por lo que solo se exige la apertura de las negociaciones y una actitud activa de ambas partes con el objetivo de alcanzar

---

<sup>708</sup>Tras la entrada en vigor de LOIHM el Gobierno aprobó el «*Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2008-2011*» (PEIO 2008-2011). Y en la actualidad el Plan en vigor es el «*Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016*» (PEIO 2014-2016) [Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2014].

un acuerdo, pero es posible que la negociación concluya sin éxito y que, por tanto, no se apruebe el Plan de Igualdad o las medidas análogas. Algunos autores han señalado, en este sentido, que si la obligación establecida en el artículo 45 de LOIMH fuera de resultado, su inclusión en el Estatuto de los Trabajadores no debería haberse hecho a través del artículo 85 («*contenido posible del convenio colectivo*»), sino a través del artículo 85.3 («*contenido mínimo*»)<sup>709</sup>.

Sin embargo, en el caso de las Administraciones Públicas, a pesar de que la literalidad del precepto (art. 64 LOIMH) es igual de confusa que en el empleo privado, la doctrina ha entendido que la Administración tiene una obligación de resultado. Por tanto, tiene la obligación previa de negociar los Planes de Igualdad con los representantes de los trabajadores y, en el caso de que no sea posible alcanzar un acuerdo, la Administración debe aprobar el plan de manera unilateral<sup>710</sup>.

Aún así, el citado precepto de la LOIMH no fija el órgano encargado de negociar el Plan, ni si este ha de ser común para todo el personal al servicio de la Administración. Esta imprecisión legislativa se solventa tras las aprobación del EBEP, ya que al incluir por primera vez las mesas de negociación común para el personal laboral y funcionario (artículo 36.3 del EBEP)<sup>711</sup>, se crea el mecanismo idóneo para la aprobación del Plan de Igualdad<sup>712</sup>. A pesar de que el Plan de Igualdad se negocia en la Mesa General de Negociación Común, y sea de aplicación a todo el personal, no se puede obviar que en el seno de las

---

<sup>709</sup> Vid. AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *op.cit.*, pg.330-331.

<sup>710</sup> Vid. GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral. Análisis particular de los acuerdos y convenios colectivos del ámbito municipal asturiano*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2011, pg. 173.

<sup>711</sup> Sin embargo, la opción asumida en la actualidad por el legislador no fue siempre unánime en la doctrina. Durante la vigencia de la LORAP se generaron discrepancias sobre la licitud de una regulación de condiciones de trabajo comunes entre funcionario y personal laboral, contando incluso con el rechazo del Tribunal Supremo. Vid. AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *op.cit.*, pg. 334.

<sup>712</sup> Vid. ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, *Igualdad entre mujeres y hombres en la Función Pública*, Bomarzo, Albacete, 2008, pg.37-40.

Administraciones coexisten dos tipos diferentes de personal: el personal funcionario y el laboral, lo que exige que se determine en su articulado las particularidades de cada uno de estos colectivos<sup>713</sup>.

Con lo expuesto, se puede afirmar que la aprobación de los Planes de Igualdad se engloba dentro de las potestades de la Administración en cuanto empleadora, y no como autoridad pública, bien sea a través de un acto concertado, como expresión de la autonomía colectiva, o como un acto unilateral, como manifestación de su poder de dirección. Por tanto, los planes de igualdad, aunque regulen condiciones de trabajo comunes a personal funcionario y laboral, no presentan problemas competenciales, ya que solo alcanzarán al personal de la Administración que los aprueba y, en ningún caso, tendrán eficacia general.

Como ejemplo, cabe citar, en el ámbito de la Administración General del Estado, el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos (Resolución de 20 de mayo 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011).

En lo que respecta a las Comunidades Autónomas, y a pesar de que la obligación de aprobar sus propios planes se exige desde la entrada en vigor del EBEP en el año 2007, no han sido muchas las que han cumplido con el requerimiento legal. La primera en aprobar un Plan de Igualdad fue la Generalitat Valenciana que, en el año, 2010 aprobó el I Plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres de la Administración 2010-2012 (acuerdo de la Mesa sectorial de Función Pública de 31 de marzo de 2010). Posteriormente, se puede citar el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 2012-2015 (Acuerdo del Consejo de

---

<sup>713</sup>*Vid.* FABREGAT MONFORT, Gemma, «La implantación de los Planes de Igualdad en la Administración Pública», en VV.AA., PÉREZ ALONSO, María Antonia, BELANDO GARIN, Beatriz, FABREGAT MONFORT, Gemma, y ALONSO MELLADO, Carlos Luis, *Derecho del empleo público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 130-131.

Gobierno de 29 de junio de 2012), o el I Plan de Igualdad de la Junta de Andalucía, que se encuentra actualmente en tramitación.

#### 4. Protocolos contra el acoso en el trabajo

Muy vinculadas a las disposiciones en materia de igualdad de trato, en sentido estricto, aparecen tanto en las grandes empresas como en las Administraciones Públicas protocolos orientados a prevenir y eliminar el acoso laboral, en especial el denominado «*acoso discriminatorio*».

En el ámbito del empleo público, el EBEP incluye junto a la prohibición general de no discriminación, el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, como una modalidad de discriminación más [art.14 h)].

Conforme a esta concepción, en la que se incluye una categoría de acoso discriminatorio, el acoso y la discriminación pueden aparecer separados o unidos. Por tanto, puede haber acoso sin discriminación, discriminación sin acoso o acoso discriminatorio<sup>714</sup>. En este sentido, se entiende que el acoso es discriminatorio cuando se vincula a alguna de las causa constitutivas de discriminación. Así, algunas leyes han intentado definir el acoso discriminatorio, como por ejemplo, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas, y del orden social, que entiende por acoso discriminatorio «*toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión las convicciones, la discapacidad, edad u orientación sexual*»<sup>715</sup>.

---

<sup>714</sup>Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?, *Revista de Derecho Social*, nº19, 2002, pg. 53-76.

<sup>715</sup>Esta Ley transponía la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

De un modo parecido, la LOIMH considera, en todo caso, acoso discriminatorio al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art.7.3). Y, a estos efectos, se define el acoso sexual como «*cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*» (art.7.1). A su vez, «*constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*» (art.7.2).

La inclusión del acoso discriminatorio en normas de empleo público, como el propio EBEP [art.14.h)], responde a la pretensión del legislador de establecer una protección amplia frente a cualquier tipo de discriminación, también aquella que se instrumentalice a través de conductas calificables tradicionalmente como «*acoso laboral*»<sup>716</sup>. En definitiva, la prohibición de «*acoso discriminatorio*» pretende proteger, junto al bien jurídico de la integridad física y moral que se defiende en todas las categorías de acoso laboral, la igualdad de trato<sup>717</sup>. Para reforzar este derecho se tipifica como falta disciplinaria muy grave el acoso moral, sexual o por razón de sexo, por cuya comisión podrán imponerse alguna de las sanciones previstas en el artículo 96 del EBEP<sup>718</sup>.

Esta situación, conecta con las obligaciones de la Administración de «*promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*» para lo cual debe «*arbitrar procedimientos específicos para su prevención*», así como, dar cauce «*a las denuncias o reclamaciones*» que

---

<sup>716</sup>Vid. CORREA CARRASCO, Manuel, «La juridificación del acoso en el trabajo: Bases metodológicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, nº77, 2004, pg. 35-82.

<sup>717</sup>Vid. LAFUENTE BENACHES, Mercedes, «Las prohibiciones de discriminación y acoso en la función pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº138, 2008, pg.227-229.

<sup>718</sup>Vid. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, y ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson, Navarra, 2007, pg. 200.

puedan formular quienes lo sufran (art. 46 LOIMH)<sup>719</sup>.

Para cumplir este objetivo, la LOIMH compele a la adopción de medidas concretas, que se deberán negociar con los representantes de los trabajadores, tales como la realización de campañas informativas, acciones de formación o la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas (art. 48.1 LOIMH) o, más propiamente, de protocolos de acoso.

En este sentido, los protocolos son instrumentos internos que buscan evitar y, en su caso, resolver situaciones de posible acoso, de forma rápida y conforme a los principios de contradicción y confidencialidad. Si el acoso todavía no se ha producido, el protocolo es una medida más de la política interna de prevención de riesgos laborales (protocolo preventivo), pero, si aquel ya se ha consumado (o hay indicios del mismo), se convierte en una vía de solución extrajudicial o autónoma del conflicto (protocolo defensivo), que no impide el recurso de la víctima a las vías judicial o administrativa<sup>720</sup>. Por ello, las medidas contra el acoso se pueden recoger, aparte de en el plan de igualdad, en el plan de prevención de riesgos laborales, en un convenio colectivo o en un acuerdo de empresa «*ad-hoc*», presentándose, en ocasiones, entremezcladas todas las posibilidades.

En el ámbito de la empresa privada la negociación de estos protocolos de acoso corresponde a los representantes de los trabajadores, según las reglas previstas en el art. 87 ET, cuando aquellos se incluyen en un convenio colectivo o plan de igualdad o, incluso, en un documento «*ad-hoc*».

En el ámbito de la Administración Pública, de manera análoga a lo que ocurría respecto de los Planes de Igualdad, la negociación de estas medidas

---

<sup>719</sup> Las previsiones del EBEP están, además, en sintonía con las previsiones contenidas en el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado, en el que se reclamaban las medidas normativas necesarias para tipificar el acoso sexual como falta muy grave en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos

<sup>720</sup>Vid. MELLA MÉNDEZ, Lourdes, «Los protocolos de acoso en los planes de igualdad», *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, nº extra, 2013, pg. 303-304.

deberá ser asumida por la mesa general de negociación del artículo 36.3 del EBEP. En lo que respecta a la Administración general del Estado, el artículo 62 de la LOIMH recoge expresamente la obligación de elaborar un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Además, se establece que para la prevención de estas conductas las Administraciones Públicas negociarán con la representación legal de los empleado públicos un protocolo de actuación<sup>721</sup>.

Estos protocolos presentan una especialidad relevante respecto de los Planes de Igualdad, ya que la doctrina ha entendido que, a diferencia de los Planes de Igualdad, la obligación respecto de los Protocolos de Acosos es en todos los casos de resultado, también en la empresa privada. En efecto, el artículo 48 de la LOIMH establece una obligación para la empresas, a pesar de que su procedimiento requiera una negociación con los representantes de los trabajadores. Por tanto, si la negociación concluye sin acuerdo, es obligación empresarial adoptar las medidas necesarias para contar en la empresa con un protocolo de actuación frente al acoso (*v.gr.* aplicación del existente en otra empresa o en el convenio de sector)<sup>722</sup>. Esta idea se refuerza con lo previsto en el artículo 8.13 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) que prevé, como falta muy grave del empresario, la no adopción de las medidas necesarias para impedir el acoso que se produzca *«dentro del ámbito a que alcanzan sus facultades de dirección empresarial»*, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo y una vez conocido por aquel.

## **5. Cartas de servicios**

Las Cartas de Servicios *«son documentos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos, organismos y entidades de la Administración*

---

<sup>721</sup>*Vid.* MARÍN ALONSO, Inmaculada, «La Ley Orgánica de Igualdad y el Estatuto Básico del Empleado Público ante el trabajo femenino en la Función Pública», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº136, 2007, pg.877-878.

<sup>722</sup>*Vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, «Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres», *Relaciones Laborales*, nº2, 2008, pg.278-279.

*General del Estado informan a los ciudadanos y usuarios, sobre los derechos que les asisten en relación con aquéllos y sobre los compromisos de calidad de su prestación»* (art. 8 del Real Decreto 95/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado)<sup>723</sup>.

Si bien la definición normativa se limita al ámbito de la Administración General del Estado, de ella se pueden extraer los elementos que caracterizan las Cartas de Servicios de todas las Administraciones. Por un lado, son documentos por medio del cual las organizaciones de la Administración informan públicamente a los usuarios sobre los servicios que gestionan y, por otro lado, explicitan los compromisos de calidad asumidos en la prestación de dichos servicios.

Las primeras referencias en el ordenamiento jurídico español a las Cartas de Servicio se enmarcan en el debate de la reforma y modernización de la Administración en la década de los noventa. Así, como punto de partida se puede citar el documento de trabajo elaborado por el Ministerio para las Administraciones Públicas: *«Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado»*<sup>724</sup>, el cual se engloba en una serie de estudios realizados en la época con el fin de reformar la Administración. Así, además del citado documento, se debe tener en cuenta el *«Estudio Delphi: la modernización de los procedimientos de actuación en las Administraciones Públicas»*. Estos estudios culminaron con la aprobación del *«I Plan de Modernización de la*

---

<sup>723</sup>Una definición análoga se recoge en *«Guía para el desarrollo de las Cartas de Servicio»*. En concreto, la citada guía define las Cartas de Servicio como el *«Documento escrito por medio del cual las organizaciones informan públicamente a los usuarios sobre los servicios que gestionan y acerca de los compromisos de calidad de su prestación y de los derechos y obligaciones que les asisten»*. Vid. VV.AA. *«Guía para el desarrollo de las Cartas de Servicio»*. aprobada por el Ministerio de la Presidencia. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la calidad de los Servicios, AEVAL, MADRID, 2010, pg.9.

<sup>724</sup>En concreto, el documento fue publicado como *«Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado»*, MAP, Madrid, 1990.

*Administración General del Estado*», aprobado por Consejo de Ministros del 15 de noviembre de 1991<sup>725</sup>.

Estos documentos sobre una Administración más moderna y eficaz tendrán su primer reflejo normativo con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que incluye como derechos de los ciudadanos y de los interesados en un procedimiento administrativo el «*obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar*» (art.35).

Si bien esta previsión supuso un avance respecto de la legislación anterior, su eficacia fue modesta, ya que la ley se limitaba a reconocer el derecho de los ciudadanos a ser informados, pero no imponía el deber administrativo de informar con carácter general sobre las prestaciones que la Administración ofrece a los ciudadanos. Aún así, este precepto es considerado por algunos autores como el precedente normativo más claro de las Cartas de Servicio<sup>726</sup>. En esta misma línea de reconocimiento de derechos de información al ciudadano se aprobó el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano.

Finalmente, las Cartas de Servicios, en sentido estricto, se introducen en nuestro ordenamiento con la aprobación del Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las Cartas de Servicio y los premios a la calidad en la Administración General del Estado. Este Real Decreto desarrolla el contenido del artículo 35 de la Ley 30/1992, así como los principios introducidos en dicha ley por la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999 (de buena fe, confianza legítima, servicio a los ciudadanos, transparencia y participación, fundamentalmente).

---

<sup>725</sup>Vid. TORNOS MAS, Joaquín, «Las cartas de servicios», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº 10, 2006, pg. 73.

<sup>726</sup>Vid. TORNOS MAS, Joaquín, «Las cartas de servicios», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº 10, 2006, pg. 73.

El citado Decreto define las Cartas de Servicio como *«documentos escritos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social informan a los ciudadanos sobre los servicios que tienen encomendados y acerca de los compromisos de calidad en su prestación, así como de los derechos de los ciudadanos y usuarios en relación con estos servicios»* (art.3).

A pesar de que en esta norma ya se recoge una regulación específica de las Cartas de Servicio, su adopción, sin embargo, sigue sin suponer en esta etapa una obligación para la Administración. Esta falta de obligatoriedad se fundamenta en la opinión del Consejo de Estado sobre la materia, que en el Dictamen emitido durante la elaboración del Real Decreto 1259/1999, consideró que *«A juicio del Consejo de Estado parece excesivo que una norma reglamentaria como la proyectada, cuya finalidad es esencialmente la de ampliar la información de los ciudadanos a través de la publicación y difusión por escrito de los servicios y las prestaciones que efectúa, se utilice para permitir la asunción formal de nuevas y mayores obligaciones y, por consiguiente, también de responsabilidades. Y ello de un modo impreciso e indeterminado y sin que se efectúe ninguna previsión acerca del incumplimiento de los compromisos asumidos, puesto que los artículos que regulan las cartas de servicios únicamente enuncian su contenido general, correspondiendo su desarrollo a la unidad Administrativa que designen los órganos de la Administración General del Estado y las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquélla. Sería conveniente una mayor reflexión acerca de las posibles consecuencias que implicaría contraer, de la forma proyectada, los compromisos de calidad a que se refiere el texto objeto de consulta»*<sup>727</sup>.

---

<sup>727</sup>Vid. Dictamen del Consejo de Estado 219/1996, de 1 de febrero.

Posteriormente, se aprobó el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, que vuelve a regular este instrumento. Esta nueva normativa, al igual que su predecesora, se fundamenta en la Ley 30/1992, y en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). El Real Decreto 951/2005 reitera la definición de las Cartas de Servicios al establecer que *«los órganos, organismos y entidades de la Administración podrán elaborar cartas. Estas podrán ser relativas al conjunto de servicios o a servicios específicos, pudiendo también aprobarse cartas que afecten a diversos órganos o a otras administraciones públicas»* (art.8.1).

Partiendo de este marco normativo, algunas Administraciones distinguen entre tres tipos de Cartas de Servicio, en función de sus destinatarios. De esta manera, las Cartas de Servicio se pueden clasificar en externas –cuando es la ciudadanía la destinataria de los servicios objetos de la Carta-; internas –cuando son las unidades o el personal de la propia Administración los destinatarios de los servicios objeto de esa Carta-; y mixta, cuando son destinatarios de los servicios objeto de la Carta tanto la ciudadanía, como las unidades y/o personal de la Administración (v.gr. art. 3.2 del Acuerdo de 25 de junio de 2009, de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se regula el Sistema de Cartas de Servicios en el Ayuntamiento de Madrid<sup>728</sup>).

El problema fundamental que presenta este instrumento es determinar cuál es su naturaleza jurídica. En la mayoría de los casos no se precisa nada al respecto, aunque algunas han incluido previsiones sobre este particular. Así, la Ley Foral Navarra 21/2005, de 29 de diciembre, cuyo artículo 18.2 regula las Cartas de Servicio, afirma que estas no tienen carácter de disposiciones normativas y que, por tanto, no surten efectos jurídicos vinculantes. Desde esta perspectiva, la Carta de Servicios, se convierte en una circular interna, con una eficacia de mera información no vinculante para los administrados.

---

<sup>728</sup> BO. Ayuntamiento de Madrid de 30 de junio de 2009.

Sin embargo, hay autores que defienden el valor normativo de las cartas y, por tanto, su carácter vinculante para la Administración que las dicta, tanto de manera externa como interna. En este sentido, se entiende que la Administración, al dictar estos instrumentos define públicamente sus compromisos y prestaciones y, en consecuencia, son disposiciones que no agotan su eficacia en un acto de aplicación, poseen contenido general y tienen vocación de integrarse en el ordenamiento<sup>729</sup>. Para estos autores, las cartas de servicio deben equipararse a las normas reglamentarias, en tanto que son disposiciones de carácter general con eficacia «*ad-extra*» que imponen obligaciones a la Administración, y reconocen expectativas o derechos a los ciudadanos.

La naturaleza jurídica de las Cartas, al igual que sucede con otros instrumentos de la Administración, puede determinarse analizando su contenido. Así, el RD 951/2005, de 29 de julio, establece que las Cartas de Servicio deberán recoger, al menos, información con carácter general y legal del concreto servicio que presta la Administración, así como determinar los compromisos de calidad de este servicio y los indicadores para su verificación. También se deben incluir un sistema de aseguramiento de los compromisos adoptados, y medidas de subsanación, compensación o reparación y, por último, información complementaria.

En esta medida, algún autor ha señalado que las Cartas de Servicio, son una garantía de cumplimiento del derecho a una buena Administración, ya que concretar las obligaciones dimanantes de aquel. En efecto, la aprobación de Cartas de Servicio puede ayudar a precisar el contenido del derecho a una buena Administración y de las obligaciones públicas, ya que al fijarse compromisos en dichas cartas se establecen estándares de actuación de cada Administración<sup>730</sup>.

---

<sup>729</sup>Vid. TORNOS MAS, Joaquín, «Las cartas de servicios», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº 10, 2006, pg.78.

<sup>730</sup>Vid. PONCE SOLÉ, Julio, «El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública», *Revista da Procuradoria-Geral do Município*

La existencia de estándares de buena Administración en Cartas de Servicio otorgaría seguridad jurídica en la apreciación de cuando es imputable un daño a la Administración. La posible vinculación del Derecho a una buena Administración generadora de responsabilidades es singularmente importante en el ámbito del ejercicio de potestades discrecionales. Así, la jurisprudencia ha reconocido que en los casos en los que durante el ejercicio de una potestad discrecional se produzca una vulneración del derecho a una buena Administración, suponiendo un funcionamiento anormal causante de daños, puede dar lugar a una lesión antijurídica (STS 3 de mayo de 2010)<sup>731</sup>.

Las Cartas de Servicio podrían entenderse como la materialización normativa de los derechos subjetivos de los ciudadanos, por un lado, a la información y, por otro, a la transparencia en la gestión de la Administración Pública, entendiéndose por tal su posibilidad de acceder a cualquier tipo de información relevante generada por las entidades públicas en el desarrollo de sus funciones<sup>732</sup>.

De esta manera, la relevancia de las Cartas de Servicio tendrá una primera vertiente en relación con el deber de buena Administración que, como ya se vio, exige a los empleados públicos actuar conforme al mandato constitucional del artículo 103, y servir con objetividad a los intereses generales, y hacerlo con eficiencia y transparencia.

Desde esta perspectiva las Cartas de Servicio no son sino una concreción para cada Administración de ese mandato genérico recogido en el texto constitucional (art. 103.1 CE), así como en el EBEP (art.54.4). En efecto, el artículo 54.4 del EBEP recoge, entre los principios de conducta, la obligación de

---

*de Juiz de Fora*, nº2, 2012, pg.313.

<sup>731</sup>*Vid.* PONCE SOLÉ, Julio, «El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública», *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, nº2, 2012, pg.317.

<sup>732</sup>*Vid.* GIMÉNEZ-CHORNET, Vicente, «Acceso de los ciudadanos a los documentos como transparencia de la gestión pública», *El profesional de la información*, v. 21, nº 5, 2012, pg. 505

los empleados públicos de informar a los ciudadanos «sobre aquellas materias o asuntos que tenga derecho a conocer». Esta expresión, formulada de manera genérica en la ley, es concretada por las Cartas de Servicio, en las que se debe detallar el ámbito funcional y material de cada Administración, lo que a su vez delimita el ámbito objetivo del derecho a la información de los ciudadanos.

Los empleados públicos quedarán obligados a prestar la información requerida por los ciudadanos, en aplicación del artículo 54.4 del EBEP, pero el alcance de esa obligación será el previsto en la correspondiente Carta de Servicios.

Este precepto ha sido interpretado por la doctrina como el establecimiento de un deber de actuación en el que, además de garantizarse una actitud de corrección y atención con el público en general, se pretende ejemplificar el comportamiento de dedicación al servicio público que se espera de los empleados. De esta manera, el reconocimiento expreso por parte del EBEP, consagrado en cierta forma en el artículo 105 de la CE, es considerado por algunos autores como un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos<sup>733</sup>. Para ello se impone la obligación a todos los empleados públicos a dar cumplimiento al derecho de los ciudadanos a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan, así como el derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas (artículo 35 y siguientes de la Ley 30/1992)<sup>734</sup>.

Aun así, hay que poner de manifiesto que, como antes se advirtió, las Cartas de Servicio no son sino un desarrollo y concreción de los derechos reconocidos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, por lo que, sin necesidad de que

---

<sup>733</sup>Vid. MIRANDA BOTO, José María, «Artículo 54. Principios de conducta», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.539-540.

<sup>734</sup>Vid. CASTILLO BLANCO, Federico A. y QUESADA LUMBRERAS, Javier E., «Artículo 54. Principios de Conducta», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 581-582.

el EBEP lo establezca expresamente, los empleados públicos quedan compelidos por su contenido. A pesar de ello, la información no puede ser ilimitada y este derecho de los ciudadanos tiene como contrapartida el deber de confidencialidad exigido a los empleados públicos, hasta el punto de que el manejo de información de manera indebida es considerado una falta muy grave (art.95.2 EBEP)<sup>735</sup>.

También adquiere una especial relevancia, desde la perspectiva de los empleados, las previsiones del RD 951/2005, que prevé como contenido mínimo de las Cartas de Servicio el establecimiento de compromisos de calidad, así como la fijación de indicadores para la evaluación de esta y la previsión de un procedimiento para el seguimiento de los compromisos adquiridos. Las Cartas de Servicio deben especificar en este apartado que indicadores se utilizan para el seguimiento y evaluación de la calidad por parte de la organización titular de la misma. Además, se debe incluir el procedimiento que permita a la organización comprobar su cumplimiento.

Estos atributivos y estándares de calidad deben estar basados en las necesidades y expectativas de la ciudadanía y en el grado de satisfacción de los usuarios. Por tanto, a través de la Cartas de Servicios el órgano responsable y la unidad prestadora de los servicios se compromete con los ciudadanos en aspectos tales como: disponibilidad y accesibilidad al servicio, horarios y lugares de atención al público, personal que presta los servicios, sistema de comunicación e información, plazos previstos para la tramitación de procedimientos y prestación de los servicios, capacidad para prestar los servicios<sup>736</sup>.

---

<sup>735</sup>*Vid.* MIRANDA BOTO, José María, «Artículo 54. Principios de conducta», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.539-540.

<sup>736</sup>*V.gr.* art.8 del Acuerdo de 25 de junio de 2009, de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se regula el Sistema de Cartas de Servicios en el Ayuntamiento de Madrid.

Estos parámetros de calidad contenidos en las Cartas de Servicio, y cuyo cumplimiento es objetivamente verificable, se establecen, en principio, con una vocación externa, ya que proporcionan información al ciudadano sobre cómo se desarrolla el servicio. Sin embargo, a la vez que genera un derecho al administrado, está condicionando en cierto modo la manera en que se desarrolla la prestación laboral. Por tanto, desde esta perspectiva la Carta de Servicios tiene influencia sobre la regulación de la relación laboral, al condicionar horarios, estándares de calidad de la prestación e, incluso, determinar competencias y funciones de cada puesto.

A pesar de ello, no hay ninguna norma que establezca, con carácter general, como se inserta este instrumento en el sistema de fuentes de regulación de la relación laboral. No obstante, en la medida en que incluye cumplimientos objetivamente verificables, se pueden vincular a la promoción profesional de los empleados públicos, en la medida en que al igual que miden la calidad de la Administración, en cuanto a servicio prestado a los ciudadanos, pueden utilizarse, además, como criterio de valoración del desarrollo de la actividad laboral de sus empleados. En este contexto los indicadores de las Cartas de Servicio podrían, por un lado, utilizarse en el diseño y aplicación del baremo de la evaluación del desempeño (*vid.* Cap. V. 3) y, por otro lado, podrían incluirse en el convenio colectivo, como variable de algún complemento retributivo.

Así, alguna Administración ha optado por vincular ciertos complementos retributivos «*al cumplimiento del catálogo de medidas incluidas en la Carta de Servicios*»<sup>737</sup>. La licitud de esta práctica ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, que entendió que la finalidad retributiva establecida por un plus de estas características, vinculado al cumplimiento de las Cartas de Servicio, encuentra cobijo en la dimensión que retribuye el complemento de productividad (STC 253/2005, de 11 de octubre).

---

<sup>737</sup>*V.gr.* apartado cuarto del Capítulo XIII del Decreto del Gobierno Vasco 63/1998, de 31 de marzo, por el que se aprueba el acuerdo con las organizaciones sindicales sobre modernización en la prestación del servicio de la Justicia y su repercusión al servicio de la Administración de Justicia dependiente de la Comunidad Autónoma.

Además de esta influencia sobre ciertos complementos retributivos, también se reconoce la virtualidad de las Cartas de Servicio en la determinación del contenido de la prestación laboral. De esta manera, alguna RPT remite a las Cartas de Servicio la descripción de cada puesto de trabajo. Así, por ejemplo, la RPT de la Universidad de Castilla- La Mancha alude, en los descriptores de los puestos, a la obligación de los empleados de ejecutar «*las demandas de servicio con arreglo a los indicadores de calidad establecidos en las Cartas de Servicio*»<sup>738</sup>.

En algunos casos, incluso, se ha permitido que la Carta de Servicios modifique el contenido de los puestos fijados en una RPT. Así, alguna sentencia ha reconocido esta posibilidad, al entender que las Cartas de Servicio tienen carácter de norma de eficacia general, siempre y cuando dicha modificación responda a criterios de eficiencia (STSJ de Cantabria, nº 749/2004, de 22 de octubre). En concreto, el supuesto de hecho que se planteó en esta sentencia era el siguiente: los empleados recurrentes entendían que la Carta de Servicios publicada por su Administración conllevaba una modificación sustancial de condiciones de trabajo, así como una modificación de la RPT, ya que la Carta de Servicios otorgaba la competencia para resolver determinadas autorizaciones a unos concretos trabajadores, función que sin embargo no se recogía ni en la ficha del puesto de trabajo, ni estaba contemplado en la correspondiente RPT. Sin embargo, el Tribunal entendió que la variación competencial era lícita, y que además debía ser apreciada como lógica, conforme al principio de eficacia en el quehacer administrativo.

A pesar de ello, no parece que se puede admitir, sin matizaciones, la modificación de la RPT por parte de una Carta de Servicios, ya que como antes se vio, la RPT tiene un carácter negociado, que debe respetarse. A mayor abundamiento, si la aprobación de la Carta de Servicios supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, deberá acudir a la vía

---

<sup>738</sup>*Vid.* RPT Universidad de Castilla-La Mancha, Anexo IV.

del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para llevarla a cabo, ya que la Carta de Servicio, aunque tenga consideración de norma jurídica, no puede considerarse una norma de eficacia general que modifique el estatuto del personal de la Administración. En otras palabras, en la medida en que es una norma de organización dictada por la propia Administración, como manifestación de su potestad doméstica, no puede imponer de manera unilateral cambios en las condiciones de trabajo de su personal, sin recurrir a los cauces previstos para ello.

## CAPÍTULO VII

### PODERES EMPRESARIALES DE ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DEL TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**1. Fundamento de los poderes empresariales en el empleo público: el interés general. -2. Titularidad de los poderes empresariales en la Administración pública. -3. Facultades concretas de organización del trabajo y de gestión de personal. -4. La facultad de dictar órdenes generales. -5. Facultades de vigilancia y sanción. -6. Límites generales y especiales: igualdad de trato, legalidad y motivación.**

#### **1. Fundamento de los poderes empresariales en el empleo público: el interés general**

El fundamento del poder de dirección ha sido una cuestión históricamente controvertida en la doctrina laboralista<sup>739</sup>. Así, algunos autores consideran que se encuentra en la propia esencia del contrato de trabajo, que en nuestro ordenamiento jurídico tiene como nota definitoria la dependencia o la subordinación del trabajador respecto del empresario y su inserción en el ámbito organizativo de este (art.1 ET). Y sería precisamente esta posición del trabajador la que faculta al empresario para ordenar la prestación contratada, tal y como explicita el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, al disponer que: «*El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue*»<sup>740</sup>. Para estos autores lo que determina la existencia del poder directivo es la posición del empresario, como acreedor del trabajo<sup>741</sup>.

---

<sup>739</sup>Para un análisis de los diversos fundamentos del poder de dirección y la evolución del concepto *vid.* ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, pg.71-84.

<sup>740</sup>*Vid.* MONTOYA MELGAR, Alfredo, «La nueva configuración del poder de dirección del empresario» en VV.AA. *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 189-192.

<sup>741</sup>*Vid.* MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pg. 38 y ss.

Sin embargo, otros autores consideran que el contrato de trabajo se constituye, más que como fundamento del poder de dirección, como un presupuesto jurídico para su ejercicio. El contrato sería pues un título que legitima el ejercicio del poder directivo, pero no explicaría por sí mismo la razón última de este poder. Para estos autores, el poder de dirección se atribuye al empresario porque lo exige el contrato de trabajo para el desarrollo ordenado de sus prestaciones, y porque naturalmente lo exige la empresa para el cumplimiento de las actividades que le son propias<sup>742</sup>. Desde este punto de vista, el poder de dirección se erige como un presupuesto técnico y funcional imprescindible para la organización de la actividad productiva.

Trascendiendo de esta concepción organizativa empresarial, para otro sector doctrinal, el poder de dirección está directamente relacionado con la configuración del modelo económico constitucional, basado en la libertad de empresa, consagrada en el artículo 38 de nuestra Constitución<sup>743</sup>. Para estos autores, el poder de dirección encuentra su razón última en la libertad de empresa. En efecto, tener la capacidad para dirigir y gestionar al personal a su servicio resulta esencial para poder ejercer la libertad de empresa<sup>744</sup>.

El fundamento último del poder de dirección en la libertad de empresa plantea ciertas dudas teóricas sobre su aplicación a la Administración Pública. Resulta indiscutible que la Administración, en su papel de empleadora, tiene la capacidad de ordenar y dirigir la prestación desarrollada por sus empleados, sean estos funcionarios o laborales. No obstante, parece que dicha potestad de organización debe de tener un fundamento constitucional diferente al de los empresarios privados, ya que la libertad de empresa no se acomoda a la actuación de la Administración, en cuanto sujeto de Derecho Público.

---

<sup>742</sup>Vid. ALONSO OLEA, Manuel, «Sobre el poder de dirección del empresario», *Revista de Política Social*, nº65, 1965, pg. 101-108.

<sup>743</sup>Vid. VALDÉS ALONSO, Alberto, «Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los códigos de conducta», *Aranzadi Social*, nº 13, 2010, pg.69-70.

<sup>744</sup>Vid. ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, pg.82-84.

Como es sabido, la libertad de empresa se proyecta fundamentalmente en tres momentos diferentes del ejercicio de la actividad empresarial<sup>745</sup>. En primer lugar, garantiza el acceso al mercado de bienes y servicios. Esto es, cualquier agente económico, en condiciones de igualdad, puede iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una empresa, bien mediante la adquisición de empresas ya existentes. Desde una perspectiva laboral, la garantía de acceso supone, para quien ejerce esa iniciativa, la libertad de decidir la dimensión de la plantilla de la empresa, la selección de los trabajadores que va a emplear, y las modalidades de contrato que va a utilizar, dentro del marco establecido por la normativa laboral sobre contratación<sup>746</sup>.

Sin embargo, estas facultades no se pueden predicar de la Administración Pública, en la que todo el procedimiento de contratación se encuentra reglado. En concreto, el volumen de la plantilla vendrá predeterminado por las previsiones de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) y de la Oferta de Empleo Público (OEP), así como por la cobertura presupuestaria prevista. Además, la Administración carece de libertad de contratación, debiendo acudir siempre a un procedimiento de selección basado en el mérito y la capacidad (art. 23.2 de la CE).

Además, la libertad de empresa garantiza el libre ejercicio o permanencia en el mercado, en el sentido de decidir sobre la organización interna y externa de la empresa, así como sobre el modo de realización de la actividad económica (STC 25/1993, de 21 de enero). Desde la perspectiva laboral, esta vertiente de la libertad de empresa se manifiesta en la capacidad para elegir la manera de organizar y desarrollar los recursos productivos. En efecto, la empresa está legitimada para utilizar sus propios recursos

---

<sup>745</sup>*Vid.* ARAGÓN REYES, Manuel, «El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.23-56.

<sup>746</sup>*Vid.* DURÁN LÓPEZ, Federico, *op.cit.*, pg.62.

(trabajadores contratados por la propia empresa) u otros ajenos puestos a su disposición (contratas, subcontratas y empresas de trabajo temporal)<sup>747</sup>.

Sin embargo, las posibilidades de la Administración de optar entre ambas fórmulas de organización son más limitadas, ya que para proceder a una subcontrata de la actividad se deberá acudir al procedimiento previsto en el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público, que prevé en que supuestos se puede llevar acabo la subcontrata y que obliga a la Administración a someterse a un procedimiento reglado en el que demuestra que contrata con la opción más idónea.

Esta necesidad de control por parte de la Administración posiblemente también justificaba la prohibición contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos en el sector público<sup>748</sup>, al establecer que «no podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos», ya que la Administración debería poder intervenir en el proceso de contratación para garantizar los principios de mérito y capacidad<sup>749</sup>.

Por último, la libertad de empresa también garantiza la libertad de cesación o salida del mercado, que supone el derecho a dejar de desarrollar en

---

<sup>747</sup>Vid. DURÁN LÓPEZ, Federico, «Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.62.

<sup>748</sup>Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas», *Diario la Ley*, nº 7588, 2011.

<sup>749</sup>Sin embargo, como ya se apuntó, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, eliminó esta prohibición general, limitando las prohibiciones o limitaciones aquellos supuestos «se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos» (disposición adicional cuarta de la LETT).

cualquier momento la actividad empresarial<sup>750</sup>. La Administración, obviamente, carece de esta opción, en la medida en que debe prestar siempre los servicios que tiene encomendados, para garantizar la consecución del interés general. Incluso en aquellos supuestos en los que la actividad resulte deficitaria deberá seguir prestando el servicio, ya que la eficacia en el ámbito administrativo no se mide en términos de rendimiento económico, sino de satisfacción del bien común.

En estos términos no parece que la libertad de empresa pueda predicarse respecto de la Administración Pública, toda vez que su intervención en el mercado, como se ha visto, se vincula, *ex* artículo 103 de la CE, a la consecución del bien general, orientada a la producción de servicios, a la redistribución de renta y a facilitar el crecimiento económico y la prosperidad de todos los ciudadanos. La necesidad de respetar estas premisas a la hora de intervenir en el tráfico jurídico desvincula a la Administración del contenido esencial que delimita la libertad de empresa.

A pesar de que la Administración carezca del derecho a la libertad de empresa, resulta innegable que, en la medida en que emplea trabajadores a su cargo, es titular del poder de dirección. Además, la consecución del interés general (art.103 de la CE) juega, en este sentido, como contrapunto de las necesidades del mercado: si en la ámbito privado el poder directivo es necesario para mantener la empresa en el mercado en condiciones competitivas, en el sector público este poder se justifica para conseguir la satisfacción del interés general y que los servicios públicos funcionen efectivamente.

Cabe destacar, que la Administración no pierde su condición esencial de defensora del interés general por el mero hecho de ser parte en un contrato privado, como es el de trabajo, y, por ello, tampoco se despoja por completo de

---

<sup>750</sup>La libertad de abandonar total o parcialmente el mercado conlleva ajustes de plantillas, que pueden dar lugar a la pérdida de puestos de trabajo, pero estas decisiones se ven amparadas por el juego del principio de libertad económica. *Vid.* DURÁN LÓPEZ, Federico, *op.cit.*, pg.64.

su «*imperium*», de manera que en las relaciones con su personal laboral presenta ciertos aspectos de supremacía<sup>751</sup>. Por ello, cuenta con amplias facultades para la dirección y organización del trabajo, incluso con mayor intensidad que en el ámbito privado, en la medida en que se vincula a la consecución de los intereses generales.

Sin embargo, como contrapunto, el anclaje constitucional del poder organizativo de la Administración conlleva que se encuentre altamente reglado, sujeto al principio de legalidad y a la interdicción de la arbitrariedad (art.9.3 CE)<sup>752</sup>. A mayor abundamiento, el fundamento del poder de dirección de la Administración Pública también reside en los principios de jerarquía (art.103.1 CE) y el de autoorganización (art.103.2 CE)<sup>753</sup>,

De hecho, el principio de jerarquía se relaciona con la estructura interna de cada Administración, y se erige como principio general de organización administrativa, precisamente por considerarse que la jerarquía constituye un instrumento útil para alcanzar una mayor eficacia su la actuación. De esta manera, la organización administrativa se estructura de manera jerárquica con una multiplicidad de órganos, de ellos los de nivel superior hacen primar su voluntad sobre los inferiores. Para su efectividad real, los órganos superiores se invisten de una serie de facultades o poderes, que se corresponden con el deber de obediencia, respeto y acatamiento de las órdenes por parte del órgano inferior so pena de responsabilidad disciplinaria<sup>754</sup>.

---

<sup>751</sup>Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial: Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2008, pg.460-461.

<sup>752</sup>Vid. SALA FRANCO, Tomás, «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», *Actualidad Laboral*, nº32, 2000, pg.532 y LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *op.cit*, pg.300 y ss.

<sup>753</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.300.

<sup>754</sup>Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, «La jerarquía administrativa», *Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pg. 11-64 y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «El principio constitucional de jerarquía administrativa», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan

En este sentido, el principio de jerarquía incorpora, como finalidad inherente al mismo, la satisfacción interna del interés de la Administración como organización, que se materializaría en la adopción de directrices, órdenes y, en su caso, sanciones<sup>755</sup>. Para ello, el principio de jerarquía se apoya, a su vez, en los principios de subordinación y responsabilidad. La subordinación conlleva, en este sentido, la obligación de los inferiores de obedecer las órdenes de los superiores y, por ende, la capacidad por parte de los superiores de suspender a los inferiores en el ejercicio de su funciones, y hasta destituirlos de sus cargos. Todas estas afirmaciones son corolarios de una tesis principal: el superior es el responsable de todo lo que hace el inferior. Por tanto, si el superior es el responsable de lo que hace el inferior, nada más lógico que aquél tome medidas para asegurar una conducta adecuada por parte de este<sup>756</sup>.

Por último, hay que destacar que si bien el fundamento último del poder de dirección de la Administración, como se acaba de ver, se vincula con la consecución del interés general, a través del principio de jerarquía, no es menos cierto, que en la medida en que el Estatuto de los Trabajadores es la primera fuente de ordenación legal de la relación laboral, también tienen importancia sus preceptos en la configuración de este. En la medida en que el personal laboral de la Administración se vincula a esta por un contrato privado, en concreto, el contrato de trabajo, este presupone un compromiso por parte del empleado público laboral de trabajar para otro y de actuar conforme a sus órdenes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores.

---

Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.703-743.

<sup>755</sup>No obstante, los detractores de esta interpretación inclusiva defiende que si bien la buena organización interna repercute en el mejor funcionamiento externo de la misma a su juicio, no lo hace de manera determinante, ya que en el buen funcionamiento externo también influye el cumplimiento de otros principios constitucionales, en los que sin embargo, nadie defiende que estén relacionados con el principio de jerarquía en sentido estricto. *Vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «El principio constitucional de jerarquía administrativa», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg. 721-722.

<sup>756</sup>*Vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro, *op.cit.*, pg. 24.

## 2. Titularidad de los poderes empresariales en la Administración pública

En la empresa privada el titular del poder de dirección es el empresario (persona física o jurídica), aunque su desarrollo puede ejercerse por sí mismo o a través de otros sujetos, necesariamente ha de ejercerlo a través de tercero si el empresario es una persona jurídica<sup>757</sup>. A estos efectos, el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores prevé que *«el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue»*.

No resulta inusual que los convenios colectivos, a su vez, delimiten o determinen en su articulado esta previsión general. El reconocimiento de la titularidad empresarial del poder de dirección se suele establecer con cláusulas de estilo, como por ejemplo: *«es facultad de la Dirección de la empresa, quien la ejercerá a través de la estructura de mandos, que en virtud de esta facultad configure»*, *«es facultad y responsabilidad de la Empresa, a la que corresponde determinar la persona o personas en quien delega el ejercicio de dicha facultad»* o *«la organización del trabajo corresponde a su Dirección que, en cada caso, dictará las normas pertinentes con sujeción a la legislación vigente»*<sup>758</sup>.

Sin embargo, este esquema no es trasladable, sin más, al ámbito de la Administración Pública. En efecto, en este supuesto no existe un *«empresario»* en sentido estricto, por lo que el titular del poder de dirección no se puede corresponder con una categoría propia del derecho privado. A la postre, el titular del citado poder es la propia sociedad, pero la sociedad delega este poder en las instancias que gobiernan y gestionan los intereses sociales, y estas instancias

---

<sup>757</sup>Vid. ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1978, quinta edición, pg.236.

<sup>758</sup>Vid. SERRANO ARGÜELLES, Noemí, «La organización del trabajo y los poderes empresariales. Un enfoque a partir de su modulación por la negociación colectiva», *RUCT*, nº10, 2009, pg. 232-233.

nombran a responsables, en los que recaen de forma más directa los poderes de dirección de la relación laboral.

En este sentido, hay autores que vinculan la actuación de la Administración con el principio democrático, consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución Española. De esta manera, si la Democracia es el gobierno de por y para el pueblo, la primera exigencia que se impone a la Administración es que toda ella se encuentre subordinada, en su estructura y funcionamiento, a las instancias políticas que representan formalmente al titular de la soberanía. La Administración, que es una organización burocratizada y profesionalizada, carece de legitimidad propia y, por ende, de libertad de actuación: su funcionalidad radica en su carácter vicarial, servicial, respecto de las instituciones representativas de la comunidad política. En suma, su naturaleza es instrumental, en la medida en que su existencia se concibe para llevar a la práctica las directrices y decisiones políticas<sup>759</sup>.

Por tanto, la legitimación democrática de la Administración es indirecta, ya que su fundamento se encuentra en que toda su actividad está guiada a la ejecución de los mandatos del poder legislativo, bajo las directrices impuestas por el Gobierno. De esta situación se deriva una doble sujeción: por una parte, la Administración está sometida al principio de legalidad y, de otra parte, su actuación se subordina al poder directivo del Gobierno.

El Tribunal Constitucional recuerda que *«si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias, sin duda, es la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe de garantizarse la*

---

<sup>759</sup>Vid. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro Ramón Areces, Madrid, 1991, pg. 236.

*existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los principios consagrados constitucionalmente»* (STC 178/1989, de 2 de noviembre).

Esta sujeción política de la Administración tiene, a su vez, dos vertientes, una relativa a las relaciones externas de la Administración con su cabeza directiva, esto es, el Gobierno y, una segunda, que se refiere al conjunto de relaciones internas de la propia Administración, en virtud de las cuales esta se estructura jerárquicamente de forma apta para actuar de manera coherente y unitaria.

En lo que se respecta a las relaciones de la Administración con el Gobierno no se puede olvidar que el artículo 1.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece que «*El Gobierno dirige (...) la Administración civil*». Por tanto, es el Gobierno el órgano encargado, en primer término, de dictar las directrices de actuación de todas las Administraciones.

En lo que se refiere a la organización interna de las relaciones Administrativas, hay que recordar que las Administraciones Públicas son complejos organizativos, integrados por múltiples redes de centros decisionales. El funcionamiento coherente y armónico de todas estas estructuras, su capacidad de respuesta eficaz y unitaria a los requerimientos del mando político, exige que su configuración interna se base en instrumentos y relaciones que aseguren la subordinación de la actividad de unas personas respecto de otras y la reconducción a la unidad de todo el conjunto<sup>760</sup>.

Por ello, todas las relaciones tendentes a lograr la vertebración interna de la Administración se basan en el principio general de jerarquía, que se instrumentan a través de dos técnicas paralelas: de una parte, la estructuración piramidal de los órganos formales en que cada Administración se descompone, configurando a cada uno de ellos como una unidad subordinada y ejecutiva de la

---

<sup>760</sup>Vid. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro Ramón Areces, Madrid, 1991, pg. 239-240.

superior a la que aparece vinculada, y de otra, la atribución a cada persona integrante de la Administración de una categoría o nivel personal, que determina un poder general de mando sobre las que se hallan en una categoría inferior<sup>761</sup>. Por tanto, el principio de jerarquía tiene una doble vertiente: orgánica y personal.

Partiendo de esta estructura jerarquizada de la Administración como un todo unitario, tanto a nivel orgánico como personal, el ordenamiento jurídico otorga, sin embargo, la capacidad para ordenar y dirigir su actividad, y sus recursos, a cada una de las Administraciones. En este sentido, se establece que *«bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico»* (art.3.3 de la Ley 30/1992)<sup>762</sup> y para ello, *«cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única»* (art.3.4 de la Ley 30/1992)<sup>763</sup>.

A estos efectos, se entiende por *«Administración con personalidad jurídica propia»* la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local (art.2.1 de la Ley 30/1992)<sup>764</sup>. También tendrán esta consideración las entidades de derecho público reguladas en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992<sup>765</sup>.

---

<sup>761</sup>Vid. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *op.cit.*, pg. 242.

<sup>762</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 la Ley 30/1992 dejará de estar en vigor, y la nueva regulación de esta materia se contendrá en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. La nueva ley reitera en su artículo 3.3 las previsiones de la Ley 30/1992.

<sup>763</sup> En este punto la nueva ley (art.3.4) también reitera las previsiones de la Ley 30/1992.

<sup>764</sup> La ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, otorga personalidad jurídica propia a la Administración General del Estado, Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, Las Entidades que integran la Administración Local, El sector público institucional. También a aquellos organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, a Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y a las Universidades públicas (art. 3.4 y 2).

De esta manera, el ordenamiento otorga a cada Administración un conjunto de facultades que permiten que estas configuren su propia estructura; es decir, que lleven a cabo su autoorganización dentro de los límites impuestos por la Constitución y las leyes. Esta capacidad de las Administraciones tiene una especial trascendencia desde la perspectiva de la ordenación de los recursos de personal ya que otorga a cada una de ellas la capacidad para contratar, también en materia laboral y, por ende, la facultad inherente a esta capacidad de ser titulares del poder de dirección.

Por tanto, aunque con un fundamento constitucional diferente la titularidad del poder de dirección corresponde a cada Administración que, a estos efectos, se equipara al «empresario» del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, sigue resultando confuso que órganos concretos tienen atribuida la capacidad de ejercerlos, bien por se los órganos directivos de la Administración, bien por actuar por delegación de aquellos.

En este sentido, y de manera semejante a lo visto en el sector privado, también la negociación colectiva del sector público prevé cláusulas que delimitan o precisan los órganos encargados de ejercer el poder de dirección. Así, por ejemplo, el III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado prevé que «*La organización del trabajo es facultad exclusiva de la Administración, sin perjuicio de los derechos y facultades de audiencia, consulta, información y negociación reconocidos a los representantes de los trabajadores*» (art.8.1). Y a tal efecto, «*Corresponde su aplicación práctica a los órganos directivos de las diferentes unidades orgánicas de los ámbitos afectados por este Convenio*».

La determinación de los órganos directivos deberá hacerse, por tanto, en relación con cada unidad orgánica. En este sentido, algunos de los órganos

---

<sup>765</sup>Cabe advertir que la jurisprudencia ha establecido que las entidades de Derecho Público solo tiene personalidad jurídica propia respecto de terceros pero carecen de ella respecto de la Administración de la cual dependen (STS de 29 de abril de 1991).

directivos vienen determinados en la propia Ley. Así, la LOFAGE prevé en su artículo 18 que los *«Directores generales son los titulares de los órganos directivos encargados de la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas»* de cada correspondiente Ministerio. Y, en el cumplimiento de esta función tendrán atribuida la capacidad para *«impulsar y supervisar las actividades que forman parte de la gestión ordinaria del órgano directivo y velar por el buen funcionamiento de los órganos y unidades dependientes y del personal integrado en los mismos»*<sup>766</sup>.

De un modo análogo se regula el ejercicio de la citada potestad en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Cabe citar, a modo de ejemplo, el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid que prevé que *«corresponde a los órganos directivos de la Comunidad de Madrid, con competencia para ello, la organización del trabajo, pudiendo establecer los sistemas de valoración, racionalización, mejora de métodos, procesos de simplificación del trabajo, el establecimiento de plantillas de personal adecuadas y suficientes que permitan el mayor y mejor nivel de prestación de servicios»* (art.21)<sup>767</sup> o el VI Convenio Colectivo Único de la Generalidad de Cataluña que establece que *«La organización del trabajo es facultad de la Administración y su aplicación concreta corresponde a los/las titulares de los mandos de las diferentes unidades orgánicas de los ámbitos administrativos afectados por este Convenio (...)»* (art.13.1). Como se puede observar, el ejercicio del poder de dirección se otorga a los órganos directivos previstos en cada una de las Administraciones.

En el ámbito de la Administración Local el poder directivo está atribuido al Alcalde, conforme a las previsiones del artículo 124. 4 i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que establecen entre las

---

<sup>766</sup>Los Directores Generales se regulan en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, en los artículo 66 y siguientes, en términos análogos a lo previsto hasta ahora en la LOFAGE.

<sup>767</sup>Resolución de 7 de abril de 2005, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo y Mujer, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

funciones de aquel «*ejercer la superior dirección del personal al servicio de la Administración municipal*». Sin embargo, el Alcalde puede delegar esta potestad. Así, cabe citar a modo de ejemplo el Decreto de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Almonte, por el que se delegan en el Tercer Tiente de Alcalde las competencias de dirección y gestión del Área de Administración, Seguridad Ciudadana, empleo, recursos humanos y economía y hacienda.

A mayor abundamiento, en la determinación de los órganos llamados a ejercer el poder de dirección, cobra especial relevancia la figura del denominado «*personal directivo*», previsto en el artículo 13 del EBEP. En este sentido, se establece que «*es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración*»<sup>768</sup>. La creación por parte del EBEP de la figura del directivo público profesional supone la introducción en nuestro sistema de empleo público de una función directiva cualificada, dotada de habilidades y destrezas propias de dicha función, así como de la llamada «*profesionalización*» del nivel directivo<sup>769</sup>.

La posibilidad de que este personal ejerza el poder de dirección en su correspondiente ámbito, más allá de la propia naturaleza directiva de sus funciones, se pone en evidencia en aquellos supuestos en los que se accede a esta categoría a través de un contrato laboral. En efecto, en estos casos, y conforme a las previsiones del propio EBEP (art.13.4), el personal directivo estará sometido a la relación laboral especial de Alta Dirección, regulado por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto<sup>770</sup>. En este sentido, cabe recordar, que

---

<sup>768</sup>Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El personal directivo en la Administración Local*, Diputación de Barcelona, 2009, pg.68-92.

<sup>769</sup>Vid. CORRALES GUILLÉN, Juan Carlos, y PRIETO ROMERO, Cayetano, «La figura del directivo público profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: aspectos básicos para la definición de su régimen jurídico y cuestiones abiertas», *Revista Electrónica CEMCI*, nº1, 2008, pg. 1.

<sup>770</sup>Vid. CORRALES GUILLÉN, Juan Carlos, y PRIETO ROMERO, Cayetano, «La figura del directivo público profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: aspectos

este reglamento considera personal de alta dirección al empleado que «*ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma*» y «*actúa con autonomía y plena responsabilidad, solo limitado por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad*».

La profesionalización del personal directivo de las Administraciones Públicas se hace por influencia de la organización empresarial privada. En efecto, si se analiza la dirección en el sector privado se advierte que aquellas personas que dirigen una actividad empresarial o un departamento de una empresa son, por lo común, profesionales de la dirección, que desarrollan una carrera «*profesional*» en el campo de la dirección y, habitualmente, una vez iniciada esta no vuelven a desempeñar funciones no directivas.

En el ámbito de empleo público, si se quiere establecer una dirección pública «*profesional*», su articulación institucional debería asentarse sobre esos mismos parámetros. Cabría suponer que todo funcionario o empleado público que asume funciones de dirección en el sector público ha optado por una vía profesional determinada. Por tanto, en un momento de su carrera profesional ese funcionario o empleado público dejará las funciones propias de su cuerpo, escala o puesto de trabajo y se volcará de lleno en una nueva actividad profesional, como es la de dirigir lo público<sup>771</sup>.

### **3. Facultades concretas de organización del trabajo y de gestión de personal**

Las facultades de dirección son el fundamento mediante el cuál la empresa puede proceder a la ordenación del trabajo y la mejora productiva. En concreto, a través de las facultades de organización se incorpora al desarrollo del

---

básicos para la definición de su régimen jurídico y cuestiones abiertas», *Revista Electrónica CEMCI*, nº1, 2008, pg. 13.

<sup>771</sup>Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El personal directivo en la Administración Local*, Diputación de Barcelona, 2009, pg. 14-20.

trabajo sistemas de control, de organización, de reestructuración de la empresa y se ejecuta el poder disciplinario.

Para el Tribunal Constitucional el Derecho del Trabajo responde a una función compensadora que se fundamenta en la desigualdad de las partes, no solo a la hora de firmar el contrato sino también a lo largo de toda la relación laboral, precisamente porque la prestación de servicios está subordinada al poder empresarial. Sin embargo, tal subordinación solo tiene sentido si se realiza con pleno respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. Por ello, el poder de dirección no es un poder sobre los trabajadores, sino un poder de ordenación del trabajo. El empresario, por tanto, no ejercita una facultad dominical, sino un «*poder de policía*» del orden productivo, esto es, el empresario lleva a cabo un ejercicio de potestades que limitan los derechos de los particulares, mediante el ejercicio de la coacción (STC 11/1981, del 8 de abril)<sup>772</sup>.

Sin embargo, no se puede equiparar los conceptos de «*poder de dirección*» y «*poder de policía*», aunque ambos son manifestaciones de las potestades empresariales. En efecto, el poder de dirección tiene un contenido complejo, constituido por distintas facultades interrelacionadas entre sí. El elenco de potestades empresariales se compone por las facultad de dictar órdenes generales sobre la organización y funcionamiento de la empresa y sobre la prestación laboral en materias tales como los horarios de trabajo, calendario laboral, turnos, sistema retributivo o medidas de control. Así como, la capacidad de dictar órdenes a un trabajador o a un grupo de trabajadores sobre el contenido y circunstancias del trabajo (*vid.* Cap. VII.4)<sup>773</sup>. A esta capacidad general de dictar órdenes, debe añadirse la facultad de control sobre el efectivo cumplimiento de las mismas (art.20.3 ET) y, como correlato lógico, la

---

<sup>772</sup>*Vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, María Teresa, «El nuevo poder de dirección del empresario», en VV.AA., BODAS MARTÍN, Ricardo (Coord.), *El poder de dirección del empresario*, Ibidem ediciones, Madrid, 1997, pg.10-11.

<sup>773</sup>*Vid.* MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Vigésimoprimera Edición, Tecnos, pg.255

posibilidad de aplicar sanciones en el caso de incumplimiento (art. 58.1 ET) (*vid.* Cap. VIII.5).

También integra el poder de dirección el denominado «*poder de policía*» (*vid.* Cap. VII.5), que encuentra manifestaciones tanto en la normativa general [*v.gr.* obligación de velar por la prohibición de fumar en centros de trabajo y dependencias impuesta por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo (art.7)], como específicamente en la normativa laboral [*v.gr.* registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y efectos particulares (art. 18 ET,) o el cierre patronal (art. 12 Real Decreto 7/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo)]. A diferencia de lo que ocurre respecto del poder de dirección, así como del disciplinario y el sancionador, cuyo fundamento se halla en la relación laboral, el poder de policía es propio de la actividad administrativa. El poder de policía se constituyen como un poder derivado del Estado, mediante el cual se puede limitar derechos y libertades para proteger «*el orden público*», «*la seguridad*» o «*el bien común*».

Por último, también conforma el contenido del poder de dirección el denominado «*ius-variandi*» que, como se sabe, es la facultad que tiene el empleador de alterar unilateralmente las condiciones no esenciales del contrato de trabajo, como sería el caso de la movilidad funcional, o geográfica, así como la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Por tanto, el empresario, ya sea privado o público, goza de la capacidad de dirigir y organizar el trabajo (art.1 y 20 ET), bien sea amparado en la libertad de empresa o en la consecución del interés general. Dicho de otro modo, en el desarrollo de la potestad de organización y gestión de sus recursos de personal, la Administración, de manera análoga a lo establecido en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, tiene la capacidad de determinar un marco de referencia en el que se garantice el adecuado desarrollo de la actividad laboral.

El ámbito del poder de dirección se encuentra estrechamente vinculado a la determinación de las funciones que el trabajador ha de realizar a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo. Así, el artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que el trabajador realizará, bajo la dirección del empresario, el trabajo convenido. La determinación de la prestación laboral se realiza, en principio, por acuerdo entre las partes consignado válidamente en el contrato. Con carácter general, se puede decir que quedan inicialmente fijadas en este pacto las condiciones de diligencia, intensidad, tiempo, esfuerzo, rapidez en la ejecución, calidad de la obra realizada, distribución horaria de la prestación, lugar de celebración, etc., exigidas por el artículo 5 a) del Estatuto de los Trabajadores<sup>774</sup>.

De esta manera, parece que la legislación laboral excluye la posibilidad de que el empresario fije de manera unilateral el contenido de la prestación. De este modo, el poder de dirección se extiende únicamente a las actividades acordadas entre las partes. Por esta razón, tiene una importancia capital determinar al inicio de la relación laboral cuáles son las tareas que asume el trabajador, y por consiguiente, cual será el ámbito de actividad en el que el empresario podrá ordenar y dirigir la actividad.

A pesar de que con carácter general se establezca que la determinación de las funciones se deja al acuerdo entre las partes, en la práctica no ocurre así. El empresario, tomando como base sus facultades organizativas, buscará ampliar los márgenes de la prestación, y, por ende, el campo de ejercicio de sus facultades de dirección y control, sin que el trabajador pueda oponerse individualmente a ello.

Así, hay autores que afirman que aunque la determinación del contenido básico de la prestación laboral se encomiende por la ley al contrato de trabajo,

---

<sup>774</sup>Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, «La libertad de empresa y el poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en VV.AA., SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GÓNZALEZ DÍAZ, Francisco A., *La Libertad de Empresa y el Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson, Pamplona, 2011, pg. 36

en la mayoría de los casos es el empresario quien decide unilateralmente su contenido<sup>775</sup>. Y ello es así por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque por definición, la posición de las partes en un contrato de trabajo es desigual y, en segundo término, y principalmente, porque el trabajador se incorpora a una organización previamente ordenada por el empresario, según su criterio económico-productivo, lo que supone que el tipo de funciones, y su contenido, estén condicionadas por la propia actividad de la empresa, haciendo irrelevantes otro tipo de consideraciones profesionales del trabajador, salvo en supuestos excepcionales de alto nivel de cualificación o poder negocial<sup>776</sup>.

Para algunos autores, la clasificación profesional constituye un límite esencial al poder del empresario, en la medida en que esta es negociada, que será más o menos estricto, según las funciones concretas que asuma el trabajador, que pueden ser todas las de un grupo profesional, solo algunas, o, además, funciones correspondientes a dos o más grupos, a través los llamados pactos de polivalencia funcional<sup>777</sup>.

Sin embargo, no parece que este modelo sea trasladable sin más al empleo público laboral. Si bien el EBEP no contiene ninguna previsión específica para la clasificación profesional del personal asalariado, y remite su regulación a la normativa laboral (art. 77 EBEP), esto es, a lo previsto en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores, lo cierto es que la normativa laboral otorga unos márgenes a la autonomía de la voluntad incompatibles con el carácter reglado de la actuación administrativa.

---

<sup>775</sup>Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, «La libertad de empresa y el poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en VV.AA., SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GÓNZALEZ DÍAZ, Francisco A., *La Libertad de Empresa y el Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson, Pamplona, 2011, pg. 35.

<sup>776</sup>Vid. ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992.

<sup>777</sup>Vid., MONTOYA MELGAR, Alfredo, «La libertad de empresa y el poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en VV.AA., SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GÓNZALEZ DÍAZ, Francisco A., *La Libertad de Empresa y el Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson, Pamplona, 2011, pg. 36.

La determinación de las funciones que debe desarrollar el trabajador viene condicionada por la existencia previa de diversos instrumentos que condicionan sus contenidos –OEP, RPT, bases de convocatorias de contratación– por lo que un eventual pacto entre las partes en esta materia carecería de operatividad. Así, hay autores que descartan la posibilidad de que existan en el ámbito de la Administración Pública pactos individuales en materia de clasificación profesional, así como pactos de polivalencia funcional, porque no se adecuarían a las previsiones de los instrumentos antes citados<sup>778</sup>.

En definitiva, en el ámbito de la Administración Pública el trabajador no interviene en la delimitación del contenido de la prestación laboral, y su voluntad no influye sobre el grupo o categoría profesional que se le asigne. Así, cuando un trabajador decide concurrir a un procedimiento para la provisión de un puesto está aceptando las funciones y el grupo profesional que figuran en las bases de la convocatoria y/o en la RPT y, por ende, acepta tácitamente el sometimiento al poder de dirección de la Administración en el ámbito comprendido para ese puesto de trabajo. Por tanto, aunque el artículo 77 del EBEP remita a la concreción de estos extremos a la legislación laboral (art. 22.5 ET), el encuadramiento profesional del trabajador se realizará, con carácter general, de manera unilateral por parte de la Administración, respetando, eso sí, los eventuales pactos colectivos que pudieran existir en la materia<sup>779</sup>.

Hay que señalar que el legislador desoyó, en este punto, el informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del EBEP<sup>780</sup>, que proponía que la clasificación profesional del personal laboral se estableciera de acuerdo a los criterios sobre niveles de titulación previstos para el personal funcionario,

---

<sup>778</sup>Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V., ARETA MARTÍNEZ, María, «Artículo 77. Clasificación del Personal laboral» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 804-805.

<sup>779</sup>Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V., ARETA MARTÍNEZ, María, *op.cit.*, pg. 804-805.

<sup>780</sup>Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2007, pg. 88.

utilizados en el artículo 76 del EBEP<sup>781</sup>. En este sentido, hay que destacar que los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, modifican y suprimen por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 75 EBEP). Es decir, están sometidos a una reserva de ley, lo que supone un importante límite al poder de dirección de la Administración, ya que la fijación del contenido de la prestación laboral no se llevaría a cabo por las partes, sino que su contenido esencial vendrá establecido por la ley<sup>782</sup>. Si bien es verdad que la reserva de ley solo alcanza a los cuerpos y escalas, que son muy genéricos, y que la posterior determinación de las tareas y facultades de los funcionarios públicos se determinará por las RPT, que son un instrumento aprobado por cada Administración.

No obstante, el sistema de clasificación profesional no se conforma exclusivamente de manera unilateral por parte de la Administración. Por un lado, conforme a las previsiones antes vistas del Estatuto de los Trabajadores, es necesario la intervención de la negociación colectiva (art. 22.1), que puede llegar acuerdos a través de los convenios colectivos. Por otro lado, el EBEP prevé la participación de las organizaciones sindicales en la elaboración de las RPT y de las bases de las convocatorias de oposición (art. 37.1 EBEP)<sup>783</sup>.

---

<sup>781</sup>*Vid.* PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rosa, «Título V Ordenación de la actividad profesional. Capítulo II Estructuración del empleo público», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg. 777.

<sup>782</sup>En concreto, es el propio EBEP el que recoge la regulación de los «*Grupos de clasificación profesional*» en los que se clasificarán los cuerpos y escalas (art.76).

<sup>783</sup>A este respecto, el III Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado prevé que las RPT contemplen la totalidad de los puestos, su ubicación, los grupos profesionales, las áreas funcionales de pertenencia, categorías, en su caso especialidades, y complementos de puesto, así como las características específicas del mismo, cuando proceda, y los requisitos de carácter profesional necesarios para su desempeño (art.9). En este sentido, el sistema de clasificación profesional configurado por el Convenio se estructura en grupos profesionales, áreas funcionales, categorías y/o especialidades, y se establece con el fin de ordenar los puestos de trabajo, atendiendo a los niveles de titulación, formación y capacitación para ejercer la tareas y contenidos de los distintos niveles de la prestación del servicio público, facilitar la movilidad del personal y favorecer su promoción.

En otro orden de cosas, se plantea si es posible que una Administración, como manifestación de sus facultades directivas, reconozca unilateralmente condiciones de trabajo que mejoren las previstas en las leyes o en los convenios colectivos que regulan la relación laboral, en otras palabras, se cuestiona si en este ámbito son lícitas las «condiciones más beneficiosas». Como se sabe, la doctrina de la condición más beneficiosa tiene como presupuesto la existencia de un acto de voluntad por parte del empresario, expresado habitualmente de manera tácita, que permite la incorporación al nexo contractual de una determinada ventaja o beneficio, sin que, al efecto, baste la repetición o la persistencia en el tiempo (STS de 20 de diciembre de 1993).

Esta posibilidad que se acepta sin problemas en el caso de los empleadores privados, presenta más dificultades cuando la empleadora es una Administración, ya que la acción del artículo 9 y 103 de la Constitución impedirían su reconocimiento. Por un lado, porque en aplicación de la doctrina de la vinculación positiva al principio de legalidad no serían lícitas aquellas actuaciones administrativas que excedan el marco normativo de referencia. En efecto, la sujeción al principio de legalidad por parte de la Administración Pública impone, frente a pretendidos derechos o condiciones más beneficiosas, la sujeción estricta de las condiciones de trabajo a lo legalmente o convencionalmente previstos, sin posible desviación por razones de mera tolerancia o error (STSJ de Aragón nº 506/2003, de 5 de mayo<sup>784</sup>).

Por otro, porque la sujeción a los principios constitucionales antes expuestos impide que la Administración tenga una voluntad propia, más allá de la prevista legalmente (SSTC 161/1991, de 18 de julio; 2/1998, de 12 de enero; 34/2004, de 8 de marzo; STSJ de la Comunidad Valencia nº 3036/2010, de 9 de noviembre). Por tanto, sería imposible que concurrieran un acto de voluntad por parte del empresario, el cual resulta imprescindible para poder incorporar una nueva condición al nexo contractual. Esta interpretación fue avalada por el la

---

<sup>784</sup>En esta Sentencia la cuestión controvertida versaba sobre un complemento en especie de manutención.

doctrina del Tribunal Constitucional que entendió que la Administración, también cuando actúa como empleadora, se encuentra sometida a la ley y al Derecho, con interdicción expresa de la arbitrariedad, por lo que no rige sus relaciones jurídicas por el principio de autonomía de la voluntad (STC 161/1991, de 18 de julio, 2/1998, de 12 de enero y 34/2004, 8 de marzo).

A mayor abundamiento, el debido respeto al principio de igualdad (art. 14 CE), impediría, a su vez, el reconocimiento de una condición más beneficiosa en este ámbito. En efecto, de manera análoga a lo que ocurre respecto del principio de legalidad, la Administración se encuentra vinculada positivamente a este principio, lo que conlleva la obligación de tratar igual las situaciones iguales, y desigual aquellas que así lo sean. En otras palabras, la Administración, a diferencia de lo que ocurre con los empresarios privados, no solo debe respetar en su actividad el «*principio de no discriminación*»<sup>785</sup>, sino que solo podrá actuar de manera diferenciada en aquellos casos en los que exista una causa justificada<sup>786</sup>.

Esta postura fue la asumida por algún pronunciamiento judicial, que consideró que aquellas actividades realizadas por la Administración que se excedieran de las previsiones legales o convencionales, no podrían considerarse fundamento válido de ningún derecho, pues lo que se producía no era una

---

<sup>785</sup>El «*principio de no discriminación*», dentro del ámbito laboral, prohíbe la desigualdad de trato por razón de sexo, estado civil, por razón de edad dentro de los límites marcados por la ley, por razón de raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Sin embargo no obliga al empresario a una igualdad de trato en todas las situaciones, permitiendo que este establezca diferencias entre sus trabajadores, siempre y cuando estas no oculten una causa de discriminación.

<sup>786</sup>Así, algunos autores, descartan la existencia de condiciones más beneficiosas en el ámbito público debido al carácter reglado de la actuación administrativa, unido a la exigencia de dar un trato uniforme a todos los empleados públicos. Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales*, nº117, 2012, pg. 42.

condición más beneficiosa, sino una practica desviada del ordenamiento (STSJ de Castilla- La Mancha nº 473/2012, de 19 de abril<sup>787</sup>).

Sin embargo, otros pronunciamientos entendieron que la mera y subjetiva circunstancia de que el empleador sea una Administración Pública no es óbice para que sea reconocida la condición más beneficiosa (STS de 9 de junio de 2009<sup>788</sup>)<sup>789</sup>. Para estas sentencias, la legitimidad de la condición más beneficiosa surge con la mera concurrencia de los requisitos generales previstos por la doctrina para su existencia, los cuales implican un reconocimiento empresarial que va más allá de una situación meramente tolerada o consentida, revelando la voluntad de crear una ventaja a favor del trabajador al margen de las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (STSJ de Cataluña nº 6153/2012, de 20 de septiembre<sup>790</sup>).

En este sentido, continúan los tribunales, es cierto que la Administración está sometida al principio de legalidad, como todos los ciudadanos, pero como empleadora está también sometida al Estatuto de los Trabajadores, sin que pueda eludir, en su interés o beneficio, tal condición. Por tanto, concluyen, en la medida en que es empleadora tiene permitido conceder y reconocer a quienes prestan servicios en virtud de un contrato laboral las condiciones más beneficiosas que no sean contrarias a la normativa que rige dicho vínculo jurídico (STSJ de Andalucía nº 2149/2008, de 9 de julio y STSJ de Cataluña nº 6153/2012, de 20 de septiembre).

Estos pronunciamientos parten de una premisa errónea, en la medida en que la Administración Pública no se encuentra vinculada al principio de legalidad como el resto de los ciudadanos, sino que, como antes se dijo, está

---

<sup>787</sup>En este caso la condición más beneficiosa controvertida se trataba de un complemento retributivo de carácter personal.

<sup>788</sup>Rec. 3046/2008.

<sup>789</sup>En este caso la condición más beneficiosa cuestionada se trataba de un complemento retributivo, categorizado como de especial dedicación.

<sup>790</sup>Esta sentencia reconoce la licitud de pluses de festivos y sábados al margen de lo previsto en el convenio.

sometida a la denominada doctrina de la «vinculación positiva al principio de legalidad». Y, por tanto, no es su carácter de empleadora el elemento determinante a la hora de analizar las especialidades que se planteen en su seno, sino su dimensión de sujeto de derecho público.

Aun así, hay autores que tratan de reconducir la condición más beneficiosa a otras instituciones reconocibles por el Derecho Administrativo, como puede ser la vinculación (o precedente) de los actos propios<sup>791</sup>, que permiten a la Administración reconocer derechos o beneficios que excedan de los estrictamente legales, vinculado este reconocimiento a la idea de la costumbre<sup>792</sup>.

Sin embargo, esta idea también debe de ser descartada, en la medida en que la doctrina administrativista solo considera admisible en nuestro Derecho la costumbre «*extra legem*», la cuál se ocupa únicamente de cuestiones sobre las que no existe una regulación legal. Esta limitación parece que excluye casi por completo la condición más beneficiosa ya que esta suele consistir en una mejora de las previsiones legales o convencionales. En este sentido la condición más beneficiosa solo podría reconducir a una costumbre «*secundum legem*», las cuales no son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico público. En efecto, en la medida en que cuando existe una norma aplicable al caso, esta debe ser cumplida por todos los sujetos afectados, incluida la Administración, por lo que no cabe que en su aplicación se haga una interpretación diferente a la que

---

<sup>791</sup>La llamada doctrina de los actos propios significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma, y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio. Esta doctrina encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y que limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (STC 73/1988, de 21 de abril y STC 198/1988, de 24 de octubre). En este sentido, los actos propios se definen como expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico determinan efectivamente lo que ha querido su autor y además causan efectos frente a terceros (STSJ de la Comunidad de Madrid nº 581/2005, de 11 de junio).

<sup>792</sup>*Vid.* MARÍN CORREA, José María, «Derecho Administrativo/Derecho Laboral: Diferente funcionamiento de las fuentes jurídicas», en VV.AA., CARO MUÑOZ, Ana Isabel y DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel (Dir.), *Jornadas sobre el profesorado universitario laboral*, Universidad de Burgos, 2004, pg.58-60.

estrictamente se desprende del contenido legal, aunque sea más beneficiosa para los afectados<sup>793</sup>.

A pesar de que se admita la existencia y aplicación de cierto tipo de costumbre en el seno de las relaciones con la Administración, hay que señalar, por un lado, que la aplicación de esta doctrina a la Administración-empleadora conllevaría igualmente la ilicitud de las condiciones más beneficiosas en aquellas materias en las que exista un regulación legal o convencional, por separarse del contenido normativo, aceptándose únicamente un estrecho margen de actuación en aquellas materias laborales que pudieran carecer de cualquier tipo de regulación<sup>794</sup>.

Hay que recordar que para que exista una condición más beneficiosa no solo basta con que se haya mantenido esa actuación por parte de la Administración durante un tiempo, sino que requiere la voluntad empresarial de incorporar el contenido al contrato, circunstancias que no tienen por qué concurrir en la mera costumbre y que además entra en contradicción, como se ha visto, con la doctrina jurisprudencial que niega la autonomía de la voluntad de la Administración.

Por otro lado, como antes se anunció, también integran las facultades del poder de dirección el ejercicio del «*ius-variandi*». En este sentido, hay que señalar, que en la doctrina judicial ha debatido si la Administración puede adoptar decisiones amparadas en la citada potestad en las mismas condiciones que un empleador privado, o sí por el contrario, su ejercicio se encuentra sometido a la normativa administrativa.

---

<sup>793</sup> Los defensores de la existencia de condiciones más beneficiosas por asimilación con los actos propios entienden que una eventual supresión de las mismas debería llevarse a cabo por las vías previstas en el Derecho Administrativo. De esta manera, estos autores defienden que para la supresión de una condición más beneficiosa la Administración tendría que acudir a un procedimiento de declaración de lesividad y a un pronunciamiento judicial que revocase el acto impugnado, en la medida en que no sería de aplicación el artículo 41 del ET. *Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 304.

<sup>794</sup>*Vid.* MARÍN CORREA, José María, *op.cit.*, pg.58-60.

El Tribunal Supremo entendió, tradicionalmente, que la Administración, respecto de su personal laboral, ejerce la citada potestad en los mismos términos que un empresario privado (SSTS de 3 de junio de 1994 y 7 de octubre de 2004<sup>795</sup>). Los casos citados resolvían si resultaba procedente exigir a la Administración que motivara una decisión amparada en el ejercicio de su «*ius variandi*», más específicamente, las sentencias analizaban la licitud de una movilidad geográfica sin cambio de residencia.

El Tribunal Supremo consideró, a este respecto, que cuando la Administración actuaba como empleadora intervendría en las mismas condiciones que cualquier otro empresario privado, al serle de aplicación exclusivamente la normativa laboral, en este caso, el artículo 40 del ET. Así, la doctrina del Tribunal Supremo descartaba la imposición de límites adicionales que la legislación laboral no previera, excluyéndose, entre otras, la obligación de la Administración de motivar las decisiones amparadas en el ejercicio de su poder de dirección, más allá de las exigencias derivadas de la buena fe (*vid.* Cap. VII.6)<sup>796</sup>.

Sin embargo, y a pesar de que esta doctrina podría ser matizada con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP por la influencia de las normas administrativas generales (*vid.* Cap. III.2), sin duda debe cambiar tras la aprobación del EBEP. Ya que supuestos que claramente integran el «*ius variandi*» de la Administración dejan de estar regulados por la legislación laboral (art. 39 y 40), sin que ni siquiera se remita a ella con carácter supletorio. En concreto, la movilidad, tanto funcional como geográfica del personal laboral, se realizará de acuerdo a lo pactado en convenio colectivo y, en su defecto, «*por*

---

<sup>795</sup> Rec. 2562/1992 y Rec. 2182/2003

<sup>796</sup> *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010, Rec. 2099/2009.

el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera» (art.83 EBEP)<sup>797</sup>.

Con esta prioridad de la normativa administrativa sobre la laboral decae definitivamente la interpretación judicial antes expuesta, pudiendo exigirse a la Administración que respete los mismos límites que en el resto de sus actuaciones, más estrictos que los impuestos a un empresario privado<sup>798</sup>. De esta manera, si la Administración adopta una medida no causal y/o no motivada, el trabajador perjudicado podrá solicitar judicialmente el cese de la actuación, así como la reparación de los daños que le hubiesen sido causados<sup>799</sup>.

Sin embargo, plantea mayores problemas determinar el régimen de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Y ello es así porque no existe en el régimen de funcionarios una regulación análoga que pueda ser de aplicación, en la medida en que es un régimen estatutario, y las condiciones de trabajo previstas en el artículo 41 se encuentran reguladas mayoritariamente por la ley.

Por tanto, si el EBEP no extiende el régimen funcional al personal laboral, ni prevé una regulación específica para estos, debe descartarse que, en este punto, se desplace la legislación laboral (art. 7 EBEP), por lo que debería aplicarse el Estatuto de los Trabajadores, en concreto, el citado artículo 41.

---

<sup>797</sup>Vid. COSTA REYES, Antonio, «Ejercicio y límites del «*iusvariandi*» de la Administración Pública respecto a su personal laboral. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2010», *Temas laborales*, nº105/2010, pg. 201 y 202.

<sup>798</sup>De manera semejante ocurre en países de nuestro entorno jurídico. Así, por ejemplo, en Italia, la doctrina considera que la especial consideración de la Administración como empleadora impide que se pueda realizar una movilidad horizontal de manera equivalente a como se desarrollaría en el sector privado, en el que únicamente rige la búsqueda de la eficiencia (vid. PECORACO MONICA, «La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico: Tra equivalenza formale e sostanziale», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Vol. XIV, Marzo- Aprile, nº2, 2011, pg.222). En este sentido, cabe destacar que tras las diversas reformas operadas en el empleo público italiano, la doctrina sostiene que la actuación de la Administración no se limita a las reglas previstas por el Derecho Civil, sino que está sujeta a especialidades, como consecuencia de los poderes cualificados y especiales que tiene como empleadora (vid. AMENDOLITO, Francesco, CAPUTO, Andrea, *La riforma della Dirigenza Pubblica*, CACUCCI EDITORE, 2007, pg. 83).

<sup>799</sup>Vid. MUT GÓNZALEZ, Fernando, *La aplicación del Derecho del Trabajo en las empresas públicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pg.59-60.

Sin embargo, algún autor defiende que no sería posible acudir a la vía laboral, ya que el EBEP no ha previsto para este supuesto la aplicación de la normativa laboral, ni de manera expresa ni supletoria. La aplicación de esta doctrina obligaría, a su juicio, a la Administración a acudir a un procedimiento específico en todos aquellos supuestos en los que la modificación de condiciones de trabajo supusiera un perjuicio para el trabajador, en concreto, al procedimiento de «*declaración de lesividad*» y a un pronunciamiento judicial que revocase el acto impugnado<sup>800</sup>.

Estos autores, en sintonía con los pronunciamientos del Tribunal Supremo antes citados, postulan que hasta la aprobación del EBEP parecía claro que se aplicaban con carácter preferente y prioritario los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, por lo que la Administración podría acudir a la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 del ET). Posibilidad que, a su juicio, se cierra tras la entrada en vigor de este.

Sin embargo, como antes se advirtió, es necesario acudir al propio EBEP para determinar la norma aplicable. Si bien respecto de los supuestos de movilidad se fija la aplicación conjunta del EBEP al personal laboral y funcionario, no ocurre lo mismo respecto de las materias afectadas en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Como se sabe, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, exige acudir a este procedimiento en todos aquellos supuestos en los que de manera causal se quiera afectar, entre otras, a materias relacionadas con la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen del trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, cuando no se encuentren reguladas en el convenio colectivo.

---

<sup>800</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 304.

La regulación de todas estas materias se remite por el propio EBEP a la normativa laboral, ya sea a través del convenio colectivo<sup>801</sup>, o en aplicación del propio Estatuto de los Trabajadores. En este contexto, parece que si el EBEP ha optado porque sea la legislación laboral la encargada de regular las citadas materias, también habrá de ser la normativa específica de Derecho del Trabajo, la que regule su modificación, sin que sea exigible a la Administración acudir a un procedimiento de «*declaración de lesividad*» para modificar condiciones de trabajo.

Así lo ha entendido también la negociación colectiva. En concreto, el artículo 20 del III Convenio Único para el personal laboral al servicio de la AGE prevé que: «*Los órganos competentes de la Administración General del Estado, en cada caso, podrán acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, de carácter individual o colectivo, cuando existan probadas razones técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*».

#### **4. La facultad de dictar órdenes generales sobre el trabajo**

Entre las manifestaciones del poder de dirección, como antes se ha visto, destaca la potestad de dictar órdenes generales de trabajo o del alcance general y órdenes particulares. Siguiendo este esquema, la doctrina clásica englobaba dentro de las órdenes generales los denominados «*reglamentos de régimen interior*», hoy desaparecidos de nuestros ordenamientos jurídico-laboral, y que respondían a la facultad de dictar «*reglamentos, órdenes o normas generales*» de taller o fábrica que se reconocía legalmente al empresario. Junto con estos reglamentos, también integran la categoría una multiplicidad de directivas generales cuyos instrumentos de publicidad es el tablón de anuncios y las

---

<sup>801</sup>Si se trata de modificar condiciones reguladas en convenio habrá que acudir a los artículos 32 del EBEP o 82.3 del ET (*vid.* Cap. VIII.5).

circulares difundidas a través de la jerarquía de la empresa<sup>802</sup>. Por otro lado, junto con esta capacidad de dictar órdenes de alcance general, se reconoce al empresario la capacidad de dictar órdenes particulares y concretas a cada trabajador o grupo de trabajadores.

Tradicionalmente, se entendió que, conforme a esta clasificación, el reglamento de régimen interno exteriorizaba el poder directivo que le corresponde al empresario en virtud del contrato de trabajo. En este aspecto, a juicio de algún autor, el reglamento se aproxima a las cláusulas o condiciones generales de un contrato de adhesión, al tiempo unilaterales en su origen y autolimitativas del poder que emanan. En segundo término, a través del reglamento se adaptaba a las particularidades de cada empresa la regulación general de las condiciones de trabajo en lo que fuera necesario, delimitándose, así, el espacio del poder normativo del empresario<sup>803</sup>.

Sin embargo, tras la desaparición del reglamento de régimen interior del elenco de fuentes del artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario no goza de un verdadero poder normativo en el derecho español, pero puede dar órdenes general o particulares o emitir circulares o notas de servicio<sup>804</sup>.

Esta categorización de las manifestaciones del poder de dirección puede servir de ayuda para conceptualizar los actos dimanantes de la Administración Pública en materia de gestión de personal, ya que, como se ha visto, existen instrumentos derivados de la actividad administrativa que no puede conceptualizarse como actos normativos. A mayor abundamiento, cabe recordar que la categorización de las instrucciones, circulares y órdenes de servicio

---

<sup>802</sup>*Vid.* ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1978, quinta edición, pg. 237.

<sup>803</sup>*Vid.* ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1978, quinta edición, pg. 487-488.

<sup>804</sup>*Vid.* GIL Y GIL, José Luis, «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», en VV.AA., ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, pg. 107.

(art.21 de la Ley 30/1992)<sup>805</sup> no se realiza por su forma, sino por su contenido, incluyéndose en la categoría de poder de dirección aquellas que tienen un alcance personal limitado –trabajadores de una concreta Administración- y especifican el régimen general de la prestación de servicios a su ámbito (*vid.* Cap. IV.1),

En efecto, como se ha visto en capítulos precedentes (Cap. III.1 y 2 y Cap. IV 1 y 2), las leyes que regulan la relación de empleo público en régimen laboral, junto con habilitaciones a la potestad reglamentaria en sentido estricto, contienen remisiones o menciones al poder organizativo de la Administración, el cual, desde una perspectiva de la regulación de las condiciones de trabajo, es poder de dirección. En este sentido, cabe recordar que algún pronunciamiento judicial ha establecido que en los supuestos en los que una de las partes de la relación jurídico laboral es una Administración Pública la normativa dictada para ordenar las condiciones de trabajo y dirigir la prestación de servicio de sus propios trabajadores no se englobaría en el cuadro de fuentes de la relación laboral en el de «*disposiciones legales y reglamentarias*» [art.3.1 a) del Estatuto de los Trabajadores] sino que conformaría «*la voluntad de las partes*» [art. 3.1.c)] (STS de Castilla la Mancha nº 686/2012, de 13 de junio)<sup>806</sup>.

Por tanto, en el ámbito de la Administración Pública es posible asemejar estos actos reglamentarios, que responden a la capacidad de ordenar y dirigir los recursos de personal, con los antiguos reglamentos de régimen interno, o más en general, con la capacidad inherente a todo empresario de dictar órdenes generales, que en este ámbito se materializan obligatoriamente en un acto escrito.

---

<sup>805</sup> A partir del 2 de octubre de 2016 la referencia debe entenderse hecha al artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

<sup>806</sup>*Vid.* GARCÍA SALAS, Ana Isabel, «El sistema de fuentes ante la modificación de condiciones de trabajo del personal al servicio de una Comunidad Autónoma: STSJ Castilla la Mancha de 13 de junio de 2012», *Aranzadi Social*, nº8, 2012, pg.95-101.

En esta categoría se pueden englobar las decisiones adoptadas en materia de jornada, horarios, vacaciones, permisos y licencias, y también aquellas relacionadas con la vestimenta de los empleados públicos o el modo en que se lleva a cabo la prestación de servicios. Esta última se puede vincular, a su vez, con las disposiciones dictadas en materia de carrera profesional y evaluación del desempeño. Además, también cabe órdenes relativas al comportamiento de los empleados públicos, que pueden estar en conexión con el cumplimiento de los códigos de conducta, planes de igualdad o protocolos contra el acoso sexual y laboral, pero con un objetivo más general y ligado a la organización del trabajo y a la gestión de los recursos humanos.

En este sentido, tanto la Administración General del Estado, como las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y las Administraciones independientes han regulado estas materias para su personal. Así, en los citados ámbitos se encuentran regulaciones específicas sobre jornada, horarios, vacaciones, permisos y licencias<sup>807</sup> o en materia de carrera profesional y evaluación del desempeño<sup>808</sup>. También diversas Administraciones han dictado resoluciones sobre el uso de uniformes o sobre la adecuación de la vestimenta de sus empleados<sup>809</sup>.

---

<sup>807</sup>Como ejemplo, *vid.* en el ámbito de la AGE: «Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos»; en el ámbito de las CC.AA.: «Resolución de 27 de diciembre de 2013, de la Directora General de Función Pública de Madrid, por la que se dictan instrucciones en materia de jornada de los empleados públicos», en el ámbito local: Acuerdo de 13 de septiembre de 2012 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se adapta la regulación aplicable al personal al servicio del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos en cumplimiento de la normativa básica y del Acuerdo de la Junta de Gobierno de 25 de julio de 2012 y como ejemplo de la Administración independiente: «Resolución de la Gerencia de la Universidad de Granada, de 12 de febrero de 2015, por la que se dictan normas en materia de jornada, vacaciones, permisos y licencias y se hace público el calendario laboral para el año 2015 del personal de Administración y Servicios».

<sup>808</sup>*V.gr.* Decreto 37/2011, de 11 de mayo, aprobó el reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias

<sup>809</sup>*Vid.* Acuerdo Corporación- Funcionarios del Ayuntamiento de Torrelavega: Prendas de Trabajo de Empleados Municipales (BOC 11 de marzo de 2015) o ORDEN INT/3069/2007, de 11 de octubre, por la que se modifica la Orden de 18 de diciembre de 1998, por la que se

El alcance personal de estas órdenes, si bien parece lógico que sean de aplicación a todos los empleados públicos, no es uniforme. Algunas de ellas, como las relativas a jornada, horarios y permisos son comunes a todos los tipos de empleados, pero no siempre resulta posible extender su radio de actuación al personal laboral. En efecto, debido a la compleja configuración de la relación laboral en el marco del ET y del EBEP hay determinadas materias que no pueden ser ordenadas unilateralmente por la Administración. En concreto, la promoción profesional y la evaluación del desempeño no pueden regularse conjuntamente para ambos colectivos, ya que en el caso del personal laboral se requiere la intervención de la negociación colectiva. Aún así, muchas Administraciones han optado por extender el régimen de funcionarios también al personal laboral por medio de un pacto en la correspondiente mesa de negociación<sup>810</sup>.

Por otro lado, la Administración también tiene la capacidad de dictar órdenes particulares o concretas a un trabajador, o a un grupo de ellos, para dirigir o pautar el desarrollo de la prestación laboral. Estas órdenes, al igual que ocurre en el sector privado, pueden consistir en hacer, o no hacer, algo, o pautas respecto al modo, intensidad, tiempo o lugar en el que se debe desarrollar la actividad. La mayor especialidad que se presenta en el ámbito público a la hora de ejercitar esta potestad respecto del sector privado es que, por efecto de los artículos art.52.1 y 55 de la Ley 30/1992, estas órdenes también deben realizarse por escrito.

---

actualiza el uniforme, emblemas y distintivos de los empleados públicos de Instituciones Penitenciarias.

<sup>810</sup>*Vid.* El Acuerdo de 5 de octubre de 2010, de la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias, por el que se hace extensiva al personal laboral fijo de las Administraciones del Principado la normativa reguladora de la carrera horizontal y la evaluación para el personal funcionario de carrera. También la Resolución del 30 de noviembre de 2012, de la Consejería de Hacienda y Sector Público, por la que se aprueban los modelos normalizados a utilizar en la evaluación del desempeño y en la fijación de objetivos colectivos dentro del sistema de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, que es de aplicación indistinta al personal funcionario, así como al personal laboral fijo. También, en el ámbito local, Acuerdo de la Mesa General del Ayuntamiento de Gijón 2008-2011, de 24 de octubre de 2008, ratificado por la Junta de Gobierno de 11 noviembre de 2008. El citado acuerdo aprueba el «Manual de evaluación del desempeño del Ayuntamiento de Gijón»

Así, cabe citar, a modo de ejemplo, la Resolución de la Gerencia de la Universidad de Granada, de 15 de noviembre de 2011, por la que se establece la reducción extraordinaria de jornada para determinado personal de administración y servicios; la Resolución de la Gerencia de la Universidad de Granada, de 2 de marzo de 2015, sobre organización de servicios mínimos durante el periodo vacacional de verano, y los periodos de descanso de semana santa y Navidad del personal de Administración y Servicios; la Resolución de la Gerente de la Universidad de Oviedo, de 3 de marzo de 2014, relativa a la compensación de los servicios prestados por el personal de Administración y Servicios en periodos de cierre obligatorio o la Circular del Ayuntamiento de Arona (Tenerife), de la Concejalía de Seguridad y movilidad Urbana, de 23 de junio de 2011, por la que se suspende la asignación de turnos de refuerzo de la Policía Local.

## **5. Facultades de vigilancia y sanción**

El poder de dirección del empresario no se limita a la ordenación y dirección de la prestación laboral, sino que también alcanza a la comprobación de que la prestación se está desarrollando conforme a sus dictados. En este sentido, el empresario está legitimado para realizar una valoración sobre el rendimiento y la eficiencia del trabajo. En el ámbito de la empresa privada, dicha facultad se justifica en términos económicos, ya que el empresario tiene derecho a velar por la buena marcha de su negocio. En el ámbito de la Administración Pública parece más discutible que se puedan justificar sus potestades en términos estrictamente económicos, pero la Administración sí que debe velar porque sus servicios se presten de una forma eficaz y se satisfaga el interés general. Por tanto, todos los contratos de trabajo, también los suscritos por la Administración Pública, requieren algún grado de vigilancia sobre la conducta del trabajador<sup>811</sup>, lo que faculta a todos los empleadores –sean públicos

---

<sup>811</sup>*Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, «Intimidad del trabajador y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, n°1, 2004, pg.94.

o privados- a establecer distintos medios para la consecución de sus objetivos, como parte integrante de su poder de dirección.

Así, el Estatuto de los Trabajadores reconoce un amplio margen de discrecionalidad al empresario respecto de las medidas empresariales de «vigilancia y control», ya que permite que adopte aquellas «medidas que estime más oportunas» (art.20.3 ET)<sup>812</sup>. En este contexto, se entiende por sistema de control cualquier medio o mecanismo de vigilancia que permita obtener de forma sistemática la información idónea y suficiente para satisfacer la verificación del comportamiento en relación con los estándares establecidos inicialmente, completando de este modo el objetivo de control<sup>813</sup>.

A la hora de fijar los medios utilizados para realizar ese control deben de tenerse en cuenta los derechos fundamentales de los trabajadores, los cuales actúan como límite infranqueable para el empleador, que no puede desconocerlos. En este sentido, la STC 126/2003, de 30 de junio, señala que «el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada»<sup>814</sup>. Como se sabe, el Tribunal Constitucional ha establecido que el centro de trabajo constituye un espacio en el que los derechos fundamentales despliegan su virtualidad, aunque su ejercicio se pueda ver matizado en atención a los legítimos intereses empresariales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio).

---

<sup>812</sup>Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, «La libertad de empresa y el poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en VV.AA., SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GÓNZALEZ DÍAZ, Francisco A., *La Libertad de Empresa y el Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson, Pamplona, 2011, pg.39.

<sup>813</sup>Vid. MARTINEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pg. 102.

<sup>814</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009,pg.242-243.

Cabe señalar que, de un modo análogo a lo que ocurría respecto del poder de dirección, el poder de vigilancia y control de la Administración Pública se fundamenta en el principio de jerarquía (art.103.1 de la CE). En este sentido, el principio de jerarquía incluye, junto a la capacidad directiva de ordenar la actividad de sus subordinados mediante la emisión de normas internas como instrucciones o circulares, el poder de inspección, vigilancia o control para asegurar que los medios empleados y los fines perseguidos son los deseados.

A pesar del distinto fundamento teórico de este poder en el sector público, su ejercicio por parte de la Administración Pública parte de las mismas premisas que el de los empresarios privados, siendo de aplicación el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, debe matizarse el modo en que se ejerce, ya que no se puede aplicar sin más las precisiones el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. Si bien el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores solo alude, como límite de la citada potestad, a la dignidad humana, cabe recordar que esta se encuentra presente en todos los derechos fundamentales<sup>815</sup>, por lo que el ejercicio del poder de vigilancia y control de la Administración Pública ha de respetar los derechos fundamentales de los empleados públicos<sup>816</sup>, en especial «*su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad del trabajador, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral*» (art.14 h del EBEP).

En primer lugar, en la medida en que se trata de un poder discrecional debe ejercerse siempre de manera motiva, en atención a las previsiones del artículo 54.1 f) de la Ley 30/1992<sup>817</sup>, que exige la motivación de todas las actuaciones de la Administración que respondan a un poder discrecional. De

---

<sup>815</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP», *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg. 2130.

<sup>816</sup>Como así se desprende la reciente doctrina constitucional sobre los derechos inespecíficos en el ámbito laboral, iniciada con las SSTC 98/2000, de 18 de abril y 186/2000, de 10 de julio.

<sup>817</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 la referencia debe entenderse hecha al artículo 35.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

este modo, se cumple el objetivo de justificar por qué entre todas las opciones lícitas de las que disponía la Administración la finalmente adoptada era la más idónea para llevar a cabo la vigilancia y control [*vid.* Cap.VII.6].

En segundo término, la posición de la Administración en el ordenamiento, como sujeto de Derecho Público y empleadora, presenta ciertas especialidades que, en principio, pueden resultar divergentes o contradictorias. Por un lado, la Administración parece que está más legitimada que los empresarios privados para imponer ciertas restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, en la medida en que se encuentra revestida de «*imperium*» y su actuación trata de salvaguardar el bien común, y no intereses económicos privados. Sin embargo y en aparente contradicción, los poderes públicos están vinculados por un deber positivo respecto de los derechos de los ciudadanos y, por ende, de sus trabajadores. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con los empresarios privados –a los que vincula un deber de abstención–, la Administración Pública está obligada a potenciar los derechos fundamentales y a promover las condiciones para su efectiva y plena realización.

Estas especialidades han propiciado un intenso debate, tanto doctrinal<sup>818</sup> como jurisprudencial<sup>819</sup>, sobre la eventual titularidad de los empleados públicos de ciertos derechos colectivos –en especial el derecho de sindicación y el derecho de huelga<sup>820</sup>–, y que parece haberse cerrado con el reconocimiento por parte del EBEP de tales libertades [art.15 b) y c)], aunque aun subsisten ciertos

---

<sup>818</sup>*Vid.* VALDÉS DAL RE, Fernando, «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 86, 1997, pg. 844.

<sup>819</sup>*Vid.* las SSTC 11/1981, de 8 de abril; 99/1987, de 11 de junio; 51/2003, de 17 de marzo.

<sup>820</sup>*Vid.* MARTÍN VALVERDE, Antonio, «Los límites del Derecho de huelga en la Administración Pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº18, septiembre-diciembre, 1986, pg. 21-50.

colectivos de empleados públicos a los que se les niega (v.gr. fuerzas y cuerpos de seguridad del estado<sup>821</sup>)<sup>822</sup>.

Además del poder de dirección, en sentido estricto, entre las facultades empresariales se encuentra igualmente el denominado «*poder de policía*»<sup>823</sup>, que puede definirse como «*la actividad que, por medio de limitaciones eventualmente coactivas de la actividad privada, se dirige a prevenir los daños sociales que de esta última pueden derivarse*»<sup>824</sup>. A pesar de que el ámbito natural en el que se desarrolla tradicionalmente el «*poder de policía*» es el de la actividad administrativa, existen ciertos supuestos en los que el ejercicio del citado poder se encarga al empresario. Así, por ejemplo, son encuadrables dentro del mismo los registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y efectos particulares (art. 18 ET), la obligación de velar por la prohibición de fumar en centros de trabajo y dependencias (art. 7 Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo) o el cierre patronal (art. 12 Real Decreto 7/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo).

En lo que respecta a los registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y sus efectos particulares, el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores

---

<sup>821</sup>La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado establece que: «*Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios*» (art.6.8).

<sup>822</sup>La existencia de restricciones a los derechos de los empleados públicos no es un fenómeno exclusivo de nuestro ordenamiento. Así, en los Estados Unidos de América se ha pasado de una concepción totalmente prohibitiva con el ejercicio de libertades individuales por parte de los empleados públicos, a través de la «*Doctrine of privilege*», instaurada por el juez Holmes en el caso *McAuliffe v New Bedford* (1982), en la que se establecía que: «*el peticionario puede tener derecho constitucional a hablar de política, pero no tiene derecho constitucional a ser policía*», a una gradual constitucionalización de la relación laboral, con un impulso importante en la década de 1960, que prácticamente ha equiparado el ejercicio de los derechos de los empleados públicos con el del resto de los ciudadanos. *Vid.* LEE, Yong S., *Public personnel Administration and Constitutional values*, Querum Books, London, 1995, 1995, pg. 28; y DOSTON, Arch, «*The Emerging Doctrine of Privilege in Public Employment*», *Public Administration Review*, Vol. 15, nº2, 1955, pg. 77.

<sup>823</sup>En este sentido, se puede decir que el cierre patronal es «*una medida de policía dirigida a preservar la integridad de las personas, bienes e instalaciones*», *Cfr.*, RUIZ CASTILLO, María del Mar, *El cierre patronal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pg.172.

<sup>824</sup>*Cfr.*, JORDANA DE POZAS, Luis, «*Ensayo de una teoría del fomento en el Derechos Administrativo*», *Revista de Estudios Políticos*, nº48, 1949, pg.44.

atribuye al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo. En estos registros el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, en realidad desempeña una función de «*policía privada*» o de «*policía empresarial*» que la Ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores (STS de 26 de septiembre de 2007<sup>825</sup> y STSJ de la Comunidad de Madrid nº 43/2008, de 16 de enero).

Esta medida, por su carácter excepcional de poder de policía, solo podrá llevarse a cabo «*cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa*» (art. 18 ET). A pesar de la literalidad del precepto, la doctrina ha aceptado que estos registros también puedan realizarse para proteger el patrimonio de terceros presentes en la empresa<sup>826</sup>.

La doctrina judicial ha fundamentado, sobre la base legal prevista en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, dos interpretaciones sobre el alcance y contenido de los registros de las taquillas de los trabajadores. Así, un sector aboga por una concepción restrictiva del precepto, en la que se exige que concurren indicios o sospechas de ese perjuicio patrimonial, ya que sino el registro se convertiría en un mero capricho empresarial, que vulneraría el derecho fundamental del trabajador a la intimidad (STSJ de Andalucía nº 389/2000, de 25 de febrero, STSJ de Cataluña nº 4522/2000, de 23 de mayo, STSJ de la Comunidad de Valencia nº 897/2002, de 12 de febrero). Otro sector, sin embargo, defiende una interpretación más permisiva, en la que se flexibiliza

---

<sup>825</sup> Rec. 966/2006.

<sup>826</sup> Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María, SEMPERE NAVARRO, Vicente A., y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pg. 133 y HIERRO HIERRO, Javier, «Registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares: límites al poder de dirección del empresario», en VV.AA., SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GÓNZALEZ DÍAZ, Francisco A., *La Libertad de Empresa y el Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson, Pamplona, 2011, pg.97.

dicha exigencia, encontrando cabida los registros preventivos, estos es, los llevados a cabo de forma aleatoria, periódica y rutinaria a fin de evitar el menoscabo patrimonial de la empresa y de terceros (STSJ de la Comunidad de Madrid nº 297/1998, de 2 de abril)<sup>827</sup>.

En lo que respecta a los registros de taquillas y efectos personales por parte de la Administración, hay que poner de manifiesto al menos dos especialidades. En primer lugar, en lo que se refiere al alcance de la medida, parece oportuno que la Administración pueda intervenir no solo en aquellos supuestos en los que esté en peligro el patrimonio propio o de otros trabajadores, sino también, como apuntaba la jurisprudencia, en el caso de que se ponga en peligro el patrimonio de terceros. En este ámbito, la protección del patrimonio de terceros será más clara e intensa que en la empresa privada, en la medida en que en este supuesto no serán «*clientes*» de un negocio, sino ciudadanos, por cuyos intereses debe velar la Administración en todas sus actuaciones (art.103 de la CE).

En este sentido, cabe recordar que el EBEP exige a los empleados que durante el desarrollo de su prestación persigan «*la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos*», así como que ajusten su actuación a «*los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos*» (art. 53.2 y 3). Estas previsiones, que en ambos casos recogen de manera expresa el debido respeto a los ciudadanos avalan la interpretación extensiva del precepto. Por tanto, se pueden englobar los casos en los que se pudiera ver comprometido el patrimonio de los usuarios del servicio.

En segundo lugar, y en lo que respecta a la necesidad de que concurren indicios o sospechas para proceder a los registros, parece que la Administración debe ceñirse a la concepción restrictiva manejada por la jurisprudencia, por lo que no sería posible la implantación de registros aleatorios, realizados de forma

---

<sup>827</sup> *Vid.* HIERRO HIERRO, Javier, *op.cit.*, pg. 98.

periódica y rutinaria.

En este sentido, podría entenderse que cuando la Administración realiza registros aleatorios y periódicos está ejerciendo un poder discrecional, en cuyo caso debería ser motivado, por exigencia del art. 54.1 f) Ley 30/1992<sup>828</sup>. De esta manera, la realización de registros sin la concurrencia de indicios o sospechas conllevaría una motivación insuficiente que pondría de manifiesto el carácter arbitrario, y no discrecional, del acto<sup>829</sup>, en la medida en que la motivación trata de aclarar las causas o razones que han llevado a la Administración a actuar de determinada forma<sup>830</sup>.

Por ello, en el ámbito de la Administración Pública para proceder a realizar un registro deben detallarse las sospechas albergadas sobre el concreto trabajador y motivar suficientemente la decisión de intervención, lo que excluye la posibilidad de registros aleatorios (STS 11 de junio de 1990)<sup>831</sup>.

A este respecto, la realización de registros aleatorios, rutinarios y periódicos en el ámbito de la Administración Pública debe considerarse una infracción del ordenamiento jurídico al menos por dos motivos diferentes. Por un lado, por entenderse que se trata de una actuación arbitraria, en la medida en que no hay causa para la aplicación del artículo 18.1 ET, ya que no hay sospechas de que esté en peligro el patrimonio de la Administración o de terceros y, por tanto, estaría prohibido por el mandato constitucional de

---

<sup>828</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 la referencia debe entenderse hecha al artículo 35.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

<sup>829</sup>*Vid.* ARRIBAS LÓPEZ, Joaquín Eugenio, «La motivación de los actos administrativos de nombramiento de los funcionarios para puestos de trabajo de libre designación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, nº2, 2011, pg.151-174.

<sup>830</sup>*Vid.* la STSJ de Madrid nº 462/2007, de 28 de marzo, entendió que en el supuesto de hecho resuelto existían fundadas sospechas sobre que se estaba poniendo en peligro el patrimonio de la Administración, por lo que los registros realizados sobre sus empleados, deben ser considerados proporcionales y, por tanto, lícitos. No desvirtúa esta clasificación el hecho de que los empleados fueran declarados posteriormente inocentes, dado que las sospechas alegadas por la Administración no eran arbitrarias y estaban correctamente fundadas.

<sup>831</sup> *Vid.* HIERRO HIERRO, Javier, *op.cit.*, pg.99.

interdicción de la arbitrariedad (art.103.1 CE). Por otro lado, los registros aleatorios estarían vedados a la Administración por su sujeción al principio de legalidad, que solo permite que la Administración actúe en aquellos casos en los que esté expresamente permitido y que, a estos efectos, se limitaría a los supuestos en los que concurrieran todos los requisitos previstos en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Esto es, solo sería lícita la intervención en aquellos casos en los que el patrimonio de la Administración, de los trabajadores o de terceros estuviera realmente en riesgo. Por tanto, se excluye la posibilidad de registros arbitrarios o periódicos a voluntad de la Administración.

En otro orden de cosas, y siguiendo con las medidas de policía que la Administración ejerce en cuanto empleadora, hay que resaltar que algunas de ellas se engloban sin dificultades en la esfera ordinaria de la actividad administrativa, como es el caso de las previsiones de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, que imponen un deber activo por parte de la Administración.

Sin embargo, otras de las «*medidas de policía*», como es el caso del «*cierre patronal*» (art. 37.2 y 12-14 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo), presentan más dudas sobre su posible aplicación en el ámbito público, en la medida en que se amparan en la libertad de empresa.

En efecto, la doctrina constitucional ha avalado el distinto fundamento de los cierres patronales, en atención al sector de actividad y a las circunstancias concurrentes en cada caso, pero ha establecido como denominador común a todos ellos la libertad de empresa, dentro del marco de la economía de mercado (STC 11/1981, 8 de abril). Sin embargo, como ya se advirtió, la Administración no puede fundamentar su actuación en la libertad de empresa, de la cual carece (art.38 CE).

El régimen jurídico del cierre patronal se encuentra regulado en el Capítulo II (arts. 12 a 14) del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre

Relaciones de Trabajo, y se enmarca entre las medidas genéricas de conflicto colectivo, reconocidas en el artículo 37.2 de la Constitución Española<sup>832</sup>. Esa norma recoge los supuestos que pueden dar lugar al cierre patronal, sin que exista ninguna previsión sobre su posible aplicación a la Administración Pública<sup>833</sup>.

De tal forma, los empresarios podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, siempre que exista notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas, cuando se produzca una ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o en aquellos casos en que el volumen de la inasistencia o las irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción (art.12 del RD-Ley 17/1977)<sup>834</sup>. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en nuestro ordenamiento solo caben los cierres patronales reactivos o defensivos, ya que la medida, por definición, es una respuesta defensiva y en nuestro

---

<sup>832</sup>Vid. RUIZ CASTILLO, María del Mar, *El cierre patronal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pg.103.

<sup>833</sup>El uso del cierre patronal por parte de la Administración Pública no es una práctica desconocida en el Derecho comparado. Por ejemplo, el Derecho norteamericano prevé la posibilidad de que la Administración adopte una medida cercana al cierre patronal, denominada «*Government Shutdown*» (Cierre del Gobierno). El cierre del Gobierno no se fundamenta en la existencia previa de un conflicto colectivo, sino en un problema de financiación del Estado, cuando las agencias y programas federales que componen el Gobierno carecen de los fondos necesarios para llevar a cabo sus actividades, debido a una falta de acuerdo entre el Presidente – poder ejecutivo- y el Congreso sobre la financiación. En estos casos, y en virtud de la «*Antideficiency Act*», deben cesar todas las actividades gubernamentales excepto los servicios esenciales para la comunidad, lo que conlleva el cese de la actividad de miles de empleados federales hasta que se levante el cierre. Esta situación se ha producido en varias ocasiones en la historia de los Estados Unidos, provocando varias paradas del Gobierno. La de mayor duración fue de 21 días (desde el 16 de diciembre de 1995 al 6 de enero de 1996) y el último cierre se produjo el 1 de octubre de 2013. Vid. BRASS, Clinton T., «Shutdown of the Federal Government: Causes, Processes, and Effects», *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, Abril, 2013, [www.crs.gov](http://www.crs.gov).

<sup>834</sup>Respecto a este último de los supuestos, el Tribunal Supremo ha dictaminado que «*el impedimento*» para legitimar el cierre no debe entenderse como una mera alteración de la producción, por muy grave que esta pueda ser, ya que si así fuera, el cierre patronal sería lícito ante cualquier huelga, puesto que todo paro colectivo supone una dificultad o impedimento al proceso normal de producción (STS 31 de marzo de 2000). Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, «Derecho de huelga y libertad de empresa», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.415-416.

sistema carece de cualquier función reivindicativa (STC 11/1981, de 8 de abril)<sup>835</sup>.

La doctrina no encuentra dificultades en admitir que la Administración pueda proceder al cierre del centro del trabajo en los supuestos legalmente previstos, aunque su fundamento último sea diferente<sup>836</sup>. En efecto, esta interpretación extensiva de las medidas de conflicto colectivo resulta adecuada desde la perspectiva de los fines perseguidos por el cierre patronal, que trata de proteger los legítimos derechos de la empresa, en concreto, sus bienes y patrimonio. Si esto es así en el ámbito privado, con mayor intensidad ha de ocurrir en el sector público, en el que los derechos y expectativas susceptibles de protección coinciden con el interés general. Por tanto, la Administración puede proceder al cierre patronal en los supuestos previstos en el artículo 12 del Real Decreto 17/1977.

Aun así, no todos los supuestos previstos en esta norma son igualmente aplicables en el sector público. En concreto, las previsiones del artículo 12.1.a) – *«notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas»*- y 12.1.b) – *«cuando se produzca una ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias»*- son plenamente aplicables en este ámbito, en la medida en que salvaguardan bienes públicos y el interés general. Además, debe de tenerse en cuenta que la Administración se halla vinculada positivamente por los derechos fundamentales, lo que la obliga a velar por el derecho a la vida y a la integridad física no solo de sus empleados, sino también de los ciudadanos con carácter general. Este deber exige que la

---

<sup>835</sup>En concreto, el Tribunal Constitucional estableció que *«en los cierres no hay reivindicación sino defensa, admitiéndose únicamente los defensivos, justificándolos como medida de policía de los empresarios en situaciones conflictivas graves en las que su poder organizativo se ve desbordado»* (STC 11/1981, de 8 de abril). Además, no podrían existir en nuestro ordenamiento cierres patronales ofensivos, en la medida en que se configuran como medidas de conflicto colectivo (art.37.2 de la CE), lo que requiere que exista un contexto previo de inestabilidad laboral que justifique la adopción de las medida.

<sup>836</sup>*Vid.* MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «El derecho de cierre patronal y la libertad de empresa, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2004, nº4, pg. 409-410.

Administración intervenga en aquellos contextos de violencia en los que pudieran verse amenazados estos bienes jurídicos.

Mayores dificultades plantea, sin embargo, la aplicación del artículo 12.1.c) del Real Decreto 17/1977, que prevé la posibilidad de adoptar el cierre patronal en aquellos supuestos en los que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el normal proceso de producción. Este último precepto deriva claramente de la libertad de empresa, y, por ende, de la capacidad de esta para decidir cesar su actividad. Sin embargo, la Administración Pública no se encuentra amparada por la libertad de empresa y su actuación se encuentra orientada a la consecución del interés general, por lo que parece más discutible que pueda decidir dejar de prestar los servicios públicos, en su caso esenciales a la comunidad, amparándose en que el volumen ordinario de trabajo haya disminuido notablemente durante el ejercicio de la huelga<sup>837</sup>.

A pesar de estos eventuales conflictos teóricos, lo cierto es que esta problemática no se ha planteado en la práctica y no se encuentran resoluciones judiciales en la materia, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que ello se debe al uso que las Administraciones hacen de los «servicios mínimos»<sup>838</sup>. Aunque esta posibilidad no puede considerarse propiamente como una medida de conflicto colectivo, puede llegar a suponer un contrapeso frente al paro de los trabajadores, capaz de enervar la necesidad patronal de cerrar el centro de trabajo<sup>839</sup>.

---

<sup>838</sup>Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «El derecho al cierre patronal y la libertad de empresa», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.432-433.

<sup>839</sup>Las dificultades jurídicas que plantean la adopción de conflictos colectivos en el ámbito de la Administración Pública también se pone de manifiesto en otros ordenamiento jurídicos. A modo de ejemplo, la huelga de fiscales y abogados del Estado que tuvo lugar en Quebec en el año 2011 llevó a la intervención del legislador que aprobó varias leyes excepcionales para tratar de poner fin al conflicto, lo que planteo diversas cuestiones de inconstitucionalidad. Para un análisis prolijo del conflicto y su repercusión vid. BOTO

Por último, es necesario hacer una referencia al poder disciplinario o sancionador de la Administración. Como se sabe, en el empleo privado la potestad sancionadora del empresario se fundamenta en su libertad de empresa, y en la capacidad de ordenar y dirigir su actividad y hacer que esta se cumpla. El fin último que trata de garantizarse es el buen funcionamiento de la empresa de acuerdo con los criterios de su titular, que han podido determinarse en un convenio colectivo, en el que ambas partes saben qué constituye infracción y qué sanción lleva aparejada.

Sin embargo, el régimen disciplinario en el empleo público se fundamenta en los principios constitucionales recogidos en el artículo 103 de la Constitución, por lo que está orientado a la salvaguarda del bien común o del «*interés general*», en contraposición al empleo privado, que lo que se defiende es el interés particular del empresario<sup>840</sup>.

Por tanto, parece que el régimen disciplinario de todos los empleados públicos debe ser común, ya que la Administración siempre tiene que velar por el interés general y no podría aceptar o tolerar conductas que supongan un agravio para el bien común, ni transigir o minimizar la codificación y castigo de aquellas, convirtiéndose, así, la cuestión en una materia de orden público (*vid. Cap. VIII. 5*). Esta categorización del régimen disciplinario como una materia de «*orden público*» no siempre ha estado asentado en nuestro ordenamiento jurídico, ya que, con anterioridad a la aprobación del EBEP, el régimen disciplinario del personal laboral se ajustaba a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, al considerar a la Administración un empresario más<sup>841</sup>.

---

ÁLVAREZ, Alejandra, «La continuidad de los servicios jurídicos en la Administración ante una huelga de fiscales y abogados del estado: la experiencia de Quebec», *Revista de Administración Pública*, nº 192, 2013, pg.401-422.

<sup>840</sup>*Vid.* SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.970.

<sup>841</sup>Para un análisis de este régimen y su evolución hacia las previsiones actuales del EBEP *vid.* CÁMARA DEL PORTILLO, Diego, «Régimen disciplinario de los empleados públicos: funcionarios y personal laboral», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg. 250-258.

En la actualidad, se discute si respecto de esta materia se aplica exclusivamente el Título VII del EBEP, o si debe realizarse una aplicación conjunta del régimen previsto en el EBEP y en el ET<sup>842</sup>. A este respecto cabe señalar que el artículo 93.4 del EBEP establece que el personal laboral «se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral».

El Tribunal Supremo ha entendido que respecto del régimen disciplinario deben seguirse las pautas generales previstas en el artículo 7 del EBEP. En este sentido, el Tribunal considera que el contenido del citado precepto recoge una técnica de exclusión pormenorizada, de suerte que la norma laboral queda excluida cuando así se establezca en el propio EBEP, para dar cabida a su norma específica. Todo ello dejando a salvo el papel de la negociación colectiva en las materias en las que quepa la disponibilidad (SSTS 7 de diciembre 2010 y 9 de diciembre de 2010<sup>843</sup>).

Por tanto, es necesario analizar en cada materia el juego de exclusiones que se establece en el EBEP, y si esa materia es a su vez disponible para la negociación colectiva, ya que la inclusión del personal laboral dentro del EBEP no se lleva a cabo con toda plenitud, sino que unas veces se produce una equiparación completa con los funcionarios públicos, otras se incluye al personal laboral con matices y otras se excluye expresamente, con remisión al régimen laboral (STS 26 de noviembre de 2010<sup>844</sup>).

En lo que se refiere al régimen disciplinario el Tribunal Supremo ha dictaminado que solo será posible la aplicación de la legislación laboral cuando expresamente se prevea, como sería el supuesto de los artículo 92.2 p) y 95.3 del EBEP, en los que se remite al convenio colectivo la determinación de las

---

<sup>842</sup> En este sentido, *vid.* STSJ de Madrid n ° /2011, de 7 de marzo que entendió que si bien el artículo 97 del EBEP –sobre prescripción de las faltas- era aplicable al personal laboral ello no impedía acudir también al Estatuto de los Trabajadores, porque en el EBEP solo se regulaba la llamada prescripción larga y esa regulación se habría de completar con las reglas sobre la prescripción corta del ET.

<sup>843</sup> Rec. 4318/2009 y 4415/2009 y Rec. 4178/2009.

<sup>844</sup> Rec. 41/2010.

conductas concretas que pueden dar lugar a una infracción. De esta manera se excluye la posibilidad de que la regulación del EBEP se complete con las normas del Estatuto de los Trabajadores sino se ha previsto expresamente.

## 6. Límites generales y especiales: igualdad de trato, legalidad, y motivación

En el estudio de los límites del poder de dirección de la Administración Pública hay que diferenciar entre aquellos generales, que serían aplicables a todos los empresarios, con independencia del sector en el que desarrolla su actividad, y aquellos que son propios de la Administración Pública, debido a su especial estatuto constitucional, así como a las diferencias derivadas del distinto anclaje constitucional del poder directivo de esta, y las especialidades antes analizadas en la titularidad y ejercicio del mismo.

En lo relativo a los límites generales hay que recordar que existe una limitación básica y genérica «*ratio materiae*»: las órdenes deben sobre el trabajo o en conexión íntima con aquel, las de otro tipo no tienen por qué ser obedecidas en cuanto que escapan por completo al ámbito propio del poder de dirección del empresario<sup>845</sup>. Por tanto, el primer límite al ejercicio del poder de dirección del empresario vendrá impuesto por la propia determinación de la prestación laboral que, en principio, se realiza por acuerdo entre las partes consignado válidamente en el contrato<sup>846</sup>.

Además, el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida por el trabajador en el contrato se limita a las órdenes o instrucciones adoptadas por el empresario «*en el ejercicio regular de sus facultades de dirección*» (art.20 del Estatuto de los Trabajadores). En este sentido, el poder de dirección del empresario no puede conllevar un trato discriminatorio, ni ser contrario a las

---

<sup>845</sup>Vid. ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1978, quinta edición, pg. 238.

<sup>846</sup>Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, «La libertad de empresa y el poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en VV.AA., SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GÓNZALEZ DÍAZ, Francisco A., *La Libertad de Empresa y el Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson, Pamplona, 2011, pg. 36.

condiciones reguladas por la ley, la negociación colectiva o el contrato de trabajo (art. 17 y 4 ET).

Por otra parte, el ejercicio de este poder debe realizarse con respeto a los derechos individuales –o inespecíficos- de los trabajadores, a los derechos colectivos (especialmente, la autonomía colectiva y los derechos de participación), y, en todo caso debe ejercitarse bajo las exigencias de la buena fe (art.20 ET).

Como se sabe, el centro de trabajo constituye un espacio en el que los derechos fundamentales despliegan su virtualidad, aunque su ejercicio se puede ver matizado en atención a los legítimos intereses empresariales. En efecto, el empresario puede dictar órdenes que supongan una limitación de los derechos individuales de los trabajadores (*v.gr.* intimidad, propia imagen, libertad de expresión, libertad religiosa o ideológica,) pero para que se considere lícita tal restricción debe adecuarse a la doctrina del «juicio de proporcionalidad» construida por el Tribunal Constitucional (SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio).

En lo que respecta a los límites impuestos por la negociación colectiva cabe destacar que si bien las manifestaciones más importantes –tanto a nivel cualitativo, como cuantitativo- son las recogidas en los convenios colectivos, con las especialidades que más adelante se verán (*vid.* Cap. VIII.3), en el ámbito de la Administración existen otros instrumentos de carácter negociado, que pueden imponer límites adicionales a su actuación unilateral<sup>847</sup>, como ocurre respecto de las OEP (*vid.* Cap. V.4)<sup>848</sup> o las RPT (*vid.* Cap. V.2).

---

<sup>847</sup>*Vid.* RAMOS MORAGUES, Francisco, *op.cit.*, pg. 265.

<sup>848</sup>*Vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, «Título V Ordenación de la Actividad Profesional. Capítulo I Planificación de Recursos Humanos» en VV.AA. MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pPg. 742 ss.

Además, como antes se anunció, el poder directivo de la Administración Pública, debido a su especial estatuto constitucional, presenta límites específicos, derivados, por un lado, de los principios constitucionales (*v.gr.* principio de igualdad, de legalidad, de mérito y capacidad, etc.) y, por otro, de las restantes exigencias legales, en especial las derivadas de las normas administrativas.

La aplicación de los principios constitucionales en este ámbito conlleva limitaciones adicionales al poder de dirección ya que la intensidad con la que actúan estos respecto de la Administración Pública es mayor que respecto de los empresarios privados. De esta manera, el principio de igualdad (art.14 de la CE) que, como antes se vio, en el ámbito privado solo exige no adoptar decisiones que impliquen una discriminación contra uno –o varios de los trabajadores– impone mayores restricciones en el ámbito público. En efecto, la Administración se encuentra vinculada positivamente a este principio, lo que conlleva la obligación de tratar igual las situaciones iguales, y desigual aquellas que así lo sean. En otras palabras, la Administración, a diferencia de lo que ocurre con los empresarios privados, no solo debe respetar en su actividad el «*principio de no discriminación*»<sup>849</sup>, sino que solo podrá actuar de manera diferenciada en aquellos casos en los que exista una causa justificada<sup>850</sup>.

Derivado del principio general de igualdad, también supone un límite al poder directivo de la Administración, los principios de igualdad en el acceso a cargos y funciones públicas (art.23.2 de la CE) y los de mérito y capacidad (art.

---

<sup>849</sup>El «*principio de no discriminación*», dentro del ámbito laboral, prohíbe la desigualdad de trato por razón de sexo, estado civil, por razón de edad dentro de los límites marcados por la ley, por razón de raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Sin embargo no obliga al empresario a una igualdad de trato en todas las situaciones, permitiendo que este establezca diferencias entre sus trabajadores, siempre y cuando estas no oculten una causa de discriminación.

<sup>850</sup>Así, algunos autores, descartan la existencia de condiciones más beneficiosas en el ámbito público debido al carácter reglado de la actuación administrativa, unido a la exigencia de dar un trato uniforme a todos los empleados públicos. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales*, nº117, 2012, pg. 42.

103.3 CE). Ya que, en este sentido se limita la libertad de la Administración de nombrar y contratar a quien se desee, imponiéndose la exigencia de objetividad<sup>851</sup>. En efecto, la aplicación de estos principios no solo veda a la Administración la capacidad de contratar libre o discrecionalmente los servicios de quien considere más conveniente sino que, adicionalmente, la obliga a hacerlo respecto de aquel ciudadano que acredite encontrarse con las cualidades objetivas requeridas para el desempeño de las tareas predichas cuando le hagan acreedor de contraer tal vínculo (STC 282/1983, de 27 de septiembre, 181/1991, de 18 de julio).

La concurrencia de estos principios halla su justificación en la necesidad de introducir elementos objetivos de valoración de los aspirantes a desarrollar una carrera dentro del empleo público (art.55 del EBEP)<sup>852</sup>. Por ello, el artículo 55 del EBEP sistematiza algunas exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido, debe de garantizarse la publicidad de las convocatorias, el principio de transparencia del proceso selectivo, el principio de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección<sup>853</sup>, así como el principio de independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección<sup>854</sup>, la adecuación entre el contenido

---

<sup>851</sup> Vid. SALA FRANCO, Tomás, «La contratación temporal de las Administraciones Públicas», *Poder judicial*, número 3, 1986, pg. 162 y SALA FRANCO, Tomás, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, Madrid, 1989, pg.26.

<sup>852</sup> Vid. PÉREZ GÓMEZ, José María, «Título IV. Adquisición y pérdida de la relación de servicio. Capítulo I. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.491-495.

<sup>853</sup> La regulación de la composición de los órganos de selección se recoge en el artículo 60 del EBEP, el cual establece una composición colegiada de los órganos, lo que excluye la posibilidad de órganos de selección de naturaleza unipersonal, rigiéndose su funcionamiento y formación de su voluntad por lo previsto en los artículos 22 y siguientes de la Ley 30/1992, esta regulación será sustituida, a partir del 2 de octubre de 2016, por los artículos 15 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Para tratar de garantizar la neutralidad en la composición del órgano se excluye expresamente de los órganos de selección al personal de elección o de designación política, a los funcionarios interinos y al personal eventual (art.60 párrafo segundo).

<sup>854</sup> A diferencia del principio de imparcialidad, que opera respecto de la composición del Tribunal, el de independencia y discrecionalidad técnica se refiere a la actuación del mismo, y tiene dos vertientes diferenciadas. Por un lado, la necesidad de que el órgano de selección sea ajeno a cualquier tipo de injerencia personal o institucional que impida la aplicación de los

de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar<sup>855</sup>, la agilidad y la objetividad.

Por otro lado, la Administración se encuentra sometida a la denominada doctrina de la «*vinculación positiva al principio de legalidad*» (art.9.3 y 103 CE), lo que conlleva que el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción de la Administración, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa previa<sup>856</sup>. En otras palabras, la Administración no solo tiene vedadas aquellas conductas que expresamente están prohibidas, sino que solo puede actuar en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico la habilite de manera expresa.

La aplicación de estos preceptos han llevado a los tribunales a entender que la Administración cuando actúa como empleadora «*no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con pleno sometimiento a la ley y al Derecho con interdicción expresa de la arbitrariedad*» (SSTC 161/1991, de 18 de julio; 2/1998, de 12 de enero; 34/2004, de 8 de marzo; STSJ de la Comunidad Valencia nº 3036/2010, de 9 de noviembre).

Además, el poder directivo de la Administración está sometido a determinados cánones organizativos, impuestos por la Ley. La normativa administrativa (Ley 30/1992, LOFAGE, EBEP), establece directrices que determinan la organización, las estructuras profesionales, la planificación y el procedimiento de provisión de puestos de las Administraciones Públicas.

---

principios de mérito y capacidad, contando para ello con independencia funcional. Por otro lado el principio de discrecionalidad técnica de los órganos de selección, entendido como «*un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico que solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración*» (STC 97/1993, de 22 de marzo), *vid.* PÉREZ GÓMEZ, José María, *op.cit.*, pg.493-494.

<sup>855</sup> Este principio se encuentra marcado por una orientación utilitarista, en aras a una mayor eficacia en los procesos de selección. Debe ponerse en relación con el artículo 61.2 del EBEP, que establece que «*los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas*».

<sup>856</sup> *Vid.* GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimotercera edición, Aranzadi, Navarra, 2006, pg.444-446.

Mientras que al empleador privado se le reconocen amplias facultades para dirigir y organizar el trabajo, a fin de que pueda adaptarse a las vicisitudes que se le presenten, a las Administraciones Públicas se les impone un modelo legal de organización.

Este carácter preponderantemente reglado de la potestad directiva de la Administración Pública es la diferencia fundamental respecto del poder de dirección y organización del que disponen los empresarios privados, ya que estos últimos tienen reconocidas amplias facultades de actuación discrecional. Sin embargo, esta realidad no conlleva que se niegue de manera absoluta el carácter discrecional del poder directivo de la Administración, aunque prime su carácter reglado<sup>857</sup>, pero sí implica exigencias adicionales en su ejercicio, recogidas mayoritariamente en leyes de carácter administrativo.

En este sentido, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige la publicidad y el carácter escrito de todas las decisiones de la Administración, entre las que deben incluirse aquellas que deriven de su poder directivo (art.52.1 y 55)<sup>858</sup>.

Además, el artículo 54 de la Ley 30/1992 exige que para considerar lícitas ciertas actuaciones de la Administración estas deben de ser motivadas<sup>859</sup>. Si bien en ninguno de los apartados relacionados en el citado artículo se alude a la potestad directiva u organizativa de la Administración respecto de sus recursos de personal, un análisis casuístico del artículo evidencia que, en su

---

<sup>857</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.300

<sup>858</sup>El artículo 52.1 de la Ley 30/92 establece que «para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario que corresponda». Por su parte, el artículo 55 establece que «los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia».

<sup>859</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *op.cit.*, pg.300 y ss.

ámbito de aplicación, se subsumen actividades propias del poder de dirección de la Administración<sup>860</sup>.

Llama la atención que la motivación de los actos no sea exigible en todos los casos, sino solo en los supuestos previstos en el artículo 54 de la Ley 30/1992. Para algunos autores, el artículo 54 de la Ley 30/1992 resulta insuficiente, en la medida en que consideran que para ser acorde con los principios constitucionales de seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, sería necesario que todos los actos administrativos estuvieran motivados, ya que en ningún caso es permisible que la Administración pueda dictar actos irreflexivos, al azar. De esta manera, no resulta fácil entender que la motivación no sea un requisito esencial, salvo en el caso de los actos favorables cuya motivación fuera coincidente con los fundamentos alegados por la parte interesada, pues las actuaciones de la Administración, por principio, deben siempre ser resultado de la reflexión acorde al ordenamiento jurídico y a los fines perseguidos por la Administraciones<sup>861</sup>.

La Ley 30/1992 determina que deberán ser motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho, los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales [art. 54.1 f)], así como los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos [art.54.1 a)]. Además, también deberán ser motivados aquellos actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte

---

<sup>860</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 la referencia debe entenderse hecha al artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

<sup>861</sup>Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, COLEX, Madrid, 2011,pg. 430-431.

(art. 54.2 de la Ley 30/1992<sup>862</sup>)<sup>863</sup>.

En lo que se refiere a las decisiones discrecionales [art. 54.1 f)] cuando una Administración ejerce una potestad discrecional no tiene solo una opción, sino varias, y, en principio, todas ellas son justas, razonables, legales y conformes a la satisfacción del interés general<sup>864</sup>. Por tanto, la motivación de las decisiones discrecionales hay que entenderla como una justificación, como una demostración de que no son fruto de la mera voluntad, o el simple capricho de quien las adopta aprovechando el espacio, mayor o menor, que la ley deja libre, sino que son el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por tanto, externamente verificables<sup>865</sup>.

La exigencia de motivación se explica por la necesidad de conocer los motivos por los cuales el órgano administrativo se ha decantado por una u otra alternativa, permitiendo así fiscalizar su adecuación al ordenamiento jurídico<sup>866</sup>. En efecto, el Tribunal Constitucional entendió que la motivación es esencial para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión y para permitir su control, pero no es necesario que sea exhaustiva mientras permita esas dos finalidades (STC 150/1988, de 15 de julio). Además, requerir la motivación de un acto administrativo discrecional es también garantía de la interdicción de la

---

<sup>862</sup> A partir del 2 de octubre de 2016 la referencia debe entenderse hecha al artículo 35.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

<sup>863</sup>Vid. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1999, pg. 273.

<sup>864</sup>Vid. ARRIBAS LÓPEZ, Joaquín Eugenio, «La motivación de los actos administrativos de nombramiento de los funcionarios para puestos de trabajo de libre designación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, nº2, 2011, pg.151-174.

<sup>865</sup>Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *Revista de Administración Pública*, nº187, enero-abril, 2012, pg.146-147.

<sup>866</sup>Vid. ARRIBAS LÓPEZ, Joaquín Eugenio, «La motivación de los actos administrativos de nombramiento de los funcionarios para puestos de trabajo de libre designación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, nº2, 2011, pg.151-174.

arbitrariedad del poder público, ya que la Administración ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales (STC 163/2002, de 16 de septiembre).

No se debe confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, ya que los actos arbitrarios de los poderes públicos están prohibidos por la Constitución (art.9.3), como también lo está el ejercicio abusivo de un poder discrecional legalmente previsto<sup>867</sup>, en la medida en que son meras manifestaciones de la conocida «*sit pro ratione voluntas*»<sup>868</sup>, expresión latina que refleja que el fundamento último de un acto es el mero capricho de la autoridad que lo dicta (STS de 10 de marzo de 1969). Por tanto, la discrecionalidad es legítima, mientras que la arbitrariedad está constitucionalmente prohibida.

La motivación de los actos se erige como una garantía de primer orden, puesto que a través de ella se puede comprobar que la solución dada a cada supuesto por parte de la Administración es la consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad. La jurisprudencia ha entendido que el instituto de la motivación es un elemento nuclear del Estado de Derecho, en la medida en que cumple dos finalidades esenciales. Por un lado, exteriorizar por qué se ha realizado una determinada interpretación de las normas, de tal manera que a los destinatarios del acto le es permitido conocer y comprender su contenido, y por otro, hace posible comprobar que la decisión adoptada no es arbitraria, caprichosa o irrazonable (STSJ de la Comunidad Valenciana nº 884/2003, de 15 de mayo).

Todo el proceso de formación de la voluntad pública debe estar presidido por la declaración normativa del artículo 9.3 de la Constitución<sup>869</sup>. La

---

<sup>867</sup>*Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *Revista de Administración Pública*, nº187, enero-abril, 2012, pg.146-147.

<sup>868</sup>En concreto, la expresión latina es «*Hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*», que significa «*Lo quiero, así lo mando, baste mi voluntad como razón*».

<sup>869</sup>*Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pg. 192.

interdicción de la arbitrariedad es una idea matriz del ordenamiento, la cual ejerce un auténtico control de fondo, que se contrapone sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas<sup>870</sup>.

Hay autores que defienden que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrada en la Constitución (art.9.3), y reforzada por la exigencia de motivación de los actos administrativos, se puede considerar como la cláusula de cierre del Estado de Derecho. En efecto, la prohibición de la arbitrariedad prevista en nuestra norma constitucional condena la falta de un fundamento objetivo, es decir, la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, sea ejercido por la sola voluntad del agente o por su capricho<sup>871</sup>.

En este punto es necesario determinar los requisitos que deben concurrir para que se entienda cumplida la obligación de motivación por parte de la Administración. La doctrina, tanto científica<sup>872</sup>, como la judicial<sup>873</sup>, ha entendido, a este respecto, que motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de Derecho que autoriza tal decisión. En otras palabras, la motivación de los actos administrativos no es más que la exteriorización o expresión de las razones que han llevado a la Administración a adoptar una determinada resolución. Por tanto, no puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad, sino que esta ha de ser la conclusión de la argumentación justificativa de la decisión, para que el interesado y los órganos judiciales puedan conocer el fundamento, la «*ratio decidendi*» de las

---

<sup>870</sup>Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, nº30, 1959, pg. 160.

<sup>871</sup>Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *Revista de Administración Pública*, nº124, 1991, pg.225.

<sup>872</sup>Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I y II*, decimotercera edición, Aranzadi, Navarra, 2006,pg 568-569.

<sup>873</sup>STS (Sala 4) de 15 de febrero de 1973.

resoluciones<sup>874</sup>.

Por ello, la motivación obliga, en primer lugar, a fijar los hechos de cuya consideración se parte, y, además, a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica. En segundo lugar, es necesario que la Administración razone por qué la norma jurídica aplicada es la idónea para la resolución del supuesto concreto. La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto, por lo que no puede considerarse como un simple requisito formal, sino que su exigencia es un requisito de fondo. Por tanto, la motivación no se cumple con una mera fórmula convencional, sino que es necesario que sea suficiente y que dé razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.

Además, el artículo 54.1 a) de la Ley 30/1992 obliga a motivar todos aquellos actos que «*limiten derechos subjetivos o intereses legítimos*». Esta previsión tiene una especial concreción en el ámbito del empleo público, ya que en ella se puede encuadrar la denegación de vacaciones, permisos, o licencias reconocidos legal o convencionalmente. En este contexto, adquiere una especial relevancia las denominadas «*necesidades de servicio*», ya que la Administración tradicionalmente había entendido que su alegación era suficiente para denegar ciertos derechos subjetivos, como los anteriormente citados, sin necesidad de justificaciones adicionales.

La jurisprudencia es unánime al entender que la causa de «*necesidades del servicio*», por si sola, resulta insuficiente, ya que la negativa a disfrutar de una facultad estatutaria es un acto de gravamen que restringe la esfera jurídica del administrado, lo que requiere una motivación expresa a cada caso, conforme a lo previsto en el artículo 54.1 a) de la Ley 30/1992<sup>875</sup>. De esta manera, algunos tribunales ha anulado resoluciones municipales en las que, alegando exclusivamente «*razones de servicio*», se fijaban fechas forzosas para las

---

<sup>874</sup>Vid. GALLARDO CASTILLO, María José, «A vueltas con la motivación de los actos administrativos», *Actualidad Administrativa*, nº2, 2010, pg.138-139.

<sup>875</sup>Vid. BENÍTEZ OSTOS, Antonio, «La necesidad de motivar suficientemente la denegación de un permiso», *Actualidad Administrativa*, nº3, 2014, pg.286.

vacaciones, distinta a la prevista reglamentariamente, así como para el disfrute de días de libre disposición<sup>876</sup>.

A mayor abundamiento, los tribunales han entendido que las «*necesidades de servicio*» son un concepto jurídico indeterminado (SAN de 12 de noviembre de 2008<sup>877</sup>), lo que exige, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, que se dote en cada caso de un contenido determinado «*mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enviado genérico: no se puede decir que hay urgencia sin explicar en qué consiste esa urgencia y si se alude a la necesidad es preciso también explicar lo que se entiende por ella*» (STC 180/1996, de 12 de noviembre)<sup>878</sup>.

Las necesidades de servicio constituyen «*un concepto jurídico indeterminado que otorga a la Administración un margen de apreciación, en orden a concretar las circunstancias que entiende que concurren en el caso para el ejercicio de esa facultad, debiendo aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifica*» (SAN de 12 de noviembre de 2008)<sup>879</sup>.

La negativa a reconocer cualquier derecho subjetivo por causa de necesidades del servicio deberá contener una cumplida justificación, sintetizando cuáles son esas circunstancias que concurren en el supuesto. Así, si se alega que se carece de personal para mantener el servicio, habrá de justificar qué tipo de servicio debe prestarse, cuántas personas se necesitan, por qué es

---

<sup>876</sup> Sentencia nº 326/2011, de 5 de septiembre, de Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Granada.

<sup>877</sup> Rec. 96/2008.

<sup>878</sup> Vid. CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María, «Denegación a un funcionario del derecho a las vacaciones por razones de servicio», *Actualidad Administrativa*, Nº1, 2012, pg.50-53.

<sup>879</sup> Vid. BENÍTEZ OSTOS, Antonio, «La necesidad de motivar suficientemente la denegación de un permiso», *Actualidad Administrativa*, nº3, 2014, pg.284-285.

necesaria la concurrencia del afectado, etc.

A efecto de consolidar el anterior criterio, basta citar la STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, nº 1021/1998, de 23 de septiembre, que reitera que «*las necesidades de servicio*» son un concepto jurídico indeterminado, que no debe confundirse con los poderes discrecionales, ya que estos se caracterizan por presentar una pluralidad de soluciones justas, entre las que la Administración puede escoger libremente según su propia iniciativa, ya que la norma no comprende una solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado es configurado por la Ley como un supuesto preciso, de tal forma que solamente se da una solución justa en la aplicación del concepto a las circunstancias de hecho<sup>880</sup>.

La restricción de derechos subjetivos fundamentada en las «*necesidades de servicio*» solo sería lícita si aquellas son objetivas y existen necesidades organizativas reales. A este respecto, es necesario insistir que al no tratarse de un poder discrecional, sino un concepto jurídico indeterminado, la Administración no puede decidir si las aplica o no, ya que estas existen o no existen, y la motivación exigida al respecto está orientada a probar que en ese caso si que concurrían esas necesidades alegadas<sup>881</sup>.

Por último, el artículo 54.2 establece la obligación de motivar aquellos «*actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva*» de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus

---

<sup>880</sup>Respecto a la distinción entre «*conceptos jurídicos indeterminados*» y «*poderes discrecionales*» vid. BOCANEGRA SIERRA, Raúl y HUERGO LORA, Alejandro, «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 111, 2001, pg. 405-428. Los autores ponen de manifiesto los peligros de confundir una y otra categoría, ya que si se usa de manera extensiva el concepto jurídico indeterminado se podría evitar la obligación de motivar que, sin embargo, es siempre exigible a los poderes discrecionales ex art. 54.1 f) de la Ley 30/1992. A partir del 2 de octubre de 2016 la citada referencia deberá entenderse hecha al artículo 35 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones. En concreto, la motivación de los actos administrativos se regulará en el artículo 35 de la nueva ley.

<sup>881</sup>Vid. BENÍTEZ OSTOS, Antonio, «La necesidad de motivar suficientemente la denegación de un permiso», *Actualidad Administrativa*, nº3, 2014, pg.285-289.

convocatorias. En este sentido, hay que advertir es que los tribunales calificadoros cuentan con una amplia potestad discrecional para discernir sobre la resolución de los procedimientos selectivos, que se ha denominado «discrecionalidad técnica».

El reconocimiento de esta potestad como una cualidad inherente a todos los tribunales calificadoros llevó a la doctrina a entender, en un estadio inicial<sup>882</sup>, que esa actividad estaba libre de control jurisdiccional<sup>883</sup>. Sin embargo, una temprana sentencia del Tribunal Constitucional (STC 215/1991, 14 de noviembre) ya advirtió que en las decisiones de los tribunales calificadoros había dos partes diferenciadas. Por un lado, un núcleo material que contiene la decisión técnica, reservado en exclusiva a los órganos juzgadores y vedado a los órganos jurisdiccionales, y, por otro lado, «aledaños», constituidos por la verificación de que se ha respetado la igualdad de condiciones de los candidatos y los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de plazas, así como las reglas procedimentales que rigen la selección<sup>884</sup>.

El instituto de la motivación en este supuesto está estrechamente vinculado con los límites de la discrecionalidad técnica. En efecto, la jurisprudencia reconoce que los órganos calificadoros gozan de «discrecionalidad técnica» en el desarrollo de sus tareas de valoración y, en principio, se presume que el ejercicio de la discrecionalidad se ha realizado de forma adecuada. Sin embargo, es posible la desviación del ordenamiento jurídico por parte de estos tribunales en diversos supuestos, como pueden ser la

---

<sup>882</sup>Vid. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, «La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concurso», *Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 30, 1981, pg. 563-576.

<sup>883</sup>Para un análisis de las discrepancias doctrinales que se suscitaron inicialmente sobre este tema, y las críticas a la postura tradicional sobre la soberanía de los tribunales de concurso y oposición, vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis, «El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la Administración», *Documentación Administrativa*, nº 220, 1989, pg. 135-178.

<sup>884</sup>Vid. LÁZARO ALBA, Eduardo y GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, «A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, pg.522.

inobservancia de los elementos reglados, la existencia de error ostensible o manifiesto, de dolo o coacción, la infracción de las normas reglamentarias o de las propias bases de la convocatoria, el abuso de derecho, la desviación de poder, la inobservancia de la interdicción de la arbitrariedad y del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos, la manifiesta arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, como síntesis, el evidente desconocimiento de los principios de mérito y capacidad<sup>885</sup>.

La exigencia de motivación debe garantizar que la decisión administrativa no ha traspasado esos límites impuestos a la discrecionalidad técnica, y dicha exigencia no se entenderá satisfecha con la emisión de calificaciones abstractas y globales, sin que se detalle el juicio valorativo que merece cada uno de los méritos, ni el criterio seguido para realizar la estimación final. En otras palabras, para que la motivación se considere adecuada se exigirá que en el expediente figure una explicación, por parte del Tribunal de Calificación, de cuales fueron los pasos seguidos y las razones ponderadas para llegar a las cifras finales en que hayan sido cuantificadas las valoraciones atribuidas a los méritos de cada concursante.

Por tanto, es necesario que la Administración exprese suficientemente cuáles son las concretas razones de mérito y capacidad que determinan la elección de los aspirantes que resulten finalmente propuestos o nombrados en dichos procedimientos (STS 19 de noviembre de 2008<sup>886</sup>). Solo de esta manera podrá comprobarse si el juicio de valoración que fue realizado, dentro de su margen de apreciación que permitía la convocatoria, estuvo guiado por razones dirigidas a buscar las capacidades, conocimientos y experiencias que mejor se adaptaban al puesto convocado; y si, paralelamente, puede descartarse la existencia de una decisión puramente voluntarista o arbitraria, prohibida por el

---

<sup>885</sup>Vid. LÁZARO ALBA, Eduardo y GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, «A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, pg.528-529.

<sup>886</sup>Rec. 4049/2004.

artículo 9.3 de la CE<sup>887</sup> (STS de 22 de enero de 2008<sup>888</sup>).

Por último, y con carácter general y común a todos los supuestos previstos en el artículo 54 de la Ley 30/1992, cabe destacar que en caso de que no se observen los requisitos de motivación exigidos, se puede proceder a la anulación del acto cuando la falta de motivación haya causado indefensión, según lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 (STSJ País Vasco nº 55/1998, de 28 de enero)<sup>889</sup>. Así pues, la doctrina ha entendido que la falta de motivación produce siempre indefensión, en la medida en que si no existe motivación, la eventual impugnación del acto por parte del administrado se hará sin conocer sus fundamentos. Es decir, si no existe motivación se tendrá que argumentar contra motivos hipotéticos, en la suposición de que la Administración se ha querido apoyar en ellos al dictar el acto denegatorio.

Además, en el caso de los actos discrecionales, es obvio que la falta de motivación hace imposible el control judicial de su contenido, pues dada la naturaleza discrecional de los juicios en que se apoya el acto, lo único que puede hacer el Tribunal es revisar su coherencia y racionalidad, lo que requiere que estén expresados<sup>890</sup>.

---

<sup>887</sup>Vid. GALLARDO CASTILLO, María José, «A vueltas con la motivación de los actos administrativos», *Actualidad Administrativa*, nº2, 2010, pg.148.

<sup>888</sup>Rec. 259/2004.

<sup>889</sup>A partir del 2 de octubre de 2016 la referencia debe entenderse hecha al artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

<sup>890</sup>Vid. HUERGO LORA, Alejandro, «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *Revista de Administraciones Públicas*, nº 145, 1998, pg.91.

## CAPÍTULO VIII

### LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO DE RÉGIMEN LABORAL

**1. Caracterización general de la negociación colectiva en el empleo público. -2. El marco legal de la negociación colectiva en el empleo público laboral -3. Unidades de negociación y legitimación para negociar. -4. Procedimiento de negociación y vigencia del convenio. -5. Materias negociables y contenido de los convenios. -6. Fuerza vinculante del convenio y limitaciones de orden público o interés general.**

#### **1. Caracterización general de la negociación colectiva en el empleo público**

La Constitución española de 1978 otorgó a la negociación colectiva la consideración de derecho constitucional. El artículo 37 de la CE establece que *«la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos»*. El reconocimiento constitucional de este derecho, así como la consagración de la libertad sindical en el artículo 28.1 de la CE, instauró en nuestro ordenamiento jurídico-político un nuevo sistema de relaciones laborales<sup>891</sup>.

De esta manera, el sistema constitucional de relaciones laborales se asienta sobre una concepción dialéctica, a través del reconocimiento de la existencia de sujetos colectivos portadores de intereses diferenciados y contrapuestos. Del mismo modo supone el reconocimiento de la autonomía colectiva como poder autónomo que comparten los sujetos privados, y que les otorga la capacidad de autorregular esos intereses contrapuestos<sup>892</sup>, lo que lleva

---

<sup>891</sup>Vid. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pg. 79.

<sup>892</sup>Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, 1991, pg. 15-19.

aparejado el reconocimiento a los sindicatos y asociaciones empresariales de los derechos de conflicto.

La negociación colectiva se instaura como una de las grandes instituciones de la democracia moderna y se inserta de lleno en la evolución del concepto de ciudadanía social y política. De esta manera, se refuerza el sistema democrático al promocionarse el reconocimiento de una identidad colectiva<sup>893</sup>.

Sin embargo, la literalidad del precepto, en concreto, la alusión a una negociación colectiva «*laboral*» y la referencia a los sujetos negociadores – «*representantes de los trabajadores*» y «*empresarios*»- suscitó inicialmente un debate doctrinal sobre la titularidad del derecho, y una eventual exclusión de del personal funcionario.

Cabe señalar que esta problemática se planteó únicamente respecto del personal funcionario, y no de los empleados públicos con contrato laboral, ya que en ningún caso se cuestionó el carácter constitucional del derecho a la negociación colectiva del personal laboral que prestara servicios en el ámbito de las Administraciones Públicas. En este sentido, su derecho a la negociación colectiva, al igual que el del resto de trabajadores asalariados, no deriva de la Ley, sino del propio artículo 37.1 de la Constitución Española. Por tanto, no es un derecho de naturaleza legal, sino directamente ejercitable, sin necesidad de más apoyo normativo que el propio texto constitucional (SSTC 58/1985, de 30 de abril y 92/1992, de 11 de junio<sup>894</sup>).

A pesar de que el fundamento constitucional del derecho sea igual que para el colectivo de trabajadores del sector privado, la participación de la

---

<sup>893</sup>Vid. MONEREO PÉREZ, José Luis, «Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba», *Temas Laborales*, núm.120/2013, pg. 441 y GARCÍA BLASCO, Juan, «La jurisprudencia constitucional relativa a la negociación colectiva», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N°76, 2004, pg. 74.

<sup>894</sup>Vid. GARCÍA BLASCO, Juan, «La jurisprudencia constitucional relativa a la negociación colectiva», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N°76, 2004, pg.76.

Administración Pública en la negociación colectiva obliga, como se verá, a modular la aplicación de determinados aspectos de la misma.

Volviendo a la problemática de la titularidad del derecho respecto de los funcionarios públicos, la doctrina ha defendido dos tesis contrapuestas sobre cómo debe ser interpretado el artículo 37 de la Constitución, ya que hay autores que entienden que la Constitución ni reconoce ni impide este derecho a ningún colectivo de trabajadores, sino que remite a la ley la regulación íntegra de esta materia, incluida su titularidad<sup>895</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha defendido que la titularidad del Derecho a la negociación colectiva se configura en la propia norma fundamental.

No obstante, de este postulado inicial se desprenden dos interpretaciones divergentes. Por un lado, un sector doctrinal minoritario entendió que el artículo 37 de la Constitución es aplicable a los funcionarios públicos, y que, por tanto, su derecho a la negociación colectiva es de origen constitucional<sup>896</sup>. Sin embargo, el sector mayoritario, refrendado por abundante jurisprudencia constitucional, defiende que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios no deriva de un reconocimiento constitucional, sino que se integra como una de las facultades de la libertad sindical<sup>897</sup>, desplazando su fundamento constitucional del artículo 37.1 al 28.1 de la Constitución Española<sup>898</sup>.

---

<sup>895</sup>Vid. ARENILLA SÁEZ, Manuel, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley, Madrid, 1993, pg. 87; BLASCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, pg. 509 y ss.; DEL REY GUANTER, Salvador, *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986, pg. 110-115.

<sup>896</sup>Vid. MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio, «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.39, 1989, pg. 445 y ss.

<sup>897</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 26.

<sup>898</sup>Vid. APARICIO TOVAR, Joaquín, «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en VV.AA., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, pg. 307 y ss; con VALDÉS DAL RE, Fernando, «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 86, 1997, pg. 844.

En este sentido, la exclusión de los funcionarios del ámbito de aplicación del derecho a la negociación colectiva se ha construido principalmente sobre dos fundamentos jurídicos, basados en la literalidad del precepto. Por un lado, se debatió el alcance del término «*laboral*» y, por otro, el de «*representantes de los trabajadores y empresarios*».

En lo que se refiere al adjetivo «*laboral*», este puede hacer referencia a los sujetos intervinientes en la negociación, entendiendo entonces que nuestro texto constitucional se refiere solo a la negociación de aquel personal vinculado por un contrato de trabajo. Pero también es posible interpretar el adjetivo «*laboral*» respecto al contenido de la negociación. En este supuesto se estaría aludiendo a un sentido amplio del término, que englobaría todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales<sup>899</sup>. La doctrina mayoritaria defiende que cuando la Constitución hace referencia al «*derecho a la negociación colectiva laboral*» se está refiriendo al ámbito objetivo<sup>900</sup>, sin prejuzgar para nada su ámbito subjetivo<sup>901</sup>.

---

<sup>899</sup>Vid. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pg.89.

<sup>900</sup>Sin embargo, hay autores que entiende que el empleo del término «*laboral*» por parte de la Constitución está haciendo referencia al ámbito subjetivo, abarcando en exclusiva la relación de trabajo por cuenta ajena sometida a la legislación laboral. Vid. DURÁN LÓPEZ, Federico, «El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales», en VV.AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pg.533 y APARICIO TOVAR, Joaquín, «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en VV.AA., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, pg.314.

<sup>901</sup>Vid. ALONSO OLEA, Manuel, «La negociación colectiva», en VV.AA., ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, III, EDERSA, Madrid, 1983, pg.673; ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pg.35; MONEREO PÉREZ, José Luis, «El Derecho a la negociación colectiva», en VV.AA., MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (coord.), MONEREO PÉREZ, José Luis (coord.) y MORENO VIDA, Nieves (coord.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pg. 630; RIVERO LAMAS, Juan y DE VAL ARNAL, Ángel Luis, «El Derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales», en VV.AA., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pg. 659; RIVERO LAMAS, Juan y DE VAL ARNAL, Ángel Luis, «El Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº68, 2007, pg. 199 y ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.25-26.

También resultó controvertido el inciso final del artículo 37 de la CE, que hace referencia al ámbito subjetivo, y que lo limita a «*los representantes de los trabajadores y empresarios*».

En lo que respecta a la parte empresarial, parece difícil encuadrar dentro del concepto genérico de empresario a la Administración Pública. En efecto, el artículo 37 está haciendo referencia a las asociaciones empresariales, cuya regulación se contiene en la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, y de la que no forma parte la Administración.

Un sector doctrinal ha entendido que las Administraciones Públicas no pueden afiliarse a las asociaciones empresariales, puesto que lo contrario podría suponer un acto de injerencia en el derecho de libertad de organización patronal del que gozan las asociaciones de empresarios. En efecto, este sector doctrinal entiende que la intervención de la Administración sería un acto de injerencia en el citado derecho en la medida en que se erigiría como el mayor grupo empresarial del país, y fácilmente podría dominar aquellas asociaciones. Esta práctica se encuentra prohibida por el artículo 3.2 del Convenio nº 87 de la OIT que establece que «*las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal*», desde el momento que, al ser el mayor grupo empresarial del país, fácilmente podría dominar aquellas asociaciones<sup>902</sup>.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con esta interpretación, ya que no existe ninguna disposición expresa que prohíba la adhesión de las Administraciones Públicas, ni en la Ley 19/1977 ni en la Ley 30/1992. Además, consideran que tal asociación no supondría un acto de injerencia de la Administración en la vida asociativa empresarial, dado que en estos casos su afiliación sería como sujeto de relaciones jurídico privadas y la

---

<sup>902</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pg.398-399.

prohibición del artículo 3.2 del Convenio nº 87 de la OIT hace referencia a su vertiente de autoridad pública<sup>903</sup>.

En lo que respecta al término «*trabajadores*», y en una interpretación sistemática con otros preceptos constitucionales –artículo 7 y 28 CE-, debe entenderse que se está haciendo referencia a un sentido amplio, en el que se engloba también a los funcionarios<sup>904</sup>.

No obstante, la doctrina mayoritaria ha entendido que la alusión a los «*representantes de los trabajadores y de los empresarios*» se refiere exclusivamente a las partes de la relación jurídico laboral, sin que puede extenderse a la relación funcionarios-Administración Pública<sup>905</sup>.

La opinión doctrinal mayoritaria fue refrendada por el Tribunal Constitucional, que negó el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. En concreto, el Alto Tribunal afirmó que «*la Constitución no reconoce a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo*» (STC 57/1982, de 27 de julio). En este sentido, el Tribunal Constitucional no solo negó el derecho a la negociación colectiva como un derecho originario, sino también su realización a través del derecho de libertad sindical.

---

<sup>903</sup> Vid. SALA FRANCO, Tomás, «Los derechos colectivos de los trabajadores de la Administración Pública», en VV.AA., MOLINER TAMBORERO, Gonzalo (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid, 2000, pg.457-458.

<sup>904</sup> Vid. RIVERO LAMAS, Juan y DE VAL ARNAL, Ángel Luis, «El Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº68, 2007, pg.197.

<sup>905</sup> Vid. ALONSO OLEA, Manuel, «La negociación colectiva», en VV.AA., ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, III, EDERSA, Madrid, 1983, pg. 680; LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Las relaciones colectivas en el empleo pública y la Constitución Española», *Revista de Derecho Público*, nº 83, 1981, pg.403; LAHERA FORTEZA, Jesús, *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000, pg.; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pg. 89-90.

La doctrina constitucional entendió inicialmente que el derecho a la negociación colectiva debía de ser autónomo y, por tanto, debía desgajarse de otros derechos conexos, como el de sindicación y huelga. En concreto, el Tribunal estableció que *«del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad aquellas consecuencias al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias»* (STC 57/1982, de 27 de julio).

En este primer estadio, nuestro Alto Tribunal denegó el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos basándose en el artículo 14 CE –*«principio de igualdad»*–, ya que de la propia Constitución se desprende que los funcionarios y los trabajadores no son colectivos análogos o equiparables que deben ser tratados con uniformidad. En efecto, la propia dicción de sus artículos 35.2 y 103.3 CE remiten a diferentes leyes la regulación de uno y otro colectivo, por un lado, del *«Estatuto de los Trabajadores»* y, por otro, al *«Estatuto de los funcionarios públicos»*. Esta divergencia en los regímenes de regulación parte de que la Carta fundamental considera una y otra relación diferentes, tanto por su contenido, como por su función y actuación y por eso independiza y diversifica su actuación legislativa, sometiéndose a regulaciones diferenciadas que no parecen irrazonables (STS 57/1982, de 27 de julio)<sup>906</sup>.

El Tribunal Constitucional negó el derecho constitucional de los funcionarios públicos a la negociación colectiva, tanto de manera autónoma, por la vía del artículo 37 de la CE, como derivado de la libertad sindical, a través del

---

<sup>906</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 117, 2012, pg. 17.

artículo 28, lo que a juicio de algunos autores representa «una quiebra de índole subjetiva» con relación a la doctrina mantenida por el mismo Tribunal sobre el contenido esencial de la libertad sindical<sup>907</sup>.

Cabe recordar que el artículo 28 de la CE establece que «*Todos tienen derecho a sindicarse libremente (...). La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas*». Si bien en el enunciado constitucional no se recoge de forma expresa como parte del derecho ni la acción sindical ni la negociación colectiva, la doctrina constitucional ha incluido en su contenido esencial ambas facultades, ya que la letra del artículo 28 no es ni exhaustiva, ni taxativa.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que «*por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del artículo 28, número 1, de la Constitución Española, a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerarse como exhaustivo o limitativo sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad*» (STC 23/1983, de 25 de marzo).

Retomando la cuestión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, la STC 57/1982, de 27 de julio afirmó, como ya se expuso antes, que el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos no comportaba necesariamente el del derecho a una negociación. En este sentido, la libertad sindical no garantiza a los sindicatos de funcionarios un trato específico por parte de los poderes públicos, sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder al legislador ordinario para

---

<sup>907</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.40.

establecer las condiciones, medios y efectos a través de los cuales los sindicatos puedan hacer efectiva la defensa y promoción de los interés de los funcionarios ante las Administraciones Públicas.

La trascendencia de este pronunciamiento se ha querido disminuir aduciendo que la decisión adoptada venía referida a un conflicto de competencias y no a un recurso de amparo en el que se hubiera afrontado directamente el fundamento constitucional de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, destacándose que dicho pronunciamiento se adoptaba en una etapa temprana de consolidación de la doctrina constitucional sobre la conexión existente entre el derecho de libertad sindical y el derecho de negociación colectiva<sup>908</sup>.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de abordar el tema directamente, al resolver un recurso de amparo por vulneración del derecho de libertad sindical en relación con el contenido del derecho a la negociación colectiva. Así, la STC 80/2000, de 27 de marzo, reitera la peculiar naturaleza del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, de la que no se deriva necesariamente un derecho a la negociación colectiva. Ahora bien, esta sentencia matiza la postura inicial contenida en la STC 57/1982, de 27 de julio, y prevé que una vez que se reconoce el derecho a los sindicatos de negociar las condiciones de trabajo en el sector público, este derecho se integraría en el contenido adicional del derecho de libertad sindical, con la configuración otorgada por el legislador.

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional excluyó la aplicación del artículo 37 de la CE a los funcionarios públicos y, por ende, la fuerza vinculante de los acuerdos que este colectivo pudiera adoptar, al menos en términos análogos o equiparables a los reconocidos a los trabajadores y empresarios por el artículo 37.1 de la Constitución Española (SSTC 224/2000,

---

<sup>908</sup>*Vid.* MAURI MAJÓS, Joan, «Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos», *Presupuesto y Gasto Público*, nº 41, 2005, pg. 175-178.

de 2 de octubre y 85/2001, de 26 de marzo<sup>909</sup>)<sup>910</sup>. Por tanto, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva por parte de los funcionarios públicos debe ajustarse a las previsiones legales<sup>911</sup>.

A pesar de que estas sentencias reconocen una amplia habilitación al legislador para condicionarlo, se precisa que una vez este derecho ha sido reconocido y consolidado tiene un contenido mínimo que el legislador debe respetarse en todo caso<sup>912</sup>. Estas consideraciones llevan a algunos autores a afirmar que los titulares de este derecho –tanto funcionarios como la propia Administración-, no son libres para ejercerlo de modo incondicionado, pues la ley no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de la Administración concernidas<sup>913</sup>.

Cabe afirmar que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios se configura como un derecho con anclaje constitucional, a través de la libertad sindical<sup>914</sup>, pero susceptible de una intensa configuración por el legislador ordinario, que puede determinar la representatividad exigida a las organizaciones sindicales para participar en la negociación<sup>915</sup>, las instancias de

---

<sup>909</sup>La STC 85/2001, de 26 de marzo, fijó ciertos límites a la negociación de los funcionarios públicos. En concreto, esta sentencia advertía la capacidad del legislador para configurar intensamente el sistema de negociación colectiva, estableciendo directamente los órganos negociales, los ámbitos materiales de la negociación, las líneas generales del procedimiento negocial y los efectos personales y jurídicos de los acuerdos colectivos. En este marco se estableció el derecho del sindicato a exigir la negociación colectiva en los términos y las condiciones establecidas por el legislador, pero se cerró toda posibilidad de disponer de un proceso de negociación al margen de los procedimientos establecidos por la ley.

<sup>910</sup>Vid. RIVERO LAMAS, Juan y DE VAL ARNAL, Ángel Luis, «El Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº68, 2007, pg.199.

<sup>911</sup>Vid. MAURI MAJÓS, Joan, *op.cit.*, pg. 175-178; Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg.163.

<sup>912</sup>Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg.163.

<sup>913</sup>Vid. RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg. 432.

<sup>914</sup>Vid. GARCÍA BLASCO, Juan, «La negociación colectiva en las administraciones públicas», en VV.AA., *Serie Claves del Gobierno Local*, 2, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Zaragoza, 2003, pg. 212.

<sup>915</sup>En este contexto deben de tenerse en cuenta las SSTC 224/2000, de 2 de octubre y la SSTC 85/2001, de 26 de marzo y 89/2003, de 19 de mayo, que atribuyeron el derecho de negociación colectiva a las mesas de negociación. Esta atribución imposibilitaba reconocer al

negociación, sus ámbitos materiales, sus procedimientos y sus efectos sobre el estatuto de los funcionarios públicos (SSTC 80/2000, de 27 de marzo y 85/2001, de 26 de marzo).

Una de las diferencias fundamentales que derivan de este diferente régimen jurídico de la negociación colectiva de los funcionarios respecto de la negociación laboral, tanto en referencia a la del sector privado como a la del personal laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, es su naturaleza y eficacia. En efecto, también en el ámbito del sector público los convenios colectivos del personal laboral, de un modo análogo a lo que ocurre con los de los trabajadores del sector privado, cuentan con las notas de fuerza vinculante (art.37 de la CE) y eficacia normativa (art. 82.3 del ET).

Sin embargo, la naturaleza jurídica de los acuerdos de condiciones de trabajo de funcionarios públicos sería la de una disposición general, elaborada a través de un procedimiento especial de carácter convencional<sup>916</sup>. De esta manera, el acto concertado por la mesa de negociación sería una propuesta o medida preparatoria de una disposición de carácter general cuyo único destinatario sería el órgano de gobierno<sup>917</sup> del correspondiente ámbito<sup>918</sup>.

---

sindicato una legitimación propia para reclamar sus derecho a negociar con la Administración. Esta desconexión entre el sindicato y el derecho a la negociación colectiva obstaculizaba la relación entre el derecho a la negociación colectiva y el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, impidiendo al sindicato accionar a través del recurso de amparo y de los sistemas jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales en defensa de su capacidad de acción colectiva. Sin embargo esta jurisprudencia pronto varió y la STC 224/2000, de 2 de octubre, asevera categóricamente el derecho de los sindicatos más representativos a participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a través de los procedimientos de consulta o negociación y la comprensión de este derecho en el artículo 28.1 de la CE. Más concretamente, las SSTC 84/2001, de 26 de marzo y 89/2003, de 19 de mayo, subrayan la improcedencia de atribuir a la mesa de negociación la legitimación para negociar, por considerarla un órgano no personificado, integrado por la representación de la administración pública y de los sindicatos.

<sup>916</sup>SSTS de 8 de julio de 1996 (rec. 697/1994), de 26 de mayo de 1997 (rec. 8063/1995), de 10 de noviembre de 1997 (rec. 290/1994), de 14 de abril de 2000 (rec535/1996).

<sup>917</sup>La STSJ de Cataluña de 9 de abril de 1992 establece que el acto convenido entre el alcalde y los sindicatos es un acto preparatorio del acto de aprobación que corresponde al pleno corporativo. Asimismo, la STSJ de la Rioja nº 107/1993, de 2 de junio, clasificó un acuerdo como los ahora analizados como proyecto o propuesta. En cualquier caso, el mencionado acto convenido tiene los efectos jurídicos propios de un acto de trámite que decide o determina el

En efecto, el legislador ha ido introduciendo, paulatinamente, el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en nuestro ordenamiento jurídico, pero sin que en ninguna de norma se equiparara a la negociación colectiva laboral. En un primer momento, el artículo 3.2 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, LMRFP, estableció la competencia del Gobierno para determinar *«las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación con la representación sindical de los funcionarios públicos de sus condiciones de empleo, así como dar validez y eficacia a los acuerdos alcanzados mediante su aprobación expresa y formal, estableciendo las condiciones de empleo para los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación»* [art.3.2 b)].

A pesar de que se trataba de un precepto de atribución competencial<sup>919</sup>, lo cierto es que indirectamente estaba reconociendo el derecho de los funcionarios de la AGE a negociar sus condiciones de empleo, aunque su virtualidad era limitada, ya que los acuerdos suscritos carecían de eficacia normativa, en tanto que para alcanzar validez y eficacia se requería la aprobación expresa y formal por parte del Gobierno<sup>920</sup>.

La aprobación de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, supuso el reconocimiento normativo de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Sin embargo, materialmente no supuso un avance significativo en su regulación, ya que LOLS remitía la concreción del régimen de negociación a las normas específicas de cada colectivo. Así, el artículo 2.2 d) establece que las organizaciones sindicales –también las funcionariales- tienen

---

fondo del asunto lo que le convierte en susceptible de impugnación separada. Vid. La STSJ del Principado de Asturias nº 5/2001, de 12 de febrero.

<sup>918</sup>Vid. MAURI MAJÓS, Joan, «Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos», *Presupuesto y Gasto Público*, nº 41, 2005, pg.186-187.

<sup>919</sup>Vid. BLASCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 52, 1986, pg.523; MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio, «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº39, 1989, pg.462.

<sup>920</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.61-62.

derecho «a la negociación colectiva (...) en los términos previsto en las normas correspondientes». A su vez, el artículo 6.3. c) establece que los sindicatos más representativos gozarán de capacidad representativa a todos los niveles para «participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo de las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta y negociación».

Finalmente, fue la Ley 9/1987, de 12 de junio –LORAP- la que reguló el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. No obstante, el reconocimiento se hizo de manera gradual, ya que en una primera versión no se incluía el derecho de negociación «*stricto sensu*», sino que únicamente se posibilitaba o facilitaba que las Administraciones y la representación legal de los funcionarios llegaran a ciertos acuerdos. La LORAP no reconoció el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos de forma expresa hasta la modificación operada por la Ley 7/1990, de 19 de julio.

La aprobación del EBEP ha supuesto un avance en la materia, en la medida en que se reconoce de manera expresa y rotunda la negociación colectiva de todos los empleados públicos. Esta nueva regulación, y la propia consideración que el EBEP otorga a la negociación colectiva, al reconocerlo como un derecho de carácter básico, ha llevado a algún autor a plantear si tras su entrada en vigor puede seguir considerándose el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos como un derecho de mera configuración legal<sup>921</sup>.

De esta manera, se propone una relectura de este derecho, no a través del de la libertad sindical, al que tradicionalmente se había vinculado, sino utilizando todo el marco jurídico español, incluyendo los convenios internacionales. En concreto, se propone una interpretación constitucional del

---

<sup>921</sup>*Vid.* MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el Empleo Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg.102-103

derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos a través del artículo 10 de la CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales a través de los tratados internacionales suscritos por España (*vid.* Cap. II.5).

En este sentido, se aboga por una dimensión constitucional del precepto a través del Convenio nº 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en las Administraciones Públicas, así como el Convenio nº 154 de la OIT, relativo al fomento de la negociación colectiva. Si bien es verdad que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado a este respecto, y su jurisprudencia en la materia se mantiene inalterable (STC 57/1982, de 27 de julio), lo cierto es que en otros pronunciamientos ha abogado por una interpretación de los derechos fundamentales integrando las normas internacionales, lo que podría conllevar la necesidad a una revisión de su doctrina tradicional<sup>922</sup>.

Esta opinión no es unánime en la doctrina, ya que otros autores consideran que los términos utilizados por los Convenios de la OIT 151 y 154 son genéricos y ambiguos, lo que permite al Parlamento optar con libertad entre un amplio abanico de posibilidades en cuanto al régimen de participación de los funcionarios públicos en la fijación de las condiciones de trabajo<sup>923</sup>.

A pesar de estas discrepancias doctrinales, lo que sí resulta claro es que el reconocimiento de la negociación colectiva de los funcionarios públicos abre vías de convergencia entre las figuras del trabajo en régimen de contratación laboral y de función pública. Así, la posibilidad jurídica de la negociación colectiva de los empleados públicos, con independencia de la naturaleza del

---

<sup>922</sup>*Vid.* MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el Empleo Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg.102-103.

<sup>923</sup>*Vid.* CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 18.

régimen jurídico de trabajo, implica cuestionar el esquema clásico basado en la contraposición estática entre trabajo público y privado<sup>924</sup>.

Para algunos autores el reconocimiento expreso de la negociación colectiva de los funcionarios supone atentar contra la supremacía de la Administración y conllevaría, por tanto, una quiebra, al menos parcial, de la tesis estatutaria<sup>925</sup>. En este sentido, el reconocimiento de la negociación colectiva supone una «*nueva fuente*» de producción de Derecho, de naturaleza bilateral y negociada, cuyo objeto sería la regulación de condiciones de trabajo y empleo propias del régimen estatutario. De esta manera, la negociación colectiva de los funcionarios públicos se configura como un procedimiento administrativo especial por el que se producen Pactos y Acuerdos, en cuanto a instrumentos «*sui generis*» de Derecho Público, con eficacia normativa sobre el régimen estatutario de los funcionarios. Y es que, por mucha que haya sido la influencia o inspiración del Derecho Laboral, la negociación colectiva de los funcionarios ni es de naturaleza laboral, ni menos aún se sujeta a aquel Derecho<sup>926</sup>.

El reconocimiento de esta nueva fuente de Derecho supone, a juicio de algún autor, una quiebra en la tesis estatutaria, ya que, al admitir esta nueva vía de regulación de las condiciones de trabajo, se abandona la idea tradicional de que la relación de los funcionarios públicos se define únicamente por disposiciones de carácter legal y/o reglamentaria. En efecto, la concepción tradicional de la función pública entendía que los funcionarios únicamente tenían, respecto de la Administración, los derechos y deberes señalados en las leyes y reglamentos que regulan su régimen jurídico, es decir, su Estatuto. Esta concepción impedía, al menos teóricamente, la admisión de técnicas

---

<sup>924</sup>Vid. MACEDO DE BRITTO PEREIRA, Ricardo J., *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, pg.

<sup>925</sup>Vid. BLASCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 52, 1986, pg. 509-510 y 549-550.

<sup>926</sup>Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «El Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administración Pública*, nº174, septiembre-diciembre, 2007, pg. 479.

convencionales, en la medida en que la negociación supone que las condiciones de empleo y trabajo no se determinan unilateralmente, sino que se fijan de mutuo acuerdo por ambas partes.

## 2. El marco legal de la negociación colectiva en el empleo público laboral

Como se ha visto, la regulación de la negociación colectiva del personal laboral, ya sea del sector privado o público, tiene naturaleza constitucional y, tradicionalmente, se ha regido por el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Mientras que la regulación de la negociación colectiva de los funcionarios se regulaba por el Capítulo III de la LORAP<sup>927</sup>, separándose de la regulación prevista por la normativa laboral en materias tan relevantes como las partes negociadoras, las unidades de negociación, el contenido objeto de negociación, el procedimiento y la naturaleza jurídica de los pactos y acuerdos colectivos<sup>928</sup>.

La aprobación del EBEP trató de acabar con esta dualidad de regímenes, ya que, como su propia exposición de motivos reconoce, *«la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta este momento, ha tenido como consecuencia una creciente aproximación de las condiciones de empleo»* de ambos colectivos. Por ello, el EBEP apuesta por una regulación conjunta, o al menos en el mismo texto legal, de la negociación colectiva de todos los empleados públicos, si bien advierte que esta regulación se hará *«sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda»*.

El artículo 15 del EBEP, de aplicación a todo tipo de empleados públicos, recoge los denominados *«Derechos individuales ejercidos*

---

<sup>927</sup>Vid. ALASTUEY LIZÁLDEZ, Daniel, «El EBEP y la negociación colectiva», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg. 151-152.

<sup>928</sup>Para un estudio prolijo de las diferencias entre el régimen funcional y laboral de la negociación colectiva con anterioridad a la vigencia del Estatuto Básico del Empleado Público, vid. SALA FRANCO, Tomás, «Los derechos colectivos de los empleados públicos», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 293-303.

*colectivamente», entre los que se prevé el derecho «a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo, al ejercicio de la huelga (...), al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso, al de reunión (...))».*

El reconocimiento de estos derechos bajo la denominación de derechos individuales ejercidos colectivamente ha llevado a algunos autores a entender que se niega la existencia de auténticos derechos colectivos, siendo todos de titularidad individual, aunque su modo de ejercicio requiere de la concurrencia del grupo<sup>929</sup>.

Además de las previsiones iniciales fijadas en el artículo 15, el EBEP establece como principio general, en su artículo 31.1, que los *«empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo»*, y en el artículo 31.2 ofrece una definición del derecho, al establecer que consiste en *«el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública»*.

A pesar de esta declaración de intenciones el artículo 32 del EBEP prescribe que la negociación colectiva, representación y participación del personal laboral *«se regirá por la legislación laboral sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente le son de aplicación»*.

De este modo, el derecho a la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones sigue rigiéndose por el Título III del Estatuto de los Trabajadores (arts. 82 a 92), salvo en lo relativo a las Mesas Generales de Negociación de las Administraciones Públicas (art.36.3 del EBEP), y a los

---

<sup>929</sup>Vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el Empleo Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg.101.

pactos y acuerdos colectivos que contenga materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral (artículo 38.8 del EBEP)<sup>930</sup>. Así mismo, se prevé un procedimiento específico de inaplicación del convenio colectivo (artículo 32 del EBEP).

El EBEP mantiene, por tanto, la dualidad de regímenes jurídicos, desoyendo las previsiones del Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, que abogaban por el establecimiento de un régimen negocial común para ambos colectivos. El legislador ha desaprovechado nuevamente la posibilidad de llevar a cabo la regulación específica de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, obviando las dificultades que plantea la aplicación de ciertos preceptos del Estatuto de los Trabajadores que no están pensados para cuando una de las partes no es una empresa privada.

La unificación de regímenes exigiría al legislador optar por un modelo de negociación colectiva en el sector público, bien asemejándose al régimen laboral tradicional y, por tanto, ampliando necesariamente las competencias de la negociación colectiva funcionarial o, a la inversa, optando por restringir la autonomía laboral en las Administraciones Públicas, equiparándose a las tradicionales previsiones funcionariales en la materia, lo que implicaría cambios muy importantes y restrictivos en la legislación laboral<sup>931</sup>.

El establecimiento de un régimen unificado para ambos colectivos habría dado respuesta a las especialidades y disfunciones que persisten en este ámbito al aplicar la legislación laboral. En efecto, la participación de la Administración en la negociación colectiva inevitablemente genera modulaciones en el régimen general previsto en el Estatuto de los Trabajadores, derivado de su especial

---

<sup>930</sup>Por todos, *vid.* SALA FRANCO, «La nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *Actualidad Laboral*, nº20, 2007, pg. 2417.

<sup>931</sup>*Vid.* ROQUETA BUJ, Remedios, «El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral de las Administraciones Públicas», en VV.AA. *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público, Consejo General del Poder Judicial*, 2007, pg. 152.

estatuto constitucional. En este sentido, la irradiación del artículo 103 de la Constitución sobre la actividad de la Administración, obliga a que esta sirva con objetividad e imparcialidad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, descentralización, coordinación y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. De este artículo se deduce que la Administración debe respetar siempre dos límites en su actuación: por un parte su actividad debe orientarse a la defensa y protección del interés general y, por otra, debe ajustarse plenamente a las previsiones de la ley, por efecto de la vinculación positiva al principio de legalidad.

Estos dos límites también son de aplicación a la negociación colectiva, lo que impondrá restricciones adicionales a las previstas comúnmente en el ámbito privado<sup>932</sup>. La sujeción de la actividad administrativa a la ley se concreta en dos manifestaciones diferenciadas: por un lado, el principio de legalidad administrativo (art. 9.3 y 106 CE) y, por otro, el principio de legalidad presupuestaria (art.134 CE), que es una manifestación específica de aquél, y que regula la actividad de las Administraciones Públicas con contenido económico.

En este contexto, el principio de legalidad implica que la actuación de la Administración solo será lícita en aquellos supuestos en los que tal actividad esté prevista en la ley<sup>933</sup>, sometiéndose a principios de actuación reglada, objetiva y muy singularmente al principio de igualdad en la aplicación de la Ley<sup>934</sup>. Por tanto, se prohíbe a la Administración actuar sin una habilitación legal previa, considerándose ilícitas aquellas intervenciones administrativas que

---

<sup>932</sup>Vid. RODRÍGUEZ VERA, Esteban, «La negociación colectiva de los empleados públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.181-184.

<sup>933</sup>Vid. BLASCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 52, 1986, pg. 545.

<sup>934</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 21-24.

excedan el marco normativo de referencia. En este sentido, la ley condiciona y determina, de manera positiva, la acción de la Administración<sup>935</sup>.

La aplicación del principio de legalidad a la negociación colectiva conlleva que esta solo se puede desarrollar conforme a las reglas previstas en la ley, lo que imposibilita la existencia de convenios colectivos de eficacia limitada o extra-estatutarios<sup>936</sup>. La prohibición de convenios de eficacia limitada en el seno de la Administración se justifica por dos razones: en primer término, porque la aprobación de un convenio de eficacia limitada conlleva la aprobación de un pacto colectivo sin seguir el procedimiento previsto en el Estatuto de los Trabajadores, actuación que tendría vedada la Administración, ya que el desarrollo de tal negociación no está contemplado en ninguna ley, y, en segundo lugar, dicho pacto supondría un trato desigual, por razón de la afiliación sindical, que la Administración no puede llevar a cabo, ya que no solo se encuentra vinculada por el principio de no discriminación, sino también por el de igualdad de trato<sup>937</sup>.

Esta opinión no es unánime en la doctrina, y hay autores que diferencian entre colectivos –personal laboral y funcionario–, llegando a diferentes conclusiones en uno y otro caso. De esta manera, respecto del personal funcionario, entienden que no cabría una negociación colectiva «*extraestatutaria*», y que en el caso de no darse los requisitos legalmente exigidos para llegar a una regulación consensuada la Administración Pública recuperaría la facultad para establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos<sup>938</sup>.

---

<sup>935</sup>Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, decimotercera edición, Aranzadi, Navarra, 2006, pg.444-446.

<sup>936</sup> Vid. RODRÍGUEZ VERA, Esteban, «La negociación colectiva de los empleados públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.191.

<sup>937</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 25-26.

<sup>938</sup>Vid. SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, y ALTÉS TARREGA, Juan Antonio, «La negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas», *La*

Sin embargo, en lo relativo al personal laboral, estos autores consideran que a pesar de que el principio de igualdad, así como el de interdicción de la arbitrariedad, exige una igualdad de trato absoluta, esta no alcanza hasta el punto de prohibir la posibilidad de negociar un convenio colectivo «*extra estatutario*» de eficacia limitada con un determinado sindicato, ya que, a través de la institución de la adhesión posterior, individual o colectiva, de los trabajadores no afiliados al sindicato firmante, se restablecería la igualdad de trato, respetándose al mismo tiempo la libertad sindical<sup>939</sup>.

No obstante, parece que esta interpretación sería más adecuada desde una perspectiva del «*principio de no discriminación*», ya que el mecanismo de adhesión ulterior evita que se incurra en una discriminación por cuestión de afiliación, pero no garantiza una igualdad de trato entre todos los trabajadores de una misma Administración, problemática que no se plantea respecto de la negociación estatutaria al gozar esta de «*eficacia general*». En efecto, el «*principio de no discriminación*», dentro del ámbito laboral, prohíbe la desigualdad de trato por razón de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Sin embargo no obliga al empresario a una igualdad de trato en todas las situaciones, permitiendo que este establezca diferencias

En este sentido, cabe recordar que el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución prohíbe la discriminación, pero no obliga a una igualdad de trato (STC 34/1984, de 9 de marzo), y ello en base al principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, existen pronunciamientos judiciales que excluyen que la Administración posea el principio de autonomía de la voluntad (STSJ de la Comunidad Valencia nº 3036/2010, de 9 noviembre). Ello explica

---

*negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg.23 y 158.

<sup>939</sup>También la jurisprudencia ha admitido la existencia de convenios «*extraestatutarios*», así, por ejemplo, la STSJ de Madrid nº 313/2012, de 13 de abril, acepta la existencia de un acuerdo –funcionario/laboral– de eficacia limitada por haber sido negociado entre sujetos que no reúnen la representatividad necesaria.

que en el ámbito de la Administración Pública se aluda a una «*vinculación positiva*» al principio de igualdad de trato, lo que conlleva la obligación de tratar igual las situaciones iguales, y desigual aquellas que así lo sean.

En otras palabras, la Administración, a diferencia de lo que ocurre con los empresarios privados, no solo debe respetar en su actividad el «*principio de no discriminación*», sino que solo podrá actuar de manera diferenciada en aquellos casos en los que exista una causa justificada.

Además, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que los convenios extraestatutarios, como se ha dicho, al carecer de eficacia normativa, tienen simplemente naturaleza contractual. La consecuencia más importante es que la aplicación de estos a los trabajadores y empleadores individuales se produciría por la vía de la incorporación expresa o tácita de sus cláusulas a los contratos de trabajo como condiciones más beneficiosas (STS 9 de febrero de 2010<sup>940</sup>). Sin embargo, como ya se ha visto, la Administración no tiene voluntad autónoma, independiente de la ley, por lo tanto no es posible aplicar conceptos propios del Derecho Privado, como una posible declaración de voluntad, o, por extensión, la teoría del negocio jurídico<sup>941</sup>.

Por otro lado, la negociación colectiva de los empleados públicos está sometida al principio de legalidad presupuestaria, en virtud del cual en los Presupuestos Generales del Estado se «*incluirán la totalidad de gastos e ingresos del sector público estatal*» (art.134.2 CE). Como se recordará, el mandato constitucional, así como su ulterior desarrollo legal, implica la inclusión en el presupuesto de todos los gastos de las diferentes

---

<sup>940</sup> Rec. 105/2009.

<sup>941</sup> Vid. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «El concepto de acto administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº2, 2003, pg.11.

Administraciones, lo que incluye, también, todos los gastos de personal (*vid.* Cap. III.6)<sup>942</sup>.

Para el personal laboral las leyes de presupuestos sólo contendrán los incrementos globales máximos que puede experimentar la masa salarial, mientras que la cuantía específica de las retribuciones se fijará, siempre que respete los máximos legales, atendiendo al convenio colectivo que sea de aplicación y al contrato de trabajo (art. 21.1 y 2 y art. 27 del EBEP)<sup>943</sup>. Así, conforme al artículo 21 del EBEP, en la correspondiente ley de presupuestos solo se reflejará «*el incremento [total] de la masa salarial*», lo que permite que la negociación colectiva se ocupe, por un lado, de la estructura salarial y, por otro, fije las cuantías específicas de las retribuciones, siempre que respete los máximos legales<sup>944</sup>. De esta manera, el margen del que dispone la autonomía colectiva es más flexible que en el caso del personal funcionario, ya que para este colectivo será la propia ley la que determinará tanto los incrementos globales, como las cuantías de las retribuciones básicas<sup>945</sup> (artículo 21.1 del EBEP)<sup>946</sup>.

---

<sup>942</sup>*Vid.* PICÓ LORENZO, Celsa, «Las limitaciones presupuestarias como límite a la negociación colectiva», en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.238-239.

<sup>943</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.233-234.

<sup>944</sup>Téngase en cuenta que el propio EBEP remite el régimen retributivo del personal laboral al convenio colectivo que sea aplicable y al contrato de trabajo siempre que se respete lo previsto en el artículo 21 (art. 27 del EBEP).

<sup>945</sup>Las SSTC 63/1986, 96/1990, 237/1992, 171/1996, 103/1997, justifican el establecimiento de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los empleados público en el «*principio de coordinación*»(149.1.13 CE), ya que opera como límite a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art.156 CE).

<sup>946</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.269-270.

Por tanto, la negociación colectiva, al menos en materia salarial, debe ajustarse a las previsiones presupuestarias generales. Además, el principio de jerarquía normativa (art.9.3 CE) impide que los incrementos retribuidos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre el contenido de normas con rango de ley. Así lo ha establecido también la jurisprudencia constitucional al entender que «*el artículo 37.1 de la CE ni por sí mismo ni en conexión con el artículo 9.3 de la CE puede oponerse o impedir la producción de efectos de la leyes en la fecha dispuesta por las misma. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario*» (STC 210/1990, de 20 de diciembre) <sup>947</sup>.

A pesar de que la provisión de gastos afecta tanto al personal funcionario como al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el diferente régimen retributivo configurado en el EBEP para uno y otro colectivo conlleva que los límites impuestos por la virtualidad de este principio tengan diferente alcance <sup>948</sup>.

En este mismo sentido, la doctrina judicial ha entendido, de manera unánime, que la Ley de Presupuestos prima sobre cualquier acuerdo, convenio o pacto, declarándose la nulidad de aquellos que la contraviniera (SSTS de 18 de noviembre de 1999, de 18 de enero de 2000, de 5 de diciembre de 2000, de 20 de febrero de 2001, de 11 de abril de 2001, de 21 de marzo de 2002 <sup>949</sup>) <sup>950</sup>.

---

<sup>947</sup>Vid. FOLGUERA CRESPO, José Ángel, «Las bases constitucionales del derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva, en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.39.

<sup>948</sup>Sobre el régimen retributivo de los empleados públicos vid. ORTUÑO NAVALÓN, M<sup>a</sup> Carmen, MANZANA LAGUARDA, y Rafael S, *Las retribuciones de los Empleados Públicos. Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

<sup>949</sup>Rec. 9443/1995; Rec. 4982/1999; Rec. 5108/1996; Rec. 1039/2000; Rec. 4187/1995; Rec. 1074/2001.

<sup>950</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «Límites en los incrementos de las retribuciones del Sector Público: ley estatal de presupuestos, leyes autonómicas y acuerdos colectivos», en VV.AA., SALA FRANCO, Tomás (Coord.), RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. (Coord.) y BORRAJO DA CRUZ, Efrén (Coord.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución: Estudios homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley, Madrid, 2004, pg.105-124 .

Cabe recordar, a este respecto, tras la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales para el año 1984 (Ley 44/1983, de 28 de diciembre), las limitaciones sobre incrementos salariales contempladas para el personal estatal se irradian a todo el personal que preste servicio en una Administración Pública (*vid.* Cap. III.6).

Además, esta sujeción de los convenios colectivos, pactos o acuerdos a la normativa presupuestaria se produce tanto en aquellos casos en los que estos se aprueben con posterioridad a la ley, como en aquellos otros en los que se produzca una modificación legislativa. En efecto, si sobreviene un ajuste presupuestario, todos los pactos en vigor se verán afectados, debiendo adecuarse a los nuevos límites previstos, incurriendo los excesos en una causa de nulidad sobrevenida. Como se recordará esta situación se produjo en nuestro ordenamiento con la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (*vid.* Cap.VII.4).

La sujeción de la negociación colectiva del personal público al principio de economía presupuestaria podría plantear dudas de constitucionalidad por vulneración del principio de igualdad respecto de los asalariados del sector privado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha avalado la existencia de «*un régimen salarial y negocial diferente*» entre los trabajadores del sector público y del sector privado, justificación que «*radica en los evidentes rasgos diferenciadores que existen entre la Administración o una empresa pública frente a las empresas privadas, circunstancias que, en este caso, permite modular el derecho a la negociación colectiva típico de la empresa privada y someter a los trabajadores a una superior presión de los intereses públicos y de los servicios generales a que sirve la política económica*» pues «*la existencia real de ese régimen diferenciado, como consecuencia de la Ley de*

*Presupuestos, no vulnera el principio de igualdad al recaer sobre situaciones que en sí no son idénticas» (STC 96/1990, de 24 de mayo)<sup>951</sup>.*

### **3. Unidades de negociación y legitimación para negociar**

La estructura de la negociación colectiva del personal laboral, a diferencia de lo que ocurre con la del personal funcionario, no se encuentra predeterminada legalmente, ya que, como antes vio, su regulación se rige por las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores (art. 32 del EBEP).

Al aplicarse la legislación laboral, la delimitación de las unidades de negociación se rige el principio de libertad de elección establecido en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual «*Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden*». De esta manera, los sujetos negociadores disfrutan de autonomía para determinar las unidades de negociación y el sistema de articulación de las mismas. De esta forma podrán negociarse convenios colectivos de aplicación en una Administración Pública con personalidad jurídica propia (v.gr. un Ayuntamiento, una Comunidad Autónoma, la AGE, una Diputación provincial), en un centro de trabajo de las mismas (v.gr. Ministerio, una Consejería) e, incluso, cabe la existencia de convenios colectivos que sean de aplicación únicamente al personal laboral de una determinada sección o colectivo de trabajadores (v.gr. PDI laboral de una Universidad Pública)<sup>952</sup>.

No obstante, la condición pública del sujeto empresario hace que tanto la doctrina como la jurisprudencia estén de acuerdo en la gran dificultad que existe

---

<sup>951</sup>Vid. FOLGUERA CRESPO, José Ángel, «Las bases constitucionales del derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva, en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.38.

<sup>952</sup>Vid. GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral. Análisis particular de los acuerdos y convenios colectivos del ámbito municipal asturiano*, CES del Principado de Asturias, 2011, pg. 38 y SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, Ángel y ALTÉS TARREGA, Juan Antonio, *La negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg. 14.

a la hora de calificar la unidad negocial, y que en la practica obliga a que la negociación se acomode a las estructuras organizativas públicas. Y ello es así, en una parte, porque en ocasiones el convenio colectivo afecta a distintas entidades que están dotadas de personalidad jurídica propia e independiente, diferenciándose una pluralidad de entes que disfrutan de personalidad jurídica propia y distinta de la Administración de la que dependen. Y de otra porque el ámbito al que se extiende suele comprender y abarcar diferentes y numerosos centros de trabajo, que presentan gran dispersión geográfica y funcional (STS 15 de diciembre de 1994)<sup>953</sup>.

De hecho, las reglas de legitimación establecidas en el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores también condicionan indirectamente la estructura de la negociación colectiva laboral en la Administración Pública, ya que, como se verá, la no afiliación de la Administración Pública a las asociaciones empresariales plantea problemas de legitimación negocial en los convenios colectivos de ámbito supra-empresarial.

Se señala además por la doctrina que, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, también es discutible que partes externas a la propia Administración Pública puedan condicionar la estructura a través de otros procesos negociales (*v.gr.* acuerdos interprofesionales generales o para sectores específicos). En efecto, parece que hay que descartar la posibilidad de aplicar convenios marcos suscritos por la representación empresarial, en la medida en que si la Administración no participa de aquellas, estas no pueden extender su ámbito de intervención a un sector al que no representan<sup>954</sup>.

Por ello, es necesario tener como referencia la estructura de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, ya que es posible su aplicación al personal laboral, aunque esta no venga exigida por la ley. En este sentido, cabe destacar que una de las especialidades de la negociación colectiva

---

<sup>953</sup> Rec. 4010/1992.

<sup>954</sup> *Vid.* MARIN ALONSO, Inmaculada, «La estructura de la negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza», *Temas Laborales*, nº100, 2009, pg. 731-733

funcionarial, respecto de la del personal laboral, es que su ámbito subjetivo y su estructura está prefijado en la ley de manera necesaria e inalterable.

Por tanto, en el ámbito funcionarial no rige la libertad de elección. La negociación debe realizarse por las Mesas de Negociación previstas para cada nivel de la Administración, en las que están legitimados, de una parte, los representantes de la Administración Pública, y por otra las organizaciones sindicales según determinados niveles de representatividad.

En concreto, se prevé, en un primer nivel, la existencia de una Mesa General de las Administraciones Públicas (art. 36.1 del EBEP). En un segundo nivel están las mesas generales de negociación en cada Administración, reguladas en el artículo 34.1 del EBEP, y que tendrán presencia en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales. Es competencia de estas mesas las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de su ámbito (art. 34.3 del EBEP). Además, también se prevé la creación de mesas sectoriales para sectores específicos, creadas por acuerdo de las mesas generales, para temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o que ésta explícitamente les reenvíe o delegue (art. 34.3 y 5 del EBEP).

Por último, se prevé la creación de una mesa general de negociación conjunta para el personal funcionario y laboral. El artículo 36.3 del EBEP prevé que *«para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación»*.

En otro orden de cosas, tras la aprobación del EBEP se ha planteado una controversia sobre qué norma debe aplicarse al personal laboral a la hora de determinar los sujetos legitimados para negociar. A este respecto, hay que señalar que el EBEP no regula de manera específica esta materia para el personal laboral. Esta omisión es suplida por algunos autores entendiendo que se aplica de manera analógica las previsiones del artículo 36.3 del EBEP, que regula las mesas conjuntas de negociación<sup>955</sup>. Este criterio no es aceptado por otro sector doctrinal, que considera que a falta de una regulación específica es necesario aplicar las reglas previstas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores<sup>956</sup>.

A pesar de que hubiera sido deseable que el EBEP hubiera regulado esta materia, para evitar las disfunciones que se producen en este punto al aplicar la legislación laboral, hay que descartar que sean aplicables las reglas de funcionarios, ya que como antes se vio, su artículo 32 prevé 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 (...) que expresamente les son de aplicación»*, situación que no ocurre con la materia ahora analizada.

Por tanto, las reglas de legitimación seguirán las previsiones del artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores. La concreción de estas normas en el ámbito de los convenios de empresa no resulta complejo. Así, por parte del empresario, y conforme a lo establecido en el artículo 3.4 de la Ley 30/1992<sup>957</sup>, cada Administración actúa con personalidad jurídica propia, siendo por sí misma el

---

<sup>955</sup> Vid. TORRENTS MARGALEF, Jorge «Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas», en VV.AA., VALDÉS DAL RE, Fernando (Dir.), *Manual jurídico de Negociación Colectiva*, La Ley, Madrid, 2008, pg.1276.

<sup>956</sup> Vid. LAHERA FORTEZA, Jesús, «Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., RUANO RODRÍGUEZ, Lucia (Dir.), *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pg. 139.

<sup>957</sup> A partir del 2 de octubre de 2016 la referencia debe entenderse hecha al artículo 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

sujeto idóneo para suscribir el acuerdo colectivo<sup>958</sup>. Por parte de los trabajadores estará legitimado «*el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité*» (art. 87 ET).

Más problemas presenta, sin embargo, la legitimación de los convenios supra-empresariales, en especial, en lo que respecta a la parte empleadora. Como antes se anunció, la ausencia real de asociacionismo empresarial en las distintas Administraciones Públicas plantea dudas acerca de la posibilidad de que estas negocien convenios supra-empresariales y, también, sobre la posibilidad de aplicar a estas, en caso de inexistencia de convenio propio, los convenios colectivos sectoriales negociados por las asociaciones empresariales con los sindicatos de trabajadores.

En principio, no existe norma expresa en contra en el Estatuto de los Trabajadores, o en parte alguna del ordenamiento, pudiendo ser por ello de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas un convenio colectivo sectorial, por ser un convenio de eficacia personal general o «*erga omnes*» dentro de su ámbito territorial y funcional de aplicación<sup>959</sup>.

La única objeción jurídica que se podría alegar a esta práctica podría provenir de la imposibilidad por parte de las Administraciones Públicas de afiliarse a las asociaciones empresariales. En efecto, si las Administraciones no pueden asociarse no cumplirían los requisitos de legitimación previstos en el artículo 87.3 del Estatuto de los Trabajadores para negociar su propio convenio, que solo otorga legitimación negocial a las Asociaciones empresariales. Siguiendo esta misma lógica tampoco sería posible aplicar a estas un convenio

---

<sup>958</sup> Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 276.

<sup>959</sup> Vid. SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, Ángel y ALTÉS TARREGA, Juan Antonio, *La negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg.15.

colectivo negociado por una asociación empresarial, en la medida en que esta no puede representar a la Administración Pública de referencia.

El debate se traslada pues a la cuestión de si las Administraciones Públicas pueden o no afiliarse a las asociaciones empresariales negociadoras, constituidas al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre Derecho de Asociación Sindical.

Como se recordará, un sector doctrinal entiende que no es posible el acto de afiliación de la Administración a estas asociaciones<sup>960</sup>, ya que lo contrario podría suponer un acto de injerencia en el derecho de libertad de organización patronal, que gozan las asociaciones de empresarios, prohibido por el artículo 3.2 del Convenio no 87 de la OIT (*«las autoridades publicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal»*), desde el momento que, al ser el mayor grupo empresarial del país, fácilmente podría dominar aquellas asociaciones (*vid.* Cap. II. 5).

La jurisprudencia también rechaza que las Administraciones Públicas puedan integrarse en la representación empresarial ordinaria debido a su naturaleza jurídica, ya que a su juicio existe una *«imposibilidad jurídica de admitir formas “asociacionales” de empresa en el campo y esfera del Estado y de sus diferentes Administraciones Publicas»* (STS de 14 de junio de 1999)<sup>961</sup>. A mayor abundamiento, nuestro Tribunal Supremo entiende que *«la unidad de dirección y el carácter publico de las entidades empleadoras que han de negociar, excluye que pueda asumir su representación las asociaciones empresariales»* (SSTS de 15 de febrero de 1993, 21 de junio de 1996 y 21 de diciembre de 1999)<sup>962</sup>.

---

<sup>960</sup>*Vid.* GARCÍA BLASCO, Juan, «La negociación colectiva en las administraciones públicas», en VV.AA., *Serie Claves del Gobierno Local*, 2, Fundación Democracia y Gobierno Local, Zaragoza, 2003, pg. 213.

<sup>961</sup> Rec. 3871/1998.

<sup>962</sup> Rec. 1972/1991;542/1996; 4295/1998.

No obstante, la doctrina científica no es unánime en este punto. Así, hay autores que entienden que ni «*la unidad de dirección*» ni «*el carácter público*» de las Administraciones impide su afiliación a una asociación empresarial o, al menos, la constitución de una asociación empresarial propia a efectos negociadores<sup>963</sup>. En este sentido, argumentan, por un lado, que «*unidad de dirección*» tienen todas las empresas pertenecientes a un mismo grupo de empresas sin que ello impida que cada una de ellas se afilie a una asociación empresarial y sea representada por esta en la negociación colectiva. Y, por otro lado, el «*carácter público*» de la entidad tampoco lo impide ya que no existe norma alguna —ni asociativa (Ley 19/1977 nada prevé en tal sentido) ni administrativa (Ley 30/1992)— que prohíba el asociacionismo de la Administración Pública en su condición de empresario respecto de su personal laboral.

A mayor abundamiento, se considera que tal asociación no supondría un acto de injerencia de la Administración en la vida asociativa empresarial, dado que en estos casos su afiliación sería como sujeto de relaciones jurídico privadas, y la prohibición del artículo 3.2 del Convenio nº 87 de la OIT hace referencia a su vertiente de autoridad pública<sup>964</sup>.

No obstante, lo que si resulta cierto es que los distintos fines perseguidos por la Administración Pública y los empresario privados puede plantear dudas sobre la idoneidad de una asociación conjunta, ya que en la practica los Estatutos asociativos no se limitan únicamente a la defensa de los intereses laborales sino que incluyen también la promoción y defensa de intereses

---

<sup>963</sup>Vid. SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, Ángel y ALTÉS TARREGA, Juan Antonio, *La negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg.15-17.

<sup>964</sup>Vid. SALA FRANCO, Tomás, «Los derechos colectivos de los trabajadores de la Administración Pública», en VV.AA., MOLINER TAMBORERO, Gonzalo (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid, 2000, pg.457-458 y SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, Ángel y ALTÉS TARREGA, Juan Antonio, *La negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg.15.

económicos de las empresas y del sector al que pertenecen; lo que resultaría incompatible con la defensa del interés general consustancial a toda Administración Pública.

Con lo hasta ahora visto parece que se cierran las posibilidades de la Administración de negociar un convenio supra-empresarial, por imposibilidad de cumplir los requisitos de legitimación exigidos por el artículo 87.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, la jurisprudencia ha tratado de suplir esta falta de legitimidad. Así, tras la STS de 21 de diciembre de 1999<sup>965</sup>, se ha optado por aplicar un criterio «mixto», consistente en diferenciar las reglas de legitimación en función de las partes de que se trate. De esta manera, se aplicarán las reglas del artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores –sobre los convenios de empresa- a la parte empresarial y las del número 2 de ese mismo artículo –sobre los convenios sectoriales- a la de los trabajadores<sup>966</sup>.

Esta interpretación no es unánime ya que, con anterioridad a la sentencia citada, así como en esta misma en el voto particular, refrendado por seis magistrados, se defendía una aplicación analógica del artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores, atribuyendo legitimación conforme a las reglas previstas para los grupos de empresas. Así, del lado empresarial estarían legitimados los representantes de las distintas entidades públicas afectadas por el convenio y, del lado de los trabajadores, a los representantes unitarios o sindicales de empresa. La preferencia por las reglas de legitimación del grupo de empresas, sobre las previstas para los convenios de sector, se fundamentaban básicamente en que en el grupo existen un concreto número de empresas, y no indeterminado y abstracto como en el sector, y que en el grupo hay una «*dirección unitaria*»,

---

<sup>965</sup> Rec.4295/1998.

<sup>966</sup> Esta Sentencia asentó como postura mayoritaria un criterio que ya se había utilizado con anterioridad. A este respecto *vid.* SSTS de 8 de octubre de 1993 (rec. 1941/1992); de 15 de diciembre de 1994 (rec. 4010/1992); de 30 de abril de 1996 (rec. 1726/1995); de 21 de junio de 1996 (542/1996); o de 14 de junio de 1999 (rec. 3871/1998).

como sucede en la empresa, cosa que no ocurre en la negociación sectorial, donde existen «*competidores*» del lado empresarial (SSTS de 15 de febrero de 1993; de 27 de abril de 1995; de 30 de octubre de 1995; de 20 de diciembre de 1995; de 7 de julio de 1997; de 20 de octubre de 1997<sup>967</sup>)<sup>968</sup>.

La solución jurisprudencial tampoco convenció a la doctrina que entiende criticable esta opción intermedia, en la medida en que puede generar disfunciones importantes en la práctica<sup>969</sup>. Así, siguiendo la tesis jurisprudencial minoritaria algún autor ha entendido que cuando exista una «*unidad de negociación peculiar*» se podría asemejar al grupo de empresa y, por tanto, aplicar analógicamente la legitimación negocial empresarial. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que la unidad negocial fuese calificable de sectorial (*v.gr.* convenios colectivos aplicables al personal laboral de las Universidades Públicas) sería necesario aplicar las reglas de legitimación de los convenios colectivos supra-empresariales.

De esta manera, deberían negociar las asociaciones empresariales y los sindicatos sectoriales correspondientes, solo que, al no existir asociación empresarial en las Administraciones Públicas, lo razonable sería –flexibilizando el criterio legal- que concurrieran a la negociación los representantes de todas las entidades públicas afectadas por el convenio colectivo (STS de 4 de octubre de 1988)<sup>970</sup>.

En este sentido, parece que el legislador también se decanta por esta opción, ya que el EBEP establece, aunque sea para la negociación de funcionarios puede utilizarse como criterio interpretativo, que estarán

---

<sup>967</sup> Rec. 1972/1991; 2858/1993; 2215/1994; 3802/1994; 4246/1996; 2717/1995.

<sup>968</sup> Vid. SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, Ángel y ALTÉS TARREGA, Juan Antonio, *La negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg.18.

<sup>969</sup> Vid. GARCÍA BLASCO, Juan, «La negociación colectiva en las administraciones públicas», en VV.AA., *Serie Claves del Gobierno Local*, 2, Fundación Democracia y Gobierno Local, Zaragoza, 2003, pg. 213.

<sup>970</sup> Vid. SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, Ángel y ALTÉS TARREGA, Juan Antonio, *La negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg. 19.

legitimados para negociar por parte de la Administración Pública el «*órgano de gobierno correspondiente*», en los supuestos de la mesa general, y el «*órgano administrativo correspondiente*» en el caso de las mesas sectoriales (art. 33.1 EBEP). Por último, en lo que respecta la Mesa General de las Administraciones Públicas, que tendría claramente carácter supra-empresarial, prevé que estén presentes la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, y la Federación Española de Municipios y Provincias., por tanto, todas las Administraciones afectadas por el convenio. Por su parte, por el lado sindical, estarán los sindicatos más representativos (incluidos los de Comunidades Autónomas) o aquellos que acrediten el 10% de representatividad en el conjunto de la función pública.

En la práctica, se sigue el modelo legal y la mayoría de los convenios del sector afectan a un grupo de empresas, compuesto bien por la AGE o las CCAA y las entidades Públicas de ella dependientes, bien a varias Administraciones.

Por último, es necesario hacer una breve mención a la legitimación para negociar de los funcionarios, máxime cuando algunas de sus reglas se extienden al personal laboral, como es el supuesto de las mesas de negociación conjunta. En este sentido, cabe destacar que únicamente se tendrá por sujetos legitimados a los sindicatos, en ningún caso la representación unitaria. Más específicamente, aquellos sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónomas y aquellos con representatividad del 10% en la unidad correspondiente.

La legitimación plena se establece en el artículo 35.1 del EBEP que prevé que las mesas «*quedarán válidamente constituidas cuando, además de la representación de la Administración correspondiente, y sin perjuicio del derecho de todas las Organizaciones Sindicales legitimadas a participar en ellas en proporción a su representatividad, tales organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate*».

Esta legitimación plena solo se exigía, inicialmente, a las mesas generales y sectoriales previstas en el artículo 34 del EBEP, pero tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero, se extendió también a las mesas de negociación conjunta previstas en el artículo 36.3 del EBEP.

#### **4. Procedimiento de negociación y vigencia del convenio**

En lo que respecta al procedimiento negocial y a la vigencia de los convenios colectivos del personal laboral se plantea nuevamente la disyuntiva de aplicar el Estatuto de los Trabajadores o el propio EBEP. Al igual que ocurría con otras materias controvertidas el EBEP no incluye en su ámbito subjetivo al personal laboral, lo que excluye su aplicación a este tipo de personal (art.32). Por lo tanto, nuevamente es necesario acudir a las disposiciones del Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Aun así, cabe destacar que en esta materia la regulación de ambas normas se encuentra bastante armonizada, por lo que no existen grandes diferencias procedimentales entre uno y otro colectivo.

En efecto, conforme a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores el procedimiento de negociación se iniciará cuando la representación de una de las partes, ya sea la de los trabajadores o la de los empresarios, promueva el proceso negocial, procediendo a comunicárselo a la otra parte por escrito, detallando en la comunicación, la legitimación que ostenta, el ámbito del convenio y las materias objeto de negociación (art.89). En el supuesto de que la promoción sea el resultado de la denuncia de un convenio colectivo vigente, la comunicación deberá efectuarse simultáneamente con el acto de la denuncia.

La parte destinataria está obligada a contestar en el plazo de un mes a partir de la recepción de la comunicación (artículo 89.2 ET) y solo podrá negarse a la negociación en aquellos supuestos en los que exista «*causa legal o convencional*» para ello, o cuando se trata de revisar un convenio aún en vigor entre las partes. Entre las citadas causas la doctrina científica menciona la falta

de legitimación en los solicitantes o de las mayorías exigidas, la restricción o exclusión de competencia para negociar las materias propuestas<sup>971</sup>.

Por su parte, el EBEP prevé para los funcionarios que el procedimiento se inicie en cada correspondiente mesa de negociación en la fecha que, de común acuerdo, fije la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical (art.34.6 del EBEP). Además, de manera análoga a lo establecido en el artículo 89.2 del Estatuto de los Trabajadores, se prevé que, en caso de no llegar a un acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan.

Como se ha visto, tanto el ET como el EBEP recogen una cláusula que alude al impedimento de iniciar el proceso negociador por las «*causas legales o convencionales*» previstas al efecto. Esta previsión tiene manifestaciones específicas en el ámbito de la Administración Pública, ya que en su tenor literal se pueden entender incluidas ciertas previsiones de las Leyes de Presupuestos Generales que condicionan la aprobación de un convenio colectivo, en el que se establezcan o modifiquen las condiciones retributivas del personal a su servicio, a un informe favorable por parte conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Política Territorial y Administración Pública, o del organismo autónomo equivalente<sup>972</sup>. Es más, la ley sanciona con la nulidad cualquier acuerdo adoptado en esta materia con omisión del trámite de informe o en contra de un informe desfavorable.

En lo que respecta al momento en que debe iniciarse el procedimiento negociador, y en la medida en que ni el Estatuto de los Trabajadores ni el EBEP imponen un fecha para que este de comienzo, parece razonable entender que su

---

<sup>971</sup>Vid. GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral. Análisis particular de los acuerdos y convenios colectivos del ámbito municipal asturiano*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2011, pg. 54-56.

<sup>972</sup>V.gr. artículo 36 de Ley 39/2010, de 22 de diciembre en el que se fijan los requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario.

apertura se producirá en el momento en que ambas partes así lo acuerden, o en su defecto, transcurrido un mes desde que una de las partes legitimadas promovió el proceso negocial (art. 89.2 ET). La normativa tampoco precisa a quién le corresponde convocar la mesa de negociación, pero teniendo en cuenta que en este ámbito uno de los sujetos intervinientes en la Administración parece lógico entender que le corresponde a ella la convocatoria, ya que en virtud del principio general de oficialidad está obligada a impulsar de oficio el proceso negociador en todos sus trámites, por lo que se puede mantener que habrá de ser ella la encargada de convocar la mesa correspondiente<sup>973</sup>.

Una vez iniciada la negociación, ambas partes están obligadas a negociar bajo el principio de buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación (artículos 33.1 y 34.7 EBEP). Como especialidad de este proceso negocial hay que destacar que el EBEP impone a las Administraciones, respecto de sus funcionarios, la obligación de negociar de buena fe las materias recogidas en el artículo 37.1, por lo que no cabe que la Administración las regule de manera unilateral sin haber completado previamente un procedimiento de concertación (art. 34.7).

La vigencia temporal de los convenios colectivos del personal laboral viene establecida por las previsiones del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, que, a tal efecto, prevé que *«corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio»*. Sin embargo, en este ámbito, la vigencia temporal de los convenios está condicionada, adicionalmente, por la vigencia anual de las leyes presupuestarias, respecto de aquellas materias con

---

<sup>973</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «La negociación colectiva en el Proyecto de ley del EBEP y en la Ley 21/2006», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº14, 2007, pg. 335 y GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral. Análisis particular de los acuerdos y convenios colectivos del ámbito municipal asturiano*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2011, pg. 56.

contenido económico. En este sentido, los convenios colectivos no podrán programar salarios para dos o más años. En efecto, el artículo 21 establece la obligación de reflejar en la Ley de Presupuestos de cada año los incrementos salariales del personal laboral, del mismo modo que vincula los topes máximos de incrementos a lo previsto en aquellas.

De manera análoga, el EBEP concede a las partes negociadoras la posibilidad de determinar el ámbito temporal de los «*Pactos y Acuerdos*» (art. 38.4), lo cual significa que estas pueden establecer libremente las fechas de comienzo y fin de su vigencia. Además, el legislador no impide que las partes opten por darle a un pacto o un acuerdo una duración indefinida<sup>974</sup>. Sin embargo, también esta libertad inicial está sometida a las restricciones presupuestarias, como ocurre respecto del personal laboral. Por tanto, tanto para uno y otro colectivo, se vincula la duración temporal de todas aquellas decisiones con contenido económico a la vigencia de la ley de presupuestos correspondiente.

Por tanto, la vigencia del convenio se puede ver afectada, en aquellas materias con contenido económico, tanto por modificaciones presupuestarias, como por la fijación de topes legales de incrementos retributivos con efectos en los convenios vigentes.

Así ocurrió, por ejemplo, con la reducción salarial impuesta por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público<sup>975</sup>, que modificaba las previsiones de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales

---

<sup>974</sup> Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.494-495.

<sup>975</sup> Para un análisis prolijo de las controversias jurídicas que planteó la aprobación de este decreto vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «El RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos», *Aranzadi social*, nº22, 2011, pg. 8-14; VALLEJO D'ACOSTA, Ruth, «Sobre la legitimación de las Administraciones Públicas Autonómicas para modificar el régimen de jornada de trabajo establecido en convenio colectivo del personal laboral a su servicio», *Aranzadi Social*, nº5, 2012, pg. 107-135 y DE LA IGLESIA AZA, Lidia, «Modificación sustancial de condiciones laborales. La reducción salarial mediante el Real Decreto-ley 8/2010», *Aranzadi Social*, nº 10, 2012, pg.59-64

para el año 2010<sup>976</sup>. La aprobación y aplicación de esta medida suscitó un debate judicial sobre su constitucional, por una eventual vulneración del derecho a la negociación colectiva, pero tanto el Tribunal Constitucional<sup>977</sup>, como el Tribunal Supremo<sup>978</sup>, consideraron la medida lícita, al entender que no conllevaba un incumplimiento del convenio en materia salarial<sup>979</sup>. En efecto, el Tribunal Supremo consideró que las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 8/2010 no eran sino una modificación de una Ley, la de Presupuestos Generales para el año 2010, a través de otra norma de rango legal, a pesar de que colateralmente supusiera el incumplimiento del acuerdo alcanzado por el Gobierno con los sindicatos (*vid.* Cap. IX).

El Tribunal Supremo señaló que la modificación operada sobre la Ley de Presupuestos consistió en una mera limitación de los incrementos salariales en el sector público para el año 2010, instrumento utilizado de modo habitual como contención del gasto público, con la única especialidad que en este caso la limitación no se realizó «*ex ante*», al aprobar la Ley de Presupuestos, sino *ex post*, una vez que ya estaba en vigor, debido a las circunstancias sobrevenidas<sup>980</sup>.

---

<sup>976</sup>*Vid.* SSTS 18 de abril de 2012, Sala de lo Social (rec. 192/2011), 24 de abril de 2012, Sala de lo Social (rec. 60/2011); STSS 13 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec.539/2010), 12 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. 542/2010), 23 de mayo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. 544/2010), STSJ de Andalucía del 15 de septiembre de 2011.

<sup>977</sup>Así, los AATC 85/2011, 7 de junio y 180/2011, del 13 de diciembre, desestimaron la inconstitucionalidad del RD-ley 8/2010 al considerar que las previsiones legales cuestionadas no suponían una afectación, en el sentido constitucional del término, del derecho de la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 de la CE, ya que se modificaron concretas condiciones de trabajo (la cuantía de las retribuciones).

<sup>978</sup>*Vid.* SSTS 18 de octubre de 2011 (rec. 61/2011), 9 de diciembre de 2011 (rec. 64/2011), 18 de abril de 2012 (rec. 192/2011), 24 de abril de 2012 (rec. 60/2011), 13 de marzo de 2012 (rec.539/2010), 12 de abril de 2012 (rec. 542/2010), 23 de mayo de 2012 (rec. 544/2010).

<sup>979</sup>*Vid.* LILLO PÉREZ, Enrique, «La libertad sindical y la negociación colectiva a propósito de los autos de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que plantean cuestión de constitucionalidad por considerar que es inconstitucional la regulación del RD-Ley 8/2010 de medidas contra el déficit público y de reducción salarial del 5% para los empleados públicos», *Revista de Derecho Social*, N°52, 2010, pg. 205-213 y THIBAUT ARANDA, Javier, «La retribución del personal laboral del sector público cuatro años después del Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n°93, 2001, pg. 216- 219.

<sup>980</sup>*Vid.* STS 23 de febrero de 2012, Sala de lo Social (rec. 146/2011).

Por último, es necesario hacer una mención a la previsions del artículo 86.3 del *in fine* del Estatuto de los Trabajadores sobre la pérdida de vigencia del convenio y su ultraactividad. Como se sabe, tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo se estableció que «*transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*».

Si la aplicación de este precepto esta generando dificultades tanto teóricas como prácticas en el ámbito privado (valga como ejemplo la STS de 22 de diciembre de 2014<sup>981</sup>), mayores inconvenientes presenta su aplicación en el ámbito público.

Por un lado, las particularidades de las unidades de negociación en el ámbito de la Administración Pública impiden, en casi todos los supuestos, la posibilidad de acudir, en caso de pérdida de vigencia de un convenio, al de ámbito inmediatamente superior que fuera de aplicación. Por tanto, en este sector se produciría con cierta facilidad una situación de vacío jurídico.

Esta situación remitiría, conforme a los postulados judiciales, a dos posibles soluciones: por un lado, la denominada «*tesis rupturistas*», que supondría que no se mantuvieran las condiciones de trabajo recogidas en el convenio colectivo, con una correlativa ampliación de los poderes unilaterales del empleador sobre las condiciones mínimas previstas en la norma legal o, por otro lado, la denominada «*tesis continuista*», que abogaría por individualizar las condiciones de trabajo, bien entendiendo que se ha producido una contractualización de las citadas condiciones<sup>982</sup> o bien incluyéndolas al nexo contractual como «*condición más beneficiosa*».

---

<sup>981</sup> Rec. 264/2014

<sup>982</sup> Esta opción fue la defendida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 que entendió que «*cualesquiera derechos y obligaciones de las partes*

Las opciones planteadas por la jurisprudencia, que abogan por las tesis continuistas, no resultan viables en el ámbito de la Administración Pública<sup>983</sup>. En este sentido, es necesario recordar, un vez más, el carácter reglado de la actuación administrativa, que exige que esta actúe conforme a los mandatos específicos contenidos en una norma, por lo que no sería posible incorporar las cláusulas del convenio al contrato de trabajo, tampoco por la vía de la condición más beneficiosa. A mayor abundamiento, esta solución solo sería predicable de los trabajadores que ya estuvieran a su servicio, pero no respecto de las nuevas incorporaciones, lo que, a la postre, conllevaría una regulación de las condiciones de trabajo diferentes, en función del momento de incorporación, que no sería lícita desde las perspectiva del principio de igualdad de trato.

Por otro lado, considerar que la pérdida de aplicabilidad del convenio vencido otorga a la Administración un amplio poder de actuación discrecional se compagina mal con su estatuto jurídico, de sujeción al principio de legalidad. Por ello, de perderse la vigencia del convenio, solo sería posible que la Administración aplicara las previsiones legales y reglamentarias vigentes, lo que podría producir un importante vacío jurídico, sobre todo en materia salarial.

Por todo ello, la doctrina aboga por que los convenios colectivos del personal laboral mantengan la regla de la ultraactividad indefinida, con lo cual la novedad de la reforma laboral de 2012 en esta materia carecería de todo impacto

---

*existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente (...). Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido».*

<sup>983</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y Convenios Colectivos vigentes: alternativas y opciones», *Consortici d'estudis, mediació, conciliació a l'administració local (Cemical)*, octubre 2012, pg. 22.

sobre el empleo público. En efecto, la propia norma abre esta posibilidad al prever expresamente que esa regla de pérdida de vigencia actúa «*salvo pacto en contrario*», resultan perfectamente lícitas esas cláusulas de pervivencia indefinida de la ultraactividad<sup>984</sup>.

## 5. Materias negociables y contenido de los convenios

El ámbito objetivo de la negociación colectiva en el empleo público se reguló, tradicionalmente, de manera separada para el colectivo del personal funcionario y del personal laboral, siendo el ámbito de los primeros mucho más restringido, aunque se tendió paulatinamente a una equiparación.

Las materias negociables en el caso del personal laboral se fijaban atendiendo a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores que establece que «*Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales*» (art. 85.1). Aún así, la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas siempre ha tenido mayores restricciones materiales que la del sector privado, por lo que, a pesar de que se aplicara la normativa laboral, no se podría hacer una equiparación plena con aquella.

En lo que respecta al ámbito objetivo de la negociación colectiva del personal funcionario, este evolucionó con la normativa de la negociación colectiva en el ámbito del sector público. Así, la versión originaria de la Ley 9/1987 concebía diversas maneras de participación por parte de los funcionarios públicos, en atención a la materias afectadas.

---

<sup>984</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y Convenios Colectivos vigentes: alternativas y opciones», *Consorti d'estudis, mediació, conciliació a l'administració local (Cemical)*, octubre 2012, pg. 23.

En concreto, se preveía que ciertas materias, por su especial relación con la prestación del servicio público, quedarán excluidas de cualquier método de participación, fijándose de manera unilateral por la Administración. En este grupo se incluían todas aquellas decisiones que afectaran a las potestades de organización de la Administración (salvo que sus consecuencias repercutieran sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios en cuyo caso procedía la consulta), también las que implicaran el ejercicio de los derechos de los ciudadanos frente a los funcionarios públicos, y aquellas relativas a la formación de los actos y disposiciones administrativas (art. 34.2 de la LORAP).

Por otro lado, se establecía un sistema denominado de «*consulta*», que sin ser un procedimiento de negociación en sentido estricto, si requería participación por parte de los funcionarios. Este procedimiento se reservaba aquellas materias que fijaban condiciones de trabajo pero que se encontraban sometidas a una reserva de ley, o que exigieran una autorización del correspondiente Parlamento –Cortes Generales o Asambleas legislativa- como por ejemplo los incrementos de la disponibilidad presupuestaria (art. 33.3 de la LORAP).

Por último se preveía un sistema de negociación, en sentido estricto, respecto de las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial y en general, cuantas otras afectasen a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración, siempre que no estuvieran reservadas a la Ley y no tuvieran incidencia cuantitativa presupuestaria, en cuyo caso serían, como se vio, objeto de consulta y no de negociación (art. 32 de la LORAP)<sup>985</sup>.

La reforma operada en la LORAP por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las

---

<sup>985</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 281.

condiciones de trabajo de los empleados públicos, supuso un cambio de perspectiva en relación con las materias negociables. Si bien se mantuvo la dualidad entre consulta y negociación, la aprobación de esta ley conllevó un refuerzo importante para este derecho, al darle prioridad sobre la fórmula de la consulta. En este sentido, desapareció la prohibición de negociar materias reservadas a la ley, así como aquellas que tuvieran incidencia presupuestaria<sup>986</sup>.

Así, la nueva redacción del artículo 32 de la LORAP incluía en el ámbito de negociación «a) *El incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local.* b) *La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos.* c) *La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público.* d) *La clasificación de puestos de trabajo.* e) *La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento.* f) *La determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados.* g) *Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos.* h) *Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.* i) *Medidas sobre salud laboral.* j) *Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley.* k) *Las materias de índole económica, de prestación de servicio sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las*

---

<sup>986</sup>*Vid.* DEL REY GUANTER, Salvador, «La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos en la Administración Pública», *Relaciones Laborales*, nº11,1991, pg. 280-292 y ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, «El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Relaciones Laborales*, nº19, 1990, pg. 92 y ss.

*condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración».*

El cambio respecto de la versión original es notable, ya que en la redacción inicial la negociación colectiva empezaba donde terminaba la reserva de Ley. Sin embargo, tras la reforma se amplió el espacio de la autonomía colectiva, incluyendo en el mismo materias reservadas a la Ley<sup>987</sup>.

En esta materia, al igual que ocurrió respecto del ámbito subjetivo, el EBEP trató de unificar los regímenes del personal funcionario y laboral. Para ello, estableció disposiciones comunes en relación con las materias objeto de negociación. Así, el EBEP recalca los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe, publicidad y transparencia que han de presidir la negociación (art.33).

Su propia Exposición de Motivos considera que el EBEP *«define con mayor precisión que la legislación hasta ahora vigente las materias que han de ser objeto de negociación y las que quedan excluidas de la misma y clarifica los efectos jurídicos de los Pactos y Acuerdos, en particular cuando versan sobre materias que han de ser reguladas por ley, supuesto en el que el órgano de gobierno competente queda vinculado a presentar el proyecto de ley correspondiente, o cuando pueden sustituir lo dispuesto por normas reglamentarias o por otras decisiones de los órganos de gobierno o administrativos, supuesto en que tienen eficacia directa, en su caso tras su aprobación o ratificación».*

Sin embargo, la ambigüedad del EBEP en relación con las materias objeto de negociación dificulta la precisión de que régimen es aplicable a uno y otro colectivo. En concreto, el artículo 37 –materias objeto de negociación– prevé que *«Serán objeto de negociación (...)»*, sin fijar el ámbito subjetivo del

---

<sup>987</sup> Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.282.

precepto, lo cual dificulta su interpretación ya que el artículo 32 del propio EBEP establece que «*la negociación colectiva (...) de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos que expresamente les son de aplicación*».

Esta omisión por parte del legislador ha supuesto una división en la doctrina, ya que hay autores que se decantan por la aplicación del EBEP a todos los tipos de personal, y otros que consideran que para los laborales debe seguir aplicándose las previsiones del Estatuto de los Trabajadores.

El sector que aboga por la primacía de la legislación laboral defiende la aplicación del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores al personal contratado de las Administraciones<sup>988</sup>. El citado artículo, como se sabe, delimita el ámbito material de los convenios, estableciendo un listado genérico, abierto, con escasa precisión de la materias que pueden ser negociadas. Así, se refiere, por un lado, a las materias de índole económica, englobando dentro de estas, aquellas que afectando a la esfera de personal, influyen directamente en la composición y estructura de la plantilla o en las condiciones de trabajo y empleo. Por otro lado, se incluyen también materias de índole laboral, tales como salarios, jornadas, vacaciones, permisos, clasificación profesional, seguridad y salud laborales, ingresos y ascensos.

---

<sup>988</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral de las Administraciones Públicas», en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.152; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el Empleo Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg.115; FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «El Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administración Pública*, nº174, septiembre-diciembre, 2007, pg. 475-476; ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, *Los Derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008, pg. 50; RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg.431-433.y ARBONÉS LAPENA, Hilda Irene, «Administración Pública y negociación colectiva tras las reformas de 2011 y 2012», *Aranzadi Social*, nº4, 2012, pg. 169-200.

Otro sector doctrinal se posicionó a favor de la aplicabilidad del artículo 37 del EBEP a todos los colectivos de trabajadores públicos, unificando, por tanto, el ámbito objetivo de la negociación en el empleo público<sup>989</sup>. Para estos autores, tras la aprobación del EBEP, la negociación colectiva del personal laboral se regirá por lo dispuesto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (arts. 82-92) salvo en lo relativo a las materias objeto de negociación y sus límites, donde será de aplicación lo dispuesto en el artículo 37 del EBEP, en vez del artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta discrepancia doctrinal pone de manifiesto la dificultad interpretativa del artículo 37 del EBEP. En efecto, si se realiza una interpretación literal, conjuntamente con el artículo 32 del EBEP, parece que hay que descartar su aplicación al personal laboral, ya que el precepto no lo incluye expresamente en su ámbito subjetivo. Además, el propio precepto añade que la negociación debe llevarse acabo «*en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso*», consideración que parece hacer referencia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que solo afecta a los funcionarios públicos, ya que la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado (art.149.1.7).

---

<sup>989</sup>Vid. SALA FRANCO, TOMÁS, «Los derechos colectivos de los empleados públicos en, VV.AA, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 294-296; MAURI MAJOS, «Cap.VI. Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 313-314; PERONA MATA, Carmen, *El Estatuto Básico del Empleado Público comentado*, La Ley, Madrid, 2007, pg.49-50; RABANAL CARBAJO, Pedro, «Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor», en VV.AA., LUELMO MILLÁN, Miguel Ángel (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pg. 290-291; GÓMEZ CABALLERO, Pedro, «Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las administraciones públicas» *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2008, pg.66; GÓMEZ CABALLERO, Pedro,«Las relaciones laborales del personal al servicio de las Universidades Públicas de Andalucía», *Temas Laborales*, Vol. III, nº100, 2009, pg.1241-1242; MARÍN ALONSO, Inmaculada, «El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público», *Relaciones Laborales*, Nº8, 2009, pg.30 y GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral. Análisis particular de los acuerdos y convenios colectivos del ámbito municipal asturiano*, CES del Principado de Asturias, 2011, pg.69.

A mayor abundamiento, el propio precepto limita la aplicación de ciertos supuestos a los funcionarios públicos. Así, el apartado b) se refiere a «*La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios*», del mismo modo, el apartado g) alude a «*Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasiva*», y el apartado k) a aquellas materias que «*afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley*».

Sin embargo, si se analizan las materias reguladas en el apartado segundo del citado artículo 37 del EBEP<sup>990</sup>, parece que debe aplicarse a todos los tipos de empleados públicos en la medida en que lo que se trata de proteger, al detraer de la negociación determinadas materias<sup>991</sup>, es la especial condición de la Administración en cuanto empleadora, como sujeto de Derecho Público y garante de los intereses generales y del orden público, características que deberían ser respetadas en todo caso, con independencia del tipo de vínculo<sup>992</sup>.

El apartado a) del artículo 37.2 establece que quedan excluidas de la

---

<sup>990</sup>Para un análisis pormenorizado de cada una de las materias *vid.* ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 288-298 y ROQUETA BUJ, Remedios «El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral de las Administraciones Públicas», en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg. 159-170.

<sup>991</sup>Cabe advertir que la doctrina no ha sido unánime a la hora de precisar el alcance del precepto, ya que una parte entiende que el artículo 37. 2 recoge una prohibición de negociar (*vid.*, por todos, ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.288 y ss.), mientras que otra parte entiende que se trata de ausencia de deber, pero sin que se impida hacerlo, quedando a la entera discrecionalidad de la Administración afectada (*vid.*, por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, «Artículo 37. Materias objeto de negociación», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.358). Si se analizan las materias relacionadas parece más razonable entender que se trata de una prohibición de negociar. Así, por ejemplo, el artículo 37.2 c) prevé que la exclusión respecto de «*la determinación de condiciones de trabajo del personal directivo*». Este precepto debe conectarse con las previsiones del artículo 13.4 del EBEP, que dispone que «*la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley*».

<sup>992</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 274-275.

negociación colectiva «*Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización*»<sup>993</sup> y, por su parte, el apartado d) excluye «*el poder de dirección y control propios de la relación jerárquica*»<sup>994</sup>. En ambos casos, podría entenderse, sin mayores dificultades, que la prohibición de negociar se justifica en la medida en que son materias exclusivamente organizativas, ajenas a la regulación de condiciones de trabajo, y que, por tanto, son indisponibles para cualquiera de los colectivos de empleados públicos.

De una manera parecida, el apartado b), excluye de la negociación «*La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos(...)*», así como el «*procedimiento de formación de los*

---

<sup>993</sup>La doctrina se decanta por entender que el citado apartado se refiere únicamente a las decisiones adoptadas en materia de estructura administrativa interna, que supone el establecimiento o configuración de la organización propia de la Administración. De esta manera, se descarta que el precepto alcance a decisiones de la Administración con incidencia en la relación de servicios de sus empleados, respecto de las cuales no sería defendible la excepción de negociación. En efecto, en lo que se refiere a las decisiones de las Administraciones con incidencia en la organización de la función pública, el propio EBEP exige la negociación de estas en diversos puntos de su articulado (v.gr. planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, la ofertas de empleo público, y los sistemas de acceso, carrera y provisión). Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 288.

<sup>994</sup>Al igual que ocurría respecto del apartado a) del propio artículo 37.2 del EBEP, esta previsión admite dos interpretaciones, una de carácter administrativo, sin incidencia laboral, y otra con contenido laboral. En concreto, hay autores que entienden, en sintonía con la primera de las interpretaciones, que la previsión está haciendo referencia al poder inherente al ejercicio de la potestad pública, esto es, a la actuación de la Administración en cuanto a sujeto de Derecho público con prerrogativas (vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, «Artículo 37. Materias objeto de negociación», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 359 y ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.295). Esta opinión es compartida por la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público que cuando se refiere a los poderes de dirección y control lo hace en relación con los que son propios a una relación jerárquica, inherente a la potestad pública (vid. de Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público 25 de abril de 2007, pg.183). Sin embargo, para otros autores el precepto se refiere a los poderes de dirección y control que ostentaría la Administración en su función de empleadora, lo que englobaría dentro de las materias excluidas de negociación, la potestad para determinar y ordenar las funciones y tareas propias de cada puesto de trabajo y su adaptación a las necesidades del servicio (vid. MAURI MAJÓS, Joan, «Cap.VI. Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.316). Nuevamente, parece más razonable decantarse por la primera en la medida en que si se entendiera que se está haciendo referencia al poder de dirección interferiría con otras previsiones del EBEP en las que se prevé que la actuación de la Administración, en sectores tradicionalmente asignados a la potestad directiva, se encuentren consensuados previamente.

*actos y disposiciones administrativas*». En este caso la prohibición se justifica en la medida en que, o bien los destinatarios de la actuación administrativa son sujetos distintos a los empleados públicos, o bien se alude a normas de Derecho Público relativas al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, como sucede en el último inciso del apartado<sup>995</sup>.

Sin embargo, otros apartados del propio precepto vuelven a plantear dudas sobre su aplicación al personal laboral. El propio apartado relativo a las potestades organizativas de la Administración establece que *«cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto*». Por tanto, el propio precepto vuelve a limitar su ámbito de aplicación al colectivo de funcionarios.

De manera parecida, el artículo 37.2. e) prevé que queda excluida de la negociación colectiva *«La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional»*<sup>996</sup>. Si este precepto fuera de aplicación al personal laboral y, por ende, estas materias no fueran negociables, carecerían de sentido las previsiones del artículo 19.2 del EBEP que remite, en todo caso, la promoción profesional del personal asalariado a la legislación laboral, ya sea el convenio colectivo que resulte de aplicación o el propio Estatuto de los

---

<sup>995</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.293-294.

<sup>996</sup>Este precepto recoge la opinión de la Comisión para la estudio y preparación del EBEP, que entendía que estas materias debían excluirse de la negociación colectiva en la medida en que en ningún caso podrían ser objeto de transacción o renuncia, ya que comprometen los principios constitucionales de mérito y capacidad y a la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas. Vid. Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg.184.

Trabajadores<sup>997</sup>.

Tras un análisis detallado del precepto, parece que en lo que respecta al personal laboral también debe descartarse la aplicación del artículo 37 del EBEP, ajustándose el contenido de la negociación colectiva a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que *«Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo (...)»*.

Además, la práctica negocial también se orienta a la aplicación de la legislación laboral respecto de las materias objeto de negociación. Así se puede deducir de las precisiones incorporadas en ciertos acuerdo de negociación conjunta del personal funcionario y laboral –en el marco de la Mesa General, regulada en el artículo 36.3 del EBEP- que prevén la inclusión en su ámbito objetivo de todas aquellas materias previstas en el artículo 37.1 del EBEP, siempre que sean susceptibles de una regulación común, es decir, excluyéndose aquellas materias que de formas específica se refieran al colectivo de funcionarios.

A mayor abundamiento, otros acuerdos incluyen previsiones expresas sobre el ámbito objetivo de la negociación de uno y otro colectivo, y a este respecto aclaran que la existencia de una negociación conjunta del personal laboral y funcionario *«no anula sino que complementa la negociación colectiva en el ámbito laboral, para lo cual el EBEP se remite a la regulación establecida con carácter general en el Estatuto de los trabajadores, conforme al artículo 32*

---

<sup>997</sup>No obstante, este precepto, aun limitándolo a la relación funcionarial, presenta una aparente contradicción con lo previsto en la letra c) del artículo 37.1 del EBEP, que recoge entre las materias objeto de negociación *«las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera y provisión»*. La doctrina ha salvado esta aparente contradicción entendiendo que el legislador quiere garantizar la intervención de la negociación colectiva en la normativa que ha de regir estas materias, pero no en las bases de cada proceso de selección o promoción profesional. *Vid.* ROQUETA BUJ, Remedios, *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.298.

Por tanto, los límites a la negociación colectiva laboral no serán los relacionados en el artículo 37.2 del EBEP, sino que deberán delimitarse en atención a lo establecido en el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores. En este contexto, el inciso inicial del citado precepto –«*dentro del respeto a la leyes*»- cobra una especial relevancia en el ámbito del empleo público, al imponer mayores restricciones materiales que en el sector privado, ya que la intensidad con la que afecta la normativa general a la Administración es mayor que respecto de los empresarios privados.

Además, hay que precisar que el juego ley-convenio, característico del sector privado, también se altera cuando la Administración es parte de la negociación colectiva, dando un mayor protagonismo a la ley, y una paralela limitación de la negociación colectiva como fuente reguladora. Esta diferencia entre la intensidad legislativa en el ámbito público y privado se explica por el fundamento mismo de nuestro sistema de relaciones laborales.

Como antes se vio, nuestro sistema se asienta sobre la promoción de la autonomía privada, propiciando un retroceso voluntario del Estado y de sus instrumentos –legislación general- a favor de los instrumentos de la autonomía colectiva. Sin embargo, este esquema no se puede reproducir cuando una de las partes es un ente público, ya que en este caso los intereses contrapuestos no son meramente privados, sino que afectan al interés general. Por eso en el ámbito público la negociación colectiva se subordina, con mayor intensidad, a la ley. Por esta razón, será de aplicación, por ejemplo, tanto al personal laboral como funcionario, los principios de legalidad y de cobertura presupuestaria (STSJ de las Islas Canarias nº1052/2011, de 28 de julio).

---

<sup>998</sup>*Vid.*, a este respecto, «Acuerdo sobre ámbitos personal y material de la negociación colectiva común a personal funcionario y laboral en la Diputación Provincial de Córdoba y sus Organismos Autónomos», Acuerdo del Pleno de 17 de febrero de 2010. BOP de Córdoba 26 de febrero de 2010, nº 46.

Desde esta perspectiva de la salvaguarda del interés general, la ley no se erige, como tradicionalmente ocurre en el ámbito del Derecho del Trabajo, como un instrumento de mínimos y de tutela del trabajador, destinado a impedir la prevalencia absoluta de la voluntad unilateral del empresario a la que conduciría el juego de las reglas de mercado, sino que, al contrario, viene a cumplir un papel limitativo de los derechos y garantías que, con carácter general, tienen reconocidos los trabajadores<sup>999</sup>.

Esta especial sujeción de la negociación colectiva a la ley conlleva que ciertas materias típicas de la negociación en el sector privado se encuentren más restringidas o, incluso, se sustraigan a la negociación. Así, ha pasado respecto de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones de los empelados públicos por efecto de la denominada normativa «*anti-crisis*».

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modificó el régimen de permisos en un doble sentido. Por un lado, se redujo la duración de los permisos por asuntos particulares y por antigüedad, y por otro, se introdujeron modificaciones en la configuración general de los permisos (art.48 del EBEP) y de las vacaciones (art.50 del EBEP), estableciéndose una regulación pretendidamente homogeneizadora para todos los niveles y ámbitos de la Administración<sup>1000</sup>.

---

<sup>999</sup>Vid. GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, pg. 286-289.

<sup>1000</sup>Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, el artículo 48 del EBEP establecía una regulación de los permisos con carácter mínimo y supletorio («*en defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán al menos*»). Sin embargo, en la actualidad se establece una regulación aparentemente absoluta, exclusiva y excluyente («*los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos*»). El cambio de redacción parece indicar que se ha mutado la concepción que el legislador tenía del régimen de permisos en el empleo público, dejando de ser una norma de mínimos para configurarse como una norma de máximos, ya que la redacción actual parece que, en principio, excluye la posibilidad de que se acuerden permisos, y duraciones, distintos a los contemplados en el texto del EBEP. De manera semejante, el artículo 50 del EBEP establecía que «*los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, como mínimo, durante cada año natural unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles (...)*», y tras la reforma operada por el Real Decreto 20/2012, desaparece el inciso «*como mínimo*».

Por otra parte, las previsiones del Real Decreto-ley dejan sin efecto los pactos, acuerdos y convenios colectivos sobre la materia, haciendo un énfasis especial en la pérdida de vigencia de aquellas cláusulas convencionales que concedan permisos de duración superior a la prevista en el EBEP<sup>1001</sup>.

Estas previsiones y, por tanto, la nueva redacción de los artículos 48 y 50 del EBEP, abren un nuevo interrogante sobre qué materias pueden ser objeto de negociación, ya que algún autor ha considerado que es un cambio en la configuración del régimen de permisos y vacaciones, convirtiendo estas materias en normas de derecho necesario absoluto, intangible para la negociación colectiva<sup>1002</sup>. Esta postura, que es la que se desprende de una interpretación literal de la norma, ya que la redacción actual del artículo 48 del EBEP establece que «*los permisos de los funcionarios públicos son (...)*»<sup>1003</sup>, se

---

<sup>1001</sup> La redacción original del precepto preveía que «*desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes en la misma que no se ajusten a lo previsto en este artículo (...)*». Mediante la corrección de errores del Real Decreto-ley 20/2012 se suprimió de este precepto el último inciso «*que no se ajusten a lo previsto en este artículo*».

<sup>1002</sup> Esta nueva configuración de los permisos tiene una especial relevancia en el ámbito del sector público, habida cuenta de que en el empleo público el espacio «mínimo» y «vital» de la negociación colectiva es más reducido que en el ámbito privado, debido al sometimiento de la Administración a los mandatos constitucionales (*v.gr.* principio de igualdad, principio de legalidad y de legalidad presupuestaria). En efecto, si tradicionalmente la negociación colectiva se ha ocupado principalmente del salario, de la clasificación profesional, de la jornada, y de la distribución del tiempo de trabajo (vacaciones, descansos, etc.), en el ámbito público, sin embargo, estas materias vienen predeterminadas por la ley o, al menos, muy reguladas, de tal modo que los márgenes libres para la autonomía colectiva son limitados. De esta manera, el espacio más característico sobre el que actúa la autonomía colectiva en el ámbito del empleo público es la distribución de la jornada, por lo que sustraer completamente la regulación de los permisos a la negociación podría llegar a afectar a ese «*mínimo vital*» que tiene constitucionalmente garantizado.

<sup>1003</sup> Sin embargo, la interpretación literal, por si misma, no resulta significativa, ya que si se traza un paralelismo con el régimen de permisos establecido en el Estatuto de los Trabajadores, se observa que este contiene una redacción análoga a la actualmente contemplada en el EBEP, incluso más restrictiva desde una perspectiva estrictamente literal, ya que en su artículo 37.3 prevé que «*el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguientes (...)*». Una interpretación literal de este precepto llevaría a excluir cualquier actuación de la negociación colectiva en la materia, ya que de manera expresa el Estatuto de los Trabajadores establece los motivos y la duración de los permisos, sin ningún tipo de remisión al convenio en este aspecto. Sin embargo es incuestionable que no se trata de una norma de derecho necesario absoluto y que, por consiguiente, la autonomía colectiva está legitimada para llevar a cabo mejoras en el régimen de permisos.

vería reforzada, además, por las previsiones de la Exposición de Motivos. En efecto, la reforma está condicionada y motivada por el control del gasto público y la estabilidad presupuestaria, aludiendo la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley la intención legislativa de homogeneizar los permisos en todas las Administraciones como una medida de control del gasto de personal.

En concreto, se establece que: *«Se reducen los días de libre de disposición. Además se suprimen los días adicionales por antigüedad tanto en el caso de vacaciones como en el de los días por asuntos particulares y se suspenden los pactos y acuerdos que contradigan estas disposiciones. Se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas. Con esta misma finalidad de racionalizar los gastos de personal, se limita el número de días de asuntos particulares y de días adicionales de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones Públicas y se adoptan medidas con la misma finalidad en relación con el personal laboral, así como respecto de las vacaciones».*

Sin embargo, otros autores defienden que la nueva regulación conlleva no una mutación en el régimen de permisos, sino que se produzca una *«tabla rasa»* respecto a las previsiones actuales, con el objeto de que las cláusulas convencionales se ajusten la duración de las eventuales mejoras al nuevo suelo establecido por el EBEP. Esta interpretación resulta más respetuosa con el contenido *«mínimo»* y *«vital»* de la negociación colectiva en el sector público, evitando así los eventuales problemas de constitucionalidad que pudiera presentar la sustracción de esta materia a la negociación colectiva<sup>1004</sup>.

---

<sup>1004</sup> En efecto, la nueva regulación de los permisos configurada por el Real Decreto-ley 20/2012 puede plantear dudas sobre si se ha respetado ese mínimo vital constitucionalmente garantizado a la negociación colectiva. Como se sabe, el derecho de negociación colectiva es de configuración legal y, por tanto, el legislador puede disponer de su configuración mientras no se produzca una vulneración de su contenido esencial. Dicho de otra manera, la regulación legal del derecho no puede vaciar el espacio *«mínimo y vital»* de la negociación colectiva.

Esta interpretación se vería reforzada con un análisis sistemático del régimen de permisos de los empleados públicos<sup>1005</sup>, que, como se sabe, no se encuentra regulado exclusivamente en el artículo 48 del EBEP, toda vez que los permisos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar se recogen en el artículo 49, cuya redacción no ha sido modificada en esta última reforma y se ha mantenido como una norma de mínimos, mejorable por la negociación colectiva. Por lo tanto, el hecho de que el citado precepto no haya sido modificado, ni se imponga la suspensión de los acuerdos en este punto, podría denotar que la intención del Real Decreto-ley no es sustraer la materia de los permisos a la negociación colectiva, sino reducir el suelo negocial en aquellos puntos en los que ha introducido un recorte en su duración. Esta razón explicaría que no se haya impuesto la pérdida de eficacia de las cláusulas negociadas en materia de conciliación, ya que su regulación legal no ha sido minorada y no se precisan nuevos acuerdos que adecuen los márgenes de mejora a la nueva regulación legal.

A pesar de que como se ha visto podrían haber otro tipo de interpretaciones, alguna más respetuosas con las garantías constitucionales, parece que la intención del legislador, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 20/2012, es la de configurar un régimen de permisos de derecho necesario absoluto<sup>1006</sup>. Además, debe tenerse en cuenta que estas restricciones impuestas por el Real Decreto-ley, como medidas de contención de los gastos de personal, pueden responder a la lógica que rige los equilibrios negociales en el sector público. Como es sabido, en el ámbito privado el equilibrio entre las

---

<sup>1005</sup>Tras la reforma aprobada por el Real Decreto-ley 20/2012 los permisos de todos los funcionarios, con independencia de la Administración a la que presten servicios, serán los previstos en el artículo 48 del EBEP. Esta situación pretendidamente homogeneizadora que se impone tras la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2012 puede ser más problemática de aplicar respecto al personal laboral, ya que la doctrina discute el alcance del artículo 51 del EBEP y, por tanto, si el régimen de permisos del personal laboral viene impuesto por el EBEP o por el Estatuto de los Trabajadores.

<sup>1006</sup>*Vid.* a este respecto FERRADANS CARAMÉS, Carmen, «El descuelgue en los convenios colectivos de las Administraciones Públicas», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 173, 2015, pg.129.

pretensiones de los trabajadores y los intereses empresariales se establece a través del cauce ordinario de la negociación colectiva, condicionada, en parte, por el devenir del mercado. Sin embargo este factor no está presente en el ámbito del empleo público lo que puede justificar una intervención unilateral del legislador si, en un determinado marco económico desfavorable, quiere imponer unas determinadas condiciones laborales.

Un problema adicional que plantea el régimen de permisos del EBEP es, nuevamente, su aplicación al personal laboral, ya que las consideraciones realizadas hasta el momento, en sintonía con las previsiones de la norma, parte de una aplicación universal del régimen de permisos a todos los empleados públicos. Así, la propia exposición de motivos del RD-Ley 20/2012, establece que tras su entrada en vigor «*Se homogeniza el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas*». Sin embargo, una interpretación literal de los preceptos afectados debería llevar a una solución contraria, ya que tanto el artículo 48 –Permisos de los funcionarios públicos: «*Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos (...)*»-, como el artículo 50 –vacaciones de los funcionarios públicos: «*Los funcionarios públicos tendrán derecho (...)*»-, limitan su ámbito subjetivo a los funcionarios públicos..

El Capítulo V del Título III del EBEP, que lleva por rúbrica «*Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones*», crea una situación ambigua, al establecer que para el personal laboral al servicio de la Administración se estará a lo regulado para el personal funcionario en la materia, y a lo establecido en la legislación laboral correspondiente (art. 51 EBEP), sin aclarar cuál es la norma preferente y cual, en su caso, la subsidiaria. Si se optara por una interpretación literal, la aplicación de los citados preceptos se limitaría al personal funcionario, mientras que el régimen de permisos del personal laboral se regiría por el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>1007</sup>.

---

<sup>1007</sup> Con el fin de precisar, entre otros, este punto, se dictó la Resolución de 21 de junio 2007, de la Secretaría General para la Administración, por la que se publica la Instrucción 5 de

Este confuso entramado normativo conduce a opiniones diversas entre la doctrina científica. Un sector considera que el personal que presta servicios al amparo de un contrato de trabajo quedaría sujeto a la legislación laboral, salvo en lo relativo al tiempo de trabajo, que se regiría preferentemente por el EBEP. La norma administrativa tendría preferencia aplicativa sobre la normativa laboral, en virtud del principio de especialidad, y la laboral quedaría como supletoria<sup>1008</sup>. En este sentido, el artículo 51 –jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral- vendría a establecer un régimen de subsidiariedad que daría preferencia a la aplicación del capítulo V del EBEP –derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones- para todos los tipos de empleados públicos<sup>1009</sup>.

Sin embargo, para otro sector el artículo 51 debe interpretarse como una cláusula acumulativa o de suplementariedad, lo que llevaría a aplicar la legislación laboral ordinaria (el Estatuto de los Trabajadores y, en general, todo el sistema de fuentes propio del Derecho del Trabajo), siempre y cuando suponga una mejora respecto de lo previsto, con carácter mínimo, en el EBEP<sup>1010</sup>.

Abundando en esta línea, hay autores que consideran necesario recurrir al criterio de norma más favorable. En estos casos, y tratándose de personal

---

junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración del Estado y sus organismos públicos. La interpretación administrativa aboga por la uniformidad, al afirmar que los permisos regulados en los artículos 48 y 49 del EBEP son comunes para ambos regímenes, laboral y funcionarial. Pero la operatividad de esta Instrucción es limitada, toda vez que, por un lado, su radio de acción queda constreñido a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos, sin alcanzar al personal del resto de las Administraciones, y por otro, su pretensión es meramente aclaratoria y la opción interpretativa por la que se decanta no vincula a los tribunales.

<sup>1008</sup>Vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación parcial de Estatutos”», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 293-294, 2007.

<sup>1009</sup>Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 240.

<sup>1010</sup>Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Art. 51. Jornada de trabajo, permisos, y vacaciones del personal laboral» en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.

laboral, sugieren que lo más acertado sería aplicar las reglas del artículo 3.3 del ET y acudir al recurso de la norma que en conjunto y cómputo anual resulte más favorable para el trabajador. Esta línea interpretativa concluye que sólo el artículo 49 del EBEP –permisos de conciliación y por razón de violencia de género- es aplicable al personal laboral, mientras que los artículos 48 –permisos en general- y 50 –vacaciones- se dirigen exclusivamente a los funcionarios públicos<sup>1011</sup>.

Esta postura se ve reforzada, a juicio de otra parte de la doctrina, por una interpretación literal de los citados preceptos. Al establecer el régimen de la ordenación del tiempo de trabajo (jornada, permisos, y vacaciones), el EBEP refiere literalmente la mayoría de sus reglas a los funcionarios públicos. Así ocurre en los artículos 47 (jornada), 48 (permisos en general) y 50 (vacaciones).

Sin embargo, la rúbrica del artículo 49, que se ocupa de los permisos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar y de los permisos por violencia de género, no circunscribe esas medidas a los funcionarios, aunque tampoco alude a todos los empleados públicos. Si se realiza una interpretación conjunta de los artículos 49 y 51 –cláusula genérica que establece el régimen del personal laboral- se podría llegar a entender que, por remisión del 51 del EBEP, el artículo 49 es aplicable a todos los tipos de empleados y empleadas públicos, con independencia de si su relación es laboral o funcionarial<sup>1012</sup>.

Ahora bien, una interpretación sistemática de la norma plantea más dudas teóricas, a este respecto, y no pocos problemas prácticos. Desde luego, resulta discutible que el criterio de norma más favorable se pueda articular de la manera propuesta, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 3.3 del ET no

---

<sup>1011</sup> Vid. LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *op.cit*, pg. 147.

<sup>1012</sup> Así lo hace José Manuel LÓPEZ GÓMEZ (*op.cit*) que entiende que los artículos 47 y 48, aparte de utilizar expresamente el término restrictivo de funcionarios, no podrían ser aplicados a los trabajadores y trabajadoras en régimen laboral, atendiendo al inciso contemplado en el artículo 48.1, que establece textualmente que “*en defecto de legislación aplicable, los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes (...)*”, con lo que sólo entra en juego en defecto de legislación aplicable y en este caso se puede entender que la legislación aplicable es la laboral.

justifica el denominado «*espiguelo*», o aplicación selectiva y parcial de los contenidos más favorables de distintas normas concurrentes (STS 29 junio de 2010<sup>1013</sup>), y aunque la doctrina y la jurisprudencia defienden mayoritariamente que los términos de comparación no son cada una de las normas concurrentes, sino grupos de materias homogéneos<sup>1014</sup>, debería justificarse por qué se acepta la aplicación del artículo 49 del EBEP a los contratados laborales, pero se rechaza la del resto de los artículos del capítulo.

La interpretación literal tampoco permite obtener una respuesta concluyente. Es cierto que el artículo 49 del EBEP, al establecer las condiciones de ejercicio de los permisos de conciliación y por violencia de género, no utiliza el término restrictivo de funcionario en la rúbrica, pero sí lo hace en el contenido. En efecto, el citado precepto dispone que «*el cómputo del plazo se contará a elección del funcionario*» (art.49. b segundo párrafo), o que «*los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto, maternidad, paternidad, adopción y acogimiento (...)*» (art.49.c último párrafo, *in fine*), y alude a los «*permisos por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria*» (art. 49.d).

En este confuso marco legal, no resulta extraño que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 mayo de 2009<sup>1015</sup> considere que «*los artículos 47 a 50 del EBEP están dirigidos esencialmente a quienes ostentan la condición de funcionarios públicos, como puede deducirse de la Exposición de Motivos (cuando afirma que el Estatuto actualiza el catálogo de derechos de los empleados públicos, incorporando a los más tradicionales otros de reciente reconocimiento), y, fundamentalmente, de los términos en que aparecen redactados los sucesivos preceptos*». En clara sintonía con esta sentencia del

---

<sup>1013</sup> Rec.111/2009.

<sup>1014</sup> Vid. RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, y ÁLVAREZ ALONSO, Diego, «Criterios de interpretación y aplicación», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, pg.357.

<sup>1015</sup> Rec. 97/2008.

Tribunal Supremo, algunos Tribunales Superiores de Justicia se han decantado por la aplicación de la legislación laboral a los trabajadores y trabajadoras de la Administración Pública en estas materias<sup>1016</sup>.

Sin embargo, esta interpretación conlleva un problema adicional tras la reforma introducida por el RD-Ley 20/2012, especialmente respecto de determinados permisos, en concreto los días por asuntos propios, ya que al dejar sin eficacia los convenios colectivos existentes, y al no poderse aplicar el EBEP como norma de mínimos, se habría creado una «laguna» temporal respecto del personal laboral. En efecto, si los permisos de origen legal del personal laboral son los regulados en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores no estaría en su régimen los permisos por asuntos propios, que solo se disfrutaría por reconocimiento convencional.

No obstante, no parece que la intención del legislador, al aprobar el Real Decreto Ley 20/2012 fuera la de eliminar totalmente los permisos por asuntos propios del personal laboral, sino equipararlos a los previstos en el EBEP para el personal funcionario. En efecto, la propia exposición de motivos de la norma prevé que la modificación operada sobre el artículo 48 trata de homogeneizar el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas, al tiempo que trata de racionalizar el gasto de personal mediante la limitación del número de días de asuntos particulares y de días adicionales a los de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones Públicas, a lo que añade que «*se adoptan medidas con la misma finalidad en relación con el personal laboral*». Por tanto, parece que la intención del legislador respecto del personal laboral era la misma que respecto de funcionarios, limitar esos días y eliminar el exceso, respecto de la nueva redacción del EBEP, que se hubiera negociado en cada Administración, pero, en ningún caso, eliminarlos.

Por todo ello, parece que lo más correcto es entender el artículo 51 del

---

<sup>1016</sup> En este sentido las STSJ de las Islas Canarias 1075/2009 de 28 de diciembre, y STSJ de C. Valencia 3365/2009, de 17 de noviembre y 1726/2010, de 1 junio.

EBEP como una norma de mínimos, que conlleva la aplicación conjunta de ambas legislaciones. De tal manera que se deben respetar los mínimos previstos en ambas normas, esto es artículo 37.3 del ET y 48 del EBEP, sin que, en ningún caso, sean acumulables los excesos previstos en una respecto de la otra. En efecto, en aquellos casos en los que una de las normas regule de forma más favorable un permiso se aplicará ese, entendiendo que conjuntamente se está aplicando también la otra normativa, pero que la citada regulación queda absorbida en la más favorable. Por esta vía se daría acceso a los permisos por días de asuntos propios al personal laboral, en los términos previstos en el EBEP.

## **6. Fuerza vinculante del convenio y limitaciones de orden público o interés general**

Como antes se vio, en el ámbito del empleo público, la ley tiene un mayor protagonismo en la determinación de las condiciones de trabajado, lo que conlleva una paralela limitación de la negociación colectiva como fuente reguladora de las mismas. Esta diferencia entre la intensidad legislativa en el ámbito público y privado se explica por qué en el ámbito público no se puede reproducir los esquemas del derecho privado en el que las partes pueden, libremente, ceder en sus contrapuestos intereses y llegar a un acuerdo, ya que los intereses en juego no son meramente privados, sino que afectan al interés general. Por eso en el ámbito público la negociación colectiva se subordina, con mayor intensidad, a la ley.

Esta mayor sujeción de la negociación colectiva respecto de ley es posiblemente el fundamento del artículo 38.10 del EBEP, el cual establece que *«se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público»*.

La literalidad inicial del artículo planteó la duda de si este era de aplicación al personal laboral, y por tanto, la Administración podía inaplicar un convenio colectivo en aquellos casos en los que concurrieran las circunstancias previstas en el precepto, o si por el contrario solo era de aplicación a los pactos y acuerdos del personal funcionario. La doctrina, tanto científica como judicial, se decantó por una interpretación restrictiva, limitado el ámbito subjetivo del mismo al personal funcionario.

Así, el Tribunal Supremo afirmó que «*el apartado 10 del artículo 38 del EBEP no ampara la desvinculación de lo pactado en un convenio colectivo suscrito por la Administración Pública y su personal laboral*» (STS de 28 de septiembre de 2011<sup>1017</sup>). Esta decisión se fundaba en el hecho de que el propio EBEP deja meridianamente claro que la negociación colectiva del personal laboral se rige por la legislación laboral y no por las normas destinadas a los funcionarios públicos y, en segundo lugar, porque la fuerza vinculante del convenio colectivo reconocida en el artículo 37.1 de la Constitución impedía que el artículo 38.10 del EBEP fuera de aplicación al personal laboral.

La doctrina judicial entendía que el distinto fundamento jurídico de la negociación colectiva del personal laboral y el funcionario, debía influir en la manera legal en la que se podía afectar uno y otro (STS de 21 de marzo de 2002)<sup>1018</sup>. Así parecía que se había entendido inicialmente también por parte del legislador y, por eso, el EBEP solo hacía referencia en su artículo 38.10 a la modificación o suspensión de los pactos y acuerdos del personal funcionario, sin que se aludiera a una eventual aplicación a los convenios colectivos del personal laboral. Esta falta de previsión respecto de los laborales fue entendida por los autores no como una laguna jurídica sino como el reconocimiento por parte de la

---

<sup>1017</sup> Rec. 25/2011.

<sup>1018</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Política y Social*, nº 137, 1983.

norma de esa doble identidad constitucional de la negociación colectiva de funcionarios y laborales<sup>1019</sup>.

Sin embargo, en el año 2012 se aprobó el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que modificó el artículo 32 del EBEP previendo que *«se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público»*.

Esta previsión, conforme a lo expuesto en la propia exposición de motivos de la norma, no tenía otra pretensión que aclarar el ámbito de aplicación de la medida, ampliando por tanto, el ámbito subjetivo previsto inicialmente en el artículo 38.10 del EBEP. La incorporación de esta cláusula para el personal laboral, según la propia norma, no trataba sino de homogeneizar las situaciones en las que estuviera en juego el interés público, con independencia de que los acuerdos hayan sido adoptados en el ámbito de las mesas generales de negociación o a través de la negociación colectiva del personal laboral. La intención de equiparar los regímenes del personal funcionario y laboral se observa también en la redacción de la disposición adicional segunda del Real Decreto 20/2012, que recoge las razones *«extraordinarias»* que ampararían la utilización de dicha cláusula por parte de la Administración, tanto para personal laboral como para funcionarios.

Sin embargo, y a pesar de que la intención de legislador resulta ahora inequívoca, no se puede realizar dicha equiparación con carácter absoluto, ya

---

<sup>1019</sup>*Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, «Jerarquía normativa vs fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público», *Documentación laboral*, nº97, 2013, pg.32-33.

que se estaría obviando lo que antes se puso de manifiesto: la distinta matriz de la que parte la negociación colectiva de los funcionarios y la de los trabajadores, y, por tanto, su distinta significación. Por ello, cualquier planteamiento al respecto exige un enfoque necesariamente constitucional que parta del papel asignado al legislador por el artículo 37.1 CE, quien debe garantizar el derecho a la negociación colectiva, así como la fuerza vinculante de los convenios.

En este contexto, se podría afirmar que la reforma del año 2012 no supone sino una codificación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» en el campo de la negociación colectiva del sector público<sup>1020</sup>. En efecto, a pesar de que con carácter general se impone el respeto a lo pactado, en aplicación del principio básico de «*pacta sunt servanda*» reconocido con carácter colectivo en el artículo 37 de la CE, existiendo causas sobrevenidas y excepcionales que rompan el equilibrio natural, puede justificarse la inaplicación del convenio, tal como prevé el artículo 32 del EBEP respecto del personal laboral y el artículo 38.10 del EBEP respecto de los funcionarios.

Aun así, algunos autores entienden que con esta norma el legislador, llamado por la Constitución a ser el garante de la fuerza vinculante de los convenios, decide una restricción contra la propia naturaleza de esta y, por ende, contra el citado encargo constitucional, al otorgar a la Administración la posibilidad de suspender o modificar lo pactado<sup>1021</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó todos los recursos que se plantearon en este sentido, al entender que «*del artículo 37.1 de la Constitución Española no emana ni deriva una supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la*

---

<sup>1020</sup>Como se sabe, la cláusula «*rebus sic stantibus*» no requiere un reconocimiento legal, pero dada la especial naturaleza de los acuerdos colectivos, que en puridad no son un simple contrato bilateral, sino instrumentos que se integran el sistema de fuentes de las relaciones laborales, parece razonable que la posible aplicación de una cláusula limitativa de su efectividad se refuerce mediante un reconocimiento legal. En este sentido, es necesario recordar que la jurisprudencia ha aceptado la existencia de cláusulas «*rebus sic stantibus*» en materia de negociación colectiva [SSTS 23 de febrero de 1996 (rec. 2543/1995) y 14 de enero de 1997 (rec.609/1996)].

<sup>1021</sup>*Vid.* FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, Juan José, «El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes», *Documentación laboral*, N°97, 2013, pg.18-19

*norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevinida ya que en virtud del principio de jerarquía normativa es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley» (ATC 85/2011, de 7 de junio, 205/2012, de 30 de octubre).*

Aun así, no debe confundirse la intangibilidad del convenio con su fuerza vinculante. Por tanto, si bien se puede decir que mientras que el convenio colectivo puede ser alterado por la entrada en vigor de una disposición de mayor rango normativo, y eso no se discute, más problemático resulta que una norma habilite la modificación o suspensión de alguna de sus cláusulas<sup>1022</sup>. Por ello, es necesario distinguir dos planos de análisis. Por un lado, cuando una ley se modifica una concreta condición de trabajo, en cuyo caso la pertinencia de la modificación se reconduce a una cuestión de jerarquía normativa o subordinación del convenio colectivo a la norma estatal. Y, por otro lado, cuando se regula con carácter general la eficacia de la negociación colectiva en el ámbito del empleo público.

En este contexto, cabe advertir que la reforma introducida por el RD-ley 20/2012 no modifica ni suspende convenios colectivos por sí misma, sino que introduce una cláusula que habilita a cada Administración Pública a hacerlo unilateralmente, lo que, a la postre, plantea una situación diferente, ya que no se trata de que una ley posterior altere o modifique un convenio, sino de legalizar una fórmula que permite a una de las partes, por un cauce excepcional, alterar o suspender lo pactado en convenio colectivo<sup>1023</sup>. Y, en tales términos, sí podrían plantearse dudas de constitucionalidad, ya que la consagración de esta fórmula en el artículo 32.2 del EBEP puede afectar al contenido de la norma constitucional que dota de fuerza vinculante a los convenios colectivos, y que obliga al legislador a garantizarla.

---

<sup>1022</sup>*Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, «Jerarquía normativa vs fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público», *Documentación laboral*, nº97, 2013, pg. 40.

<sup>1023</sup>En este sentido, la Plataforma Estatal Sindical y de Asociaciones Profesionales de Empleadas y Empleados Públicos ha planteado una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, por entender transgredido el Convenio 151 OIT.

Sin embargo, la doctrina ha tratado de superar esta eventual tacha de inconstitucionalidad entendiendo que la norma establece claramente cuáles son los supuestos de hecho habilitantes para su utilización y que, por tanto, los límites para su aplicación son precisos. Esta previsión excepcional se explica por la necesidad de habilitar fórmulas de actuación extraordinaria para aquellos supuestos de necesidad que requieran una intervención de tal naturaleza, ante las circunstancias derivadas de un fuerte desequilibrio en las cuentas públicas, en la línea de lo establecido en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, tal como exigen los principios de legalidad y cobertura presupuestaria, previstos en el artículo 33 del EBEP (SSTSJ Madrid 20001/2011, de 30 de junio y 20005/2011, de 6 julio)<sup>1024</sup>.

Aun así, el artículo 32 EBEP presenta otras dificultades interpretativas, ya que, conforme a la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 20/2012, será causa de suspensión o modificación del cumplimiento de convenios, la concurrencia de causas graves que obliguen a la Administración a adoptar *«medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público»*, lo que parece que encaja mal, al menos como causa extraordinaria, con la nueva redacción del artículo 135 de la CE, en virtud de la cual el principio de estabilidad presupuestaria pasa a integrar los principios de actuación administrativa, también cuando actúa como empleadora. En este sentido, la necesidad de una estabilidad presupuestaria, que habilita la aplicación del artículo 32 del EBEP, ya no es una causa extraordinaria, sino que se integra como principio rector de la actuación ordinaria de la Administración, *ex* artículo 135 CE<sup>1025</sup>.

Sin embargo, otros autores entienden que las circunstancias exigidas por

---

<sup>1024</sup> Vid. FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, Juan José, «El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes», *Documentación laboral*, N°97, 2013, pg.18-19

<sup>1025</sup> Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, «Las reformas en el empleo público en el escenario de la crisis económica», debates celebrados en el Consejo Económico y Social, Madrid, 1 de febrero de 2013.

la norma deben considerarse como causas realmente excepcionales, que justifiquen, por un lado, la adopción de la medida y, por otro, la adecuación de tales medidas para paliar la situación negativa, derivada de esa precisa alteración de las circunstancias económicas en la que se encuentra la Administración Pública<sup>1026</sup>. Para estos autores, solo los contenidos que tengan una conexión directa con los costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por esta medida<sup>1027</sup>.

No obstante, la necesaria conexión con los costes económicos no limita la inaplicación del convenio a las retribuciones y percepciones extrasalariales, sino que también podría afectar a condiciones de trabajo que, sin ser propiamente retributivas, presenten una inmediata afectación sobre los costes de personal globalmente considerados de la Administración Pública como empleadora<sup>1028</sup>. Aún así, lo que tampoco cabe es presumir que todo lo pactado en convenio colectivo puede ser objeto de inaplicación por esta vía, ya que siempre es posible encontrar un resultado económico a cualquier tipo de

---

<sup>1026</sup> En este sentido, la SAN 47/2013, de 19 de abril, vincula las medidas introducidas por el Real Decreto Ley 20/2012 con los objetivos fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que ha venido a desarrollar el mandato contenido en el art. 135 de la Constitución española, y que da cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012. El Tribunal entiende que la suspensión de convenios y acuerdos prevista en el 32 del Estatuto Básico del Empleado Público garantiza una adaptación continua y automática a la normativa europea, que persigue garantizar la sostenibilidad financiera, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía y reforzar el compromiso con la estabilidad presupuestaria, mediante la contención del gasto.

<sup>1027</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg.52-53.

<sup>1028</sup> Así, la Audiencia Nacional (SAN 47/2013, de 19 de abril), entendió que era lícito la aplicación del artículo 32 en supuestos de suspensión de la percepción de la póliza sanitaria y dental, así como el complemento de acción social, integrantes todos ellos de los gastos de acción social. También, la STSJ de Andalucía 99/2014, de 23 de enero consideró lícita la suspensión de una serie de artículo del convenio colectivo del personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Manilva relativos a programas de productividad, vacaciones, mejoras voluntarias, ayuda escolar, prestaciones sanitarias, opción en supuestos de despido, trabajados de distinta categoría, premio de permanencia, jubilaciones y retribución de pagas extraordinarias. El Tribunal aceptó la modificación al entender que las materias objeto de suspensión tenían directa o indirectamente incidencia en el presupuestos, en tanto que precisaban de dotación económica para su materialización. De una manera similar, la STSJ de Murcia 589/2013, de 3 de junio y la STSJ de Asturias 2268/2013, de 22 de noviembre entiende que es lícita la aplicación del artículo 32 del EBEP para modificar o inaplicar un convenio colectivo en materia de jornada y horarios.

compromiso asumido por vía convencional.

Así pareció entenderlo también la jurisprudencia, que consideró que para que se pueda proceder a la aplicación del artículo 32 del EBEP no vale la mera afectación a materias de contenido económico. En efecto, los tribunales han establecido que, dados los términos de excepcionalidad con los que está redactado el precepto, para que se pueda inaplicar o modificar un convenio debe concurrir una causa grave que afecte al interés público y, además, que la modificación o suspensión adoptada sea adecuada para salvaguardar dicho interés (STS 8 de octubre de 2014<sup>1029</sup>)<sup>1030</sup>.

Entendido el precepto de esta manera, el artículo 32 del EBEP instaaura «*un procedimiento específico de descuelgue de condiciones de trabajo para el conjunto del sector público, en paralelo para funcionarios y personal laboral*»<sup>1031</sup>. En este sentido, se presenta, respecto del personal laboral, como un mecanismo asimilado al del descuelgue de condiciones de trabajo, regulado en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, presenta un cualitativo contraste en su vertiente procedimental, ya que en el caso del descuelgue se requiere un procedimiento negociado, mientras que en el sistema instaurado por el EBEP es una decisión unilateral de la Administración, aunque se debe informar a las organizaciones sindicales<sup>1032</sup>.

Los defensores de esta interpretación, entienden que se crea un

---

<sup>1029</sup>Rec. 2609/2013.

<sup>1030</sup>Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña nº 4775/2013, de 5 de julio, entendió lícita la suspensión de incentivos regulados en convenio colectivo de una sociedad pública intervenida judicialmente en el seno de un proceso penal y cuyas cuentas presentaban un grave desequilibrio económico.

<sup>1031</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 51. Esta opinión también es compartida por la doctrina judicial que ha entendido que «*el artículo 32 del EBEP habilita un sistema extraordinario para suspender o modificar el cumplimiento de un convenio colectivo que es ajeno a la regulación legal de la modificación sustancial de condiciones de trabajo*» (STSJ de Castilla-León 943/2013, de 15 de mayo y STSJ de Andalucía 99/2014, de 23 de enero).

<sup>1032</sup> STSJ de Murcia 589/2013, de 3 de junio y STSJ de Andalucía 99/2014, de 23 de enero.

procedimiento especial de descuelgue para el sector público, porque las previsiones del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores no tienen cabida en el ámbito de las Administraciones Públicas<sup>1033</sup>.

En primer lugar, porque el artículo 82.3 está ideado para un escenario en el que la empresa afectada por una dificultad económica, técnica, organizativa o productiva pretende descolgarse de un convenio colectivo sectorial, situación que difícilmente se puede producir en el ámbito de la Administración Públicas, en el que casi no existen convenios de este tipo.

En segundo lugar, porque la relación de causas justificativas del descuelgue tiene su lógica aplicativa en entidades que se desenvuelven en el ámbito de la concurrencia mercantil y, especialmente, respecto de entidades orientadas hacia el lucro económico, circunstancias que no concurren en la actividad administrativa. Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta que el legislador ha procedido a efectuar una adaptación de la definición normativa de las causas justificativas de los despidos colectivos al ámbito de las Administraciones y entidades públicas (DA. 20ª ET), pero que, sin embargo, no ha efectuado una operación en paralelo respecto del procedimiento de descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo.

Por último, la inaplicación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, y la creación de un procedimiento específico en este ámbito, se justifica por la inoperatividad en el empleo público de los trámites procedimentales previstos para adoptar este mecanismo en la legislación laboral. En concreto, el arbitraje obligatorio resuelto, directa o indirectamente, por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano

---

<sup>1033</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 51 y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC», en VV.AA., *Jornadas Técnica de la CCNCC: Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*, Madrid, 2014, pg.13-14.

correspondiente de las Comunidades Autónomas no resulta articulable en el ámbito de la Administración Pública<sup>1034</sup>.

Esta idea se refuerza con las previsiones de la DA 3ª del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la cual distingue dos situaciones la del «*personal laboral de las Administraciones Públicas*» y la del personal que preste sus servicios en «*las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análogo naturaleza*». Para este último, se aplican las reglas generales sobre procedimiento arbitral en el seno de la Comisión, sin perjuicio de las especialidades que eventualmente se establezcan por los Ministerios de Empleo y Hacienda. Por el contrario, los primeros quedan exceptuados de la intervención de la Comisión Consultiva, resultando de aplicación, «*la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*»<sup>1035</sup>.

Se puede concluir que respecto del personal laboral del sector público se debe distinguir entre aquel personal contratado por una Administración Pública, en sentido estricto, y el resto de personal que presta servicios en el sector público. Respecto del primer colectivo la inaplicación de condiciones pactadas en convenio se hará por la vía del artículo 32 del EBEP, mientras que respecto de los segundos se acudirá a la legislación laboral ordinaria, esto es, al artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, existe algún pronunciamiento judicial que ha admitido la aplicación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores por una

---

<sup>1034</sup>Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 41-42.

<sup>1035</sup>Vid. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC», en VV.AA., *Jornadas Técnica de la CCNCC: Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*, Madrid, 2014, pg.14.

Administración Pública. La STSJ de Murcia 77/2014, de 17 febrero consideró lícita la decisión de un Ayuntamiento de suspender determinados complementos salariales al concurrir las causas económicas y organizativas alegadas<sup>1036</sup>.

En otro orden de cosas, en lo relativo a los límites de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública hay que señalar que estos parten del propio reconocimiento del derecho en el texto constitucional. El modelo constitucional carece de una delimitación precisa del espacio propio atribuido a la autonomía negocial, ya que se limita a reconocer el derecho en materia «*laboral*». En la imprecisión del artículo 37 de la Constitución subyace la autolimitación de un intervencionismo excesivo del Estado, garantizando, así, un espacio a la autorregulación<sup>1037</sup>.

A pesar de que en principio rija la libertad en la negociación, esta debe estar sometida al respeto del sistema de valores y derechos consagrados en el texto constitucional (STC 177/1988, de 10 de octubre, y 28/1992, de 9 de marzo). Por ello, el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores establece la libertad de negociación «*dentro del respeto a las leyes*». Además, la propia jurisprudencia constitucional ha puesto de manifiesto que al ser la autonomía colectiva expresión de la autonomía privada, las exigencias vinculadas a su reconocimiento y ejercicio no tienen el mismo alcance en todos los contextos, sobre todo en lo relativo al ámbito público<sup>1038</sup>.

---

<sup>1036</sup>El Tribunal entendió que en el supuesto de hecho el Ayuntamiento había cumplido el trámite de negociación impuesto por el Estatuto de los Trabajadores. Además, aclaraba que la medida de suspensión de los complementos retributivos que pretendía adoptar el Ayuntamiento se llevó directamente, para su discusión y negociación, a la Mesa General de Negociación, y no a la comisión constituida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET, ya que el propio Convenio Colectivo del Ayuntamiento atribuía a la mesa esa competencia en caso de inaplicación del propio convenio.

<sup>1037</sup>*Vid.* MONEREO PÉREZ, José Luis, «Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba», *Temas Laborales*, núm.120/2013, pg.456.

<sup>1038</sup>*Vid.* GARCÍA BLASCO, Juan, «La jurisprudencia constitucional relativa a la negociación colectiva», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N°76, 2004, pg. 74.

Por esta razón, los límites de la negociación colectiva serán diferentes en función de que se desarrolle estrictamente entre sujetos privados y aquellos casos en los que uno de los interlocutores tenga carácter de ente público. En efecto, la participación de la Administración Pública en la negociación colectiva de su personal laboral obliga a modular la aplicación de determinados aspectos de la misma.

Hay que destacar que más allá de los límites expresamente previstos en el artículo 33 del EBEP –«*principio de legalidad*» y «*cobertura presupuestaria*» (vid. Cap.VIII.2)- la negociación colectiva en el ámbito de la Administración está sometida con mayor intensidad al orden jurídico constitucional en su conjunto. En este punto es necesario «*rescatar*» las materias relacionadas en el artículo 37.2 del EBEP. A pesar de que, como antes se vio (Cap. VIII.5), este precepto no es de aplicación al personal laboral, pueden tener relevancia en este contexto. En efecto, las materias relacionadas en el artículo coinciden con aquellas que la Comisión para el estudio y preparación del EBEP entendió que debían excluirse de la negociación por su vinculación inherente con los fines últimos de la Administración y, por ende, con el orden público.

No podrá ser objeto de negociación los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica. Aún así, la interpretación de este precepto no fue pacífica en la doctrina, ya que para algunos autores la previsión está haciendo referencia al poder de dirección de la Administración en cuanto empleadora<sup>1039</sup>, mientras que para otros se refiere al poder inherente al ejercicio de la potestad pública<sup>1040</sup>.

---

<sup>1039</sup> Vid. MAURI MAJÓS, Joan, «Cap.VI. Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.316.

<sup>1040</sup> Vid. FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, Juan José, «Artículo 37. Materias objeto de negociación», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 359.

Esta última opinión es compartida por la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico Empleado Público que cuando se refiere a los poderes de dirección y control lo hace en relación con los que son propios a una relación jerárquica, inherente a la potestad pública<sup>1041</sup>. Así, la Comisión entendió que debían quedar excluidas de la negociación colectiva las decisiones que afectarían a las potestades organizativas de la Administración en su triple acepción. Por un lado, respecto del poder de estructuración de competencias y órganos administrativos, por otro lado, en los relativo al poder de elección de las modalidades de gestión y, por último, respecto de los poderes de dotación o asignación de medios. En estos casos, la Comisión aconsejaba que las organizaciones sindicales fueran consultada cuando el ejercicio de aquellas potestades tuviera repercusión sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos<sup>1042</sup>.

Para otros autores, sin embargo, el precepto se refiere a los poderes de dirección y control que ostentaría la Administración en su función de empleadora<sup>1043</sup>. Los defensores de esta concepción entienden que la restricción de negociar debería alcanzar a la determinación de las funciones y tareas propias de un determinado puesto de trabajo y su adaptación a las necesidades de los servicios, a la localización de las personas en los puestos correspondientes a los diferentes centros de trabajo de una Administración Pública, a la determinación concreta del tiempo de trabajo y a su extensión con carácter extraordinario, siempre en el marco de las normas sobre jornada y horario. Y, por último, a la adopción u aplicación de los pertinentes medios de control y vigilancia y

---

<sup>1041</sup>*Vid.* de Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público 25 de abril de 2007, pg.183

<sup>1042</sup>*Vid.* de Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público 25 de abril de 2007, pg.183-184.

<sup>1043</sup>*Vid.* MAURI MAJÓS, Joan, «Cap.VI. Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.316.

valoración de la actividad de las personas en el seno de las correspondientes estructuras administrativas<sup>1044</sup>.

Sin embargo, esta interpretación podría encajar mal con las llamadas a la autonomía colectiva recogidas a lo largo del EBEP, en las que se prevé que la actuación de la Administración tales como categorías profesionales, la jornada – y su distribución-, así como la realización de horas extras se encuentren consensuados previamente, recogidas principalmente en el convenio colectivo. Incluso la potestad de vigilancia, control y valoración, ya que en la Administración Pública esta se realiza a través de la evaluación del desempeño, instrumento que el propio EBEP exige que sea negociado. En este sentido, debe de tenerse en cuenta, además, que el propio artículo 64.5.f) del Estatuto de los Trabajadores exige que los representantes legales de los trabajadores deberán emitir un informe previo a «*la implantación o revisión por el empresario de los sistemas de organización y control del trabajo*»<sup>1045</sup>. Por tanto, debe entenderse que el citado precepto está aludiendo a la vertiente de poder público y que, precisamente por esta razón, se sustrae a la negociación colectiva.

En este mismo sentido, se excluye de la negociación la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y las disposiciones administrativas, ya que los acuerdos bilaterales de la negociación no pueden afectar a derechos e intereses de terceros, ni al régimen general y común de producción de las decisiones de las Administraciones Públicas, por ser esta una cuestión de orden público reservada a la ley.

Por esta misma razón, debe excluirse de la negociación colectiva la regulación concreta y la determinación en cada caso de los sistemas, criterios, órganos y procedimiento de acceso. Conviene recalcar que se trata de materias que afectan al derecho fundamental de la igualdad de los ciudadanos en el

---

<sup>1044</sup> Vid. MAURI MAJÓS, Joan, *op.cit.*, pg.316.

<sup>1045</sup> Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP», *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg. 2131-2132.

acceso a los cargos y funciones públicas, respecto de las cuales la Administración ejerce potestades públicas que por esencia no pueden ser objeto de renuncia o transacción. Son las normas objetivas elaboradas exclusivamente en cumplimiento de aquel derecho fundamental, y las decisiones de los órganos públicos responsables de aplicarlas las que deben garantizar la igualdad de oportunidades entre quienes ya son empleados públicos y los que no lo son o entre unos y otros grupos de empleados<sup>1046</sup>.

Estas materias no se excluyen de la negociación colectiva del personal laboral por no encontrarse en su ámbito objetivo, conforme a las previsiones del artículo 37.2 del EBEP, sino porque configuran un límite de orden público infranqueable, que debe entenderse incorporado en el inciso inicial del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores: «*dentro del respecto a la leyes*».

Este límite implícito del orden público conlleva, además, que ciertas materias que en el ámbito privado son plenamente disponibles para la negociación colectiva, tengan una naturaleza diferente en la Administración Pública. Caso paradigmático es el régimen disciplinario que, como antes se vio, se regula por el EBEP, sin que sea posible una aplicación subsidiaria de la normativa laboral –ni el Estatuto de los Trabajadores, ni la negociación colectiva– en aquellos supuestos en los que no esté expresamente contemplada tal posibilidad (*vid.* Cap. VII.4).

Aún así, esta interpretación no es unánime, y hay quien aboga por una aplicación conjunta en aquellos extremos en los que el EBEP no haya regulado la materia. En concreto, algunos pronunciamientos judiciales aplican conjuntamente del EBEP y del ET en materia de prescripción, entendiendo que el EBEP solo regulaba la llamada prescripción larga, y que, sin embargo, no

---

<sup>1046</sup> Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, pg. 183-184.

recoge el plazo de prescripción corta previsto en el artículo 60 del ET<sup>1047</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que en el instituto de la prescripción regulado por el EBEP no hay remisión alguna a la legislación laboral y que no cabe entender que su régimen sea incompleto, por lo que a todos los empleados públicos se les aplicarán los plazos previstos en el EBEP y en ningún caso se acudirá a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores<sup>1048</sup>. Por tanto, el legislador ha optado por un sencillo esquema de fijación de un plazo<sup>1049</sup>, y de la determinación del momento inicial de cómputo (STS 23 de mayo de 2013<sup>1050</sup>)<sup>1051</sup>.

Y ello es así en la medida en que, como antes se advirtió, la potestad sancionadora de la Administración se somete a los mandatos del artículo 103 de la Constitución Española, lo que implica que su fundamento último es la salvaguarda del interés general y no privado. Pudiendo imponerse, por ello, mayores restricciones en este ámbito. Estas limitaciones pueden conllevar que ciertos extremos de la potestad, como el supuesto de la prescripción ahora analizado, deban ser consideradas como normas de orden público, lo que parece excluye su disponibilidad para los agentes sociales, situación que no se produce en el empleo privado en el que esta se puede modular<sup>1052</sup>.

En efecto, el instituto de la prescripción está directa y funcionalmente

---

<sup>1047</sup>Vid. la STS de 4 de noviembre de 2012 (Rec. 88/2010) y STSJ de Madrid n.º /2011, de 7 de marzo.

<sup>1048</sup>STS de 23 de mayo de 2013, Rec. 2178/2012 y STSJ de Madrid n.º /2013, de 19 de diciembre, STSJ de la Comunidad Valenciana n.º /2000, de 9 de marzo).

<sup>1049</sup>Algunos autores también se han manifestado a favor de la unificación del régimen de la prescripción entre funcionarios y laborales, entendiéndose que se aplica por igual a todos los tipos de empleados públicos el artículo 97 del EBEP. Vid. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, «El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, n.º15, 2007, pg.68.

<sup>1050</sup>Rec. 2178/2012.

<sup>1051</sup>Aún así, el TS advierte que «*cuestión distinta será la incidencia de la falta de conocimiento como consecuencia de la propia conducta de ocultación del trabajador, doctrina elaborada jurisprudencialmente en relación al plazo de prescripción larga que se acomodaría perfectamente al supuesto del artículo 97 del EBEP*».

<sup>1052</sup>Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.971.

vinculado al principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la CE. Por ello, el régimen jurídico de la prescripción ni siquiera es plenamente disponible para el legislador, ya que, por ejemplo, no puede declarar imprescriptibles las acciones (STC 147/1986, de 25 de noviembre). Esta vinculación con los valores constitucionales impone restricciones incluso en aquellos casos en los que se acepta su disponibilidad para la autonomía de la voluntad. Así, por ejemplo, sería lícito un pacto de las partes para modelar su eficacia, a través de la interrupción, pero en ningún caso estaría al alcance de la autonomía privada eliminarla (STS de 24 de julio de 1989)<sup>1053</sup>.

Traspassando esta idea general al ámbito de régimen disciplinario en el empleo privado, se admite la disponibilidad de los plazos para la autonomía colectiva, los cuales podrían ser modulados respecto de los previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la vez que resultaría lícita la regulación de supuestos de interrupción [*v.gr.* incoación de un expediente disciplinario]<sup>1054</sup>. No obstante, esta disponibilidad solo sería posible si las previsiones del convenio colectivo no resultaran más gravosas para el trabajador que las previstas en el Estatuto. En efecto, se entiende que los plazos de prescripción previstos en el artículo 60 del Estatuto de los Trabajadores son una regulación

---

<sup>1053</sup>Vid. CARCELÉN GARCÍA, Javier, *Faltas y sanciones: el expediente disciplinario en la empresa*, Fundación Confemetal, Madrid, 2001, pg. 249-250.

<sup>1054</sup> Así, por ejemplo, se admite que por convenio colectivo se prevea que la incoación del expediente sancionador exigido en la propia norma sea causa de interrupción de la prescripción (STSJ Cataluña (Sala de lo Social) nº 7805/2003, de 9 de diciembre). Sin embargo, doctrina precedente había establecido que La iniciación de un expediente disciplinario únicamente interrumpe la prescripción cuando reúne el doble requisito de ser indispensable y cumplir la autentica finalidad instructora o investigadora de los hechos (SSTS 15 de abril 1994, 28 de febrero de 1995, 26 de diciembre de 1995). En lo que respecta al personal funcionario, al menos de la AGE, habrá que seguir teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 20.2 RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, en cuanto a la interrupción del plazo de prescripción de las infracciones. Así, se prevé que la prescripción «*se interrumpirá por iniciación del procedimiento a cuyo efecto la resolución de incoación del expediente disciplinario deberá ser debidamente registrada, volviendo a correr el plazo si el expediente permaneciere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al funcionario sujeto al procedimiento*». Vid. QUESADA LUMBRERAS, Javier E., «Título VII. Régimen disciplinario», en VV.AA. MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg. 954.

de carácter necesario y no pueden ser alterados «*in peius*» por un convenio (STS 15 de abril de 1994<sup>1055</sup> y STSJ Cataluña nº 857/1999, de 5 de febrero)<sup>1056</sup>. Sin embargo, si serían lícitos los pactos individuales y, sobre todo colectivos, que fijen plazos de prescripción inferiores a los señalados legalmente (STS 17 de enero de 1983<sup>1057</sup>).

Sin embargo, en el ámbito de la Administración Pública la prescripción, como antes se ha visto, debe considerarse una cuestión de orden público, por lo que no puede ser disponible para la autonomía privada. En efecto, la mayoría de las conductas tipificadas como infracciones en el orden privado se refieren al trabajo desarrollado en la empresa que puede afectar negativamente a la producción de esta y/o al clima laboral en el que se desarrolla. Por tanto, si el empresario decide voluntariamente, en su caso a través de un pacto colectivo, atenuar o tolerar ciertas conductas accediendo a unos plazos de prescripción menores, en principio, el mayor –o único perjudicado- será el buen rendimiento de su empresa. Sin embargo, este esquema no se puede traspasar al ámbito de la Administración Pública, ya que está obligada por mandato constitucional a la salvaguarda del interés general<sup>1058</sup>.

En este sentido, la mayoría de las conductas típicas en este ámbito están orientadas a castigar aquellos actos que perjudican al buen desarrollo del servicio público. Por lo que en ningún caso puede minorarse el tiempo en que una conducta contra el bien común puede ser perseguida y castigada por la Administración. Ya que de tolerarse pactos en este sentido se estaría

---

<sup>1055</sup> Ar. 3243

<sup>1056</sup> Pronunciamientos en esta línea también se aceptaron en supuestos en los que el empleador era una Administración Pública, si bien es verdad que eran anteriores a la aprobación del EBEP que unificó el régimen disciplinario de los empleados públicos. *Vid.*, en este sentido, la STSJ de la Comunidad Valencia nº 969/2000, de 9 de marzo.

<sup>1057</sup> Ar. 84

<sup>1058</sup> Cabe señalar que no solo en el ámbito de la Administración Pública se ha considerado la prescripción. Así, autorizada doctrina mercantilista ha puesto de manifiesto que el Código de Comercio contenía una regulación de la prescripción de carácter coactivo, la cual no era disponible para las partes<sup>1058</sup>. En este mismo sentido, existen pronunciamientos judiciales que consideran los plazos de prescripción normas de derecho necesario absoluto (STS de 14 de diciembre de 1992), e incluso parte del orden público (STC 201/1992, de 19 de noviembre).

perjudicando al interés general.

La regulación del EBEP configura la prescripción como una norma de derecho necesario absoluto<sup>1059</sup>, sin que pueda aplicarse de manera supletoria la legislación laboral<sup>1060</sup>.

---

<sup>1059</sup>*Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009, pg. 329.

<sup>1060</sup>*Vid.* GARCÍA PIÑEIRO, Nuria P., «La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.358.



## CAPÍTULO IX

### ACUERDOS GENERALES Y CONCERTACIÓN SOCIAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

#### 1. La concertación social en el empleo público

La concertación social es una forma de intercambio político entre el poder público y los interlocutores sociales en virtud de la cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de las decisiones de Gobierno<sup>1061</sup>. El fenómeno de la concertación social supone, ante todo, una integración entre el poder normativo del Estado y el poder jurídico-social de la autonomía colectiva. La concertación supone una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública, de tal forma que influyen sobre ella, pero también la legitiman adicionalmente<sup>1062</sup>.

La posibilidad de que las organizaciones sindicales participen en el proceso de adopción de decisiones del Gobierno tiene una especial trascendencia en el empleo público, en la medida en que muchas de las condiciones de trabajo y empleo se fijan de manera unilateral por la Ley o por reglamento (*v.gr.* retribuciones básicas de los funcionarios o incrementos máximos salariales del personal laboral). En este sentido, la concertación social abre una vía de participación a las organizaciones sindicales en la toma de decisiones en este sector.

En este sentido, es necesario destacar que la concertación social no se trata de un procedimiento de negociación colectiva en sentido estricto. En efecto, ni el procedimiento que sigue, ni el producto final de esta concertación, es equiparable con la adopción de un pacto o un convenio colectivo. Por un

---

<sup>1061</sup>Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, «Concertación social y diálogo social», *Relaciones Laborales*, nº22, 1994

<sup>1062</sup>Vid. MORENO VIDA, Nieves M<sup>a</sup>, «Los acuerdos de concertación social, con especial atención al acuerdo para el progreso económico y social de Andalucía», *Temas Laborales*, nº120, 2013, pg. 85-122.

lado, el Gobierno no interviene en estos supuestos como empleador, sino que lo hace en su faceta de poder público, sin que sea necesario, por tanto, que ninguna de las partes negociadoras cumpla los requisitos de legitimación antes vistos. Por otro lado, como ya se anunció, el producto final de este dialogo no es ni un pacto ni un convenio colectivo, sino un «*acuerdo del Gobierno*» negociado.

En este ámbito se complica la determinación de la naturaleza jurídica de los acuerdos derivados del dialogo social, ya que el Gobierno actúa, en un primer momento, en su vertiente de autoridad pública, pero también tiene presencia en el desarrollo del procedimiento su dimensión de «*empleador*». Situación que, sin embargo, no se produce en el ámbito privado en cual, durante el desarrollo del dialogo social, el Gobierno actúa como «*tercero*», incluso mediador, entre la parte empresarial y trabajadora.

Con anterioridad a la aprobación del EBEP, la concertación social en el ámbito de la función pública se recondujo a través de las previsiones sobre la adopción de «*Acuerdos*» de la Ley 9/1987, en concreto, su artículo 35 establecía que «*Los Acuerdos versarán sobre materias competencias del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales. Para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo*».

La entrada en vigor del EBEP derogó las previsiones de la Ley 9/1987, pero estableció que «*Se constituye una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas. La representación de éstas será unitaria, estará presidida por la Administración General del Estado y contará con representantes de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar*» (art. 36.1 EBEP). A esta Mesa General otorga la capacidad de negociar aquellas materias que estando previstas en el artículo 37 del EBEP «*resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma*

*básica, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública» (art. 36.2 EBEP).*

Además, se añade que *«Será específicamente objeto de negociación en el ámbito de 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» (art.36.2 in fine del EBEP).* Por tanto, tras la entrada en vigor del EBEP existe una unidad de negociación concreta a través de la cual se puede canalizar el *«diálogo social»* en materia de empleo público.

Es necesario destacar que la fuerza vinculante de estos acuerdos no es equiparable a la *«fuerza vinculante»* de los convenios colectivos. En efecto, por un lado, muchas de las medidas son meras directrices para que se concreten a través de pactos o convenios colectivos en las correspondientes mesas de negociación. Y, por otro lado, hay materias cuya regulación es, en todo caso, competencia del Legislativo, que en ningún caso será parte negociadora de estos Acuerdos.

No obstante, debe de tenerse en cuenta que aquellas materias que se encuentren reservadas a la ley, la negociación colectiva es considerada un trámite esencial en el desarrollo del proceso de elaboración y tramitación de la ley, pero el acuerdo colectivo, por sí solo, no tiene ningún efecto mientras no se incorpore a aquella.

Esta situación es la que se plantea respecto de la materia retributiva que, como se recordará, el propio EBEP prevé que *«Será específicamente objeto de negociación en el ámbito de 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» (art.36.2 in fine del EBEP).*

Los acuerdos de la Mesa General de Negociación serán obligatorios para el Gobierno que, como sujeto negociador, debe observarlos, pero la fuerza vinculante de los mismos no alcanza al Parlamento. En otras palabras, el Gobierno tiene que incorporar los acuerdos alcanzados en materia salarial al proyecto de Ley de Presupuestos para que las Cortes decidan sobre ellos, pero el legislador no se encuentra constreñido por estos acuerdos que vinculan al solo ejecutivo<sup>1063</sup>.

Por esta razón, se puede concluir que la eficacia de tales acuerdos es limitada, en la medida en que carecen de efectos normativos directos, justificándose dicha limitación en la subordinación de todo el incremento de gasto público a la Ley de Presupuestos, en atención al principio de economía presupuestaria<sup>1064</sup>.

Por ello, el contenido de los acuerdos sobre los incrementos retributivos no tiene por qué reflejarse en la correspondiente y Ley, por ende, aunque la Ley fuera aprobada en esos términos, el legislador sigue siendo libre de efectuar modificaciones posteriormente. Por esta razón, se puede concluir que la eficacia de tales acuerdos es limitada, en la medida en que carecen de efectos normativos directos<sup>1065</sup>.

---

<sup>1063</sup>Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, «La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: Crónica de un conflicto anunciado», *Aranzadi Social*, N°2, 2001, pg.75.

<sup>1064</sup>Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, «La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: Crónica de un conflicto anunciado», *Aranzadi Social*, N°2, 2001, pg.75; CASTILLO BLANCO, Federico A., *El sistema retribuido en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pg. 105; ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, *Los Derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008, pg.44-45.

<sup>1065</sup>Vid. CASTILLO BLANCO, Federico A., *El sistema retribuido en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pg. 105.

## **2. Los Acuerdos Generales en materia de empleo público**

Los Acuerdos Generales en materia de empleo público entre el Gobierno y las organizaciones sindicales son una tradición en nuestro ordenamiento jurídico. En la última década cabe distinguir dos etapas diferenciadas, por un lado, la anterior a la entrada en vigor del EBEP, con normativa dispersa en la materia, y, una segunda, con esta norma de función pública, como marco general de regulación.

En la primera etapa cabe destacar el «*Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004*», para la modernización y mejora de la Administración Pública<sup>1066</sup>. Este Acuerdo, que fue negociado en la Mesa General de Negociación entre la Administración General del Estado y la representación de las organizaciones sindicales, se aprobó finalmente por el Consejo de Ministros conforme a lo previsto en el artículo 35 de la Ley 9/1987.

Los objetivos de este Acuerdo se centraban en la adecuación y mejora de los servicios que se prestaban a los ciudadanos en el marco del proceso de transferencias desde la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas, que comportó la cesión de un volumen muy importante de recursos humanos y materiales a estas Administraciones territoriales.

Para ello, se propusieron siete ejes de actuación: medidas dirigidas a aumentar la eficacia y la calidad en la prestación de los servicios; medidas encaminadas a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral; medidas dirigidas a impulsar la profesionalización y cualificación de los empleados públicos; medidas encaminadas a favorecer la estabilidad en el empleo público; medidas encaminadas a la mejora de las condiciones de trabajo del personal; medidas de ordenación retributiva e incentivos salariales vinculados a las propuestas de modernización y mejora de la calidad en la Administración

---

<sup>1066</sup>Resolución de 15 de noviembre de 2002, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se ordena la publicación del acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública.

Pública; y medidas destinadas a mejorar el marco de las relaciones laborales.

Tras la entrada en vigor del EBEP, y la creación de una unidad específica de negociación, se aprobó, en el seno de la Mesa General de las Administraciones Públicas, el «*Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012*». Este acuerdo reconocía que la concertación social ha estado en la base del impulso a la reforma de las Administraciones Públicas que se ha desarrollado en los últimos años, y como ejemplo de estos resultados se destacaba el propio Estatuto Básico del Empleado Público, el Plan Concilia o medidas de mejoras retributivas.

Este nuevo instrumento se aprueba en el contexto inicial de la crisis económica, y tiene como principal objetivo configurar un modelo de Administración Pública basado en la austeridad y transparencia, racionalizando sus procedimientos, y la reducción de cargas administrativas para la ciudadanía y las empresas. Para ello, el Acuerdo recoge una serie de previsiones y compromisos, en el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público, que se aplicarán al conjunto del sector público y sus Administraciones, y que debían de concretarse y desarrollarse en cada una de ellas, en los diferentes niveles de articulación de las mesas de negociación (*vid.* Cap. VIII.3).

El Acuerdo establecía, además, la necesidad de continuar desarrollando el Estatuto Básico del Empleado Público, elaborando para ello una Ley de Función Pública en el ámbito de la AGE. Además, se preveía la creación de un Observatorio del Empleo Público, encargado de realizar un diagnóstico que permita redimensionar las plantillas, establecer los criterios de calidad y eficiencia y el estudio de las necesidades de incorporación de nuevas categorías profesionales ahí donde fuera necesario. Además, se establecía la necesidad de elaborar un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, con el objetivo de mejorar los servicios y la utilización racional y eficiente de los recursos tanto materiales como tecnológicos y personales. También se preveía la implantación efectiva del Código Ético de los empleados públicos.

Por otro lado, se pretendía potenciar los planes de formación no sólo para perfeccionar y mejorar las funciones a desempeñar de los funcionarios, sino que también dieran un impulso a su promoción y carrera profesional. Así, por ejemplo, se promovían actuaciones encaminadas a fijar criterios comunes con respecto a la evaluación del desempeño que permitieran establecer criterios generales sobre promoción profesional y estructura retributiva, con el objeto de reforzar los mecanismo de cooperación y coordinación entre las distintas Administraciones en aras a facilitar, entre otras, la movilidad interadministrativa<sup>1067</sup>.

Así mismo, el acuerdo contemplaba reducir las tasas de temporalidad hasta un máximo del 8%, elaborar planes de igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos del sector público y permitir el acceso a la jubilación parcial.

En materia de retribuciones, el Gobierno garantizaba el mantenimiento del poder adquisitivo de los funcionarios. Para ello, se había establecido una subida salarial del 0,3% en 2010 y se había acordado, por primera vez en la Administración del Estado, una cláusula de revisión salarial por la que el Gobierno se comprometía a compensar en el año 2012 la pérdida del poder adquisitivo que pudiera producirse hasta esa fecha, teniendo en cuenta la evolución del IPC<sup>1068</sup>, la previsión de crecimiento económico, la capacidad de financiación de los Presupuestos Generales del Estado y la valoración del aumento de la productividad del empleo público<sup>1069</sup>.

---

<sup>1067</sup>Vid. ROQUETA BUJ, Remedios, «La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP», *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg. 2123.

<sup>1068</sup> Para un análisis sobre la adecuación entre el IPC estimado y real en las cláusula de revisión salarial, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. “Cláusulas de revisión salarial en tiempos revueltos: ¿Pueden revisarse los salarios a la baja?”, *Justicia Laboral*, Noviembre, 2009, pg. 5-9.

<sup>1069</sup>Vid. Apartado 5, “Retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012 (Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, BOE de 26 de octubre de 2009).

En este sentido, el Acuerdo preveía una compensación económica, con efectos de 1 de enero de 2012, que debía ser abonada dentro del primer trimestre de ese mismo año, equivalente a la diferencia entre los incrementos salariales previstos en las Leyes de Presupuestos Generales para los ejercicios presupuestarios de 2010 y 2011 y la inflación efectiva producida en esos años<sup>1070</sup>.

Si bien las previsiones del «Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función Pública en el marco del diálogo social 2010-2012» inicialmente fueron incorporadas a la Ley de Presupuestos de 2010, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, su eficacia se vio limitada tras la modificación operada sobre esta Ley por el Real Decreto-ley 8/2010<sup>1071</sup>, para la contención del gasto público, así como por las posteriores disposiciones en materia presupuestaria: la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, el Real Decreto-ley 20/2011, de corrección del déficit público, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, y la Ley 27/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013<sup>1072</sup>.

---

<sup>1070</sup> El incremento salarial previsto para el año 2010 (artículo 22.2 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010) se fijó inicialmente en un 0,3 %, aunque después se modificó por el Real Decreto-ley 8/2010. Sin embargo, el incremento del IPC de ese año se elevó hasta el 3,3%. Por otro lado, en lo que respecta al año 2011, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, estableció la congelación de la masa salarial (artículo 22), y la subida del IPC de ese año se fijó en un 2%. *Vid.* INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA ([www.ine.es](http://www.ine.es), 1 de abril de 2012).

<sup>1071</sup> La aprobación del Real Decreto-ley 8/2010 no solo supuso la revisión de unos planes económicos y financieros elaborados con proximidad a la entrada en vigor de la norma, sino que entrañó una modificación, mediante Decreto-ley, de un texto legal que tiene una significación muy especial en la actividad parlamentaria y que por exigencias constitucionales debe de seguir un proceso de elaboración bastante singular (*vid.* GARCÍA MURCIA, Joaquín, «Las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: rebaja de retribuciones y contención del gasto salarial», *Derecho de los Negocios*, N°238-239, 2010, pg.70)

<sup>1072</sup> En efecto, las leyes de presupuestos posteriores tampoco se adecuaron al contenido del Acuerdo ya que la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, dispuso la congelación de la masa salarial del personal laboral al servicio de la Administración para ese año, afectando esta medida tanto al conjunto de las retribuciones salariales, como a las extrasalariales (artículo 22 de la Ley 39/2010). Después, el Real Decreto-ley 20/2011 «congeló» las retribuciones para el año 2012, al disponer que las retribuciones del

A mayor abundamiento, el Decreto-ley 8/2010 preveía expresamente la suspensión del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012. En concreto, la disposición adicional segunda del citado Real Decreto-ley establecía, con efectos de uno de junio de 2010, *«la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012 firmado el 25 de septiembre de 2009 en los términos necesarios para la correcta aplicación del presente Real Decreto-ley y, en concreto, las medidas de contenido económico»*. Esta medida conectaba con las previsiones recogidas en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, en el que se afirma que *«las medidas de contenido económico del citado Acuerdo se ven directamente afectadas por el contexto de crisis económica, en el que no se hace posible mantener las medidas retribuidas acordadas»*<sup>1073</sup>.

---

personal al servicio del sector público no podrían experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011 (artículo 2). Estas previsiones se reprodujeron en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

<sup>1073</sup> *Vid.*, en este mismo sentido, STSJ de Andalucía, de 15 de septiembre de 2011 (rec.270/2011).



## **CONCLUSIONS**

1. The promulgation of the Basic Statute of Public Employee (BSPE) tried to summarize the difference between the people who work in the public sector and those who work in the private sector. In this way, the inclusion in this law of the personal in labor regime must be considered a wise decision, to the extent that public employment always shows differences with private employment, which needs a specific regulation.

These differences are due, on the one hand, to the Administration specialties as employer, who cannot be compared to a private employer, and on the other hand, because the activity carried out by public employees is neither interchangeable with that done by workers of the private sector, considering that all of their activity must be guided to attain general interest.

Nevertheless, the different constitutional anchorage between Civil Servants (article 103.3 of the Spanish Constitution) and the personnel in labor regimen (article 35.2 of the Spanish Constitution), as well as the divergent jurisdiction authority (article 149.1. 7 and 149.1. 18 of the Spanish Constitution), entailed that this unification was more theoretical than real.

Moreover, the BSPE suffers from bad legislative technique, inasmuch as, although it is true that the personnel in labor regimen is included in its scope, it finally refers the most important matters to the labor legislation. By way of example, it is the labor law that regulates the salary (article 27 of the BSPE), professional promotion and professional classification (article 77 and 19 of the BSPE) and collective bargaining (article 32 of the BSPE).

2. The superior values and principles collected by the 1978 Constitution are immediately imposed on the authorities in the interpretation and application of the law. The constitutional principles involved in the normative force of the Constitution in relation to the other rules of order, therefore, are legal provisions.

The Constitution includes, among others, principles designed to guide or limit the exercise of public powers (article 9.3) and administrative activities (article 103). Thus, the principle of legality, the principle of interdiction of arbitrariness of public powers, the principle of supremacy of public interest over the particular, the principle of hierarchy, the principle of impartiality and the principle of proportionality. All of them linked to the Administration in all its actions, including when intervening as an employer, leading to concrete manifestations of these principles in this area.

In this context, the constitutional mandate of ‘objective service to the general interest’ (article 103.1 of the Spanish Constitution) acquires a special meaning, since it settles the main purpose of the administrative action, which is the pursuit of the common interest. In the Spanish legal system the notion of public interest is used as a political principle of state organization and as a legal concept, whose interpretation depends on the legality of the administrative action.

Thus, the principle of legality in the field of public employment should guide both the activity of its employees and the actions of the Administration in how it relates with them. This principle must be understood in the constitutional framework, which means that we have exceeded the classic bureaucratic model, under which it was estimated that the administrative function was pure law enforcement. Therefore, the current role of the Administration must always be directed to the achievement of general interests, and in this sense, public employees must provide their services to citizens in accordance with the law and within the framework of legality.

These manifestations of the principle of legality are linked, likewise, with the principle of prohibition on acting arbitrarily (article 9.3 of the Spanish Constitution). Thus, this principle is also twofold. First, it requires the reasonableness of management decisions in respect to their employees and, secondly, links to the public employee, who is in turn a public authority with

regards to the citizen, and that should guide all their professional activity to achieve a good administration.

3. Concrete manifestations in public employment appear linked to the general constitutional principles. This is the case to the principle of 'merit and ability' (article 23.2 of the Spanish Constitution), which is considered a specific manifestation of the principle of equality (article 14 of the Spanish Constitution). Although the provision refers to 'public office' it means that it is also applicable to workers, to avoid interference with the principle of equality.

Thus, the Basic Statute of Public Employee establishes the application of the principles of merit and ability to all types of public employees (article 1.3 and 55.1). The ultimate aim of the provision is, not only to prohibit the Administration hiring freely or discretionarily with whom it sees fit, but also to force the Administration to contract citizens that prove to meet the objective qualities required for the development of the foreseen tasks.

Moreover, closely linked to the principles of merit and ability, we can find the principle of administrative transparency, which in the area of public employment is embodied in the advertising of the 'bases for competition'; the transparency of the procedure; the impartiality and professionalism of the members of the selection bodies; the independence and technical discretion in the performance of the selection bodies; the adequacy of content of the selection processes to functions or tasks to be performed, without prejudicing the objectivity in the selection process (article 55.2 of the Basic Statute of Public Employee).

4. If the Spanish Constitution of 1978 proclaims in its article 1 section 1 that Spain is a 'social and democratic State of Law', and the role of the Administration is to serve with objectivity the general interests provided in the Constitution (article 103 of the Spanish Constitution), it is clear that the Administration must respect and safeguard the constitutional values in all its actions, also when it acts as employer. This approach raises the question of

whether, within the Administration, labor relations should govern as if it were an ideological company, which can impose behavioral patterns on its workers to suit its own ideology.

However, the constitutional requirement does not imply an ideological connection, but the guarantee that the Administration will adapt its activity to the coexistence and recognition rules in which all the Spanish legal system is founded. This fact rules out the possibility that the Administration can be considered an ideological company.

Nevertheless, the submission of the Administration to general interests affects the development of the labor relationships, when imposing to all employees a duty of 'constitutional loyalty', which must be interpreted not only as a passive obligation of observance, but also as a positive commitment to constitutional values, and in particular with the respect and promotion of fundamental rights during the development of the provision of service. Even so, these provisions do not imply an obligation of personal identification with the Spanish Constitution, but prohibit practices that contravene the legal system, during and on the occasion of the exercise of public functions.

5. The principle of objectivity imposed by the Constitution (article 103.1 of the Spanish Constitution) does not exclude the legitimate political orientation of the Government, as the peak of the Administration, but its actions, contrary to the principle of equality (article 14 of the Spanish Constitution).

The prospect of Government/Administration, as an ideological subject, involves, on the one hand, that public employees are required to act with 'constitutional loyalty', what implies that in the development of their professional duties, they must not only respect the constitutional values – 'constitutional loyalty' – but also, refrain from contradicting the action guidelines set by the Government in view of their own political ideology.

On the other hand, the consideration of the Government as employer can entail that, for certain jobs, such as those of discretionary appointment, it regards

the Administration as an ideological company. Indeed, in these cases, it must not be considered that the Administration acts in a neutral way, since its primary role is managing and transmitting the Government's message. That is why these employees have a higher submission to direction power, similarly to what happens with the development of the labor activity in an ideological enterprise, strictly speaking.

6. In the field of public employment, the Administration uses various instruments to manage and regulate the provision of services that are unknown to the Labor Law in the private sector. Thus the work relations in this sector are conditioned by the existence of different organizational resources, such as 'Public Relations of Employment', 'Public Employment Offers', or the 'bases for competitions'.

Nevertheless, these instruments have a different consideration for Labor Law and Administrative Law. The doctrine understood, traditionally, that inasmuch as the statute of Civil Servants is comprised only by the law and regulations, the role of the 'Public Relations of Employment' was no other than singling out that statute for each post. Thus, the 'Public Relations of Employment' is nothing but a way to specify the general rules to job positions. While this is true for civil servants, the consideration must be different with respect to those in labor regime. Indeed, the labor relation in the field of public employment is not regulated only by the laws and regulations that are to be applied, since it is not a 'statutory' relationship.

Thus, the 'Public Relations of Employment' have another consideration with regards the labor relationship, since in these cases the 'Public Relations of Employment' not only specify the statute for each post, but, on the contrary, regulate working conditions, beyond the legal provisions. In particular, the 'Public Relations of Employment' generate labor effects that initially result in the very validity of the contract and subsequently in the recognition of a list of rights and obligations that are incorporated into the contract. Thus, the 'Public

Relations of Employment' has another consideration with regards the labor relationship, since in this cases the 'Public Relations of Employment' not only specific the statute for each post, but instead regulate working conditions, beyond the legal previsions. In particular, the 'Public Relations of Employment', generate labor effects that are reflected, initially, in the very validity of the contract and subsequently in the recognition of a list of rights and obligations that are incorporated into the contract.

In this way, those contracts for permanent jobs where such post is not included in the 'Public Relations of Employment' or, if it included, those are assigned to the Civil Servants, will be automatically void, being it considered a contract with an illegal or prohibited purpose. The relevance of the 'Public Relations of Employment' is also reflected in the amortization process of posts, because for appropriate disposal of permanent contracts, the Administration must make the relevant changes to the 'Public Relations of Employment'.

7. In a similar way, the 'bases for competition', which for the Administrative Law have always been purely executive acts, have a different consideration from the standpoint of regulatory sources of temporary employment.

Indeed, for these contracts, the 'bases for competition' will be the frame of reference, and not only predetermine its validity, but also regulate the employment conditions. In this regard, it is common that the 'bases for competition' collect the category and professional group, the applicable collective agreement, the duration of the trial period, the specific functions to develop, workday, schedule and wages.

8. The Basic Statute of Public Employee regulates the so-called 'duties of public employees', contained in articles 52-54, which must be understood as specific principles of public employment, named by the law itself 'Code of Conduct'.

Despite the nomenclature assigned by the legislator, it can be stated that the Code of Conduct does not correspond to a manifestation of the power of self-legislation, but they are rules of conduct imposed on all public employees by a rule of general effectiveness.

Therefore, the 'Code of Conduct' is a superior rule of law, and not simply rules of behavior, adopted voluntarily by the Public Administration or its employees. Thus, the 'Code of Conduct' of the Basic Statute of Public Employee can be defined as the list of 'legal responsibilities' that the statute requires all public employees to develop during their service. Therefore, we can say that the 'Code of Conduct' contained in the Basic Statute of Public Employee is not only an instrument of publicity about the commitment to act according to certain rules, but a heteronormative taxation.

9. Upon analyzing the juridical-private relationship between the Administration and the workers we must consider that the Administration has a double nature. On the one hand, as public authority, and on the other hand, as employer.

In its aspect of public authority, the Administration must act as guarantor of general interests. In this case, it is submitted to constitutional orders of legal certainty, interdiction of arbitrariness of public authorities (article 9.3 of the Spanish Constitution), principle of legality (article 9.3 of the Spanish Constitution) and principle of equality (article 14 of the Spanish Constitution). Secondly, as employer, the Administration has the power to direct and order, as well as surveillance and control functions (article 20 of the Statute of Workers' Rights).

However, both roles of the Administration cannot be separated, since its activity as employer must always be subjected to the limits of its other nature, as public authority, and never has the same freedom as the private employer.

These specialties have affected the way in which the Administration uses its management power, from its own basis. In fact, unlike what happens with the

private employer, whose powers are based on their right to commercial freedom (article 38 of the Spanish Constitution), in the public sector these powers come from the principle of hierarchy (article 103.1 of the Spanish Constitution) and the principle of self-organization (article 103.2 of the Spanish Constitution).

This different constitutional basis means that the Administration's power is subjected to legal canons of organization. In other words, while the private employers have wider powers to direct their own activity, the Administration has to follow a legal model of organization.

This predominantly formal character of the management power limits its discretionary actions. Also, in cases when that power persists, it is necessary to realize the action in a motivated way, to ensure that there is no arbitrariness.

10. These specialties are also reflected in the right to take collective action, in particular with regards to a lockout. While it seems arguable that the Administration may proceed to a lockout, since it lacks the right of commercial freedom, it is necessary to make a broad interpretation of the collective action to guarantee the protection of its legitimate interests, such as assets and patrimony. Especially if we take into account that the patrimony of the Administration is always a public good, and its safeguarding affects general interests, which the Administration must promote.

Thus, it is necessary to extend the regime of lockout to the Administration, at least in those cases where there is an obvious danger of violence towards people or serious material damage. Also, in the cases where there is an illegal occupation of the workplace. In both cases the adoption of this action would be oriented to safeguarding legitimate rights, whether those belonging to the Administration or to its employees and citizens.

However, in this context, it would not be legitimate the adoption of a lockout justified by the volume of the absence or irregularities at work which severely impede the normal production process, as in this case it would be trying to safeguard the right of the employer to cease the activity, owing to a

production barrier based on its right of commercial freedom (article 38 of the Spanish Constitution), and it must be remembered that the Administration does not have the above-mentioned right. Furthermore, the Administration should always ensure the provision of services and, as far as possible, the satisfaction of general interests, so it can proceed to stop a service by the mere fact that the volume of activity has been reduced.

However, the Administration, instead of resorting to a lockout, chooses to use 'minimum services'. While these cannot be strictly considered a collective action, in practice they exercise a counterweight to the workers' strike, which can alleviate the employer's need to close the workplace.

11. Collective bargaining of the workforce is regulated 'by labor legislation' without prejudice to any provisions which specifically are to be applied (article 32 of the Basic Statute of Public Employee). This regime raises doubts about what standard governs the objective scope of collective bargaining for the aforementioned staff. A detailed analysis of article 37 of the Basic Statute of Public Employee - 'objective scope of Collective bargaining' - dismisses its application to employees with labor contracts, this must be regulated by the Statute of Workers Rights. In particular, article 85.1 of the Statute of Workers Rights establishes that 'in compliance with the law, collective agreements may regulate matters of economic nature, labor, trade union and generally any other that can affect employment conditions'. However, the initial paragraph of the provision - 'in compliance with the law'- is of particular relevance in the field of public employment, since it imposes greater material restrictions than in the private sector, since the intensity with which the general legislation affects the Administration is greater than towards private employers.

Thus, the collective bargaining of labor personnel should respect the principle of legality, the principle of budgetary legality and the principle of

equality. Likewise, there are certain subjects that are not available to collective bargaining in this field, inasmuch as it must be considered as public order.

12. The Royal Decree-Law No 20/2012, of July 13, of measures to ensure fiscal stability and promote competitiveness amended article 32 of the Basic Statute of Public Employee that provided that 'The compliance with collective agreements and agreements affecting workers is guaranteed, except when, exceptionally, for serious cause of public interest derived from a substantial change in economic circumstances, the governing bodies of Administrations suspend or amend collective agreements and agreements already signed to the extent strictly necessary to safeguard the public interest'.

The amendment of article 32 of the Basic Statute of Public Employee meant, according to the legislature, an extension of the subjective scope of article 38.10 of the Basic Statute of Public Employee to explicitly include the personnel in labor regimen. However, its wording raised constitutionality doubts, because of a possible infringement of the binding force of collective agreements.

However, in the current context, it must be understood that the provisions of article 32 of the Basic Statute of Public Employee make up a special procedure for derogation of the collective agreement ('opt-out clauses'). In other words, the inclusion of this provision means adapting the procedure of 'derogating from collective agreement' provided for in article 82.3 of the Statute of Workers Rights to the field of public administration, for the impossibility to apply it in the public sector, without specific modulations for this area.

Specifically, it was necessary to design a special procedure for the Administration, since the one regulated in the Statute of Workers Rights is designed mainly for a scenario in which the company affected by economic, technical, organizational or productive difficulties, tries to derogate from the higher level collective agreement, a situation that can hardly occur in the field of the Administration.

Secondly, because the relationship of proper reasons related to the labor legislation only makes sense in entities that operate in the field of market competition and, especially, for entities oriented to economic gain, circumstances which are not present in the administrative activity.

Finally, the derogation from collective agreement, from article 82.3 of the Statute of Workers Rights, and the creation of a specific procedure in this area, is justified by the inoperability, in public employment, of planned procedural formalities to adopt this mechanism in labor legislation.



## CONCLUSIONES

1. El EBEP se aprobó con la intención de sintetizar las diferencias de quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su vinculación, de quienes lo hacen en el sector privado. De esta manera, la inclusión del personal laboral en su regulación debe ser considerada como un acierto en la medida en que el empleo público siempre presenta diferencias con el empleo privado que necesitan de una regulación específica.

Estas diferencias son debidas, por un lado, a las especialidades de la Administración como empleadora, que no es equiparable a un empresario privado y, por otro lado, a la actividad desarrollada por los empleados públicos, que tampoco es intercambiable con los trabajadores del sector privado, ya que la actividad profesional de todos ellos debe de estar dirigida al buen servicio del interés general (art.103 CE).

Sin embargo, el distinto anclaje constitucional de uno y otro colectivo – artículo 103.3 CE respecto de los funcionarios públicos y artículo 35.2 de la CE en relación a los laborales-, así como la divergente habilitación competencial para regular su régimen (art.149.1.7 y art. 149.1.18 CE), supusieron que esta unificación fuera más teórica que real.

Además, el EBEP adolece, en este sentido, de una mala técnica legislativa, ya que si bien incluye en su ámbito de aplicación general al personal laboral, previendo un régimen común, con remisiones específicas –y en principio extraordinarias- a la normativa laboral (art.7 del EBEP), finalmente no cumple esa previsión, remitiendo íntegramente a la legislación laboral la regulación de materias tan importantes como el salario (art. 27 del EBEP), la clasificación y promoción profesional (art.77 y 19 del EBEP), o la negociación colectiva (art. 32 del EBEP). O instaurando un régimen mixto, confuso en la mayoría de los casos, como ocurre en la regulación de la «*jornada de trabajo, permisos y vacaciones*» (art.51 del EBEP).

2. A la hora de analizar una relación jurídico-privada en la que interviene la Administración, como la que se crea con el contrato de trabajo, debe de tenerse en cuenta que esta tiene una doble dimensión: una como autoridad pública y otra como empleadora.

En lo que respecta a su vertiente como poder público, la Administración debe actuar como garante de los intereses generales y del bien común. Y, a estos efectos, se encuentra sometida a los mandatos constitucionales de seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad (art.9.3), así como al principio de legalidad (art.9.3) e igualdad (art.14). En segundo lugar, como empleadora tiene la potestad de dirección, organización y control de sus trabajadores, conforme a las previsiones del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, no son dos vertientes que se puedan separar, ya que la actuación de la Administración en cuanto empleadora está sometida siempre a los límites que le impone su otra vertiente –como poder o autoridad pública- y no a los que tendría un empleador privado.

3. Los valores superiores y principios recogidos por la Constitución de 1978 se impone de forma inmediata a los poderes públicos en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Los principios constitucionales participan de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento, por tanto, son normas jurídicas.

La Constitución incluye, entre otros, principios orientados a guiar o limitar el ejercicio de los poderes públicos (art. 9.3) y la actividad administrativa (art. 103). Así, se instaure el principio de legalidad, el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el principio de supremacía del interés público sobre el particular, el principio de jerarquía, el principio de imparcialidad y el principio de proporcionalidad. Todos ellos vinculan a la Administración en todas su actuaciones, incluido cuando interviene como

empleadora, dando lugar a manifestaciones concretas de los principios en este ámbito.

En este contexto, el mandato constitucional del «*servicio objetivo a los intereses generales*» (art.103.1 CE), adquiere una especial trascendencia ya que asienta la finalidad principal de la actuación administrativa, que no es otra que la consecución del interés común. En el ordenamiento jurídico español la noción de interés público se utiliza como principio político de la organización estatal y como concepto jurídico de cuya interpretación depende la legalidad de la actuación administrativa.

De esta manera, el principio de legalidad en el ámbito del empleo público debe guiar tanto la actividad de sus empleados, como la de las propias Administraciones en sus relaciones con ellos. Este principio debe ser entendido en el marco constitucional, lo que implica que se ha superado el modelo burocrático clásico, en virtud del cual se estimaba que la función administrativa consistía en la pura ejecución de las leyes. Por tanto, la función actual de la Administración debe dirigirse siempre a la consecución de los intereses generales, y, en este sentido, los empleados públicos deben prestar sus servicios a los ciudadanos de conformidad con el Derecho, y en el marco de la legalidad.

Estas manifestaciones del principio de legalidad se vinculan, así mismo, con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art.9.3 de la CE). Así, este principio presenta también una doble vertiente, por un lado, exige la razonabilidad de las decisiones de la Administración respecto de sus empleados y, por otro, vincula al empleado público, que es a su vez poder público respecto de los administrados, y que debe orientar toda su actividad profesional a la consecución de una buena Administración.

4. Vinculados a los principios constitucionales generales aparecen manifestaciones concretas en el ámbito del empleo público. Así ocurre respecto del principio «*mérito y capacidad*» (art. 23.2 CE), que se considera una

manifestación específica del principio de igualdad (art.14 CE). A pesar de que el precepto alude a «*funciones y cargos públicos*», se entiende que también resulta de aplicación al personal asalariado, para evitar injerencias en el principio de igualdad.

Así, el propio EBEP establece la aplicación de los principios de mérito y capacidad a todos los tipos de empleados públicos (art. 1.3 y 55.1 EBEP). La finalidad última del precepto es, no solo vedar a la Administración contratar libre o discrecionalmente los servicios de quien considere más conveniente, sino que además la obliga a contratar a aquel ciudadano que acredite encontrarse con las cualidades objetivas requeridas para el desempeño de las tareas predichas (ST 282/1983, de 27 de septiembre, 181/1991, de 18 de julio).

Por otra parte, muy vinculado a los principios de mérito y capacidad se encuentra el principio de transparencia administrativa, que en el ámbito del empleo público se concreta en la publicidad de la convocatoria y sus bases; la transparencia del procedimiento; la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, y la agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección (art. 55.2 del EBEP).

5. Si la Constitución proclama en su artículo 1.1 que «*España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho*», y el papel de la Administración es el de servir con objetividad a los fines generales previstos en el texto constitucional (art.103 CE), parece claro que la Administración debe respetar y garantizar los valores constitucionales en todas sus actuaciones, también cuando ejerce de empleadora. Este planteamiento abre el interrogante de si, en el seno de las Administraciones, las relaciones laborales deben regir como si esta fuera una empresa de tendencia.

La exigencia constitucional no implica una vinculación ideológica, sino la garantía de que la Administración adecúa su actividad a las pautas de convivencia y reconocimiento en las que se funda todo el ordenamiento español. Este hecho descarta que la Administración Pública pueda considerarse a los efectos jurídicos como una empleadora de tendencia.

No obstante, su vinculación con la protección de los intereses generales condiciona el desarrollo de la prestación laboral, al imponerse a todos los empleados un deber de *«lealtad constitucional»*, que debe ser entendido no solo como una obligación pasiva de acatamiento, sino como un compromiso positivo con los valores y principios constitucionales, y muy en particular con el respeto y promoción de los derechos fundamentales en el desarrollo de la prestación de servicios. Aun así, estas previsiones no implican una obligación de identificación personal con la Constitución, pero sí el deber de evitar acciones contrarias al ordenamiento jurídico, durante y con ocasión del ejercicio de las funciones públicas.

6. El principio de objetividad impuesto por la Constitución (art. 103.1) no excluye la legítima orientación política del Gobierno, como cúspide de la Administración, sino solo su actuación partidista, contraria al principio de igualdad de los ciudadanos.

La perspectiva del Gobierno-Administración, como sujeto ideológico, conlleva, por una parte, que se exija a los empleados públicos actuar con *«fidelidad institucional»*, lo que implica que en el desempeño de su labor profesional no solo debe respetar los valores constitucionales *–«lealtad constitucional»–* sino que, además, no puede contradecir las directrices de actuación marcadas por el Gobierno en atención a su propia ideología política.

Por otra parte, la consideración del Gobierno como empleador puede conllevar que respecto de determinados puestos, como son los puestos eventuales de libre designación, se trate a la Administración como una

empleadora de tendencia. En efecto, en estos supuestos no se debe considerar que la Administración realiza una actividad neutra, ya que su función principal es la gestionar y transmitir el mensaje de la Administración, o más específicamente del Gobierno. Por ello, estos trabajadores tienen un mayor sometimiento al poder de dirección, de manera análoga a lo que ocurre con el desempeño de la actividad laboral en una empresa ideológica en sentido estricto.

7. En el ámbito del empleo público, la Administración utiliza diversos instrumentos para la ordenación y regulación de la prestación de servicios que son desconocidos para el Derecho del Trabajo en el ámbito privado. Así, las relaciones de trabajo en este sector están condicionadas por la existencia de diferentes recursos organizativos, como son las Relaciones de Puestos de Trabajo, las Ofertas de Empleo Público, o las bases de convocatorias.

Sin embargo, estos instrumentos tienen una consideración diferente desde una perspectiva puramente administrativa y desde el Derecho del Trabajo. La doctrina había entendido, tradicionalmente, que en la medida en que el estatuto de los funcionarios públicos se integra únicamente por la Ley y por sus reglamentos de desarrollo, la función de la RPT no era otra que singularizar dicho estatuto en relación con cada puesto. De tal manera que la RPT no es sino la precisión de la normativa general al concreto supuesto de hecho. Si bien esto es verdad respecto del personal funcionario, la consideración debe de ser distinta en relación con los trabajadores asalariados. En efecto, la relación laboral en el ámbito del empleo público no se rige únicamente por las leyes y los reglamentos que sean de aplicación, ya que no es una relación *«estatutaria»*.

Por tanto, no se puede afirmar que respecto de los contratados laborales la RPT sea una mera precisión de la normativa general, sino que, por el contrario, regula condiciones de trabajo más allá de las previsiones legales. En concreto, las RPT generan efectos laborales que se traducen en un primer momento en la propia validez del contrato y posteriormente en el

reconocimiento de un elenco de derecho y obligaciones que se incorporan al contrato.

Así, serán nulos los contratos de trabajo fijos en aquellos casos en los que el correspondiente puesto no se refleje en la RPT o, de hacerse, esté asignado al personal funcionario, considerándose que se trataría de un contrato con un objeto ilícito o prohibido. La relevancia de la RPT también se pone de manifiesto en el proceso de amortización de plazas, ya que para proceder a la eliminación de plazas del persona laboral fijo, la Administración debe realizar la pertinente modificación de la RPT.

8. De un modo parecido, las bases de las convocatorias que, para el Derecho Administrativo, han sido siempre un acto meramente ejecutivo, tienen una consideración diferente desde las fuentes de regulación de la relación laboral temporal. En efecto, para estos contratos, las convocatorias serán el marco de referencia, y no solo predeterminarán su validez, sino que, además, regularán condiciones de trabajo y empleo. En este sentido, es habitual que las bases de convocatoria recojan la categoría y el grupo profesional, el convenio colectivo de aplicación, la duración del periodo de prueba, las funciones concretas a desarrollar, la jornada, el horario y el salario.

9. Además de estos instrumentos de organización de los recursos humanos, que responden a un organización predeterminado por la ley, se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento otros instrumentos orientados a mejorar los servicios ofrecidos por las Administraciones Públicas. Entre ellos cabe destacar el código de conducta, codificado por el EBEP, ya que debido a su nomenclatura se puede confundir con los Códigos Éticos o morales del Derecho Privado.

El EBEP denomina «*Código de Conducta*» a los «*Deberes de los empleados públicos*» recogidos en los artículos 52 a 54 del EBEP, que deben entenderse como principios específicos del empleo público. A pesar de la nomenclatura asignada por el legislador se puede afirmar que el citado Código

no se corresponde con una manifestación del poder de autonormación, sino que son reglas de comportamiento impuestas a todos los empleados públicos por una norma de eficacia general.

Por tanto, el Código de Conducta es una norma de rango legal, y no reglas de comportamiento que voluntaria y autónomamente haya establecido la Administración Pública o sus empleados. De esta manera, el Código de Conducta del EBEP puede definirse como el elenco de los deberes jurídicos que la norma exige a todos los empleados públicos en la prestación de servicios. Por ello, se puede afirmar que el Código de Conducta contenido en el EBEP no se trata solo de un instrumento de publicidad sobre el compromiso de actuar conforme a unas determinadas reglas, sino que se trata de una imposición heteronormativa.

10. Como antes se dijo, el estatuto jurídico constitucional de la Administración introduce ciertas especialidades en su condición de empleadora. Estas especialidades condicionan en gran medida la manera en que la Administración ejerce su poder de dirección, desde su propio fundamento. En efecto, a diferencia de lo que ocurre respecto de los empresarios privados en los que el poder de dirección se basa en su libertad de empresa (art. 38 de la CE), en este ámbito, el anclaje constitucional para ordenar y dirigir la prestación laboral se encuentra en el principio de jerarquía (art.103. 1 de la CE) y en el principio de autoorganización (art.103.2 de la CE).

Este diferente fundamento constitucional conlleva que el poder de dirección de la Administración esté sometido a determinados cánones organizativos impuestos por la Ley. Por tanto, mientras que al empleador privado se le reconocen amplias facultades para dirigir y organizar el trabajo, a fin de que pueda adaptarse a las vicisitudes que se le presenten, a las Administraciones Públicas se les impone un modelo legal de organización.

Este carácter preponderantemente reglado de la potestad directiva de la Administración limita su capacidad de actuación discrecional. Además, en los

casos en los que aquella todavía persiste, se obliga a que su ejercicio se realice de forma motivada, para garantizar que no se incurre en arbitrariedad.

11. Estas especialidades también se reflejan en el planteamiento de medidas de conflicto colectivo, en concreto, respecto del cierre patronal. En un principio parece discutible que la Administración pueda proceder a un cierre patronal, al carecer del derecho a la libertad de empresa, en la que se fundamenta la adopción de estas medidas. Sin embargo, es necesario hacer una interpretación extensiva de las medidas de conflicto colectivo para garantizar la protección de sus legítimos intereses, como pueden ser sus bienes y su patrimonio. Máxime si se tiene en cuenta que el patrimonio de la Administración es siempre un «*bien público*», y que su salvaguarda inciden directamente sobre los intereses generales.

Por tanto, debe extenderse el régimen del cierre patronal a la Administración Pública, al menos en aquellos supuestos en los que exista un «*notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas*» [art. 12.1 a) del RD 17/1977] o «*cuando se produzca una ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias*» [art. 12.1 b) del RD 17/1977]. En ambos casos la adopción de la citada medida estaría orientada a salvaguardar el interés general, bien sea por afectar a la propia Administración –en concreto a su patrimonio y/o sus bienes públicos-, bien por afectar a intereses legítimos de los empleados y/o ciudadanos por los cuales la Administración está obligada a velar (*v.gr.* Derecho a la vida y a la integridad física).

Sin embargo, en este ámbito no resultaría legítima la adopción de un cierre patronal justificado en «*el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo [que] impidan gravemente el normal proceso de producción*» [art. 12.1 c) del RD 17/1977], ya que en este supuesto se estaría intentando salvaguardar el derecho del empresario a cesar la actividad por un impedimentos productivo, fundamentándose en su libertad de empresa (art. 38 CE), y, como se

recordará, la Administración carece del citado derecho. A mayor abundamiento, la Administración debe garantizar siempre la prestación de los servicios y velar, en la medida de sus posibilidades, por la satisfacción de los intereses generales, por lo que puede proceder al paro de un servicio por el mero hecho de que el volumen de actividad se haya reducido.

No obstante, la Administración en vez de recurrir a la vía de cierre patronal opta por utilizar los «servicios mínimos». Si bien estos no pueden considerarse propiamente como una medida de conflicto colectivo, en la práctica ejercen un contrapeso frente al paro de los trabajadores, lo que puede paliar la necesidad patronal de cerrar el centro de trabajo.

12. La negociación colectiva del personal laboral se rige «por la legislación laboral», sin perjuicio de aquellas disposiciones del EBEP que expresamente sean de aplicación (art.32 del EBEP). Este régimen plantea dudas sobre qué norma rige el ámbito objetivo de la negociación colectiva del citado personal. Un análisis pormenorizado del artículo 37 del EBEP –«ámbito objetivo de la negociación»- descarta su aplicación a los trabajadores asalariados, debiendo ajustarse el contenido de la negociación colectiva a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores.

En concreto, artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que dentro del respeto a la leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general cuantas otras afecten a las condiciones de empleo. No obstante, el inciso inicial del precepto –«dentro del respeto a las leyes»- cobra una especial relevancia en el ámbito del empleo público, ya que impone mayores restricciones materiales que en el sector privado, debido a la intensidad con la que afecta la normativa general a la Administración es mayor que respecto de los empresarios privados.

Así, la negociación colectiva del personal laboral deberá respetar el principio de legalidad, el de legalidad presupuestaria y el principio de igualdad.

Del mismo modo, no podrá disponer de ciertas materias por considerarse, en este ámbito, conformadoras del orden público.

13. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad modificó el artículo 32 del EBEP previendo que *«se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de los Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público»*.

La modificación del artículo 32 del EBEP supuso, a juicio del legislador, una extensión del ámbito subjetivo del artículo 38.10 del EBEP, para incluir de manera expresa al personal laboral. No obstante, su literalidad planteó ciertas dudas de constitucionalidad, por una eventual vulneración de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Sin embargo, en el contexto actual, debe entenderse que las previsiones del artículo 32 del EBEP conforman un procedimiento especial de inaplicación del convenio colectivo (*«descuelgue»*). En otras palabras, la inclusión de este precepto supone adaptar al ámbito de la Administración Pública el procedimiento de *«inaplicación del convenio colectivo»* previsto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, por la imposibilidad de aplicar aquel sin modulaciones específicas para este ámbito.

En concreto, era necesario diseñar un procedimiento especial para la Administración Pública porque el regulado en el Estatuto de los Trabajadores está ideado, principalmente, para un escenario en el que la empresa afectada por una dificultad económica, técnica, organizativa o productiva pretender descolgarse de un convenio de sector, situación que difícilmente puede producirse en el ámbito de la Administración Pública.

En segundo lugar, porque la relación de causas justificativas del descuelgue tiene su lógica aplicativa en entidades que se desenvuelve en el ámbito de la concurrencia mercantil y, especialmente, respecto de entidades orientadas hacia el lucro económico, circunstancias que no concurren en la actividad administrativa.

Por último, la inaplicación del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, y la creación de un procedimiento específico en este ámbito, se justifica por la inoperatividad en el empleo público de los trámites procedimentales previstos para adoptar este mecanismo en la legislación laboral.

## BIBLIOGRAFÍA/REFERENCE

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge «Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración», *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas*, nº41-42, 2013, pg. 123-172.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel,

- «Medidas de Igualdad en el empleo. La promoción de la igualdad a través de la negociación colectiva», en VV.AA., MONTOYA MELGAR, Alfredo (Dir.) y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda (Coord.), *Igualdad de Mujeres y Hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson, Navarra, 2007, pg.323- 342.
- «La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011, pg.317-342.
- «Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en VV.AA. MONTOYA MELGAR, Alfredo y GARCÍA MURCIA, Joaquín (Dir.), *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg. 127-150.

AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del ordenamiento jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1999.

ALASTUEY LIZÁLDEZ, Daniel, «El EBEP y la negociación colectiva», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg. 151-157.

ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep, «Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (art.69 a 77)», en VV.AA., DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pg.739-794.

ALEGRE NUENO, Manuel, «La contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Locales: ¿Agencias de colocación de los Afines?», *Aranzadi Social*, nº 48, 2010, pg. 49-55.

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis,

- *Igualdad entre mujeres y hombres en la Función Pública*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- *Los Derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008.

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, «Título V Ordenación de la Actividad Profesional. Capítulo I Planificación de Recursos Humanos», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.718-781.

ALONSO OLEA, Manuel,

- «Sobre el poder de dirección del empresario», *Revista de Política Social*, nº65, 1965, pg.101-108.
- *Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1978, quinta edición.
- «El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas», *Revista de Política Social*, nº 121, 1979, pg. 41-74.
- «Artículo 37.1 de la Constitución Española. La negociación colectiva», en VV.AA., ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, III, EDERSA, Madrid, 1983, pg. 667-698.
- *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982.

ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, vigesimoquinta edición, Civitas, Madrid, 2008.

ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Ediciones Comuneros, Bogotá, 1974.

ÁLVAREZ ALONSO, Diego, «La ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una presentación panorámica», en VV.AA., AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen (Coord.), *Derecho y (Des) igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pg. 17-43.

*Universidad de Oviedo*

AMENDOLITO, Francesco, CAPUTO, Andrea, *La riforma della Dirigenza Pubblica*, Cacucci Editore, Bari, 2007.

APARICIO TOVAR, Joaquín, «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en VV.AA., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983.

ARAGÓN REYES, Manuel,

- «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº19, 1987, pg. 15-52.
- «El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.23-56.

ARBONÉS LAPENA, Hilda Irene, «Administración Pública y negociación colectiva tras las reformas de 2011 y 2012», *Aranzadi Social*, nº4, 2012, pg. 169-200.

ARENILLA SÁEZ, Manuel, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley, Madrid, 1993.

ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa,

- «Cap. V. Convenios Colectivos», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, pg. 161-176.
- «Legislación autonómica sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: medidas de promoción de la igualdad en las empresas y en la negociación colectiva», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg. 391- 407.

ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia,

- «El principio de objetividad en el empleo público», *Documentación Administrativa*, nº 289, 2011, pg.183-209.

- «EBEP: ¿modernización o continuidad en la regulación de los procesos de selección de los empleados públicos?», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa*, 2011, pg. 201-230.

ARRIBAS LÓPEZ, Joaquín Eugenio,

- «La motivación de los actos administrativos de nombramiento de los funcionarios para puestos de trabajo de libre designación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social*, nº 2, 2011, pg. 151-174.
- «Sobre la vigencia del régimen disciplinario de los funcionarios después del Estatuto Básico del Empleado Público. Interpretación mecanicista versus interpretación teleológica», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 26, 2011.
- «Sobre la jornada de trabajo de los empleados públicos y su nueva regulación en la Administración General del Estado», *Actualidad Administrativa*, nº 7-8, 2013, pg. 971-983.
- «Anotaciones sistemáticas sobre los procedimientos de provisión de puestos de trabajo de funcionarios en la Administración General del Estado», *Actualidad Administrativa*, nº 2, 2014, pg.152-165.

ARROYO YANES, Luis Miguel, «La evaluación del desempeño en la función pública: ámbito de operatividad y contexto administrativo», en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg. 219-258.

BAIRD, James, KADUE, David D., SULZAR, Kenneth D., *Public Employee Privacy. A legal and Practical Guide to Issues Affecting the workplace*, American Bar Association, 1995.

BAENA DE ALCÁZAR, Mariano, «Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo», *Revista De Administración Pública*, nº 48, 1965, pg.17-126.

BALLESTER PASTOR, Amparo,

- *El periodo de prueba*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

- «La evolución del derecho a la libertad de circulación de personas y trabajadores: la incompleta culminación de Ámsterdam», *Noticias de la Unión Europea*, nº204, 2002, pg.45-70.
- «Estado de la cuestión y perspectivas de los fijos discontinuos en la Administración. STS de 30 de abril de 2001», *Actualidad Laboral*, nº1, 2003, pg. 827-830.
- «El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 63, 2006, pg. 33-66.
- «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011, pg. 207-256.
- «Lección V. El principio de igualdad de trato y no discriminación», en VV.AA., NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga, MIRANDO BOTO, José María, *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg.125-159.
- «La flexibilidad interna o el fortalecimiento del *ius-variandi* en el contexto: los defecto del modelo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pg.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel, y GIEURE LE CARESSANT, Javier, *Los reglamentos y ordenanzas locales. Estudio especial del reglamento orgánico*, CED, Valencia, 2000.

BARCELONA LLOP, Javier, «Los derechos colectivos en el ámbito de la policía local: libertad sindical, huelga y negociación colectiva», *Seminari sobre relacions collective*, 2008, pg.1-21.

BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Tecnos, Madrid, 1955.

BENÍTEZ OSTOS, Antonio, «La necesidad de motivar suficientemente la denegación de un permiso», *Actualidad Administrativa*, nº3, 2014, pg. 283-290.

BERMEJO CABRERO, Fernando, «Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la función pública», *Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo*, nº62, pg. 1989, pg. 229- 241.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BERZOSA LÓPEZ, Daniel, «El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa», *Documentación Administrativa*, nº289, 2011, pg. 43-54.

BLASCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 52, 1986, pg. 509-550.

BLASCO PELLICER, Ángel, «Fuentes de la relación laboral», en VV.AA., VILLALLÓN CRUZ, Jesús, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, GOERLICH PESET, José María, y MERCADER UGUINA, Jesús R. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los trabajadores*, Lexnova, Valladolid, 2011.

BRASS, Clinton T., «Shutdown of the Federal Government: Causes, Processes, and Effects», *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, Abril, 2013, [www.crs.gov](http://www.crs.gov).

BOBBIO, Norberto,

- *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli Ed., Turin, 1955.
- *Teoria dell' ordinamento giuridico*, Torino, 1960.
- *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «El concepto de acto administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº2, 2003, pg.1-26.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, y GARCÍA LUENGO, Javier, «La potestad de dictar actos administrativos como intromisión a la libertad», *Revista de Administración Pública*, nº 172, enero-abril, 2007, pg. 103-140.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl y HUERGO LORA, Alejandro, «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 111, 2001, pg. 405-428.

BOCINOS RIOBOÓ, M<sup>a</sup> Inés,

- «Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos, especial referencia a la Administración Local (I)», *Revista CEMCI*, nº6, 2010, pg.1-26.
- «Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos, especial referencia a la Administración Local (II)», *Revista CEMCI*, nº8, 2010, pg.1- 32.

BODAS MARTÍN, Ricardo, «Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas», en VV.AA., MOLINER TAMBORERO, Gonzalo (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid, 2000, pg.241-265.

BOLTAINA BOSCH, Xavier,

- «El período de prueba en los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas, órgano competente para establecer la superación o no del mismo: comentario de la STSJ de Madrid, de 7 de febrero de 2007», *Aranzadi Social*, nº3, 2007, pg. 3066-3071.
- «El personal del Centro Nacional de Inteligencia: su vínculo jurídico como "empleado público" y la afectación de sus derechos y deberes», *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, nº 11, 2012, págs. 183-212.

BORRAJO DACRUZ, Efrén,

- «El personal de alta dirección en la empresa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 22, 1985, pg. 157-180.
- «Poderes normativos y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial: Sistema de ordenación de fuentes laborales. Los problemas de concurrencia. La ley, autonomía colectiva y autonomía individual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pg.41-93.
- *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011.
- «Empleo Público: reducción de sueldos y salarios por Real Decreto Ley», *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg.2505-2519.

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra, «La continuidad de los servicios jurídicos en la Administración ante una huelga de fiscales y abogados del estado: la experiencia de Quebec», *Revista de Administración Pública*, nº 192, 2013, pg.401-422

CALATAYUD PRATS, Ignacio, «La fuerza activa de la ley de presupuestos ¿ley formal o ley material? a propósito de la Sentencia 238/2007 de 21 noviembre, del Tribunal Constitucional», *Hacienda Canaria*, nº34, 2011, pg. 5-35.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Códigos Éticos y Derechos de los Trabajadores. Una aproximación a la práctica de las empresas españolas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

CÁMARA DEL PORTILLO, Diego, «Régimen disciplinario de los empleados públicos: funcionarios y personal laboral», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg. 235-272.

CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo Público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales y extinción de la relación laboral*, Editorial Fundación Asesores locales, Málaga, 2011.

CANALES ALIENDE, José Manuel, «El debate parlamentario sobre el modelo de Estado y de Administraciones Públicas con motivo de la aprobación de la LOFAGE», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 54/55, pg. 223-230.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa,

- *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Barcelona, 2001.
- «Capítulo I. Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de la Administración Pública», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 14-106.
- «Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administraciones Públicas*, nº 176, 2008, pg.161-197.
- «Criterios para la clasificación del empleado público: ¿Funcionario o laboral?», *Revista Vasca de Gestión de Persona y Organizaciones Públicas*, nº5, 2013, pg. 82-99.

CARCELÉN GARCÍA, Javier, *Faltas y sanciones: el expediente disciplinario en la empresa*, Fundación Confemetal, Madrid, 2001.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, «Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.1137- 1165.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, «Ética Pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, nº 181, enero-abril, 2010, pg. 9-37.

CASAS BAAMONDE, María Emilia,

- «Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 1, 1980, pg.15-50.
- «Las competencias de las Comunidades Autónomas en las materias laboral, de empleo y emigración: análisis del Estatuto de Autonomía de Galicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988, pg. 99-138.
- «Dos sentencias constitucionales sobre competencias de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 33, 1988, pg. 71-86.
- «Incompatibilidades de funcionarios públicos. Y sobre el recurso de amparo contra leyes y su ámbito objetivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 42, 1990, pg. 313-322.
- «La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales», en VV.AA., DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, *Los principio del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003, pg.339-391.
- «Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales», en VV.AA., SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y MARTÍN JIMENEZ, Rodrigo (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTSA, Madrid, 2003, pg. 1507-1526
- «La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales», *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, enero-diciembre, 2003, pg.89-145.
- «25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en los servicios esenciales y responsabilidad política», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2010, pg. 681-710.
- «Huelga en servicios esenciales para la comunidad y responsabilidad

política. Sobre la declaración del estado de alarma por causa de huelga»  
*Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 2014, pg. 582-621.

CASAS BAAMONDE, María Emilia, y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)», *Relaciones Laborales*, nº15-18, 2012, pg.1-65.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Introducción y parte general. vol. I, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 1962.

CASTILLO BLANCO, Federico A.,

- *El sistema retribuido en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- «Los Derechos individuales de los empleados públicos», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, pg. 131-200.
- «Los deberes de los funcionarios públicos», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, pg.362-398.
- «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», en VV.AA., GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Universidades*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pg.311-367.

CASTILLO BLANCO, Federico A. y QUESADA LUMBRERAS, Javier E., «Artículo 54. Principios de Conducta», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 578-582.

CASTRO ARGÜELLES, María Antonia,

- «Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza», *Actualidad Laboral*, nº1, 2002, pg. 291-305.
- «Delimitación y alcance de las responsabilidades derivadas del despido de una profesora de religión como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga», *Aranzadi Social*, nº 9, 2012, pg. 75-82.

CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, y ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson, Navarra, 2007.

CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, y GARCÍA MURCIA, Joaquín,

- «La extinción de los contrato de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?», *Aranzadi Social*, nº7, 2000, pg.77-87.
- «El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: una presentación», *Aranzadi Social*, nº5, 2003, pg. 1491-1520.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la CCNCC», en VV.AA., *Jornadas Técnica de la CCNCC: Los procedimientos estatal y autonómicos sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*, Madrid, 2014, pg.1-47.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y empleo y protección social», *Anales de Derecho*, nº 23, 2005, pg. 103-128.

CAYERO GONZÁLEZ, Antonio, «El nivel retributivo consolidado por el funcionario como derecho adquirido en el contexto de la reducción salarial operada por los D-ley 8/2010, de 20 de mayo y 20/2012, de 13 de julio», *CEF legal: Revista practica de Derecho*, nº161, 2014, pg. 143-190.

CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María, «Denegación a un funcionario del derecho a las vacaciones por razones de servicio», *Actualidad Administrativa*, Nº1, 2012, pg.49-55.

COLAPIETRO, Carlo, «Una rilettura costituzionale in chiave personalistica delle Amministrazioni e delle dirigenze pubbliche. Spunti di riflessione», *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Vol. XV, Maggio- Agosto 2012, nº 3-4, pg.471-485.

CONDE COLMENERO, Carmen, «Propuestas para la mejora del tratamiento del acoso laboral en el EBEP: reconocimiento de los derechos específicos a la movilidad geográfica y a la excedencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº143, 2009, pg.651-676.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, María Teresa, «El nuevo poder de dirección del empresario», en VV.AA., BODAS MARTÍN, Ricardo (Coord.), *El poder de dirección del empresario*, Ibidem ediciones, Madrid, 1997, pg.9-23.

CORRALES GUILLÉN, Juan Carlos, y PRIETO ROMERO, Cayetano, «La figura del directivo público profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: aspectos básicos para la definición de su régimen jurídico y cuestiones abiertas», *Revista Electrónica CEMCI*, nº1, 2008, pg.1-17.

CORREA CARRASCO, Manuel, «La juridificación del acoso en el trabajo: Bases metodológicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, nº77, 2004, pg. 35-82.

CORTÉS CARRERES, José Vicente, «La evaluación del desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, Tomo 1, nº1, 2009, pg. 36-81.

CORTÉS DÍAZ, José María, *La ley de prevención de riesgos laborales y su desarrollo reglamentario*, Editorial Tébar, Madrid, 2006.

COSSIO CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

COSTA REYES, Antonio, «Ejercicio y límites del *ius variandi* de la Administración Pública respecto a su personal laboral. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2010», *Temas laborales*, nº105, 2010, pg.195-204.

CRUZ VILLALÓN, Jesús,

- «La jurisprudencia constitucional sobre las fuentes de las obligaciones laborales», *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, nº4, 1998, pg. 25-48.
- «Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas», *Revista de Derecho Social*, nº49, 2010, pg. 17-40.
- «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, nº117, 2012, pg. 13-56.
- «Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y Convenios Colectivos vigentes: alternativas y opciones», *Consorci d'estudis, mediació, conciliació a l'administració local (Cemical)*, octubre 2012, pg. 1-33.

*Universidad de Oviedo*

DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía, «Lección Vi. Libre Circulación de trabajadores», en VV.AA., NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga, MIRANDO BOTO, José María, *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg.162-184.

DARNACULLETA GARDELLA, M<sup>o</sup> Mercè, *Derecho Administrativo y autorregulación regulada*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2002, <http://www.tdx.cat/handle/10803/7681>.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España. Parte General*, Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1955.

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María,

- «Los empleos en la Administración Pública como excepción a la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea. (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1996)», *Revista de Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº7, 1998, pg. 263-278.
- *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- «El Estatuto Básico del Empleado Público: comentario a la espera de su desarrollo», *Relaciones Laborales*, nº2, 2007, pg.1077-1097.
- «La extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo fundada en la amortización de plazas en la Administración Pública», *Revista de Información Laboral*, nº4, 2014, pg. 234-261

DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.

DEL REY GUANTER, Salvador,

- *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986.
- «La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, nº1, 1988, pg.365-388.
- «La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos en la Administración Pública», *Relaciones Laborales*, nº11,1991, pg. 280-292.

- «Empleo Público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pg. 97-122.

DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

DE LA IGLESIA AZA, Lidia, «Modificación sustancial de condiciones laborales. La reducción salarial mediante el Real Decreto-ley 8/2010», *Aranzadi Social*, nº 10, 2012, pg.59-64.

DE LA IGLESIA CHAMORRO, María Asunción, *El Gobierno por Decreto*, Marcial Pons, Pamplona, 1991.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, «La clasificación de puestos de trabajo en la Administración Pública Española: El decreto de 9 de abril de 1964 y la orden para su desarrollo de 30 de junio siguiente», *Revista de Administración Pública*, nº44, 1964, pg. 301-320.

DE LA VILLA GIL, Luís Enrique, «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14, 2007.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y DESDENTADO BONETE, Aurelio, «Delimitación de competencias Estado- Comunidades Autónomas en materia de relaciones laborales y seguridad social. De la experiencia republicana a las Constitución de 1978», *Los trabajadores y la Constitución. Cuadernos de Derecho del Trabajo*, nº4, 1980, pg. 117-180.

DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DELGADO RIVERO, Francisco J., y MUÑIZ PÉREZ, Manuel A., *Cuadernos de Hacienda Pública. Teoría de los impuestos*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

DIAZ DE TERÁN VELASCO, M<sup>a</sup> Cruz, «Los principios generales del derecho en la interpretación (una aproximación desde J. Bms Vallet Goytisolo)», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº23, 2011, pg. 181-195.

*Universidad de Oviedo*

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis,

- «Constitución y fuentes del Derecho», en VV.AA., *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, 1979.
- «La Doctrina de las Fuentes del Derecho», *Anuario de Derecho Civil*, oct.-dic., 1984, pg.933-952.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2005.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990.

D'ORTA, Carlo, «L'organizzazione delle P.A. dal Diritto Pubblico al Diritto Privato: il fallimento di una riforma», *Il lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, Vol. XIV, maggio-agosto, nº3-4, 2011, pg. 391-465.

DOSTON, Arch, «The Emerging Doctrine of Privilege in Public Employment», *Public Administration Review*, Vol. 15, nº2, 1955.

DURÁN LÓPEZ, Federico,

- «El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales», en VV.AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pg. 523-536.
- «El convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo: las relaciones ley-convenio. El papel de la autonomía individual», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial: La negociación colectiva*, Madrid, 1992, pg.249-270.
- «Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.57-68.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES, Madrid, 2000.

ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco, «La disciplina constitucional de los Presupuestos Generales del Estado y su aplicación en el ámbito de las Comunidades Autónomas», *Auditoría Pública*, nº 45, 2008, pg.49-88.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo, «El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Relaciones Laborales*, nº19, 1990, pg.

ESPUNY TOMÁS, María Jesús, «La jornada laboral: Perspectiva histórica y valoración jurídica», *Trabajo 13*, 2004, pg.115-144.

ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Ediciones Bosch, Barcelona, 1961.

ESTEBAN MIGUEL, Alfonso, «La amortización de plazas en la administración pública no extingue los contratos de interinos por vacante y de indefinidos no fijos. Novedades en la interpretación judicial», *Revista de Información Laboral*, nº9, pg. 147-164.

ESTENSSORO, Fernando, «El concepto de ideología», *Revista de Filosofía*, nº15, 2006, pg.97-111.

ESTEPA MONTERO, Manuel, *Régimen jurídico y control jurisdiccional de los reales decretos reglamentarios*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

ESTRADA ALONSO, Olga, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ángel Antonio, «Cap. IV La norma reglamentaria», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *El Sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2008, pg. 131-159.

FABREGAT MONFORT, Gemma, «La implantación de los Planes de Igualdad en la Administración Pública», en VV.AA., PÉREZ ALONSO, María Antonia, BELANDO GARIN, Beatriz, FABREGAT MONFORT, Gemma, y ALONSO MELLADO, Carlos Luis, *Derecho del empleo público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 125-151.

FERRADANS CARAMÉS, Carmen,

- «La reordenación del sector público tras la crisis. Algunos efectos jurídico laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 155, 2012, pg. 101-124.
- «El descuelgue en los convenios colectivos de las Administraciones Públicas», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 173, 2015, pg.119-137.

FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, Juan José

- «Artículo 15. Derechos individuales ejercidos colectivamente», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 160-170.
- «Artículo 37. Materias objeto de negociación», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 342-361.
- «El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes», *Documentación laboral*, nº 97, 2013, pg.13-28

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?», *Revista de Derecho Social*, nº19, 2002, pg. 53-76.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, y CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Los sindicatos en la Función Pública: Régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, Sevilla, 1990, pg. 220-240.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar,

- «La designación del profesorado de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza. Estado de la cuestión tras la STC 38/2007, de 15 de febrero», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº84, 2008, pg. 285-335.
- *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan José, «Artículo 37. Materias objeto de negociación colectiva», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 282-295.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan José, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *El acceso al empleo público*, CEF, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *Revista de Administración Pública*, nº187, enero-abril, 2012, pg.141-170.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio,

- *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- «Jornada y tiempo de trabajo de los empleados públicos y crisis económica. A propósito del RDL 20/2012, de 6 de julio», *Relaciones Laborales*, nº5, 2013, pg. 69-80.

FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier, *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2002.

FOLGUERA CRESPO, José Ángel, «Las bases constitucionales del derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva», en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.17-49.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «El Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administración Pública*, nº174, septiembre-diciembre, 2007, pg.457-499.

GALANTINO, Luisa, *Diritto del lavoro Pubblico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.

GALIANA MORENO, Jesús, «Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº68, 1995, pg.13-23.

GALLARDO CASTILLO, María José, «A vueltas con la motivación de los actos administrativos», *Actualidad Administrativa*, nº2, 2010, pg. 138-148.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en VV.AA., MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Dir.), *La protección jurídica del ciudadano*

Universidad de Oviedo

(Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). *Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Volumen II, pg.1473-1502.

GARCÍA BLASCO, Juan,

- «La negociación colectiva en las administraciones públicas», en VV.AA., *Serie Claves del Gobierno Local*, 2, Fundación Democracia y Gobierno Local, Zaragoza, 2003, pg. 211-224.
- «La jurisprudencia constitucional relativa a la negociación colectiva», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 76, 2004, pg. 67-84.

GARCÍA CAMPÁ, Santiago, «El derecho al trabajo de mujeres y hombres en igualdad de oportunidades en el marco de la normativa de las competencias autonómicas», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg.451-473.

GARCÍA CANALES, Mariano, «Principios generales y Principios Constitucionales», *Revista Española de Estudios Políticos*, nº 64, 1989, pg. 131-162.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo,

- «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de reglamentos», *Revista de Administración Pública*, nº27, 1958, pg.63-86.
- «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, nº30, septiembre-diciembre, 1959, pg. 131-166.
- «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *Revista de Administración Pública*, nº124, 1991, pg.211-228.
- *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Aranzadi, Navarra, 2006.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I y II*, decimotercera edición, Aranzadi, Navarra, 2006.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, «Derecho constitucional y entidades locales: Sistema de Fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del Derecho Local», *Parlamento y Constitución, Anuario*, nº6, 2005, pg.205-240.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel, «Distribución de competencias en materia laboral», *Relaciones Laborales*, nº 1, 1992, pg.95-113.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «Las fuentes de las obligaciones de la Administración Pública: especial referencia a la aplicación de las categorías del contrato y del cuasicontrato», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº17, 2003, pg. 18-40.

GARCÍA MACHO, Ricardo,

- *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988.
- *Las relaciones de sujeción especial en la constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA MURCIA, Joaquín,

- «Las fuentes del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia constitucional: notas para un balance», *Relaciones Laborales*, nº 15-16, 1997, pg.17-41.
- «Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº11, Julio-septiembre, 1993, pg. 141-152.
- «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial: Sistema de ordenación de fuentes laborales. Los problemas de concurrencia. La ley, autonomía colectiva y autonomía individual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pg.11-37.
- «El papel del reglamento en materia laboral: algunas reflexiones a la luz de las reformas de 1994», *Actualidad Laboral*, nº36, 1995, pg.625-643.
- «Las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: rebaja de retribuciones y contención del gasto salarial», *Derecho de los Negocios*, Nº238-239, 2010, pg.

GARCÍA PÉREZ, Mercedes, *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral. Análisis particular de los acuerdos y convenios colectivos del ámbito municipal asturiano*, CES del Principado de Asturias, 2011.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio

- «Derecho de huelga y libertad de empresa», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.387-423.
- «Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres», *Relaciones Laborales*, nº2, 2008, pg. 255-281.

GARCÍA PIÑEIRO, Nuria P., «La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.343-359.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los Códigos de Conducta y las Fuentes del Derecho», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2141, Abril de 2012, pg.1-16.

GARCÍA SALAS, Ana Isabel, «El sistema de fuentes ante la modificación de condiciones de trabajo del personal al servicio de una Comunidad Autónoma: STSJ Castilla la Mancha de 13 de junio de 2012», *Aranzadi Social*, nº8, 2012, pg.95-101.

GARCÍA TORRES, Alba, «La constitucionalización del empleo público en los Estados Unidos de América», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 380, 2014, pg.145-174.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto,

- «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», *Revista de Administración Pública*, nº121, 1990, pg. 247-258.
- «¿Es aplicable el art. 23.2 de la Constitución Española al persona laboral de las Administraciones Públicas?», *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº72, 1995, pg. 627-631.

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, *El Estatuto de Jueces y Magistrados*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2009.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil II*, Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962.

GASCÓN VERA, Luis, «Constitucionalidad del artículo 96.2 del EBEP en relación con el personal temporal o indefinido al servicio de la Administración Pública», *Aranzadi Social*, nº9, 2012, pg. 83-93.

GIL Y GIL, José Luis, «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», en VV.AA., ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, pg.105-130.

GIMÉNEZ-CHORNET, Vicent, «Acceso de los ciudadanos a los documentos como transparencia de la gestión pública», *El profesional de la información*, v. 21, nº 5, 2012, pg. 504-508.

GIMENO FELIU, José María, «El principio de eficiencia», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.1255- 1274.

GRACIA BALLARÍN, Enrique, «Aspectos relevantes de la negociación colectiva», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg. 157-176.

GRIS GONZÁLEZ, Juan Carlos, «Naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas: la doctrina del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, nº 7, 2014, pg. 121-134.

GODINO REYES, Martin, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *El lockout en el Derecho de los Estados Unidos (su contraste con el cierre patronal del Derecho Español)*, CEDECS, Barcelona, 1998.

GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, «Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas», *Aranzadi Social*, nº5, 2005, pg. 1073-1102.

GÓMEZ CABALLERO, Pedro,

- «Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las administraciones públicas», *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2008, pg.1519-1530.

- «Las relaciones laborales del personal al servicio de las Universidades Públicas de Andalucía», *Temas Laborales*, Vol. III, nº100, 2009, pg. 1221-1261.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José, «Extinción del contrato de trabajo: el despido por razones ideológicas en la Administración Pública», *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº108, 2011, pg.267-279.

GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, *Libre circulación de trabajadores en el empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español*, CES, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio,

- «Cap. IX Principios Generales», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *El Sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2008, pg. 271- 313.
- «Lección XI. Contrato de Trabajo», en VV.AA., NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga, MIRANDO BOTO, José María, *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg.293-330.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús,

- *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1988.
- *La ética de la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996.

GORRITI BONTIGUI, Mikel, «La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas», en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg. 259-281.

GUASTINI, Riccardo, «Concepciones de las fuentes del derecho», *ISONOMÍA*, nº 11, 1999, pg. 167-176.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, «Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en los contratos celebrados a su amparo», *Relaciones Laborales*, nº1, 1999, pg. 797-802.

HERRERO POMBO, César, «La planificación y organización de los recursos humanos en la Administración local», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº18, 2007, pg.2943-2957.

HIERRO HIERRO, Javier,

- «La movilidad (voluntaria, forzosa...) de los empleados públicos tras la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011, pg. 263-296.
- «Registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares: límites al poder de dirección del empresario», en VV.AA., SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GÓNZALEZ DÍAZ, Francisco A., *La Libertad de Empresa y el Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson, Pamplona, 2011, pg.95-123.

HUERGO LORA, Alejandro, «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 145, 1998, pg.86-116.

JERICÓ ASÍN, Carlos, «Las bases como norma o ley del concurso», *Aranzadi Doctrinal*, 5/2014.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael,

- «Capítulo XII La estructura del empleo público en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg. 533-564.
- «Una nueva Ley de Empleo Público para Euskadi: inercia versus innovación», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº1, 2011, pg.11-34.

JIMÉNEZ CANO, Roberto-Marino, «Sobre los principios generales del derecho. Especial consideración en Derecho español», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1999/2000, pg. 1-18.

Universidad de Oviedo

JIMÉNEZ GARCÍA, Juan, y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rafael Víctor, «Las Administraciones Públicas y la contratación laboral temporal», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, nº10/11, 2005/2006, pg.116-148.

JOHNSON, Sandra T., KRETSCHMAN, Virginia H., *A to Z. Guide of Public Employment Law*, LRP publications, Horsham, 2000.

JORDANA DE POZAS, Luis,

- «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, nº48, 1949, pg. 41-54.
- «El problema de los fines de la actividad administrativa», *Revista de Administración Pública*, nº4, 1951, pg. 11-28.

KELSEN, Hans,

- *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949.
- *La teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes, «Las prohibiciones de discriminación y acoso en la función pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº138, 2008, pg. 209-257.

LAHERA FORTEZA, Jesús,

- *La titularidad de los derecho colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000.
- «Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., RUANO RODRÍGUEZ, Lucia (Dir.), *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pg. 113-147.
- *Normas laborales y contratos colectivos*, Reus, Madrid, 2008.

LARIOS RIOS, David, «Artículo 9. Funcionarios de Carrera», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 85-89.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki,

- *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- «Impugnación por los sindicatos de un concurso para la provisión de puestos de trabajo: reserva de ley, principio de supletoriedad y legitimación», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 63, 2002, pg. 153-168.
- *Fuentes del Derecho*, Lete, Bilbao, 2007.

LÁZARO ALBA, Eduardo y GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, «A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, pg.519-556.

LEE, Yongs, *Public personnel Administration and Constitutional values*, Querum Books, London, 1995.

LILLO PÉREZ, Enrique, «La libertad sindical y la negociación colectiva a propósito de los autos de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que plantean cuestión de constitucionalidad por considerar que es inconstitucional la regulación del RD-Ley 8/2010 de medidas contra el déficit público y de reducción salarial del 5% para los empleados públicos», *Revista de Derecho Social*, nº52, 2010, pg. 205-213.

LINDE PANIAGUA, Enrique,

- «Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del EBEP», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007.
- *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, COLEX, Madrid, 2011.
- «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en VV.AA., FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Navarra, 2012, pg.193-218.

LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1961.

LEGUINA VILLA, Jesús, «Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos: el valor normativo de las disposiciones organizativas», *Revista de Administración Pública*, nº49, enero-abril,1966, pg.193-224.

LLISET BORRELL, Francisco, «La impugnación de los baremos locales específicos en los concursos de traslados de funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional», *Consultor de Ayuntamientos*, nº 14, 1989.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «El principio constitucional de jerarquía administrativa», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.703-743.

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, «La contratación laboral en el sector público y los derechos de los empleados públicos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pg.

LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución Española», *Revista de Derecho Público*, nº 83, 1981, pg. 397-437.

LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel,

- *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995.
- *La relación laboral especial de empleo público. Estudio sobre su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- «Empleo Público y Comunidades Autónomas», en VV.AA., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg. 563-584.
- «Análisis del marco normativo de los sistemas de evaluación del desempeño del profesorado», *Revista Andaluza de Relaciones laborales*, nº25-26, 2011-2012, pg.57-75.
- «Medidas laborales de las Comunidades Autónomas y negociación colectiva del personal laboral en tiempos de crisis», *Documentación laboral*, nº97, 2013, pg.65-74.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, «A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, entorno a los límites al derecho de reunión», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 48, 1996, pg. 241-250.

LÓPEZ LAGUNA, Flor María, «El Código Ético de los Empleados Públicos», *Ministerio de Administraciones Públicas. Secretaria de Estado para la Administración Pública*, septiembre 2008, pg. 1-15.

LÓPEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> Teresa, y UTRILLA DE LA HOZ, Alfonso, *El sector público español (organización, gestión y aspectos económicos)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1991.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.,

- «Instrucciones y órdenes de servicio en el ámbito de la administración de la seguridad social», *Aranzadi Social*, nº12, 1998, pg.79-91.
- *Provisión de Puestos de Trabajo en la Administración Pública*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- «El recurso indirecto de bases de una convocatoria mediante la impugnación del acto de adjudicación de la plaza. Análisis de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Ciudad Real nº200/2004, de 8 de julio», *Actualidad Administrativa*, nº13, Julio 2006, pg.1-9.
- «El recurso indirecto de bases de una convocatoria mediante la impugnación del acto de adjudicación de la plaza», *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas*, nº29, 2006, pg.479-496.
- «La impugnación del acto de adjudicación de plaza convocada en concurso a través del denominado recurso indirecto a la base (análisis de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Ciudad Real nº200/2004, de 8 de julio)», *Cuadernos de Derecho Local*, nº11, 2006, pg.147-155.
- «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Administrativa*, nº16, 2007, pg.1943-1956.
- «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», *Información laboral*, nº15, 2007, pg.2-14.
- «Derechos adquiridos y derechos de los funcionarios públicos», *Justicia Administrativa*, nº 49, 2010, pg.33-46.

MACEDO DE BRITTO PEREIRA, Ricardo J., *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

MÁIZ CARRO, Lourdes, «El modelo de Administración propuesto por la LOFAGE», *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 7-8, 1997, pg. 153-160.

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J., «Los códigos de conducta como fuente del Derecho», *Derecho privado y Constitución*, nº17, Enero-Diciembre, 2003, pg. 361-376.

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, «Artículo 53. Principios Éticos», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofia, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.517-530.

MANTECA VALDELANDE, Víctor,

- «Novedades y aspectos generales del Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Administrativa*, nº15, pg.1796-1811.
- «La estructura del empleo en las administraciones públicas como normativa básica del Estado (I y II)», *Actualidad Administrativa*, 2009, pg.2497-2504 y 2616-2625.
- «La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa*, nº3, 2012, pg.4.

MARÍN ALONSO, Inmaculada,

- *La negociación conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública: acuerdos mixtos*, Comares, Granada, 1999.
- «El derecho del trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos», en VV.AA., *Las relaciones laborales en la Administración Pública: Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, 19 y 20 de mayo del 2000, Vol. 2, 2001, pg. 249.263.
- «La reforma de la negociación colectiva en la Administración Pública: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas», *Aranzadi Social*, nº 15, 2006, pg.1033-1052.
- «La Ley Orgánica de Igualdad y el Estatuto Básico del Empleado Público ante el trabajo femenino en la Función Pública», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº136, 2007, pg.861-895.
- «El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público», *Relaciones Laborales*, nº8, 2009, pg.21-46.
- «La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el EBEP», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº141, 2009, pg.115-144.
- «La estructura de la negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza», *Temas Laborales*, nº100, 2009, pg. 703-733.

- «La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario en el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Vol. 2, 2009, pg. 709-726.

MARÍN CORREA, José María, «Derecho Administrativo/Derecho Laboral: Diferente funcionamiento de las fuentes jurídicas», en VV.AA., CARO MUÑOZ, Ana Isabel, y DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel (Dir.), *Jornadas sobre el profesorado universitario laboral*, Universidad de Burgos, 2004, pg.55-66.

MARINA JALVO, Belén, «Consideraciones sobre el informe para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, nº29, 2005, pg. 5-56.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «El Estatuto del Empleado Público: Un Godot que no ha llegado», *Revista de Administración Pública*, nº 174, septiembre-diciembre, 2007, pg. 129-159.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, «Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones», *Revista de Administración Pública*, nº40, 1963, pg.225-249.

MARTÍN VALVERDE, Antonio,

- *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976.
- «Concurrencia y articulación de normas laborales», *Revista de política social*, nº 119, Julio/septiembre, 1978, pg. 5-31.
- «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Política y Social*, nº 137, 1983, pg.105-168.
- «Los límites del Derecho de huelga en la Administración Pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº18, Septiembre-Diciembre, 1986, pg.21- 50.
- «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº33, 1988, pg. 55-70.
- «Concertación social y diálogo social», *Relaciones Laborales*, nº22, 1994.

- «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 114, 2002, pg.813-840.
- «Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Actualidad Laboral*, nº14, 2004, pg.1673-1685.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, y GARCÍA MURCIA, Joaquín (Dir. y Coord.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. VOL. I y III*, Aranzadi, Navarra, 2008.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, vigésima edición, Tecnos, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio,

- «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº39, 1989, pg. 435-484.
- «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios públicos: A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 noviembre de 2000», *Relaciones Laborales*, nº2, 2001, pg. 141-162.

MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, Iñigo, «La potestad organizatoria y los derechos de los funcionarios públicos», en VV.AA., MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Dir.), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Volumen III, pg.1913-1951.

MARTINEZ FONTS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús,

- «El derecho de cierre patronal y la libertad de empresa», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2004, nº4, pg. 403-444.
- «El derecho al cierre patronal y la libertad de empresa», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.426-460.

MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario, «La empresa pública en la contabilidad nacional», *Presupuesto y Gasto Público*, N° 60/2010, pg.97-107.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, «Principios del Derecho y norma jurídica», en VV.AA., *Los principios generales del derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, Editorial ACTAS, Madrid, 1993, pg.89-108.

MARTINEZ RICO, Ricardo, «La institución presupuestaria española: del pacto de estabilidad a las reglas de estabilidad presupuestaria», *ICE*, nº826, 2005, pg. 359- 372.

MARTÍNEZ SOPEDRA, Manuel, *Fuentes del Derecho en el Derecho español: Una introducción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

MATÍA PORTILLA, Edmundo, «El Estatuto del Personal de las Cortes Generales como fuente de derecho», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 22, 2009, pg. 179-207.

MAURI MAJÓS, Joan,

- «La distribución de competencias en materia de función pública», *Autonomies*, nº24, 1999, pg. 37-64.
- «Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión de la función pública», *Cuadernos de Derecho Local*, nº2, 2003, pg.42-66.
- «Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos», *Presupuesto y Gasto Público*, nº 41, 2005, pg.173-197.
- «Cap.VI. Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pg.297-333.
- «La negociación colectiva (art. 31 a 38)», en VV.AA., DEL REY GUANTER, Salvador, *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, pg. 371-432.

MEDINA, Loreta (Ed.), *The creation of the U.S. Constitution*, Thomson, Gale, 2003.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes, «Los protocolos de acoso en los planes de igualdad», *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, nº extra, 2013, pg.301-317.

MENDEZ DE SMITH, Elisa A., *Las ideologías y el derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1982.

MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo, «Reflexiones constitucionales sobre la potestad de dirección en las relaciones administrativas interorgánicas», en VV.AA., MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (Vol.III)*, Civitas, Madrid, 1991, pg.2467-2481.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva,

- «Confluencia de normas y principios en el régimen jurídico del PDI funcionario y laboral», *Justicia Administrativa*, nº51, 2011, pg. 7-34.
- «El distinto régimen jurídico del PDI funcionario y laboral y la confluencia de normas y principios administrativos y laborales», en VV.AA., *XXI Seminario de Aspectos jurídicos de la gestión universitaria. Bolonia y aledaños. Viaje al Espacio... Europeo de Educación superior*. Tomo II, Universidad de la Rioja, 2011, pg.727-775.
- «El papel de la Administración en la consecución de la efectiva igualdad de género», en VV.AA., GUERRERO, Yolanda; VARA, M<sup>a</sup> Jesús; MATILLA, M<sup>a</sup> Jesús, GARCÍA, Cristina; MONTERO, Pilar (Eds.), *XVIII Jornadas internacionales de investigación interdisciplinar: Feminismo y desequilibrios en el mundo actual: demografía, trabajo y ciudadanía*, UAM, 2011, pg. 345-360.
- «El papel de la Administración en la consecución de la Igualdad de Género», *CEF Legal*, nº 135, 2012, pg. 97-150.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, «La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: Crónica de un conflicto anunciado», *Aranzadi Social*, N<sup>o</sup>2, 2001, pg.

MERCADER UGUINA, Jesús R., «Sección II. Prescripción de las infracciones y faltas», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2012, pg. 861-864.

MIGUEZ MACHO, Luis, «El principio de objetividad de la Administración», *Documentación Administrativa*, nº 289, 2011, pg. 11-17.

MINNICELLI, Alessandra, *Principios Generales y Políticas Públicas. Herramientas del Derecho Administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalidad los derechos humanos en un Estado eficaz*, La Ley, Argentina, 2013.

MIÑAMBRES PUIG, César, *La estabilidad de funcionarios y trabajadores: ¿una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, CES, Madrid, 2001.

MIRANDA, Nicola, *Il novo contratto a termine nel lavoro «Privato» e «Pubblico»*, CEDAM, Padova, 2007.

MIRANDA BOTO, José María, «Artículo 54. Principios de conducta», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg. 530-546.

MOLERO MANGLANO, Carlos, *El sistema normativo laboral*, COLEX, Madrid, 1987.

MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup> Luisa, «Derechos de conciliación: Derechos de adaptación y, reducción del tiempo de trabajo, suspensión por paternidad y excedencias familiares», en VV.AA., VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, pg.211-254.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal,

- «La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el Empleo Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg. 99-136.
- «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la “unificación parcial de Estatutos”», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 293-294, 2007.
- «Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿”cesantía” o “despido objetivo”?»», *Revista Aranzadi Social*, nº 9-10, 2014, pg.55-80.

*Universidad de Oviedo*

MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

MONEREO PÉREZ, José Luis,

- «El Derecho a la negociación colectiva», en VV.AA., MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (coord.), MONEREO PÉREZ, José Luis (coord.) y MORENO VIDA, Nieves (coord.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pg. 625-684.
- «Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba», *Temas Laborales*, nº120, 2013, pg. 439-482.

MONEREO PÉREZ, José Luis, y MOLINA NAVARRETE, «Título II. Clases de personal al servicio de la Administración», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg. 157-162.

MONEREO PÉREZ, José Luis, y MORENO VIDA, Nieves, «Artículo 3. Fuentes de la relación laboral», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2012, pg. 75-106

MONEREO PÉREZ, José Luis y VIDA SORIA, José, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

MONREAL BRINGSVAERD, Erick José, «Planes de organización de actividades preventivas», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008, pg.1105-1113.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Las fuentes del derecho*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1993.

MONTOYA MELGAR, Alfredo,

- *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- «La nueva configuración del poder de dirección del empresario», en VV.AA., *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 189-199.
- «Libertad de empresa y poder de dirección», en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pg.131-179.
- «Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial: Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2008, pg.457-518.
- *Ideología y Lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009.
- «Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg. 13-46.
- «La libertad de empresa y el poder de dirección del empresario en las relaciones laborales», en VV.AA., SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen y GÓNZALEZ DÍAZ, Francisco A., *La Libertad de Empresa y el Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Thomson, Pamplona, 2011, pg. 27-45.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María, SEMPERE NAVARRO, Vicente A., y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

MORENO REBATO, Mar, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, nº147, 1998, pg.158-200.

MORENO VIDA, Nieves Mª, «Los acuerdos de concertación social, con especial atención al acuerdo para el progreso económico y social de Andalucía», *Temas Laborales*, nº120, 2013, pg. 85-122.

MOROTE SARRIÓN, José Vicente, *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

MORTATI, Constantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975.

*Universidad de Oviedo*

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Vol. I, Iustel, 2.ª edición, 2006.

MUT GÓNZALEZ, Fernando, *La aplicación del Derecho del Trabajo en las empresas públicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

NIETO GARCÍA, Alejandro,

- «La Administración sirve con objetividad a los intereses generales», en VV.AA., MARTIN RETORTILLO, Sebastián (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pg. 2185-2253
- «La jerarquía administrativa», *Documentación Administrativa*, nº 229, 1992, pg. 11-64.

NIEVES NIETO, Nuria, «El acceso al empleo público laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg. 47-76.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, «Artículo 35 de la Constitución», en VV.AA., CASAS BAAMONDE, María Emilia, y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolsters Kluwer, Toledo, 2008, pg. 930-948.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, y MIRANDA BOTO, José María, «Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Octubre 2010- febrero 2011», *Actum social*, nº49, 2011.

NOGUER PORTERO, M<sup>o</sup> Carmen, «La evaluación del desempeño», en VV.AA., DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pg. 316-326.

OLIVERA MASSÓ, Pablo, «La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública. ¿Jurisdicción contencioso-administrativa o social?», *Relaciones Laborales*, nº11, 1991, pg.293-308.

OLMEDA FREIRE, Gladys B., *La problemática delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

O'NEIL, Robert M., *The rights of public employees*, Southern Illinois, University Press and Carbondale, Edwardsville, 1993.

ORDOÑEZ SOLIS, David, «Incidència de la normativa i jurisprudència comunitària de dades en les relacions laborals de les Administracions Públiques», *Seminari d'actualizació de Funció Pública Local, FMC*, Julio 2013, pg. 1-22.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis,

- «El proceso de modernización administrativa contenido en la LOFAGE», *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 7-8, 1997, pg.87-94.
- «Nuevo Estatuto del Empleo Público: la dificultad de unas bases constitucionales y coherentes y su relación con los Estatutos de Autonomía», *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, nº4, 2007, pg.2-28.

ORTUÑO NAVALÓN, M<sup>a</sup> Carmen, MANZANA LAGUARDA, y Rafael S, *Las retribuciones de los Empleados Públicos. Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

OSTROM, Vicent, *The Intellectual Crisis in America Public Administration*, The University of Alabama, Alabama, 1973.

PALOMAR OLMEDA, Alberto,

- «Cap. V. Derecho a la carrera y promoción interna», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 200-226.
- «Capítulo XII, Ordenación de la actividad profesional», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 429-471.
- «La oferta de empleo público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº140, 2008, pg.809-825.
- «Artículo 6. Leyes de Función Pública», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.61-65.
- «La desvinculación de la pactado en el Estatuto Básico del Empleado

Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº144, 2009, pg. 623-665.

- *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2011.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, 1991.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PECORACO MONICA, «La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico: Tra equivalenza formale e sostanziale», *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Vol. XIV, Marzo- Aprile, nº2, 2011, pg.219-252.

PELAY LABRADOR, Ángel, «El EBEP y la negociación colectiva», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg. 177-184.

PÉREZ AMORÓS, Francisco, «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materias de política de empleo», *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, nº6, 1987, pg. 15-28.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas», *Diario la Ley*, nº 7588, 2011.

PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco, *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso a la condición de personal sanitario*, INAP, Madrid, 2011.

PÉREZ GÓMEZ, José María, «Título IV. Adquisición y pérdida de la relación de servicio. Capítulo I. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.485-495.

PÉREZ LUQUE, Antonio, *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales*, La Ley, Madrid, 2005.

PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2001.

PÉREZ SALAS, Francisco Javier, «De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público», *Revista Cemci*, nº 8, Jul-Sep., 2010, pg.1-19.

PÉREZ SIBÓN, María del Carmen, «El personal laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público. Régimen jurídico y lagunas», *Conferencia COSITAL*, mayo 2010, pg.1-29.

PERONA MATA, Carmen, *El Estatuto Básico del Empleado Público comentado*, La Ley, Madrid, 2007.

PICÓ LORENZO, Celsa, «Las limitaciones presupuestarias como límite a la negociación colectiva», en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.223-275.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, «El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la Administración», *Documentación Administrativa*, nº 220, 1989, pg. 135-178.

PONCE SOLÉ, Julio,

- *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- «El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública», *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, nº2, 2012, pg.305-321

PRETEROTI, Antonio,

- *Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico, in Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, (edited by G. Santoro-Passarelli), Utet Giuridica, Assago, 2014, pp. 2761-2814.
- *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*, in WP C.S.D.L.E. “ Massimo D’Antona”.IT – 95/2010, pp. 1-25.
- *A proposito di una possibile “disapplicazione” del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella P.A.*, in *Il Lavoro nelle*

Pubbliche Amministrazioni, 5, 2010, pp. 885-903.

- Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative, primi riscontri giurisprudenziali e nuovi orizzonti, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 6, 2009, pp. 1089-1121.

PULIDO QUECEDO, Manuel, *Constitución Española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2009.

PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, «La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014, pg.37-67.

PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rosa, «Título V Ordenación de la actividad profesional. Capítulo II Estructuración del empleo público», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.751-777.

PUNSET BLANCO, Ramón,

- *Estudios parlamentarios*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- «Potestades normativas y formas de gobierno», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado. Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 5, Junta General del Principado de Asturias, 2009, pg. 303-335.

QUESADA LUMBRERAS, Javier E., «¿Es aplicable el EBEP al personal laboral? Comentario al Auto de la Audiencia Nacional 63/2010, de 28 de octubre», *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas*, nº38, 2011, pg. 413-465.

QUESADA LUMBRERAS, Javier E., «Título VII. Régimen disciplinario», en VV.AA. MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg.911-955.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Principio de mérito y capacidad», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR,

Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.747-797.

QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, «¿Despido discriminatorio de un profesor de religión por ejercicio del derecho a la libertad de expresión o transgresión de la buena fe contractual del trabajador? Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Murcia, 28 de septiembre del 2000», *Aranzadi Social*, nº55, 2000.

QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, «La prodigalidad de los derechos individuales de los empleados públicos en el artículo 14 EBEP», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.107-146.

QUINTANS GARCÍA, Jacobo, «La contratación laboral en las Administraciones Públicas», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, n º24, 2010, pg. 75- 100.

RABANAL CARBAJO, Pedro, «Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor», en VV.AA., LUELMO MILLÁN, Miguel Ángel (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pg. 273-325.

RAMOS MORAGUES, Francisco,

- «Ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Laboral*, nº2, 2009, pg. 160-171.
- *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011.

REBOLLO PUIG, Manuel, «Los principios generales del Derecho. Atraviesamiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción», en VV.AA., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pg.1521-1583.

RICOEUR, Paul, *Ideología y utopía*, Ediciones Gedisa, Barcelona, 1999.

RIVERO LAMAS, Juan y DE VAL ARNAL, Ángel Luis,

- «El Derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales», en VV.AA., *El modelo social en la Constitución*

*Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pg.

- «El Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº68, 2007, pg.197-236.
- «Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, OLARTE ENCABO, Sofía, y RIVAS VALLEJO, Pilar (Dir. y Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, Granada, 2008, pg. 331-378.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime,

- *La dimensión ética*, Dickinson, Madrid, 2001.
- *El buen Gobierno y la buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson, Navarra, 2006.
- «El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho administrativo español», *Actualidad Administrativa*, Nº3, 2007, pg. 260-280.

RODRÍGUEZ CARDÓ, Iván Antonio, y ÁLVAREZ ALONSO, Diego, «Criterios de interpretación y aplicación», en VV.AA., GARCÍA MURCIA, Joaquín (Coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, pg. 335-374.

RODRÍGUEZ CRESPO, María José, «Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación», *Aranzadi Social*, nº2, 2013, pg. 189-211.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana,

- «Artículo 11. El personal laboral», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 120-137

- «Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias», *Revista Aranzadi Social*, nº12, 2010, pg. 33-42.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, «Jerarquía normativa vs fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público», *Documentación laboral*, nº97, 2013, pg. 29-54.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Método para el conocimiento del Derecho*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1987.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel,

- «Negociación colectiva y Constitución», en VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial: La negociación colectiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pg.11-36.
- «Intimidad del trabajador y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº3, 2004, pg.1-12.
- «Poder de dirección y derecho contractual», *Relaciones Laborales*, nº2, 2005, pg.111-138.
- «La prohibición de fumar en los centro de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº1, 2006, pg.55-64.
- «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007», *Relaciones Laborales*, nº8, 2007, pg. 1-17.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, y BRAVO FERRER, Miguel, «Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo», *La Ley*, nº3, 2004, pg.1824-1830.

RODRÍGUEZ VERA, Esteban, «La negociación colectiva de los empleados públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2011, pg.167-210.

ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992.

ROMERO BURILLO, Ana María, «El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla», *Actualidad Laboral*, nº6, 2014, pg. 680- 696.

ROQUETA BUJ, Remedios,

- «El proceso de formación y remodelación de la estructura de la negociación colectiva laboral en el ámbito de la Administración del Estado», *Revista de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, nº11, 1993, pg. 46-55.
- *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- «El contenido de la negociación colectiva en materia de clasificación de puestos de trabajo y de retribuciones de los funcionarios locales», *Poder Judicial*, nº43-44, 1996, pg. 305-342.
- «La negociación colectiva en el proyecto de estatuto básico de la función pública», *Administración laboral local*, Nº3, 1998, pg. 613-625.
- «La negociación colectiva en la función pública local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº279, 1999, pg.69-88.
- «La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcional, la estatutaria, la laboral y la contratación administrativa», en VV.AA., MOLINER TAMBORERO, Gonzalo (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid, 2000, pg.113- 170.
- «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», *Justicia Laboral* , nº 6, 2001, pg. 39- 50.
- «Los derechos y garantías sindicales en la negociación colectiva funcional», *Actualidad Administrativa*, nº25, 2002, pg. 719-798.
- «La Sentencia del Tribunal Supremos de 21 de marzo de 2002 sobre la negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos», *Justicia Laboral*, nº13, 2003, pg. 5-20.
- «La negociación colectiva en la función pública», *Temas laborales*, nº76, 2004, pg. 319-342.
- «El contenido de la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 294-295, 2004, pg.67-103.
- «Límites en los incrementos de las retribuciones del Sector Público: ley estatal de presupuestos, leyes autonómicas y acuerdos colectivos», en VV.AA., SALA FRANCO, Tomás (Coord.), RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. (Coord.) y BORRAJO DA CRUZ, Efrén (Coord.), *Derecho*

- vivo del Trabajo y Constitución: Estudios homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley, Madrid, 2004, pg.105-124.
- «El contenido de la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº2, nº 294-295, 2004, pg. 67-104.
  - «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº10, 2006, pg.
  - *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007.
  - «El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral de las Administraciones Públicas», en VV.AA., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del empleado público*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pg.149-222.
  - «La negociación colectiva en el Proyecto de ley del EBEP y en la Ley 21/2006», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº14, 2007, pg.
  - «La negociación colectiva de los funcionarios públicos locales tras el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº307, Mayo-Agosto, 2008, pg. 9-26.
  - «El RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos», *Aranzadi Social*, nº22, 2011, pg. 8-14.
  - «La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP», *Actualidad Laboral*, nº 21-22, 2012, pg. 2122-2140.
  - «Los despidos colectivos en el sector público», *Documentación laboral*, nº97, 2013, pg. 101- 129.
  - «Jurisprudencia reciente sobre el despido colectivo en la Administración Pública I y II», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 1 y 2, 2015, pg. 68-71 y 73-76.

ROSS, Alf,

- *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del Derecho positivo sobre la base de las investigaciones histórico-dogmáticas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

*Universidad de Oviedo*

RUIZ CASTILLO, María del Mar, *El cierre patronal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel,

- «La impugnación jurisdiccional de las relaciones de puestos de trabajo», *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, nº 96, 2013, pg. 229-262.
- «Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo y sus consecuencias procesales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 168, 2015, pg.209-232.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, ACARL, Madrid 1991.

SALA FRANCO, Tomás,

- «La contratación temporal de las Administraciones Públicas», *Poder judicial*, nº3, 1986, pg.159-185.
- *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, Madrid, 1989.
- «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», *Actualidad Laboral*, nº32, 2000, pg. 529-537.
- «Los derechos colectivos de los trabajadores de la Administración Pública», en VV.AA., MOLINER TAMBORERO, Gonzalo (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid, 2000, pg.449-472.
- «Los derechos colectivos de los empleados públicos», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 289-318.
- «Estatuto Básico del Empleado Público: la nueva regulación laboral especial de empleo público», *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, nº12, 2007, pg. 36-45.
- «La nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *Actualidad Laboral*, nº20, 2007, pg. 2404-2419.
- «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 116-130.
- «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *Diario la Ley*, 2007, nº 6878, 2008.

- «Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos», *Actualidad Laboral*, nº20, 2007, pg. 2404-2419.
- «El impacto de la reforma laboral en el empleo públicos», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº13, 2013, pg. 157-166.

SALA FRANCO, Tomás, BLASCO PELLICER, Ángel y ALTÉS TARREGA, Juan Antonio, *La negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, «La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concurso», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 30, 1981, pg. 563-576.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel,

- «Objeto y ámbito de aplicación», en VV.AA., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), Lex Nova, Valladolid, pg.44-81.
- «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, pg. 400-420.
- «Ordenación de la actividad profesional», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 429-471.
- «Régimen disciplinario», en VV.AA., SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 535-547.
- «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pg.23-40.
- «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, nº36, 2007, pg. 5-24.
- «Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporales y publicar en el plazo las correspondientes convocatorias de selección», *Revista de Administración Pública*, nº 187, enero-abril, 2012, pg.379-395.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «Responsabilidad social y ética «públicas» y relación laboral de empleo público», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, Junio 2011, pg.77-104.

SÁNCHEZ PARRA, Ana Belén, «El reconocimiento da la improcedencia del despido por parte de las Administraciones públicas. El despido improcedente después de la entrada en vigor del EBEP», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº23, 2010, pg.153-165.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina,«El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, nº 37, 1998, pg. 37-59.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Centro Editorial de Góngora , Madrid, 1873.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y ARETA MARTÍNEZ, María,

- «Artículo 73. Desempeño y agrupación de puestos de trabajo», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V.(Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.628-630.
- «Artículo 77. Clasificación del Personal laboral», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.801-805.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y HIERRO HIERRO, F. Javier,

- «Art. 93. Responsabilidad disciplinaria», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.969-975.

- «Art.97. Prescripción de las faltas y sanciones», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 997-1002.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda,

- La contratación laboral en las Administraciones Públicas, *Aranzadi*, Pamplona, 2003.
- «El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto (Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007, pg.527-649.
- «El personal laboral del sector público», *Aranzadi Social*, Nº5, 2007, pg.985-998.

SERRANO ARGÜELLES, Noemí, «La organización del trabajo y los poderes empresariales. Un enfoque a partir de su modulación por la negociación colectiva», *RUCT*, nº10, 2009, pg. 229.258.

SERRANO ARGÜESO, Mariola, *La teoría de las fuentes en el Derecho Individual del Trabajo. Revisión crítica*, Dykinson, Madrid, 2000.

SERRANO GARCÍA, Juana, *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Bomarzo, Albacete, 2007.

SERRANO LÓPEZ, Antonio Eleazar, «Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho (ideas para un dialogo)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº17, 1973-1974, pg. 293-300.

SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique, «Algunas cuestiones de técnica legislativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 2011», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº3, Junio, 2012, pg. 68-78.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, «El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº15, 2007, pg.63-76

THIBAUT ARANDA, Javier, «La retribución del personal laboral del sector público cuatro años después del Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº93, 2001, pg. 211- 230.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan, «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público (arts.93 a 98)», en VV.AA., DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pg. 901-932.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo,

- «Reflexiones sobre el nuevo marco autonómico», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 261, 1994, pg.35-52.
- «El personal de la Administración Local y el nuevo marco regulador de la función pública», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 308, pg.9-46.

TORRENTS MARGALEF, Jorge «Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas», en VV.AA., VALDÉS DAL RE, Fernando (Dir.), *Manual jurídico de Negociación Colectiva*, La Ley, Madrid, 2008, pg.1251-1312.

TORNOS MAS, Joaquín, «Las cartas de servicios», *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº 10, 2006, pg. 72-82.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, «La necesidad de reabrir el debate de la nulidad de los despidos arbitrarios o en fraude de ley», *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº292, 2007, pg. 39-60.

UREÑA SALCEDO, Juan A., «El principio de servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales», *Documentación Administrativa*, nº 289, 2011, pg.57-80.

VALDÉS ALONSO, Alberto, «Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los códigos de conducta», *Aranzadi Social*, nº 13, 2010, pg. 59-85.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando,

- «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 26, 1989,

- «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», en VV.AA., MONTOYA MELGAR, Alfredo, MARTÍN VALVERDE, Antonio, y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pg. 337-391.
- «El lugar del Reglamento en el ordenamiento laboral. A propósito de la sentencia TS 3.<sup>a</sup> de 31 de enero de 1990 (I y II)», *Cuadernos de Relaciones Laboral*, nº 19-22, 1990.
- «Las transformaciones de las fuentes de Derecho del Trabajo: Una aproximación», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol.25, nº2, 1990, pg-12-28.
- «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 86, 1997, pg. 837-862.
- «Contrato de trabajo, empleo público y negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, nº2, 2005, pg. 15-25.

VALLEJO D'ACOSTA, Ruth, «Sobre la legitimación de las Administraciones Públicas Autonómicas para modificar el régimen de jornada de trabajo establecido en convenio colectivo del personal laboral a su servicio», *Aranzadi Social*, nº 5, 2012, pg. 107-135.

VAUGHM, Robert G., *Merit Systems Protection Board: Rights and Remedies*, Law Journal-Seminars Press, New York, 2003.

VÁZQUEZ GARRANZO, Javier,

- «Artículo 69. Objetivos e instrumentos de planificación», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.601-609.
- «Artículo 70. Ofertas de empleo público», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.610-617.

VELAZQUEZ, Edward J., «Waters v. Churchill: Government-employer efficiency, judicial deference, and the abandonment of public-employee free speech by the Supreme Court», *61 Brook, L. Rev.*, 1995, pg. 1055-1120.

VIDA FERNÁNDEZ, Raquel, “Crisis Económica y Empleo Público”, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, José Luis y SÁNCHEZ MONTOYA, José Esteban (Dir.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Comares, Granada, 2010, pg.

VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Reserva de ley y Constitución*, Dickinson, Madrid, 1994.

VILLORIA MENDIENTA, Manuel, «Conflicto de interés, incompatibilidades y ética del servicio público», en VV.AA., PALOMAR OLMEDA, Alberto (Coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007, pg. 483-526.

VIVERO SERRANO, Juan Bautista,

- «El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Derecho Social*, nº40, 2007, pg.63-82.
- «La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del Derecho constitucional a la igualdad del artículo 96.2 del EBEP», *Relaciones Laborales*, nº 7-8, pg. 13-37.

VV.AA., *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, PEDRAJAS MORENO, Abdón (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000.

VV.AA., «Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», 25 de abril de 2007.

VV.AA. «*Guía para el desarrollo de las Cartas de Servicio*». aprobada por el Ministerio de la Presidencia. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la calidad de los Servicios, AEVAL, MADRID, 2010.

VV.AA., «Artículo 3. Fuentes de la relación laboral»; en GULLÓN RODRÍGUEZ, Jesús (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, Madrid, 2010, pg. 95- 133.

VV.AA., «La negociación colectiva en la administración pública. Un camino a seguir», *Conferencia Internacional del Trabajo*, OIT, 102ª Reunión, 2013.

WERNER, Benjamin, *The law and practice of public employment labor relations*, Vol. I., Michie Co., Charlottesville, 1974.

ZORNOZA PÉREZ, Juan, «El ámbito de aplicación de la Ley General Presupuestaria: entidades que se integran en el sector público estatal», *Revista Española de Control Externo*, Vol.6, N° 18, 2004, pg. 85-102.