

Sector público: realización de funciones de categoría superior por su personal. ¿Sería de recibo su no remuneración al no estar dotadas presupuestariamente?

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 86, 87 y 88/2019, de 5 de febrero

Mónica Ricou Casal

*Funcionaria. Letrada.
Profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Girona*

Si el emperador me quiere, que me pague, pues solo el honor de estar con él no me alcanza.

Wolfgang Amadeus Mozart

1. Marco normativo

El engarce normativo de las sentencias nos lleva a encuadrarlo de forma estructurada para centrar con adecuada prudencia la materia estudiada:

- a) En primer lugar debemos hacer referencia a lo que es «sector público», dentro del cual se incluyen las empresas públicas, ya que desarrollan servicios indispensables para la sociedad, como, en los casos estudiados, el servicio de abastecimiento de agua potable ([art. 26.1 a\) Ley 7/1985, de 2 de abril](#), reguladora de las bases de régimen local); la sociedad municipal Aguas de Burgos, SAU, se encarga de la gestión directa de los servicios relativos al ciclo integral del agua en el municipio de Burgos.

Cómo citar: Ricou Casal, M. (2019). Sector público: realización de funciones de categoría superior por su personal. ¿Sería de recibo su no remuneración al no estar dotadas presupuestariamente? Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 86, 87 y 88/2019, de 5 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 436, 135-141.

El artículo 18, tanto de la [Ley 3/2017, de 27 de junio](#), de presupuestos generales del Estado para 2017, como de la vigente [Ley 6/2018, de 3 de julio](#), de presupuestos generales del Estado para 2018, las incluye como parte del sector público.

En los mismos términos se expresa, para el ámbito de la Ley de contratos del sector público, el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el [artículo 3.1 d\) \(actual art. 3.1 h\) Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#)).

El sector público institucional estatal se regula en los [artículos 81 a 139 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público. Se inspira en el Informe Cora (Comisión de reforma de las Administraciones públicas), reflejo de la necesidad de dar cumplimiento a lo previsto en el [apartado 2 del artículo 31 de la Constitución española](#) (CE) que ordena que el gasto público realice una asignación equitativa de los recursos públicos y que su programa y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía de forma congruente con el mandato del [artículo 135 de la CE](#) que establece que todas las Administraciones públicas adecuaran sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria. El régimen presupuestario de control económico y financiero de las sociedades mercantiles se establece en el [artículo 117 de la Ley 40/2015](#). Destacamos que el personal de las sociedades mercantiles de titularidad pública no se rige por el Estatuto básico del empleado público (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– de [20 de octubre de 2015, rec. 172/2014](#), y [6 de julio de 2016, rec. 229/2015](#)).

b) En segundo lugar haremos referencia a la «función pública»:

El ámbito de aplicación del [Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto básico del empleado público (EBEP), incluye al personal laboral al servicio, entre otras, de la Administración de las entidades locales.

c) En tercer lugar mencionaremos la regulación aplicable al «personal laboral» de las sociedades mercantiles estatales. En la reclamación del trabajador, dado que estamos ante el desempeño de un puesto de trabajo sujeto a la legislación laboral, debemos acudir al [Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), destacándose los siguientes artículos:

- [Artículo 20](#): el control y dirección de la prestación laboral corresponde al empresario.
- [Artículo 22](#): el sistema de clasificación profesional se establece a través de grupos profesionales.

- [Artículo 39.3](#): derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice el trabajador, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores.

d) Haremos referencia, en cuarto lugar, a la siguiente normativa:

- [Resolución de 22 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo](#), por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales.
- Resolución de fecha 20 de abril de 2001, de la Oficina Territorial de Trabajo de Burgos, por la que se dispone la publicación del Convenio colectivo de trabajo del servicio de aguas municipal de Burgos (BO de Burgos núm. 96 de 21 de mayo de 2001). El convenio colectivo es único, afecta a todos los lugares de trabajo y cubre al 100 % de los empleados.
- Estatutos de la sociedad mercantil Aguas de Burgos, SAU (BO de Burgos núm. 138 de 23 de julio de 2010): la sociedad municipal Aguas de Burgos, SAU, se constituye como una sociedad de nacionalidad española, que se regirá por los presentes estatutos y en lo no previsto en ellos por la Ley de sociedades de capital, Ley de bases de régimen local y demás disposiciones legales aplicables con carácter obligatorio o supletorio.

e) En quinto y último lugar se aludirá al concepto de «relación de puesto de trabajo» (RPT), artículos [74 del EBEP](#) y [15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto](#), de medidas para la reforma de la función pública, conforme a los cuales se define como el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y requisitos para el desempeño de cada puesto dentro de cada Administración pública. En la sociedad mercantil Aguas de Burgos, SAU, no existe RPT al ser una mercantil sometida al ET ([STS 618/2016](#)). Cabe señalar que las cuentas anuales e informe de gestión del ejercicio 2015 se aprobaron en la sesión ordinaria celebrada por el Pleno de la Corporación Municipal de Burgos el día 10 de junio de 2016. Las correspondientes al año 2016 se aprobaron por el mismo órgano el día 9 de junio de 2017. La intervención municipal se refiere exclusivamente a la aprobación presupuestaria.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Las tres sentencias objeto de análisis tienen unos mismos presupuestos fácticos que las hacen similares en su planteamiento:

- a) Son trabajadores que prestan servicio en una empresa cuyo capital pertenece íntegramente a una Administración pública: sociedad mercantil Aguas de Burgos, SAU. El 100 % de las acciones son propiedad del Ayuntamiento de Burgos. Con fecha 27 de diciembre de 2010 se inscribe en el Registro Mercantil la adquisición de carácter unipersonal de la sociedad, siendo el titular jurídico y formal de las acciones o participaciones societarias el Ayuntamiento de Burgos. La empresa demandada es la encargada de proporcionar el servicio de agua a la ciudad de Burgos y procede de un antiguo servicio municipalizado que se convierte en la actual sociedad de forma mercantil a partir del 1 de enero de 2011.
- b) Se trata de trabajadores que aunque formalmente tienen reconocida una categoría o grupo no realizan las funciones inherentes a la misma, sino que, por el contrario, realizan funciones de un grupo superior, sin que se les haya reconocido de forma expresa la condición que realmente ejercen. Las relaciones laborales se regían por el convenio colectivo publicado en el BO de Burgos de 21 de mayo de 2001. Al producirse la referida transformación, se acuerda que siga rigiendo el mismo convenio. Existe, por otro lado, un convenio colectivo del sector estatal publicado en el BOE de 4 de noviembre de 2015 que se aplica de forma supletoria en materias de clasificación profesional, por ser materias reservadas al ámbito del convenio estatal.
- c) Reclamación de diferencias salariales por realización de funciones de categoría superior. No se solicita la reclasificación profesional, ni tampoco se pide el cese de la situación.
- d) Los puestos de trabajo que efectivamente han desarrollado los trabajadores no estaban incluidos como tales en la plantilla orgánica de la sociedad municipal Aguas de Burgos, SAU.
- e) Al no estar las plazas incluidas en la plantilla orgánica, no se incluyeron en el presupuesto municipal del Ayuntamiento de Burgos, por lo que no estaban dotadas presupuestariamente, se cuestiona por aquel la vulneración de los principios constitucionales de legalidad y de equilibrio presupuestario, ya que la plaza superior no está dotada presupuestariamente.
- f) El fallo de las sentencias de suplicación señala que los trabajadores deberían interesar ante la jurisdicción competente la modificación de dicha plantilla orgánica en la que se incluyera la plaza cuya retribución se reclama.
- g) En fecha 24 de agosto de 2015 se remitió por el director gerente de la sociedad municipal Aguas de Burgos, SAU, a la Intervención municipal, la documentación correspondiente al presupuesto de dicha sociedad, la previsión de ingresos y gastos, programa anual de actuación, inversión y financiación para el ejercicio 2016, el desglose de la plantilla y su coste, no figurando en el listado de la plantilla que se propone por el director gerente para el año 2016 la categoría de subjefe de grupo, que figura como propuesta para el año 2017 con un total de 6 plazas, no estando ninguna de ellas ocupada.

3. Claves de la posición judicial

La posición judicial es clara y contundente en las tres sentencias. Se aporta en los tres recursos de casación como sentencia de contradicción la [STS de 31 de enero de 2005 \(rec. 6373/2003\)](#).

Partimos del derecho del trabajador a que se le abonen las diferencias retributivas por las funciones superiores desempeñadas no condicionado a la existencia de plazas en plantilla.

El TS hace descansar el fallo de sus sentencias en los siguientes argumentos:

- a) El ET, [artículo 39.3](#), constituye precepto de orden público: el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice. El derecho a las retribuciones de categoría superior se adquiere por el desempeño de la misma. Se ha aplicado en supuestos en los que el trabajador no ostentaba el título exigido convencionalmente para obtener el reconocimiento de la categoría, como así lo señaló ya en su momento la STS de 21 de junio de 2000 (rec. 3815/1999), sin que haya habido cambio jurisprudencial posterior al respecto. Más adelante, en el año 2004, dos sentencias se vuelven a pronunciar: SSTS de 18 de septiembre de 2004 (rec. 2615/2003) y [28 de octubre de 2004 \(rec. 6167/2003\)](#), en las cuales se subraya que las funciones de categoría superior han de exceder de modo evidente a las que son atribuidas a su categoría profesional. Además, dichas funciones han de entrar de pleno en las asignadas a la categoría superior, desempeñándose efectiva y fundamentalmente estas funciones y no parte de las mismas. Siendo esta posición mantenida incluso si la empresa ha encomendado esas funciones obviando el procedimiento previsto en el convenio y aunque se trate de una Administración pública. Así se expone en diferentes sentencias, entre ellas las SSTS de [8 de junio de 2005 \(rec. 3623/2004\)](#) y [17 de noviembre de 2005 \(rec. 3677/2004\)](#).
- b) Otro argumento de gran peso jurídico, debido a que la realidad no siempre refleja lo que la norma indica, es que la entidad demandada tiene obligación de adecuar en todo momento la configuración de la plantilla a la situación real que se produce en la empresa. No se puede obligar al trabajador a efectuar dos reclamaciones distintas: que se modifique la plantilla y otra posterior para reclamar diferencias salariales, por el hecho de que un presupuesto confeccionado y vencido sería un obstáculo para la aplicación del [artículo 39 del ET](#).

Con base en estos razonamientos, el TS desestima en los tres casos los recursos, declarando los derechos de los actores a percibir las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente realizadas.

4. Trascendencia *ad futurum*

De acuerdo con la legislación vigente, una sociedad mercantil mayoritariamente participada por una Administración pública se considera sector público. No obstante, que a nadie se le escape que, como el caso de Aguas de Burgos, SAU, la dirección y administración de la sociedad estarán a cargo de la Junta General presidida por el alcalde del Ayuntamiento (poder político), el Consejo de Administración y la gerencia. El Consejo de Administración aprueba, a propuesta del director gerente, la plantilla de trabajadores de la sociedad y nombra o separa al personal. No obstante, se envía al Ayuntamiento anualmente para su inclusión en el presupuesto. El poder político sigue teniendo, como accionista único, un poder de decisión relevante. En última instancia será quien apruebe la RPT de la sociedad. Decisiones políticas que no siempre son compartidas por órganos de la misma sociedad (de carácter no político), como en el presente caso.

El Ayuntamiento de Burgos impugna los tres recursos de casación para unificación de doctrina basándose en que no había causa de pedir porque lo que se solicita es sobre la base de un puesto de trabajo que en el momento en que se pide no existe en la sociedad municipal de aguas. Supondría infracción del convenio colectivo que condiciona el régimen de retribuciones al cumplimiento de los requisitos legales, y de los artículos 133 y 135 de la CE. Argumento que consideramos de poco peso, máxime cuando existe la posibilidad de que haya un expediente de modificación de crédito y dado el carácter imperativo del artículo 39.3 del ET.

Se debe resaltar la puntualización realizada en los fundamentos de derecho a la desidia de la Administración. No sería de recibo que tuviese el trabajador que reclamar contra la RPT, podría llegar a ser abusivo y quebrantaría la buena fe que debe presidir la relación laboral o estatutaria, en su caso. La Administración cuando actúa como empresario debe responder de las consecuencias del ejercicio de su poder de dirección. Si no lo hace así, no debe desplazar sobre el trabajador el coste de esta falta de regularidad en el ejercicio de las facultades empresariales.

Es práctica habitual de la Administración, y como en el caso de las sociedades mercantiles íntegramente participadas por la misma, que personal, ya sea laboral o funcionario, desarrolle tareas de categorías superiores a la suya. La Administración como empleadora, insistimos, debería adecuar su RPT a las necesidades organizativas, no obstante las discrepancias políticas y los trámites burocráticos que ello supone, de allí la dificultad de implantar en la Administración políticas de recursos humanos. Incumplimientos de la Administración que no pueden recaer sobre el empleado que trabaja en la misma. Si siguiéramos esta práctica, llegaríamos al absurdo de que la Administración podría aprovechar la responsabilidad profesional muchas veces de según qué trabajadores para ir cubriendo puestos de superior categoría. Procuremos que el trabajador se sienta motivado, no pierda la ilusión, y se le garantice su derecho a la promoción profesional y a que sea remunerado por el trabajo que desarrolle.

El trabajador no podría desconocer una orden de realización de los trabajos superiores en una organización jerárquica. El enriquecimiento sin causa se produce cuando se encarga y se acepta, aunque sea de forma irregular, el trabajo superior realizado sin retribuirlo. La [STS 206/2016, de 9 de marzo](#), así lo pone de relieve. Por su parte, la [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 52/2018, de 18 de enero](#), ha declarado que el ejercicio continuado de las funciones esenciales de un puesto de categoría superior conduce al reconocimiento del derecho del funcionario a percibir las retribuciones complementarias (complemento destino y complemento específico del puesto que ejerce verdaderamente con la Administración).

Por lo que no se comparte el fallo de la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 382/2016, de 16 de septiembre](#): aunque entrase en contradicción con el decreto de la vicealcaldía, se aceptó tácitamente que la trabajadora realizase de forma real y efectiva las funciones de una categoría superior a la suya. Añadiendo que la categoría superior a la suya ha estado vacante sin que hubiese titular o sustituto alguno que realizase esas funciones, y que la actora ya había recibido en otro periodo temporal el complemento correspondiente por la realización de las mismas. La buena fe y lealtad que alega la sentencia acaba dando la razón a la Administración, que se encuentra con que una trabajadora a su servicio ha realizado las funciones correspondientes a un puesto vacante sin que se le vayan a remunerar. ¿Falta de lealtad a la Administración o enriquecimiento injusto?

En conclusión, cumplidos los requisitos que la jurisprudencia relaciona para la aplicación del [artículo 39 del ET](#), precepto de carácter imperativo, y al amparo del [artículo 103 de la CE](#), cualquier interpretación *a sensu contrario* basada en irregularidades en quien da la orden de realización, o en normativa convencional, llevaría a que quien administra el dinero público se enriquezca injustamente.