

ASPECTOS LABORALES DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: DE LA CONVERGENCIA A LA «UNIFICACIÓN» PARCIAL DE ESTATUTOS

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

Extracto:

Las Administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos y de gestión que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una «buena administración», tal y como se va consolidando en el espacio comunitario europeo, contribuyendo así decisivamente al desarrollo económico y social. Entre estos factores, y puesto que no son hoy meras «maquinarias burocráticas» para hacer cumplir un mar de leyes y reglamentos sino prestadoras de servicios, el más relevante sin duda es el personal al servicio de las AAPP. Pero todos sabemos que el sistema de empleo público español en absoluto está en condiciones de afrontar esos retos, pese a los notables esfuerzos realizados en los últimos años para su modernización, tan recurrentemente aludida como incumplida.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, ha aprobado el Estatuto Básico del Empleo Público –EBEP– para tratar de crear un nuevo marco normativo que contribuya a poner solución a los «males» de la ordenación del trabajo público. Con ello no solo se daría respuesta a un mandato constitucional incumplido durante más de 25 años, sino que se buscaría corregir algunas de las principales deficiencias que tantas, y fundadas, críticas del conjunto de la sociedad ha provocado, que ve el régimen de los empleados públicos como el reflejo de la perpetuación de privilegios corporativos, más propios de otras épocas. Como siempre ocurre, ni el EBEP está en condiciones, por sí solo, de conseguir tan magno objetivo, ni tan siquiera hay certeza de que, tras los muchos e intensos desarrollos que requiere de las Comunidades Autónomas, lo vaya a conseguir.

Pero el EBEP contiene algunas novedades que no pueden desdeñarse. Tanto en relación a los derechos «laborales», individuales y colectivos de los funcionarios, como respecto de

.../...

.../...

la regulación del personal laboral al servicio de las AAPP, pues el EBEP contiene aquello que es común tanto al conjunto de funcionarios como al personal laboral, al tiempo que regula, caóticamente eso sí, el «nuevo» régimen del personal laboral. Por eso, merece la pena dedicar un poco de tiempo a conocer con cierto detenimiento las principales aportaciones del EBEP respecto del Estatuto Profesional Común de los Empleados Públicos. La exposición de estas novedades y el comentario de los más importantes problemas aplicativos es lo que ofrece este trabajo, analítico y crítico a la vez.

Palabras clave: empleados públicos, funcionarios, gestión pública, personal laboral, empleo público, derechos de los empleados públicos, negociación colectiva y personal directivo.

Sumario

1. Introducción.
2. El contexto previo al EBEP: la consolidación del modelo dual de empleo público.
3. Aspectos generales del EBEP: su objeto, contenido y alcance.
4. Ámbitos de convergencia socio-laboral de la relación profesional de servicios de los funcionarios públicos.
5. El régimen jurídico de la relación laboral «especial» de los empleados públicos.
6. Un enigma final: los problemas de determinación de la vigencia de las normas del EBEP.

Anexo

«Por lo que veo mi destino es ser lapidado por las dos partes en disputa,
mientras yo pongo todo mi empeño en aconsejar a ambas partes.»

ERASMO DE ROTTERDAM

1. INTRODUCCIÓN

Si algo caracteriza a las diferentes Administraciones Públicas –en adelante AAPP– como «empleadoras», esto es, como organizaciones de trabajo a través de la constitución de múltiples relaciones de empleo, eso es la «esquizofrenia»¹, cuando no, si se me permite el símil, no muy alejado del referente médico, una suerte de «trastorno (afectivo) bipolar». La razón está en que con creciente frecuencia ordena unas mismas o análogas funciones con el recurso a modelos de organización de las relaciones de empleo diferentes, al menos en línea de principio y sin perjuicio de su continuo e intenso proceso de convergencia en el plano de la regulación, como son la «funcionarial», de una parte, y la «laboral», de otra. Este «diagnóstico» goza de predicamento en la mayor parte de los analistas, que divergen ampliamente en las «terapias» más adecuadas para lograr un objetivo hasta hace bien poco considerado casi «misión imposible»: la racionalización del empleo público desde un moderno enfoque de servicio lo más eficaz y eficiente posible a la ciudadanía.

Desde esta óptica, no sería impertinente preguntar si con el «Estatuto Básico del Empleado Público» –Ley 7/2007, de 12 de abril, en adelante EBEP–, el legislador ha conseguido, por fin, definir una «terapia» adecuada para esta situación «bipolar» o bifronte en la ordenación de la actividad profesional de los empleados públicos. Como siempre ocurre en casos de normas de complejidad extrema y aún mayor trascendencia, como es la que aquí se analiza, respecto de los aspectos más señalados desde la vertiente socio-laboral por supuesto, las valoraciones serán diferentes según el

¹ De «empleador esquizofrénico» habló, si bien por otras razones, RENTERO JOVER, J.: «El despido en las AAPP», Ponencia presentada en el V Encuentro de Derecho Laboral y Seguridad Social, organizado, con extraordinario éxito de crítica y público, por la Asociación de Laboralistas de Las Palmas, los días 15 y 16 de junio de 2007.

punto de vista que se adopte. El mío es siempre crítico, como sabe quien, con buen criterio, se aproxima de manera habitual a las páginas de esta revista. Pero según es también costumbre o uso en mis comentarios legislativos, prefiero exponer ese juicio al final del análisis más técnico-jurídico, para que el/la lector/a pueda tener mayores elementos de reflexión para alcanzar el propio, además de informar convenientemente de las novedades de una nueva y conflictiva, pero muy relevante, Ley.

No renunciaré, sin embargo, a dar alguna pista de cuál es mi primera impresión tras la lectura detenida del texto legal. Al final del comentario podrá verse si resulta o no exagerada, o acertada, esta inicial orientación. A este fin, me voy a permitir recordar un hecho reciente, sin duda menor para analizar el texto legal, pero que a mí me resultó muy expresivo. Y es que hace algunos meses tuve la oportunidad de asistir, en la Universidad de Sevilla, a la presentación del EBEP por el presidente de la Comisión de Expertos que tuvo, de modo análogo a lo que sucedió con la Comisión de Expertos designada para llevar a cabo la última reforma laboral, el encargo de hacer el diagnóstico de la situación del régimen regulador del empleo público en España y proponer la mejor opción en orden a reformarlo y diseñar un auténtico Estatuto Básico del Empleo Público. Si traigo a colación este elemento de comparación es porque tengo la convicción de que en ambos casos el resultado es análogo, y no es otro que una profunda brecha entre lo que se propone desde la «razón jurídica», animada por la coherencia –la ética de lo deseable–, y lo que resulta posible desde la «razón» práctica o política –el arte de lo posible–.

Pero ahora no hablamos de la, en gran medida fallida, reforma laboral de 2006, sino de la reforma del empleo público promovida en 2007, aunque su horizonte de actualización, de ser, resulta a décadas vista. Recordaba en esta dirección que mi asistencia a la conferencia del presidente de la Comisión, expuesta en términos técnicamente impecables y con gran solidez, como corresponde a la autoridad académica del ponente, llevó una extraordinaria inquietud a mi ánimo intelectual. De forma muy sintética, lo resumiría con el símil del «padre» –por supuesto intelectual– que tiene muchas dificultades, con dolor pero con resignación, para reconocer a «su hijo» –intelectual– desfigurado por apartarse significativamente el resultado final del «producto concebido». Y entonces me acordé del libro *Elogio a la Locura*, del humanista holandés Erasmo DE ROTTERDAM, cuya principal aportación fue el poner de relieve, con un exquisito gusto irónico, lo extendido que está el «valor de la insensatez» en el desarrollo de las «cosas humanas», en un contexto caracterizado por la «rigidez de pensamiento» –el dogmatismo– y la «severidad» en las costumbres –el peso de la tradición y las formas autoritarias, aquí llamadas de «sujeción especial» y «principio de jerarquía»–.

Un libro que también destacó por las muchas y certeras «puyas» a las instituciones de referencia de la época, en especial a la Iglesia, por haberse desviado tan intensamente de los valores fundamentales de la imagen de los orígenes o concepción primigenia. Una desviación o un devenir errático que para nuestra institución de referencia, la «*función pública*», podría plantearse en relación a la confrontación entre lo que *debería ser* hoy la «actividad de servicio público» y el «interés general», en la configuración constitucional y en su comprensión social, y la «degeneración» que presenta este modelo normativo en la realidad práctica. Muchos factores contribuyen a este lacerante desfase, entre los que hemos de lamentar se sitúen en nuestros tiempos situaciones que creíamos de otros más lejanos, como la persistencia de un uso como privilegios de las «potestades administrativas» de organización, o el predominio asfixiante de la «cultura burocrática» en la actividad pública

y, con extrema frecuencia, un cierto «nepotismo», entendido de forma tradicional y en sus nuevos sentidos, en la atribución y gestión de los empleos públicos, al que no acceden las personas más «meritorias» y capacitadas sino las que mejor se «relacionan» –escrito sea en términos eufemísticos– con los que asumen tales decisiones, los que hemos de tener por «responsables públicos».

Este marcado «divorcio» no es ajeno al proyecto de revisión del régimen jurídico del personal al servicio de las AAPP que supone el EBEP. Este sitúa como primer principio general del empleo público el de servir a los ciudadanos y al interés general, pero parte de la necesidad de promover una intensa reforma que nos lleve a adecuar la gestión del empleo público en España «a las necesidades de nuestro tiempo, en línea con las reformas que se vienen emprendiendo últimamente en los demás países de la Unión Europea –UE– y en la propia Administración comunitaria». Sin embargo, el obligado cambio no se concibe ni fácil ni inmediato ni, en realidad, seguro. Al contrario, el EBEP no es ningún punto de llegada sino tan solo un punto de partida, el inicio de un «proceso de reforma» que se concibe como «largo y complejo», sí, según afirma la propia Exposición de Motivos –EM–. Pero, además, y esto no se dice pero se deduce fácilmente de las características del modelo regulador adoptado, no es en modo alguno cierto, por cuanto el EBEP tiene realmente escasa capacidad de incidir directamente en el cambio, por auto-limitar su función reguladora.

El cambio propuesto no es fácil porque el peso de las inercias históricas son muchas y de complicado arrumbamiento, por lo que las hipotecas tanto en el plano institucional como sobre todo en el práctico pueden lastrar en extremo el proyecto reformador. Tampoco será rápido porque depende de un formidable proceso de desarrollo normativo, al estar condicionado a la aprobación de las diferentes «Leyes de Función Pública», tanto para la AGE como para cada Comunidad Autónoma –CA– y entidad local, de ahí la confusa cláusula derogatoria del EBEP, que dificulta determinar lo que está en vigor y lo que no, tanto de la norma nueva como de las «viejas». Y no será cierto porque va a depender en gran medida del ritmo e intensidad que adopten los otros dos grandes protagonistas o «fuentes» del cambio: las CCAA, a través de su acción legislativa, y la negociación colectiva, en virtud del reforzamiento dado por el EBEP a la autonomía colectiva como nueva fuente reguladora del Derecho del Empleo Público.

Desde esta perspectiva transaccional, puede entenderse mejor que algunos de los mayores avances del EBEP, pero también buena parte de sus incoherencias y limitaciones, residan en el doble proceso de negociación al que se ha visto sometido básicamente el proyecto reformador del empleo público: la negociación con la autonomía política, por un lado, que ha llevado a una «norma de mínimos» y abierta a diversos modelos de empleo público en atención a la opción adoptada por cada CA en su regulación de desarrollo, y la negociación con la autonomía colectiva, esto es, con los sindicatos más representativos en este ámbito, por otro. Ambos factores han incidido extraordinariamente en la referida distancia entre el proyecto originario y el texto resultante, cuyos enunciados finales complican enormemente, como también se ha adelantado, la interpretación y aplicación de sus normas.

Precisamente, para intentar progresar en la comprensión de este complejo, pero a la vez sugerente, Estatuto Básico Profesional de los Empleados Públicos, en su conjunto, que afecta significativamente a la relación laboral ¿«especial»? del personal vinculado a las AAPP por la vía de un contrato de trabajo y no por la vía de una «relación estatutaria», proponemos el estudio que sigue. Veámoslo de forma completa, aunque sucinta.

2. EL CONTEXTO PREVIO AL EBEP: LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DUAL DE EMPLEO PÚBLICO

2.1. El condicionante institucional pretendidamente insuperable: la preferencia constitucional por el modelo de función pública.

Conforme a la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre (BOE de 21 de septiembre), por la que se constituyó la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, esta norma debía ser el principal instrumento legislativo para hacer de todas las AAPP la herramienta de servicio al ciudadano que demandan las nuevas realidades sociales de nuestro tiempo. En él debería situarse el eje para promover una *«nueva cultura de gestión de los servicios públicos en la línea de los principios inspiradores de la gobernanza, entendiendo esta como el modo de gestión característico de nuestra era»*, que prima la transparencia, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia. A tal fin, la garantía de una *«buena administración»*, a realizar a través de un conjunto de empleados cualificados por la mayor competencia profesional posible, pasaba, entre otros aspectos, por un *«reequilibrio entre los derechos e intereses legítimos, por un lado, y sus deberes, obligaciones y responsabilidades, por otro, pues hoy parecen primar más aquellos sobre estos»*.

Para ello, eran precisas importantes reformas legislativas y, a partir de ellas, también de tipo organizativo, adaptar una legislación a los cambios sociales, entre los que se sitúan tanto la mejora de la calidad de los servicios como su contribución a la mejora de la competitividad de nuestro país. Pero la solución de un nuevo y común *«Estatuto Profesional»* no podía seguir cualquier camino, sino que debía adecuarse a los condicionantes normativos –claves constitucionales– y fácticos –el cambio posible en un estado consolidado de cosas– preexistentes. Desde esta perspectiva, y en el plano normativo, sabido es que el artículo 103.3 CE establece, desde hace más de un cuarto de siglo, un claro mandato al legislador para regular el *«Estatuto de los Funcionarios Públicos»*. Este mandato de reserva de ley ha permanecido incumplido hasta la aprobación del EBEP por la Ley 7/2007, habiéndose limitado las leyes estatales y autonómicas a reformas parciales y, a menudo, de signo diverso.

En esta óptica, la norma que se había considerado provisional intento de llevar a cabo este mandato –la Ley 30/1984, MRFP– nunca fue tal, por diversas razones. Primero por su carácter incompleto, que exigía acudir a una infinidad de leyes para integrar el régimen jurídico del personal funcionario. Segundo, por su inestabilidad, al ser objeto de múltiples reformas a lo largo de estos años. Rasgos que pueden ser igualmente predicables de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado –LFCE–, que además, resulta una norma nada menos que de 1964, por tanto preconstitucional, pese a experimentar también infinidad de reformas hasta nuestros días. En realidad ambas Leyes nacieron con una vocación de vigencia provisional, por lo que su continuidad resulta en gran medida artificial, evidenciando su obsolescencia estructural o de raíz.

El artículo 103.3 CE remite al Legislador la regulación del *«estatuto de los funcionarios»* en términos genéricos, sin apenas condicionantes previos, de un modo análogo al artículo 35.2 CE cuando manda a la Ley regular también *«un estatuto de los trabajadores»*. No predeterminaba, pues, ni su

contenido ni el modelo regulador, sin perjuicio de la referencia a algunas materias para las que sí preveía una regulación específica, singular:

- 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.
- Las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Esta apertura a diversidad de modelos de ordenación profesional fue en gran medida limitada por la doctrina constitucional, a cuyo amparo se ha entendido que, a diferencia de otras experiencias jurídicas, como la alemana o la italiana, cualquier «privatización» del modelo de ordenación jurídica de la relación de empleo público carecería de respaldo constitucional. Pero lo cierto es que no resulta ni contraria ni incoherente con el orden constitucional, que fija los principios y marca los objetivos a conseguir, pero no los concretos modelos de ordenación técnico-profesional. En este sentido, si el TCO trazó una frontera algo rígida, evidenciando su opción por el modelo basado en la preferencia del estatuto funcionarial –STCO 99/1987–, luego ha flexibilizado esta posición.

Así lo acreditaría, entre otras, la STCO 37/2002, de 14 de febrero, conforme a la cual son muy pocas las funciones realmente reservadas a los funcionarios. La aplicación de la doctrina del TJCE relativa a la aplicación de las libertades de circulación de «trabajadores» al empleo público, pese a entenderse este, al menos en el plano formal, como una excepción a las libertades comunitarias, aún evidenciaría la relatividad, más que la flexibilidad, de tal distinción, como recogerá el propio EBEP. De ahí, que la tendencia sea precisamente la contraria: la indiferencia sustancial, salvo muy concretas actividades, del modelo de gestión, siempre que se garanticen unas condiciones suficientes de calidad, tanto del servicio como de la relación de empleo, así como la defensa del interés general en este ámbito.

Pese a esta evidente relativización, o flexibilización, como se quiera, del condicionante constitucional, no deja de tener algunas consecuencias de gran importancia para la ordenación del régimen jurídico-profesional del personal al servicio de las AAPP, en especial de los funcionarios, pero ya veremos que no solo para ellos. Así, destacan, entre otras:

- El primado de la Ley en la regulación por encima de las normas de autonomía, más intensamente que en el ámbito laboral en sentido propio.
- El protagonismo de la relación estatutaria respecto de la relación laboral, en el plano cuantitativo, reservándose funciones a los funcionarios en detrimento de los laborales.

- La diferenciación de los procesos de acceso al empleo público, y no solo a la función pública, de modo que se garanticen los principios de mérito y capacidad, hoy solo formalmente respetados en un amplio número de puestos de empleo público.
- La inamovilidad de los funcionarios de su relación de empleo, que no de su puesto, como garantía de imparcialidad en el ejercicio de su función.

2.2. La dualidad de regímenes de personal como experiencia consolidada: un breve balance de ventajas y disfunciones.

Pero cualquiera que fuese la opción constitucional, lo cierto es que la práctica ha impuesto la dualidad de regímenes de personal, a menudo incluso primando por encima de la racionalidad organizativa y de gestión la pretendida flexibilidad que conlleva esa diversidad de técnicas de ordenación estatutaria o administrativa y laboral. Esta dicotomía está tan consolidada en el empleo público que, con un desarrollo exponencial en los últimos años por vías directas e indirectas –ejemplo: la «externalización» o contratación de la prestación de servicios típicos del actuar público con empresas privadas²–, desborda con mucho la previsión del modelo normativo, hasta invertirlo en muchos ámbitos, en especial en las Entidades Locales. El considerable aumento en estos años del número de empleados públicos ha ido acompañado, pues, de una mayor radicalización de la dualidad de «estatutos jurídico-profesionales».

El punto de partida de esta situación es muy parecido al suscitado en el ámbito de las relaciones de trabajo en el sector privado: la necesidad de contar con mayor flexibilidad reguladora y de gestión. Así, sobre las limitaciones de un sistema homogéneo de «función pública», que por cierto no ha existido nunca como tal y mucho menos en nuestros días, la propia EM del EBEP considera adecuado promover la diversidad y potenciar la autonomía organizativa, para hacer frente a las renovadas funciones de las AAPP, la mayor parte de ellas ligadas a la prestación de servicios a los ciudadanos –*relación de servicios*– y no al puro ejercicio de potestades en aplicación de leyes y reglamentos –*relación orgánica*–. Pues bien, la manifestación más significativa de este rumbo hacia la diversidad organizativa es para el legislador, precisamente, el recurso «a la contratación de personal conforme a la legislación laboral». La «flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público», al poder eludir algunas de las exigencias más rígidas del régimen estatutario, y, sobre todo, «su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada», que permitirían introducir criterios de «productividad» y eficiencia en la gestión, explicarían la preferencia por él, según evidencia la EM del EBEP.

Qué duda cabe de que esta coexistencia de regímenes jurídicos diferentes en el empleo público siempre planteará problemas, a veces insolubles, tanto jurídicos como de gestión, y ello se asiente o no esa convivencia en razones de orden funcional o no. Pero es evidente que será más complicado y serán

² Como constatará la Comisión de Expertos, a las causas estructurales que explican esta tendencia hay que añadir las causas puramente «de carácter ideológico y económico» que marcan esta evolución a favor de la «externalización de servicios públicos», pese a la «mala prensa» que los mismos tienen, y en especial tras la reforma operada por la Ley 43/2006, y algunos intentos, por lo general fallidos o en todo caso limitados, de corrección jurisprudencial.

mayores cuando no cuente con ese respaldo funcional, esto es, cuando se quiebre la «regla de oro» que debe regir esta materia: a igualdad de actividades, igualdad de estatuto. En cambio, cuando encontremos funcionarios y laborales realizando idénticas o análogas funciones para una misma Administración los problemas, y entre ellos los agravios comparativos, estarán servidos. En este sentido, el atender a marcos legales distintos a la hora de fijar o negociar condiciones no puede dejar de producir turbaciones: reclamación continua por la justa equiparación de condiciones, que no conoce de desigualdades, puramente de formas legales, pues influyen más sus «sentimientos» de agravio o de frustración que su abnegación por el servicio general, sacrificando sus derechos e intereses en el altar del mismo; la gestión diversificada de una misma actuación empleadora, al multiplicar las estructuras de representación de intereses, los ámbitos de negociación, la difusión de informaciones, entre otros muchos aspectos...

Cualquier intento de modernización y racionalización del empleo público, pues, requería una solución o una respuesta coherente y eficaz a la situación actual. A tal fin, cabía plantear tres posibilidades, al menos como soluciones modélicas o ideales. A saber:

- a) La *supresión de esta dualidad* mediante la unificación de regímenes jurídicos bien bajo el modelo administrativo —«*funcionarización*»—, al considerarse el régimen general, bien sobre un modelo profesional, de síntesis del laboral y el administrativo —«*profesionalización*»—.
- b) La *extensión del régimen laboral* en el sector público —«*laboralización*»—, hasta tenerlo por regulación dominante, como ha ocurrido en otros países, por ejemplo Italia, de modo que se siguieran las pautas laborales en la reordenación del «Estatuto del Funcionario», manteniendo solo las especialidades, pocas y concretas, exigidas por la CE.
- c) La *continuidad del modelo dual*, pero sobre un reforzamiento del actual proceso de *convergencia de regulaciones*.

2.3. La convergencia parcial de regímenes jurídicos de personal como solución practicada legalmente antes del EBEP.

Pese a la referida apertura constitucional del régimen estatutario de los funcionarios —la CE solo refiere a los funcionarios, no al personal laboral—, lo cierto es que el legislador no carecía de condicionantes a la hora de afrontar la mejor solución. Tanto en el plano normativo como en el plano práctico, esto es, en el de la experiencia de organización pública y en la propia experiencia jurisprudencial. En estos contextos, poco probable parecía la opción de «funcionarizar» el empleo público, retornando en gran medida a las exigencias de la primigenia función pública, dotando a la inmensa mayoría de empleados públicos del Estatuto funcional, haciendo de la pretendida preferencia constitucional una regla general no solo normativa sino práctica.

La rigidez que introduce nos alejaría de las tendencias más modernas, incluso en los países de más acérrima tradición funcional, en los que son cada vez más los regímenes contractuales previstos, a fin de incrementar la flexibilidad en la organización y gestión. Los efectos serían, además,

contraproducentes en muchos sectores, por cuanto fomentaría la búsqueda de «vías de escape», esto es, de elusión del modelo funcionarial. No obstante, no puede pasarse por alto que el régimen funcionarial deja, en un número muy significativo de aspectos, mayor margen de decisión unilateral para las AAPP como empleadoras que el abierto por la regulación laboral, más condicionada por la intervención colectiva en la fijación de las condiciones de empleo, amén de contar con una jurisdicción más «tuitiva» que la contencioso-administrativa.

Como aún menos factible parecía la opción de «laboralizar» la relación de empleo público, sin perjuicio de reconocer o mantener determinadas salvedades, o aumentar las peculiaridades, tal y como ha sucedido en otros países europeos –Italia–. Este rumbo, parcialmente seguido en ciertos ámbitos, como el del personal docente e investigador universitario –Ley Orgánica de Universidades, LOU–, tropezaría no solo con una tradición muy arraigada, que se consideraba imposible de desconocer ni de útil abolición, sino con el referido límite constitucional del artículo 103.3 CE.

En este sentido, la fuerte resistencia del dualismo organizativo se ha visto acompañada desde finales de la década de los años 80 por un intenso proceso de aproximación de las condiciones de empleo de un colectivo –funcionarios– y otro –laborales–. Esta convergencia de estatutos profesionales se ha producido en las dos direcciones.

Por un lado, la relación funcionarial se ha visto impregnada de regulaciones típicas o propias de las relaciones de empleo del sector privado. La mayor parte de las leyes de las dos últimas décadas han introducido reformas que son de aplicación común, si bien a través de cambios en sus leyes respectivas, en especial cuando se trata de reconocer y garantizar derechos socio-laborales de origen constitucional. Por otro, la relación laboral creada en el empleo público se ha ido tamizando con rasgos propios de la relación funcionarial, dando lugar a las conocidas «peculiaridades» o «especialidades» de la relación laboral de empleo público, que también constituyen o forman parte igualmente de lo que cabría denominar «Estatuto Profesional Común de Empleo Público» –EPCEP–.

La mayor parte de estas singularidades se deben a dos aspectos básicos:

- El *principio de igualdad de oportunidades* en el acceso al empleo público, que requiere el respetar unas exigencias de acreditación objetiva de la «capacidad y mérito».
- El *principio de legalidad* del actuar administrativo, a incluir su vertiente presupuestaria, de modo que el deber de servir con objetividad a los intereses generales y mediante fondos públicos hace que sea el designio legal y no la voluntad de los gestores el que determine la regulación.

No es, pues, tanto el «estatuto organizativo» propiamente de la AP como empleadora sino su «*estatuto constitucional*» el que determinaría la necesidad de atender a «peculiaridades» a la hora de ordenar jurídicamente la relación de servicios profesionales de su personal. Por tanto, no estaríamos ante eventual cuestión de forma, sino que responde a un enfoque de fondo: el respeto a los principios constitucionales que informan la actividad de la AP.

Ahora bien, usualmente se atiende a esta perspectiva constitucional desde el punto de vista orgánico o del «empleador», pero se olvida, o se infravalora, que esta dimensión constitucional también se produce del lado de los derechos profesionales, ocupacionales, personales y sociales de los empleados públicos. La vertiente constitucional del Estatuto Profesional de los Empleados Públicos, pues, y no solo de los funcionarios, también fuerza o provoca una intensa aproximación o convergencia, cuando no una armonización propiamente, de sus respectivos regímenes reguladores. Esto significa que del mismo modo que buena parte de los «deberes» que pesan sobre los funcionarios, más que por su condición estatutaria por la actividad de servicio que realizan, son exigibles de los empleados públicos con contrato laboral, también es cierto que buena parte de los derechos que los trabajadores tienen como tales, así como los que tienen como personas y ciudadanos que son en el seno de las organizaciones públicas de trabajo, resultan predicables de los funcionarios³.

A este respecto, no se puede ignorar, como expresamente advierte también la EM del EBEP, que la negociación colectiva ha sido un instrumento clave para avanzar en la equiparación de las condiciones de empleo y trabajo entre funcionarios y laborales al servicio de una misma AP. Consecuentemente, por vía de acción sindical, cuyas estructuras y funciones son identificables en un ámbito –funcionarial– y otro –laboral–, aunque en este segundo sector de representación haya tenido mayor tradición, la aproximación es continua, progresiva o gradual pero imparable. Y ello por encima de las dificultades legales y resistencias judiciales a tal armonización convencional de regímenes. De modo que los llamados, con tono inaceptablemente despectivo, pero gráfico, «perros de presa» de la negociación colectiva ya han clavado sus «fauces» en la ordenación de empleo público y no están dispuestos a consentir una intensificación de la diferencia, más bien apuestan firmemente por lo contrario. Así está sucediendo en materias tan relevantes como la clasificación profesional, el tiempo de trabajo, el régimen disciplinario, derechos sindicales, derechos de protección social complementaria...

De nuevo la EM del EBEP es consciente de ello, al confiar en que desde la negociación colectiva de unos y otros se alcanzará una regulación equivalente de las condiciones de empleo de todo el personal. Pero, ¿se ha avanzado tanto en esta convergencia como para provocar que se regule unitariamente, en una sola norma legal, ambas relaciones de tipo profesional para la ordenación del empleo público?

3. ASPECTOS GENERALES DEL EBEP: SU OBJETO, CONTENIDO Y ALCANCE

3.1. El objeto del EBEP: dualidad de regímenes, unidad parcial del «Estatuto Básico».

No parece ser esta ni la opinión de la Comisión de Expertos que elaboró el documento base para el Anteproyecto ni, como es mucho más importante, la del legislador, que no considera la situación suficientemente madura como para proponer la armonización de regímenes a través de un Esta-

³ En esta dirección de configurar un «Estatuto Profesional Común» a partir de la identificación del catálogo de derechos constitucionales básicos para todo tipo de trabajador ha de ponerse como último hito jurídico el Estatuto de los Trabajadores Autónomos –Ley 20/2007, de 11 de julio–.

tuto Profesional Único para todo tipo de Empleados Públicos. Por eso, mantiene la dualidad reguladora, pues «reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de AAPP viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral...». Pero sin proponer la identificación de regímenes ni tampoco su dilución de una relación en otra, a través de un régimen único. Ni pretende favorecer el convertir en funcionarios a quienes no lo son –DT 2.ª EBEP–, como sí parece buscar la Ley del Estatuto Marco del Personal del SNS –Ley 55/2003–, ni privar de esa condición funcional a quienes sí la tienen en el momento de la entrada en vigor del EBEP.

Ahora bien, esta continuidad sustancial no quiere decir, en modo alguno, que el legislador no haya sido consciente de la necesidad de avanzar en el proceso de aproximación entre ambos colectivos, de modo que un importante número de las normas contenidas en el Estatuto Básico sean de aplicación para los laborales. Precisamente por ello, ha optado por denominarlo «Estatuto Básico del Empleado Público» y no Estatuto Básico del Funcionario, como hacía presumir el concreto y claro mandato constitucional.

Se trata, pues, una vez más, de una solución transaccional. Con ella se persigue ponderar las razones de coherencia –unificación de regímenes– con las razones de diversidad –continuidad de opciones organizativas diversas, conforme a la voluntad de cada AP–. La elaboración de un EB para todos los Empleados Públicos se presentaba, pues, como la respuesta más adecuada a la situación actual, conforme a la evidenciada evolución del paisaje diverso de las organizaciones público-administrativas de trabajo. La nueva ordenación desborda, pues, el ámbito de referencia constitucional, los funcionarios, para abarcar a todos cuantos presten servicios profesionales por cuenta y dentro del poder de dirección de una Administración Pública, o cualquier organismo o entidad de ella dependiente.

De ahí que, a tenor del artículo 1 del EBEP, su objeto no se limite en el establecimiento de las «bases del régimen estatutario de los funcionarios incluidos en su ámbito» –art. 1.1– sino que sea igualmente determinar «las normas aplicables al personal laboral al servicio de las AAPP» –art. 1.2–. El EBEP comprende, en consecuencia, todas aquellas reglas y principios de aplicación común a funcionarios y laborales.

No obstante, esta extensión del EBEP no es plena, por cuanto, a través de un complejo e incierto juego de remisiones legislativas –art. 7–, como veremos en su momento, mantiene una regulación diferenciada para cada uno de los colectivos, incluso dentro de cada uno de ellos a su vez, en especial respecto a determinados funcionarios regidos por relaciones profesionales especiales, siempre y cuando venga justificado objetiva y/o legalmente. En este sentido, el EBEP habría pretendido sintetizar, con escasa fortuna y poca novedad, lo que diferencia a quien trabaja en el sector público administrativo mediante contrato de trabajo, cualquiera que sea su modalidad o tipo, respecto de quien lo hace en el sector privado.

Esta solución pretendía resolver los problemas de:

- a) *Indefinición jurídica*, esto es, la falta de precisión en las leyes vigentes de los ámbitos abiertos a la dualidad de regulaciones...

- b) *Elusión de principios constitucionales*, en especial respecto a los modos de acceso, al ignorarse a menudo las exigencias de pruebas objetivas de mérito y capacidad, así como en relación a los límites legales.
- c) *Distorsiones en la gestión* de los «recursos humanos» –más bien personas–: continuidad de privilegios basados en razones formales de *status*; dualidad de estructuras de acción colectiva...

El objetivo fundamental de este modelo regulador es doble:

- Reafirmar los principios comunes para el conjunto de profesionales o personal del empleo público.

A tal fin, se identifica el núcleo regulador común, integrado por principios y reglas, para el ejercicio profesional de la actividad pública de todo tipo, esto es, las realizadas por las AAPP, y sus entidades dependientes, con recursos públicos y al servicio de todos los ciudadanos. Todo ello sin perjuicio de las reglas específicas por razones objetivas para funcionarios y laborales.

- Flexibilizar el régimen de los funcionarios, difuminando sus diferencias con el propio del resto de empleados públicos.

En la valoración general de esta decisión técnico-legislativa hay que separar la cuestión de estricta constitucionalidad de la opción de política jurídica. En el primer plano, es evidente que ningún reparo de constitucionalidad cabe hacer por esta opción de regulación formalmente unitaria, siempre y cuando se mantenga una esfera, siquiera mínima, de regulación diferencial respecto de los empleados públicos laborales, pues entonces se llevaría a la banalidad o insustancialidad el precepto constitucional. La reserva de Ley es común en ambos casos, aunque los Títulos sean diferentes –art. 149.1.18.^a CE, para los funcionarios, art. 149.1.7 CE, para los laborales–, como el alcance de los mismos, pues para los funcionarios se trata de exclusividad solo en las bases mientras que para los laborales lo es para todo su régimen jurídico.

En el segundo plano, no deja de tener trascendencia en el plano jurídico, hasta el punto de quebrar, a mi juicio, una de las mayores resistencias existentes a este proceso de inexcusable convergencia, la reiterada jurisprudencia del TS que viene enjuiciando con sospecha, cuando no rechazando, la regulación a través de fórmulas unitarias, en especial por vía convencional. Es cierto que es muy frecuente el que una misma Ley, de carácter horizontal, regule las materias de modo convergente, pero provocando las consiguientes reformas en cada ámbito legislativo, sin mantener textos de referencia común, salvo en contadas ocasiones...

Pero donde más frecuente e intenso ha sido este tratamiento unitario ha sido en la negociación colectiva. Sin embargo, los llamados «Acuerdos Mixtos» fueron considerados ilegales, hasta el punto de provocar el artificio de negociar conjuntamente pero regular de modo separado... Pero parece que la cuestión ahora podrá variar significativamente, al promoverse regulaciones

colectivas conjuntas aunque, como veremos, el EBEP sigue manteniendo, para estos productos reguladores de origen convencional, efectos diferenciados para el colectivo funcionarial y para el laboral.

3.2. El ámbito subjetivo de aplicación: un EB con vocación global pero no absolutista ni uniformadora.

La firme voluntad de convertir el EBEP en el referente común de todos los empleados públicos no solo significa aglutinar, si bien parcialmente, al personal funcionario y, «en lo que proceda», al personal laboral, sino que tiene otra dimensión importante que en este trabajo ha de quedar, lamentablemente, en un segundo plano. Y es la pretensión de acabar con otro rasgo del pasado, cual es la multiplicación de «Estatutos», tantos como colectivos de funcionarios encontramos, proliferando «relaciones funcionariales especiales», manteniendo un conjunto de singularidades para cada profesión. Pero a menudo se trataba –y se trata– de diferencias artificiales, debidas más a formalismos, a inercias del pasado o a resistencias a superar privilegios de grupo, que a especialidades de carácter objetivo que justifiquen la diferencia de trato, de modo que solo una lectura extremadamente formal del régimen jurídico ampararía tal distinción.

De ahí que, conforme al artículo 2 EBEP, resulte de aplicación directa a todas las AAPP, territoriales ⁴ e institucionales, incluyendo expresamente a las Universidades Públicas. E igualmente se extiende a sus organismos públicos dependientes, cualquiera que sea su configuración jurídico-institucional, pues el tenor literal es extraordinariamente amplio: «*Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las AAPP*».

Por tanto, se incluye a todas las entidades que tienen un régimen especial –Agencia Tributaria, Consejo Económico y Social, organismos reguladores de los mercados, personal docente, universitario o no...–. Precisamente, se ha querido corregir la tendencia a la «huida» del régimen general de la función pública mediante las leyes de creación de un número creciente de estas entidades o autoridades reguladoras independientes –Comisión Nacional del Mercado de Valores, hoy tan denostada; Comisión Nacional de la Energía, Mercado de Telecomunicaciones...–, que atribuyen a su personal, incluido el de dirección, el carácter de empleado laboral, cuando las funciones que realizan son típicamente públicas –regulación, inspección, control, sanción– ⁵. Pero también a entidades que se crean en el marco de la concertación o cooperación entre AAPP, como las mancomunidades de municipios y los consorcios públicos, sostenidos mayoritariamente con fondos públicos, aunque participados, con carácter minoritario por lo general, por entidades privadas. Incluso se predicaba de las entidades

⁴ El EBEP contiene previsiones específicas en relación a las Instituciones Forales –navarras y vascas– (DA 3.ª EBEP), y a Ceuta y Melilla (DA 4.ª EBEP).

⁵ La disposición adicional 5.ª del EBEP remite, para la aplicación del EBEP a los Organismos Reguladores contemplados en la disposición adicional 10.ª 1 de la Ley 6/1997, LOFAGE, a lo dispuesto en sus «leyes de creación», por lo que de nuevo se evidencia la escasa voluntad del EBEP de alterar determinados regímenes especiales, sobre todo cuando se trata de organismos caracterizados por la búsqueda de la mayor flexibilidad posible en su organización y funcionamiento, incluido el personal.

públicas de carácter empresarial. Esta vocación generalizadora no supone una novedad ni cambia la situación actual, por cuanto ya se le aplica, pese a tener la condición de laborales en su mayoría, aunque no dejan de ser empleados públicos –art. 55 LOFAGE; art. 46.4 Ley de Fundaciones para las del sector público estatal, en lo que refiere a la publicidad de las convocatorias especialmente–.

En todo caso, sí quedaría fuera, por exigencias comunitarias, el sector empresarial público –sociedades mercantiles creadas por o dependientes de las AAPP–. La razón está en que se trata de ejercicio de funciones típicas de producción de bienes y servicios, por tanto análoga a la de las empresas privadas, por lo que carecería de sentido una extensión del EBEP.

Sí estarían incluidas en el EBEP, en cambio, las sociedades de capital público creadas para ejercicio de funciones típicamente administrativas, como la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público, pues se trata de personal que forma parte del empleo público, aunque asuma la forma de contrato laboral. En este último caso, pues, se daría en el EBEP un tratamiento paralelo al régimen de personal dado para el régimen de contratación pública –art. 2.1 Ley de Contratos de las AAPP–.

Ahora bien, en todos esos casos la voluntad de salida del régimen general era clara en orden a buscar una flexibilidad que dentro del régimen funcional no encontraba. Por eso, la aplicación de los principios constitucionales no debe hacerse con una «actitud talibán» o integrista, esto es, a ultranza y sin tener en cuenta estas exigencias. Por eso, el Estatuto Básico permite la adopción de leyes u otras normas sobre el empleo público, diferenciadas y ajustadas a aquel, capaces de satisfacer las necesidades objetivas de cada uno de los ámbitos de aplicación. Asimismo, por razones de distribución constitucional de competencias, ha de dejarse un margen relevante a las CCAA, así como, a través de sus legislaciones, a las Entidades Locales –el art. 3 del EBEP hace una remisión genérica a la legislación estatal y autonómica, pero con el imperativo de respetar la autonomía local–⁶.

Por lo que respecta a su *aplicación directa*, el EBEP realiza las siguientes menciones específicas, respecto a ciertos colectivos de empleados públicos. A saber:

- a) El *personal docente*, universitario o no⁷, y el *personal estatutario* de los Servicios de Salud⁸, se regirán por su legislación específica y por el EBEP –art. 2.3–, salvo lo previsto:

⁶ También ha de atenderse a las reglas previstas para los funcionarios con habilitación de carácter estatal establecido en la disposición adicional 2.ª, buena parte de las cuales se dirigen a la provisión de estas plazas en las Corporaciones Locales, siendo la competencia reguladora fundamentalmente de las CCAA.

⁷ La disposición adicional 6.ª de la LO 4/2007, de reforma de la LO 6/2001, de Universidades, establece un mandato al Gobierno para regular un Estatuto del Personal Docente e Investigador –EPDI–. Por su parte, la disposición adicional 6.ª de la LO 2/2006, de 2 de mayo, de Educación, determina cuáles son las «bases del régimen estatutario de la función pública docente» no universitaria, y la disposición adicional 7.ª ordena los cuerpos que integran tal función pública. En estos momentos el MEC negocia con los sindicatos el Estatuto del Personal Docente No Universitario, que tiene muy en cuenta la dimensión autonómica del Estado, así como el EBEP.

⁸ La Ley 55/2003 regula el Estatuto Marco del Personal de los Servicios Públicos de Salud, que ha de completarse con la Ley 44/2003 relativa a las profesiones sanitarias.

- En su Capítulo II del Título III –derecho a la carrera profesional–, excepto el artículo 20 –evaluación del desempeño–, que sí será de aplicación.
 - Lo dispuesto en sus artículos 22.3 y 24 –retribuciones complementarias–.
- b) El *personal investigador*⁹ podrá contar con «normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades» –art. 2.2 EBEP–.
- c) *Personal con legislación específica*¹⁰, al que solo le será de aplicación directa el EBEP cuando así lo disponga expresamente su regulación.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la continuidad de colectivos de empleados públicos al margen del EBEP no supone que queden al margen de regulaciones comunes, como por ejemplo es el caso de las Fuerzas Armadas. La reciente Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres es un caso relevante. Así como los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que tienen también su propio Estatuto. O para Jueces y Magistrados –art. 122.1 CE–, Ministerio Fiscal –art. 124.3 CE–, Cortes Generales –art. 72.1 CE–, TCO, etc.

Por lo que hace a la *aplicación supletoria* del EBEP, incorpora una cláusula general para garantizar la aplicación supletoria del EBEP a «todo el personal de las AAPP no incluido en su ámbito de aplicación» –art. 2.5–. Eso significa que sus principios y reglas fundamentales informan los Estatutos propios y diferenciados. De modo particular, se extiende esta supletoriedad para el personal funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos –art. 5 EBEP–¹¹.

Respecto al personal laboral al servicio de las AAPP el EBEP, como se ha dicho, es también de aplicación directa, pero solo los preceptos del mismo que así lo dispongan de modo expreso –art. 7 EBEP–. La regulación primaria es, pues, la legislación laboral y las normas convencionales. Paradójicamente, respecto del personal laboral al servicio de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos no se hace mención alguna a la aplicación del EBEP, tan solo a la legislación laboral y convencional –art. 5,

⁹ Esta enigmática referencia entiendo que se refiere al Estatuto del Personal Investigador en Formación, relativo a los beneficiarios de programas de formación especializada relacionados con la obtención del título de doctor –EPIF–, regulado en el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero. Esta controvertida regulación implica una situación en la que se combinan dos años de «beca» y dos años de «contrato laboral» en prácticas (art. 8 EPIF).

¹⁰ Se trata de:

- Funcionarios de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas autonómicas.
- Funcionarios de los demás Órganos constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las CCAA.
- Funcionarios de la Administración de Justicia, incluidos los de la Carrera Judicial.
- Personal militar de las Fuerzas Armadas, y personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Personal retribuido por Arancel –por ejemplo, los Notarios–.
- Personal del Centro Nacional de Inteligencia –CNI–.
- Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito.

¹¹ El paso de «entidad pública empresarial» a «sociedad estatal» se produjo con el artículo 58 de la Ley 14/2000, MFAOS. Esta transformación supuso la consideración del personal funcionario como «cuerpo a extinguir», promoviéndose a partir de entonces solo contratos laborales. Estos se regulan básicamente por su Convenio Colectivo, mientras que los funcionarios lo hacen por el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo.

párrafo segundo—. Entiendo que no hay razón que justifique esta diferencia, por lo que debe entenderse aplicable la regla general, esto es, que serán de aplicación los preceptos del EBEP que así lo prevean.

3.3. El alcance del EBEP: una norma de mínimos pero con pretensión modernizadora.

El EBEP se ha presentado como un intento de corregir los efectos negativos del «vendaval centrífugo» que habría sufrido la función pública estos años, a través de la creación de un marco *homogeneizador* de las condiciones básicas de todos los empleados públicos que, al mismo tiempo, debía convertirse en el elemento clave para la *modernización* de la actividad de servicios y funciones públicas, también sometidos a los muchos y trascendentes retos que tiene la sociedad española del siglo XXI. Ahora bien, ese doble imperativo tenía que afrontarse en el contexto de un Estado Autonómico, en el que el principio de autogobierno conlleva una fuerte presión hacia la autonomía organizativa.

El diagnóstico de partida era, pues, que la actual «legislación básica» sobre el empleo público resultaba excesiva y, por tanto, provocadora de una extrema rigidez en la ordenación del personal por cada Administración Pública. En este sentido, es cierto que el legislador estatal goza de una amplia capacidad de decisión para determinar lo que debe considerarse básico en esta materia, dentro de los límites constitucionales y de los Estatutos de Autonomía. Pero la opinión mayoritaria ha venido entendiendo que la vigente legislación básica es demasiado detallada, al tiempo que existiría aún hoy confusión sobre el carácter básico o no de normas preconstitucionales –SSTCO 37/2002 y 1/2003–.

La voluntad del legislador estatal, y también de los sindicatos, de promover una mayor coherencia entre los estatutos de los diferentes empleados públicos ha de convivir, pues, con el intenso proceso de descentralización vivido en estos años, y recogido, e incluso profundizado en la actual fase de renovación –reforma– autonómica. Las leyes de función pública autonómicas han adquirido una dimensión y complejidad que aconsejan dejar un mayor margen de autonomía reguladora, al tiempo que también ha de tenerse en cuenta el crecimiento del proceso de remisión a la negociación colectiva de un amplio elenco de materias. De hecho, como se ha dicho gráficamente, la actual realidad «está reventando las costuras de aquella legislación básica», a través de diversas vías –la proliferación de leyes especiales, que a su vez remiten a desarrollos reglamentarios (personal docente, profesores de religión...), la cada vez más intensa negociación colectiva, que genera «privilegios corporativos», la creación de fundaciones y sociedades mercantiles públicas u otros artificios jurídicos para huir del régimen general, cuando no lisa y llanamente mediante el recurso a la referida externalización o contratación de los servicios y actividades en forma de gestión privada–.

Precisamente, y como veremos con algún detenimiento al analizar la regulación estatutaria de la negociación colectiva pública, una de las principales apuestas ha sido la de crear «Mesas Generales y Comunes». Con ello se trata de evitar que se pueda producir una ruptura radical entre los diferentes modelos de regulación, a raíz de la diversidad y flexibilidad que el EBEP introduce al abrirse tanto a la ordenación autonómica.

Si ese es el diagnóstico, la recomendación sería la de reducir notablemente esa regulación estatal y, simultáneamente, promover una renovación de su contenido con un objetivo de modernización

administrativa. A tales fines, se proponía un «Estatuto de Mínimos», que dejara amplísimos márgenes a las Leyes de Función Pública de las CCAA, a su vez surgidas en orden a respetar en sus normas la autonomía local. De este modo, tanto por razones de distribución constitucional de competencias, como por razones de flexibilidad organizativa, el EBEP debía limitarse a los aspectos más elementales, esto es, la afirmación de los principios y derechos constitucionales de aplicación a todo el espectro del empleo público, pero nada más. La regulación en detalle para alcanzar los objetivos propuestos correspondería a las CCAA. También aquí la normativa comunitaria es un referente para la ordenación: subsidiariedad de la regulación estatal y, en todo caso, respeto con la proporcionalidad.

En realidad, es más una norma-marco –como la Ley 55/2003 para el personal de los Servicios de Salud–, y una norma para regular, esto es, para impulsar procesos de reforma, señalando los límites, cauces y orientaciones de esas reformas. En consecuencia, «en el pecado va la penitencia», o, en otros términos, «en la virtud está su propio límite». Y es que, como evidencia la lectura de la embrollada Disposición Derogatoria, su eficacia renovadora no podrá consumarse hasta la aprobación de las normas que han de desarrollarlo en los tres niveles de las AAPP territoriales existentes –art. 6 en relación con la DD Única EBEP y disp. final 4.^a (entrada en vigor)–. Pero es que, además, tampoco es de logro cierto, porque dependerá en gran medida de la orientación que acoja cada CA, pues es muy elevado el margen de autonomía organizativa en este punto.

En suma, el EBEP preconiza el reforzamiento de los aspectos comunes, con vista a recuperar la *cohesión* perdida del modelo de empleo público en España. Pero esta recuperación es más pretendida que real, al quedar en extremo condicionada a decisiones de autogobierno y autonomía de cada CA. Al mismo tiempo se impulsa la «modernización» de esas relaciones de empleo. Pero ese objetivo no es novedoso sino que aparece de modo recurrente en las dos últimas décadas, tantas veces proclamado en las sucesivas Leyes y en los distintos Acuerdos entre sindicatos y AAPP como incumplido.

Una cuestión que, sin embargo, se aborda de manera diferente en relación a la legislación de los empleados públicos laborales, por cuanto son todos los aspectos normativos los que están dentro de su competencia exclusiva. Pero en este caso el juego, la lucha o el conflicto con las autonomías está en otro ámbito, que es el de la autonomía colectiva. Si el Estado tiene el límite del autogobierno territorial para los funcionarios, para los laborales tiene el de la autonomía colectiva. Si bien es sabido que aquí hay otros «límites del límite», esto es, restricciones a su despliegue, sobre todo porque ni existe con carácter general una reserva de negociación colectiva en la CE, ni la autonomía colectiva puede desconocer un amplio elenco de materias que sí están bajo reserva legal en relación a la Administración Pública, lo que sucede con menor frecuencia en el ámbito de sector privado. No obstante, se verá cómo aparecen continuas remisiones del EBEP a la regulación convencional para la práctica totalidad de las condiciones de empleo del personal laboral de las AAPP.

3.4. El contenido del EBEP: qué regula.

Analizado el enfoque regulador del EBEP resta ya, desde esta aproximación general a sus principales claves de comprensión, exponer su contenido, esto es, el conjunto de aspectos, principios, derechos y condiciones del personal y del empleo público regulados en esta norma. A tal fin, convie-

ne evidenciar que el EBEP está integrado, en su *cuero articulado*, por 8 Títulos – 100 artículos–, y por un conjunto de *Disposiciones de cierre*, relativamente extenso en relación a otras Leyes recientes –cuenta el EBEP «solo» con 11 DDAA, 8 DDTT, 1 DD y 4 DDDF–, en el que se busca una cierta coherencia reguladora entre la nueva regulación y la actual, que se mantiene en gran medida a la espera de las Leyes de Función Pública de desarrollo.

El EBEP aborda las siguientes materias, además de los ya referidos objeto y ámbito subjetivo –Título I–:

- a) Los *principios ordenadores* del empleo público –art. 1.3–.
- b) La determinación de las diferentes *clases de empleados públicos*, incluido el personal directivo, especificando el tipo de legislación aplicable a las relaciones de empleo en cada caso –Título II–.
- c) El conjunto de *derechos básicos de los empleados públicos*, de modo que al enfoque preeminente y tradicional de las «potestades de la Administración» se añada, al mismo nivel, el de los «derechos» de los empleados públicos –el enfoque de los derechos– (Capítulos I a V del Título III).
- d) Aspectos y garantías básicas de *promoción profesional*, sobre la base del derecho a la carrera y a la promoción profesionales, pero también atendiendo a los principios ordenadores, incluido también el rendimiento y la atención a las necesidades del servicio –Capítulo II del Título III EBEP–.
- e) Las *bases del régimen retributivo* de los funcionarios –y fijación por remisión de las normas reguladoras de la retribución del personal laboral– (Capítulo III del Título III). Al tiempo que se quieren introducir mayores controles sobre el gasto de personal, también se promueve la flexibilidad retributiva de modo que cada CA adapte su sistema retributivo a la concreta modalidad de carrera por la que haya optado.
- f) El *sistema de representación y la estructura, contenido y efectos de la negociación colectiva* de los funcionarios, así como otros procedimientos de participación y de solución de conflictos, al tiempo que se especifican las reglas aplicables al personal laboral (Capítulo IV del Título III).
- g) Los *aspectos básicos del derecho al descanso*, a través de una regulación elemental de la jornada de trabajo y, sobre todo, de los permisos, *entre otros fines en aras de mejorar la conciliación de la vida personal y familiar* –Capítulo V del Título III–.
- h) Como contrapartida, se regula con detalle el *Código de Conducta* de los empleados públicos, esto es, el conjunto de principios éticos y deberes básicos de conducta –Capítulo VI del Título III–.
- i) *Adquisición –acceso al empleo– y pérdida de la relación de servicios*, garantizando la efectividad de los principios constitucionales, tanto de legalidad como de capacidad y mérito –Título IV–.

- j) La *ordenación de la actividad profesional*, esto es, los instrumentos de planificación, ordenación y gestión de los recursos humanos, con la flexibilidad necesaria para que cada Administración adopte los que más le convengan. Incluye la provisión de puestos de trabajo y la movilidad de los empleados dentro de la misma Administración y entre AAPP, desde una doble perspectiva de flexibilidad organizativa –Título V–.
- k) Las normas básicas sobre *situaciones administrativas*, con el doble objetivo de simplificar y reordenar la regulación actual, sin perjuicio de una nueva apertura a la regulación de diferentes situaciones por parte de las CCAA –Título VI–.
- l) Los *principios del régimen disciplinario* (Título VII).
- m) Las *relaciones de cooperación* entre las AAPP, con vista a garantizar, sin perjuicio de la reforzada autonomía, la coherencia y comunicación del sistema de empleo público en su conjunto (Título VIII). Es una exigencia típica de un modelo fuertemente descentralizado en la gestión del personal, tan necesaria como inobservada.

Aunque el legislador es consciente de la necesidad de actualizar el sistema de incompatibilidades, no contempla esta materia, considerada básica, con carácter general en su regulación, manteniendo en lo sustancial el régimen actual de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. Sí lleva a cabo algunas reformas parciales, con objeto de ajustar esa regulación al nuevo régimen jurídico fijado en el EBEP, en especial respecto del personal directivo, incluido el sometido a la relación laboral especial de alto directivo, así como el personal de las «nuevas figuras y entes» aparecidos a lo largo de estos años como expresión de flexibilidad de la organización de la actividad pública –DF 3.^a–.

4. ÁMBITOS DE CONVERGENCIA SOCIO-LABORAL DE LA RELACIÓN PROFESIONAL DE SERVICIOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

4.1. Planteamientos generales: los principios de ordenación de la actividad de empleo público.

Como ya se ha indicado, la regulación del EBEP responde menos a un propósito de regulación detallada de la relación de empleo público y más al de sistematizar el conjunto de principios ordenadores de la misma. La regulación de los aspectos específicos trata de concretar o actualizar esos principios en relación a las diferentes condiciones de empleo y trabajo. De ahí, la frecuencia con que las reglas enunciadas en forma de «principios» aparece en el texto, a veces desmesuradamente. Así, siguiendo la recomendación del Libro Blanco, unos principios lo son del actuar administrativo en general –art. 1.3–, mientras que otros lo son de materias concretas, siendo formulados en el lugar dedicado por el EBEP a su regulación –ejemplo: negociación colectiva, código de conducta, régimen disciplinario...–.

No cabía en este punto demasiada innovación, ya que tales principios se recogen en el texto constitucional y son formulados, con escasas variantes, en normas de carácter internacional y en las

legislaciones más recientes. Por eso, más que originalidad se persigue orden y simplificación, por un lado, e impulso de un cumplimiento más efectivo, conforme a las exigencias de los tiempos presentes, por otro. No se trata solo, pues, de un mero requisito de buena técnica legislativa, que por lo general ha brillado por su ausencia en este ámbito –como en otros muchos ligados a lo social y laboral–, sino también de expresar una clara voluntad pedagógica o simbólica, de modo que a partir de esa norma sea más fácil identificar para cualquiera los fundamentos del sistema español de empleo público. Entre otras cosas, esa pretendida coherencia se proyectaría luego en una clara mejora de la interpretación y aplicación, en sede judicial pero también, y primero, en sede administrativa, de las normas que integran el Estatuto del empleado público.

Ni que decir tiene que si esa era la pretensión el resultado es todo un fiasco, porque la nota dominante del EBEP es la extrema complejidad que ha acumulado tras los sucesivos procesos de negociación –autonómica, sindical, parlamentaria–, que dificultará hasta el paroxismo su aplicación, a comenzar por saber qué es lo que queda vigente y qué no... No obstante, sí que queda clara la prioridad de aquellos que, con mejor o peor fortuna técnica, reflejan las finalidades perseguidas con el proceso de reforma legislativa y organizativa que promueve el EBEP para responder a las demandas de nuestro tiempo, pero que solo se actualizará con el desarrollo legislativo que hagan las CCAA y, sobre todo, con la voluntad que AAPP y sindicatos tengan de hacer efectivos los cambios promovidos.

Respecto de los llamados «*principios estructurales*» del sistema de empleo público, que han de aplicarse por igual a las relaciones de empleo de los funcionarios y a las del personal laboral, sin perjuicio de su modulación para determinados tipos de empleados –personal eventual, directivos...–, se recogen los más clásicos, tan conocidos como incumplidos. De ahí, que se dude de su eficacia práctica, por su alejamiento de la realidad actual y la persistente resistencia a su actualización en prácticas de gestión reales. A saber:

- El *principio de servicio a los ciudadanos*, que es el que debe regir en todo momento la organización del sistema de empleo público, orientando la conducta, e incluso la actitud, de sus integrantes.

Con él se quiere expresar que todo ese régimen jurídico está destinado a conseguir el mejor servicio posible a los particulares, en teoría única «razón de ser» de las AAPP como institución y, por tanto, justificante de sus potestades. A este fin se han de subordinar los derechos e intereses legítimos de quienes forman parte de la organización, y no al contrario. No creo que merezca mayores comentarios. Todos tenemos experiencia con servicios públicos –incluido el universitario, al que yo pertenezco como funcionario– y por tanto, todos estamos en condición de juzgar, o valorar, cuánto se ajusta, o cuánto se aleja, la realidad de esta idea...

Yo nunca he visto a ese prototipo de funcionario –insisto en que yo lo soy– que de modo abnegado conduzca su vida con una permanente voluntad de servicio, «fiel» y entregado, al interés general, con olvido de sus propios derechos e intereses cuando aquel actúa como «altar» en nombre del cual ha de llevarse a cabo los sacrificios. Ni lo he visto ni espero verlo. Lo que ha de buscarse es una persona que realice con profesionalidad sus funciones, a cambio del reconocimiento y garantía efectiva de los derechos que tiene como tal prestador de servicios, esto es, como un «trabajador público»...

- Los principios que rigen el acceso al empleo, como son los de *igualdad*, que tiene como corolarios los de capacidad y mérito, así como los de publicidad, tanto en el acceso como en la promoción.

Si el primero buscaba la «fidelidad» del empleado público –lealtad–, los de igualdad y promoción identificarían el rasgo de profesionalidad exigible, solo desconocido en contadas ocasiones a favor de las «razones de confianza política» –personal eventual, no así el personal directivo–. En esta característica residen aspectos básicos como la «imparcialidad del servicio», que tiene una dimensión constitucional que afecta a todos, sin perjuicio de que requiera mayores garantías cuando se trata del ejercicio de funciones de autoridad. Aquí también tiene su encaje ese *derecho instrumental de inmovilidad* de la condición de funcionario, en realidad predicable de todo empleado público «fijo».

Ahora bien, es importante resaltar ya desde este momento que el EBEP no busca solo recuperar la efectividad de esta dimensión del principio de igualdad, sino también promover un nuevo enfoque del mismo, de modo que resulte compatible con tratamientos diferenciados de cada empleado atendiendo a su diferente implicación con el desarrollo del servicio. En este sentido, y en línea con la tendencia a la «individualización de las relaciones de trabajo», el EBEP se propone generalizar un modelo de gestión basado en el incentivo individual. Aunque la regulación concreta aparece bastante más diluida, el fundamento no puede aparecer más contundente, al afirmar que resulta «*injusto*» e «*ineficiente*» dispensar «*el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio*».

- De gran relevancia el *principio de legalidad* o de sujeción a las normas de heteronomía, guía inexcusable de la actividad administrativa.

Hemos visto cómo el EBEP se empeña en dar por superado el modelo burocrático clásico, para el que la función administrativa consistía en la ejecución de normas, a favor de la primacía del modelo «servicial». Este se orientaría a dar la mayor calidad posible al servicio prestado a los ciudadanos, aunque ello exija una flexibilidad de los procedimientos de tramitación. Pero no puede conducir esta evaluación a ignorar la fuerte presencia del principio de legalidad en el actuar administrativo. Las consecuencias prácticas de esta idea son evidentes: se reduce notablemente el juego de la autonomía de la voluntad.

Así ha de entenderse, por un lado, en orden a restringir, cuando no a excluir determinadas facultades de decisión que tiene el empleador privado pero no el empleador público-administrativo, sin perjuicio del desarrollo de las potestades discrecionales. Un corolario del principio de legalidad en el ámbito público es la prohibición de arbitrariedad, más exigente que la prevista en el Derecho Contractual. Pero también, por otro, las limitaciones de la autonomía colectiva, pues la negociación encontrará límites que no tiene en el sector privado.

- El *principio de eficacia administrativa*, aquí especialmente relevante en lo que concierne a la previsión o planificación y gestión del personal.

En realidad, es la vertiente pública del principio privado de la gestión productiva del trabajo. Significa una vía de impulso de cuantos instrumentos faculten a las AAPP para la planificación y ordenación de su personal –bárbaramente llamados «efectivos» en la propia EM del EBEP– desde los objetivos de la

«gestión racional» y «flexible». Para ello no solo deberá atenderse al desarrollo de las nuevas tecnologías, venciendo las usuales resistencias de los empleados, más si son (somos) funcionarios, sino también a los modelos de clasificación profesional basados en el desarrollo de competencias y en el rendimiento, así como a la flexibilización de las reglas de movilidad funcional y, en su caso, geográfica, por necesidades del servicio. Como es natural, todo ello «con las oportunas garantías y compensaciones».

Aunque estas exigencias deberían llevar a promover modelos bien diferentes de organización administrativa, fomentado más los estilos comunicativos que los «autoritarios», el EBEP sigue manteniendo la vigencia plena del principio de jerarquía –letra j) art. 1.3 EBEP–. Pero queda claro que hoy ha de hacerse compatible con las formas de gestión de personal más comunicativas, basadas en el trabajo en equipo y, en todo caso, inspirado por un doble imperativo que ha de matizar, o modular muy significativamente, el estilo tradicional –jerarquizado y potestativo–, como son los dos siguientes:

- El *principio de transparencia* de la gestión administrativa. Este es una de esas señas de identidad de nuestro tiempo, y exigencia del principio de igualdad de trato, hasta tener una clara proclamación en el Derecho Comunitario y dar origen a multitud de leyes que lo tienen como una referencia fundamental. Su aplicación en el ámbito del empleo público está tanto en relación a las garantías de los principios de igualdad y mérito como con los valores éticos del servicio.
- El *principio de participación de los trabajadores*, en especial a través de la autonomía colectiva, en todas sus vertientes –representativa, reguladora, autotutela–.

Es un principio general que se ha fraguado sobre una evolución que partía de una posición radicalmente contraria, asentada sobre la dimensión unilateral del régimen de ordenación de los funcionarios. El reconocimiento legal del principio es ya una realidad, pero exige una mayor concreción y garantía, lo que se articula básicamente a través de sus representantes y el aseguramiento de su organización y actividad –negociación colectiva, medidas de conflicto colectivo...–. Veremos de inmediato que esta vertiente colectiva tanto de la regulación como de la gestión del personal de empleo público presenta algunas novedades de relieve y en todo caso aparece como un eje cardinal del EBEP. Si bien es oportuno llamar la atención sobre la necesidad de caracterizar este imperativo no solo como principio, sino como un genuino *derecho fundamental*, en términos análogos a los trabajadores por cuenta ajena del sector privado, no obstante las persistentes limitaciones legales.

Finalmente, y claramente en coherencia con la reciente LO de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres –LO 3/2007–, se enuncia como un principio estructural del sistema de empleo público la «igualdad de trato entre mujeres y hombres» –letra d) art. 1.3 EBEP–. Ciertamente que este principio jurídico de favor hacia la paridad de sexos y/o géneros no tiene apenas concreciones o reflejo a lo largo del EBEP, sin perjuicio del criterio de favor hacia la paridad de los órganos de selección –art. 60.1 EBEP–, la previsión de reforzados derechos de conciliación desde la moderna óptica de la corresponsabilidad de la pareja en las «cargas familiares» y el reconocimiento de un deber de «elaborar» y «aplicar» un plan de igualdad a través de la negociación colectiva –nótese que se habla del deber de elaborar y no solo de negociar un Plan–. Pero sí es revelador de la creciente preocupación por este enfoque de la igualdad.

En definitiva, un análisis detenido del conjunto de estos principios evidencia cómo, en realidad, todos ellos pueden resumirse en dos –casi como los «diez mandamientos»–, que sintetizan a su vez las claves de comprensión de lo que representa el entero EBEP. Por un lado, el de la «buena administración», que exige la mayor calidad del servicio, a costes eficientes y gestionados de forma flexible, conforme a los «objetivos de la organización». Por otro, el máximo respeto y fomento de «la profesionalidad» del empleado público, que exige una gestión bajo los parámetros de equidad y calidad del ambiente organizativo para el empleado, considerado tanto como profesional cuanto como persona.

Se trata, en suma, de dos claves constitucionales de configuración del Estatuto del Empleado Público, que si bien resultan complementarias en gran parte, también representan una fuente de tensiones y conflictos permanentes. Por lo tanto, al EBEP corresponde, como al Estatuto de los Trabajadores –ET–, buscar un nuevo equilibrio entre la perspectiva de las potestades o estatuto jurídico-constitucional de la Administración como organización de servicios para el interés general –la posición o razones organizativas del empleador– y la perspectiva de los derechos o estatuto jurídico-constitucional del empleado público –las razones de garantía del trabajador, como profesional y como persona–. La convergencia entre ambos Estatutos no puede ser más evidente.

Guiado por este enfoque, primero expondré los principales aspectos en los que el Estatuto Básico de los funcionarios se aproxima a, e incluso participa de, los derechos reconocidos a los trabajadores por cuenta ajena en general, y que sobre todo conectan con el «Estatuto Constitucional Común» de todos los trabajadores, sean públicos o privados –incluso de los trabajadores autónomos, según se dijo respecto de la reciente LETAU–. Para lo que seguiré el típico esquema dual: derechos individuales y derechos colectivos. Posteriormente, haré un análisis de la regulación, dispersa y ambigua, que realiza el EBEP de los empleados públicos con relación laboral. Previamente, haré una somera exposición de cuáles son las clases de personal al servicio de las AAPP que contempla el EBEP.

4.2. La tipología de «empleados públicos»: problemas actuales y clasificación propuesta por el EBEP.

Partiendo de una definición extremadamente genérica e imprecisa, cual es la de considerar empleados públicos a «quienes desempeñan funciones retribuidas en las AAPP al servicio de los intereses generales», el EBEP –arts. 8.2 y 13– los clasifica en:

1. Personal Funcionario. A su vez, dentro de este colectivo, se distingue:

- a) *De carrera* –aquí hay que entender incluidos al personal estatutario de los Servicios de Salud, conforme al art. 2.4 EBEP–.

Se trata de aquellos empleados vinculados a la AP por un acto de nombramiento legal –la obtención de una habilitación no otorga tal cualidad por sí misma– y por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo esencialmente –art. 9 EBEP–.

- b) **Interinos.** Son aquellos que ejercen temporal o transitoriamente las tareas propias de los funcionarios de carrera, y siempre por razones justificadas (art. 10 EBEP).

Por tanto, carecen de la cualidad básica de estos: la inamovilidad en su empleo. De ahí, que se haya dudado de tal condición de funcionario. No obstante, el artículo 10.5 confirma que les resulta de aplicación, «en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera». En todo caso, unos y otros deben responder a procedimientos de selección que garanticen igualmente los principios de mérito, por un lado, y de publicidad, por otro. Aunque es obvio que en este caso deben estar dotados de una mayor agilidad para poder atender adecuadamente a las necesidades del servicio a las que responden.

2. **Personal Laboral.** Dentro de este colectivo también hay una subdivisión.

- a) **Fijos.** Tendrá este carácter el empleado que se vincule mediante un contrato de trabajo indefinido, en los términos previstos por la legislación laboral, formalizado por escrito y que haya accedido a ese puesto de trabajo conforme a los procedimientos legalmente establecidos para ello, en las condiciones fijadas por la legislación administrativa.
- b) **Por tiempo indefinido.** Son aquellos empleados que mantienen una relación laboral indefinida pero están pendientes de cobertura conforme a los procedimientos reglamentarios, lo que usualmente acaece por aplicación de las reglas laborales que «sancionan» con la indefinición de un contrato concluido como temporal en fraude de ley. Es una figura de creación judicial, como se sabe, que ahora encontraría plena recepción legislativa, generalizando lo que ya venía sucediendo en las relaciones de puestos de trabajo de muchas AAPP.
- c) **Temporales.** Quienes se vinculan a la Administración Pública por cualquier modalidad de contrato de trabajo prevista en las leyes laborales con duración determinada.
3. **Personal Eventual.** Se trata del personal que resulta de nombramiento y cese libres, por cuanto su «mérito» está en reunir la suficiente confianza política del cargo de turno que lo nombra, y no el mérito profesional, siendo en todo caso retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin (art. 12 EBEP). Pese a las notabilísimas diferencias con los funcionarios de carrera, también el EBEP predica para ellos la aplicación del régimen general, sin perjuicio de reiterar esa enigmática cláusula según la cual tal aplicación solo será posible cuando «sea adecuado a la naturaleza de su condición» –art. 12.5 EBEP–.
4. **Personal Directivo.** Es el que desarrolla las funciones de dirección profesional –no política– en las AAPP. Estas funciones serán delimitadas a través de las normas específicas de cada AP –art. 13.1 EBEP–. La singularidad de este colectivo se evidencia ya en la propia ubicación que tiene, pues no aparece en la clasificación general del artículo 8 EBEP, sino que cuenta con un Subtítulo propio, si bien integrado por un único artículo, el artículo 13 EBEP.

No me cabe duda de que con esta clasificación teórica el EBEP ha querido afrontar, y en lo posible resolver, la mayor parte de los muchos y complicados problemas que viene suscitando la ordenación actual del personal al servicio de las AAPP. Otra cosa bien diferente es que lo haya conseguido, o que incluso no genere más confusión de la que ya había anteriormente. Veamos el porqué de esta crítica.

El primer problema de ordenación y gestión se vincula a la continuidad ya referida del sistema dual de empleo público. Consolidada esta dicotomía y descartada, más por inercia y por «miedo al futuro» que por razones técnicas y legales, su eliminación radical, se planteaba la necesidad de dos acciones al menos de racionalización. Por un lado, clarificar en lo posible los puestos de trabajo a desempeñar por funcionarios y los abiertos a los laborales, teniendo como guía la ya referida «regla de oro» en esta materia: para una misma actividad se precisa un mismo régimen jurídico. Ello significa que el legislador debía definir con precisión qué funciones corresponden a unos y a otros.

A este respecto, sabido es que la práctica ha ido en la dirección de una creciente dilución de las fronteras entre unos puestos y otros, conforme a un margen de flexibilidad aceptado por la reciente doctrina constitucional. Pues bien, ante esta situación el EBEP se limita a remitir a las «Leyes de Función Pública» que se dicten en su desarrollo los criterios para determinar qué puestos de trabajo pueden ser desempeñados por personal laboral –art. 11.2–. El único límite que se establece es la cláusula general consagrada por la doctrina del TJCE y formulada en el artículo 9.2 EBEP: se reserva a los funcionarios toda actividad que implique «la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las AAPP».

Por supuesto, cuáles sean estas funciones compete fijarlo, una vez más, a las Leyes de desarrollo, que igualmente podrían, como avala el TCO, recurrir a criterios generales, por tanto indeterminados –por ejemplo el conflictivo pero válido constitucionalmente artículo 92.2 LBRL, si bien ha sido derogado justamente por el EBEP–. Por tanto, el EBEP no avanza nada en esta crucial, y por otro lado obsoleta, cuestión. Más aún: persiste en el homenaje a la confusión, quizás con la excusa de otorgar el máximo respeto a la autonomía de decisión de cada AP, cuando se muestra indiferente a que el personal directivo profesional pueda vincularse mediante relación estatutaria o mediante relación laboral –art. 13.4 EBEP–.

Por otro lado, y como vía para neutralizar en gran medida la deficiente solución a la primera exigencia clarificadora entre los puestos de funcionarios y los de laborales, en la práctica de cada vez más difícil o imposible separación –la ley diluye esa diferencia en algunos casos, como por ejemplo para el PDI en la LOU–, se promovía la mayor aproximación –convergencia– posible de sus Estatutos, a través de una regulación equivalente de sus contenidos. En esta línea de acción se ha progresado mucho más, como veremos de inmediato. Pero todavía subsisten diferencias carentes de razón –por ejemplo la diferencia de estructuras de representación; o incluso las diferencias en materia de negociación colectiva; o en ciertos derechos de conciliación...–. El problema de diferenciación pierde tensión, pues, pero no desaparece.

El segundo gran problema de ordenación del personal de empleo público era, y es, el espectacular crecimiento de la temporalidad, que ha desbordado todos los límites razonables, evidenciándose lisa

y llanamente un claro abuso de la temporalidad del empleo público. Los datos estadísticos nos resultan en este caso inapelables ¹², pues evidencian que casi el 30% de los empleados públicos en su conjunto lo son en régimen de vínculo temporal. Aunque puede pensarse que ese dato es relativamente significativo por cuanto está por debajo del porcentaje de temporalidad en el sector privado, conviene poner de manifiesto de inmediato que mientras en este último se redujo en torno a 5 ó 6 puntos desde 1997, en el sector público ha crecido más de 6 puntos en ese período. Por tanto, el problema es más grave si cabe por cuanto experimenta una tasa al alza en un momento en el que, sin embargo, debía haberse reducido de creerse las propias AAPP los esfuerzos realizados para la mejora de la estabilidad en el empleo.

Pero no es deseable ni en términos sociales ni en términos de calidad en la prestación de los servicios mantener tan alta tasa de temporalidad. Ante esta situación son muchas las cuestiones que se suscitan en relación a la aspiración de regular ordenada y racionalmente el empleo público. Primero porque está acreditado que a menudo, como sucede en el sector privado, es muy artificial esta temporalidad, esto es, se trata de un «riesgo fabricado», pues se trata de funciones permanentes que se cubren, por otras razones, a través de contratos temporales. De este modo, se incumple otra «regla de oro» elemental en esta materia: a actividades permanentes, relación profesional continuada. Segundo porque, para su corrección, se provoca una presión sindical orientada a desconocer en gran medida los principios reguladores del acceso, hasta el punto de impulsar fórmulas de «consolidación extraordinaria» de estos empleos que se ajustan mal, o poco, a aquellos. Por lo tanto, para resolver un problema se crea otro, o se incurre en una nueva incoherencia reguladora, iniciada por vía convencional y, a veces, avalada por «leyes de excepción» ¹³.

Por supuesto, el EBEP no podía permanecer ajeno a este problema. Pero sus respuestas, una vez más, además de muy limitadas, notablemente deficientes, son confusas o ambiguas. Así, en primer lugar, no se ha limitado a mantener la figura, siempre polémica, del personal interino, sino que amplía las causas por las cuales está justificado acudir a él. Aunque formalmente aparece como una figura a la que cabe acudir únicamente «por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia», se diversifican o flexibilizan en extremo los motivos a los que puede obedecer —ocupación de vacante en tanto se provee por la fórmula establecida, sustitución de funcionarios ausentes con reserva de puesto de trabajo, desempeño de funciones de carácter temporal por no ser las propias de actividades permanentes, acumulación de tareas...—. Se pone de manifiesto con esta ampliación su carácter absolutamente intercambiable con puestos laborales, lo que de inicio no sería ajustado a Derecho, pero ocurre a menudo, especialmente en sectores como la docencia y el de la sanidad...

En este contexto, la fórmula anómala de la «consolidación de empleo temporal» seguirá estando a la orden del día, ahora con el aval de la disposición transitoria 4.^a EBEP. Tampoco parece una garantía más racional el que se exija que las plazas vacantes cubiertas por interinos se incluyan en las ofertas de empleo público del año correspondiente al nombramiento. Y no ya solo porque se permite que pueda hacerse en la siguiente —art. 10.4 EBEP—, sino porque la fijación de plazos ha sido sistemáticamente incumplida en este ámbito.

¹² Consejo Económico y Social: «*La temporalidad en el sector público*», diciembre 2004.

¹³ Lo sucedido con los miles de puestos consolidados en la Administración Sanitaria, a través de leyes que bien podrían considerarse «excepcionales», o en la Administración educativa, o en Correos, normalmente a través de Acuerdos con los sindicatos más representativos, de dudosa legalidad, son claros ejemplos de esto.

En segundo lugar, se mantiene igualmente el personal temporal laboral, sin fijar ninguna relación de preferencia por el empleo laboral de carácter fijo. Como se da «carta de naturaleza» al engendro judicial de los «indefinidos pero no fijos» o «*interinos indefinidos*». Quizás no sea misión o tarea de un EBEP, pero en vez de reforzar las responsabilidades contra los cargos públicos que fomentan la contratación laboral en fraude de ley, lo que se hace es aceptar, por vía legal, la emersión de una nueva categoría de personal laboral, pero que no es sino el resultado de la «convalidación» de una actuación antijurídica ¹⁴.

El tercer gran problema de ordenación del personal de empleo público se vincula a la *diferenciación entre puestos de trabajo que han de ser cubiertos con criterios profesionales*, que debe ser la regla general, y los que pueden serlo solo *por criterios de confianza política* o personal. La diferencia está plagada de consecuencias prácticas, porque muy diversa es la posición tanto en orden al acceso como a la salida de este personal. En el primer caso, ha de garantizarse la cualidad profesional a través de pruebas orientadas a intentar acreditar el mérito y la capacidad, al tiempo que eso supone un factor de «inamovilidad» en el puesto, que no en el empleo, de la persona que ocupa un puesto. En el segundo, ni puede responder a esos elementos, sino a la estricta confianza depositada en una persona por el cargo público que la designa o nombra, ni tampoco, en consecuencia, puede resistir la acción extintiva libre.

Tampoco el EBEP ha permanecido ausente a este problema, agudo en el seno de determinadas AAPP, en especial en las Entidades Locales. Pero, una vez más, su respuesta aparece notablemente debilitada, lo que hace dudar de su eficacia. En mi opinión, aunque es evidente que tiene perfiles diferentes, este conflicto relativo a la profesionalización de todos los empleados públicos está presente tanto en relación al «personal eventual» como para el «personal directivo».

Por lo que concierne al «*personal eventual*», es conocida su presencia constante, tanto por razón de tiempo –cuenta con una larga tradición en todos los niveles de AP, si bien más en el local– como por razón del lugar –está presente en la práctica totalidad de los países, aun en los basados en el modelo profesional «o de mérito»–, si bien siempre presentada como excepción, aunque la práctica es bien diferente. Entiendo correcta la opción del EBEP de separar esta categoría de los funcionarios. Sin embargo, ninguna o escasas medidas eficaces contiene para poner coto a su crecimiento significativo en los últimos años. Un aumento notable que se ha debido tanto a la inclusión por esa vía de personal directivo, sobre todo en las Entidades Locales más pequeñas, como a la extensión de prácticas claramente «clientelares» a la hora de llevar a cabo nombramientos de personal.

Por eso era necesario establecer diferentes cautelas –diferenciación de puestos reservados a esta vía, límites en el porcentaje máximo aceptable, qué altos cargos pueden disponer de ellos, qué funciones son apropiadas–. Pero, por enésima vez, esta tarea ha sido remitida, sin indicación relevante alguna, sea a las Leyes de Función Pública –qué órganos de gobierno pueden disponer de este personal–, sea a la propia AP empleadora –fijación del número máximo–, por lo que per-

¹⁴ Recuérdese que esta misma opción convalidadora es la que representa la actual disposición adicional 15.ª LET, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2006, primero, y reiterada por la Ley 43/2006, para la mejora del crecimiento y el empleo, después.

sistirá la extrema discrecionalidad gubernativa en este punto. Por su parte, el EBEP se limita a contemplar algunas medidas de control externo, social o público, como son la exigencia de:

- Transparencia de este personal –deberá ser público tanto su número como sus retribuciones–.
- Automaticidad del cese del personal eventual cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento –art. 12.3 EBEP–.
- Prohibición de que esta actividad sea mérito relevante para acceder a la función pública –no parece afectar, pues, al empleo laboral público– o para la promoción interna.

El EBEP sí parece orientarse claramente en la dirección de separar con nitidez el «personal eventual» del «personal directivo» lo que, como se ha dicho, no sucede en la práctica actual. Así, parece poner el énfasis en la tantas veces exigida profesionalización de las funciones de dirección administrativa. En esta dirección, son diversas las vías seguidas por las diferentes AAPP. En unos casos se realiza un contrato laboral de Alta Dirección. En otros se realiza un nombramiento de funcionario en servicio especial.

El resultado es, en última instancia y cualquiera que sea la vía seguida, la aparición de un creciente colectivo de empleados del sector público del más alto nivel y responsabilidad, caracterizado por su competencia y experiencia profesional. Un amplio número de normas de organización reservan ciertas funciones a este colectivo de personal, al tiempo que son objeto de creciente consideración en los programas de formación, contando con especificidad en la delimitación de los mismos. Este personal lejos de ir a menos debe ir a más en la Administración contemporánea, que se caracteriza por la complejidad.

No por casualidad, pues, uno de los ejes de la reformas que han tenido lugar en la organización administrativa en época reciente ha girado en torno a la institucionalización del denominado «directivo público profesional», como una de las vías más eficaces para trasladar al sector público los modelos de dirección y gestión del sector privado: liderazgo, habilidad para el manejo de equipos o grupos de trabajo, la asunción de responsabilidad en el ejercicio de la actividad, compromiso con los objetivos marcados o programados... De ahí, que se presente como una de las claves de la reclamada modernización de la gestión pública. A tal fin necesita acreditar competencias de organización y de gestión, tanto presupuestaria como de personal. En la realidad se ha evidenciado difícil conciliar la «gestión de números» –gestión financiera– con la «gestión de personas», de ahí que tienda hoy a diferenciarse la «gerencia de administración» respecto de la «gerencia de personal».

En todo caso, era evidente que esta creciente presencia precisaba una regulación más coherente, de modo que se concretaran bien las especialidades evidentes e insuprimibles de su régimen jurídico. Dificultades tales como la ausencia de criterios objetivos para verificar la presunta especial cualificación han estado a la orden del día. Sin embargo, en contadas ocasiones las normas actuales aclaran el régimen jurídico aplicable a los directivos públicos. Precisamente por ello, constituía una

asignatura pendiente de nuestro sistema de empleo público. A diferencia de otras legislaciones extranjeras que cuentan con una regulación específica, en España no ha existido un estatuto propio, pese al desarrollo en la práctica de este colectivo y su promoción en las leyes más recientes –ejemplo Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local–.

Por otro lado, en el plano de su eficacia práctica, los resultados parecen ser hasta el momento decepcionantes, sea para la Administración empleadora sea para el directivo público. Así, por lo general:

- *La responsabilidad adicional, incluso en términos de una más prolongada jornada, no ha ido acompañada de adecuadas retribuciones*, siendo, como es sabido, las formas retributivas una cuestión básica en este ámbito. Lo que se gana en limitación presupuestaria se pierde en eficacia.
- Esta situación ineficiente ha dado lugar a la *búsqueda de alternativas que consiguieran este efecto incentivo y de atracción de profesionales de alta cualificación, con lo que de nuevo se multiplican los artificios de ordenación*, a través de contratos de alta dirección o, aún peor, mediante la creación de sociedades u otras entidades que escapen al estricto control público, por no ser de aplicación los límites presupuestarios. Se sacrifica tanto la coherencia del ordenamiento como la transparencia.
- *Riesgo de descapitalización profesional* de las AAPP al propiciar la huida o fuga hacia el sector privado, que es poco frenada por las normas sobre incompatibilidades o los códigos de ética profesional del servicio público.

Pues bien, de nuevo el lector interesado se verá en serios aprietos si quiere encontrar la solución a este problema en el EBEP. Aunque, a diferencia de lo que sucede con el «personal eventual», no ha renunciado a establecer algunos criterios que orienten, y al tiempo condicionen, la regulación de desarrollo, que en esta ocasión es remitida no a la potestad legislativa sino a la potestad reglamentaria. En efecto, será el Gobierno de la Nación, para la AGE, y los Gobiernos Autonómicos, para sus CCAA, los que fijen el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición –art. 13 EBEP–.

De nuevo, pues, se recoge la «función directiva» pero no se fija el régimen jurídico, lo que abre la puerta a las más diversas opciones, sin perjuicio de ciertos elementos de regulación básica. En todo caso, lo que sí queda claro es que constituye una categoría propia y, por tanto, no puede confundirse ni con los funcionarios –no son funcionarios superiores– ni con los eventuales, al tiempo que tampoco cabe confundirlos con la «dirección política» –no son altos cargos políticos–. A partir de aquí, su construcción en positivo queda abierta a los más diversos modelos: los que promuevan que se reserve como una última etapa, o de culminación, de la función pública, por lo que se reservaría a cuerpos superiores de funcionarios, por un lado; o, más bien, los que lo abren a profesionales de especial cualificación de cualquier procedencia, también del sector privado, por lo que el régimen laboral de alta dirección se abre camino.

Entre los «principios» de regulación del régimen de este personal se indican los siguientes:

- Las normas específicas de cada AP deben determinar qué tareas se tienen por funciones directivas profesionales.
- La designación deberá atender, en todo caso, al criterio del mérito y la capacidad, asegurando su idoneidad, mediante procedimientos públicos y concurrentes. La garantía del perfil profesional –competencia– no impide que incidan también otros, como el factor de confianza, dado que participarán de las estrategias de organización y gestión definidas por el Departamento o Servicio correspondiente.
- El personal directivo deberá estar sujeto a evaluación de eficacia y eficiencia, de modo que se verifique en todo momento el cumplimiento de los resultados comprometidos. En este sentido, habrá de combinarse la retribución variable con las garantías de consolidación de ventajosas retributivas para cuando finalice este período.
- La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva, como por lo general ya sucede con los altos cargos en el sector privado: no inclusión en convenio.

En suma, a la vista de la clasificación de empleados públicos que hace el EBEP queda claro que el EBEP no ha querido alterar en modo alguno la situación actual, en gran medida caótica e irracional, dejando a cada nivel de AP la decisión final sobre la evolución deseada. Puesto que no todas las AAPP están obligadas a mantener la misma proporción de unos colectivos y otros, parece claro que en atención al reparto que haga cada nivel podremos identificar un modelo u otro de empleo público. Por lo tanto, la prometida búsqueda de coherencia, una vez más, queda, cuando menos, en entredicho.

4.3. La dimensión individual del EBEP: el catálogo de derechos y el Código de Conducta (deberes ético-jurídicos).

A imagen y semejanza de la ordenación aportada por los artículos 4 y 5 de la LET, para el sector privado –y para los empleados laborales del sector público administrativo–, el Título III del EBEP recoge tanto los «derechos» como los «deberes» básicos de todos los empleados públicos. Por tanto, estamos ante una materia de aplicación conjunta para ambos colectivos, los funcionarios y los laborales. El Capítulo I recoge, a imagen y semejanza del artículo 4 del ET, los que se entienden como «derechos básicos» de los empleados públicos, por tanto de todos ellos y no solo de los funcionarios. Los Capítulos II a V contienen un régimen jurídico básico de los derechos considerados inherentes a toda relación de empleo público, tanto individuales –derechos a la carrera profesional, derechos retributivos, derechos a la jornada y permisos–, como colectivos –derechos de negociación colectiva, de representación y a plantear conflictos colectivos a resolver mediante soluciones extrajudiciales–, mientras que el Capítulo VI recoge los **deberes ético-jurídicos**.

El listado de derechos, aunque no es completo sí es amplio, pero también demasiado disperso, de modo que carece de un criterio de ordenación eficaz más allá del carácter «individual» que atribuye al mismo y su correspondencia con la «naturaleza jurídica» de su relación de servicios. Lo mismo le ocurre al Estatuto Marco del personal de los Servicios de Salud, de ahí que aparezca de forma abigarrada y confusa. Para una mayor claridad, a mi juicio, puede seguirse el criterio de la naturaleza jurídica del derecho que se reconoce.

Que no estamos ante un catálogo exhaustivo lo certifica la genérica cláusula de remisión de la letra q) del artículo 14 del EBEP, que remite «a los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». Quizás hubiera debido seguirse una técnica diferente, de modo que se remita de inicio a la legislación aplicable, y luego se ponga especial énfasis en los «básicos», que son los que realmente lista –arts. 14 (derechos individuales) y 15 (derechos individuales ejercidos colectivamente). A saber:

a) Derechos profesionales.

- A la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera –este es exclusivo, pero veremos cómo se aproxima para el empleado público con contrato laboral– [art. 14 a) EBEP].
- Al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional, y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional [art. 14 b) EBEP].
- A la progresión en la carrera profesional y promoción interna, según los principios constitucionales de igualdad y mérito [art. 14 c) EBEP].
- A percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio [art. 14 d) EBEP].
- A las vacaciones, descansos, permisos y licencias [art. 14 m) EBEP].
- A participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar [art. 14 e) EBEP].
- A la formación continua [art. 14 g) EBEP].
- A recibir la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo [art. 14 l) EBEP].
- A la libre asociación profesional [art. 14 p) EBEP].

No deja de llamar la atención que se reconozca aquí este derecho, por cuanto tiene más que evidente dimensión o vertiente «colectiva». En cierta medida es la alternativa al derecho a la «libertad sindical», que, como se sabe, es ejercido por quienes no tienen este derecho.

b) Derechos de los empleados públicos como personas.

- Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, «especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral» [art. 14 letra h) EBEP].

- A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión... «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» [art. 14 i) EBEP].
- A la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico [art. 14 k) EBEP].
- A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral –art. 14 j) EBEP, aunque luego no aparecen derechos específicos para la vida personal, salvo los permisos por asuntos de interés particular–.

c) *Derechos de protección social.*

- A la jubilación, según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables [art. 14 n) EBEP].
- A las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación [art. 14 o) EBEP].
- A la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden judicial a raíz del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos [art. 14 f) EBEP].

Por su parte el Capítulo VI se dedica a fijar el *Código de Conducta* de los empleados públicos. Es el reverso del Catálogo de derechos que ha reconocido previamente, con carácter general, en el Capítulo I del mismo Título III, y busca elevar el estándar de diligencia exigible a los empleados públicos más allá de sus deberes profesionales en sentido estricto. A tal fin se prima su cualidad tradicional de servidores del interés general –art. 52–.

De ahí, que esté informado por un amplio conjunto de «principios éticos» –artículo 53– y de «principios de conducta» –más bien deberes de conducta–. Pero la técnica ha sido incorrecta en su aplicación y resulta mucho más engorrosa y alambicada que la propuesta por el Informe, que se limitaba a un catálogo de «principios éticos» y un código amplio de deberes...¹⁵

El EBEP trata de superar una cierta contradicción en el régimen jurídico profesional de los funcionarios, que consiste en la ausencia de un catálogo o listado completo de deberes y obligaciones de

¹⁵ Este catálogo sería:

- Deber de respeto a la CE y a las leyes, entendido no solo como obligación pasiva de acatamiento sino de compromiso activo con su realización más efectiva, sin que ello implique identificación personal.
- Deberes de imparcialidad y cumplimiento objetivo.
- Deber de obediencia.
- Deber de diligencia, incluido el plazo razonable de resolver los procedimientos.
- Deberes de cooperación y colaboración.
- Deberes de secreto y sigilo.
- Deberes de información.
- Deberes de integridad.
- Deber de austeridad.
- De carácter laboral: cumplimiento de la jornada, formación profesional, de seguridad y salud laboral.

este colectivo, pese a tenerse esta dimensión del «deber de servicio» como la característica del estatuto funcional, contrapartida de la garantía de inamovilidad en la relación de empleo –que no de puesto, aunque en la práctica no haya diferencia apenas–. Esta deficiencia se habría «salvado» a través de la aplicación del régimen disciplinario, si bien los principios tan exigentes que rigen esta materia, típicos del Derecho punitivo, habrían llevado a una inversión del enfoque: la primacía de la tutela de la posición individual del funcionario en detrimento de la garantía de las obligaciones de servicio.

El EBEP, al menos en el plano de los principios, querría promover en este aspecto un cierto cambio. El objetivo era promover que la regulación se acercara más al cambio de cultura administrativa producido en nuestros días, pasando de su típica vertiente burocrática a la «servicial», esto es, al dominio del enfoque de gestión de los servicios públicos pensando en la satisfacción o el beneficio del ciudadano. Este cambio debería implicar el reforzamiento de los deberes de cumplimiento de los empleados públicos en general.

Precisamente, sería esta lógica la que ha llevado a diferentes Organizaciones Internacionales –OCDE, Consejo de Europa–, y a la mayor parte de los Estados que las integran, a poner el énfasis en los llamados «Códigos de Conducta Ética», como vía no solo para recuperar la confianza de los ciudadanos en su Administración, dada la distancia abierta entre aquellos y esta, sino también como un factor de competitividad, clave en las sociedades contemporáneas. El EBEP se sitúa, pues, en esta dirección y generaliza una práctica que ya ha empezado a difundirse en España, en especial a través de los Códigos de Buen Gobierno para los altos cargos de las AAPP –ejemplo: Acuerdo de 18 de febrero de 2005, para la AGE–.

El contenido es análogo en todos ellos, pero su eficacia jurídica es diferente, dependiendo de las distintas tradiciones jurídicas presentes en esta materia. La tradición continental es favorable a dotarlos de una eficacia orientadora, dejando para la norma legal la fuerza vinculante. Siguiendo nuestra tradición jurídica, no se codificarán estos principios éticos como una suerte de «catálogo de deberes deontológico», a controlar mediante sistemas de autocontrol, sino que tienen un reflejo jurídico inmediato, de modo que su inobservancia tendrá consecuencias disciplinarias. La razón es que tales principios y reglas han de informar la «interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos» –art. 52, párrafo segundo–. Esta indicación quiere ampliar los deberes de conducta, sin perjuicio del principio de legalidad que informa esta materia y también el de graduación de las sanciones. En todo caso, se ha llamado la atención no ya solo sobre el «valor intrínseco» de este código, sino también sobre la necesidad de que resulte operativo en otros ámbitos, en especial respecto de la carrera profesional.

La estructura del artículo 53 evidencia esa dimensión ético-sacra. Así, la mayor parte de los enunciados asume la forma de «mandatos» negativos o prohibitivos, característicos de las «tablas de la ley de Dios o Natural»¹⁶.

¹⁶ «No contraerán obligaciones ni intervendrán en operaciones financieras... o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público»; «No aceptarán ningún trato de favor...» (deberes de integridad de la conducta); «Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente» (deberes de secreto y de discreción o «sigilo» profesional); «No influirán en la agilización o resolución de trámites o procedimientos administrativos sin justa causa...».

A lo que hay que asumir la asunción en sus deberes de la protección del interés tanto de su empleador como de los ciudadanos ¹⁷.

En todo caso, su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, en especial la prohibición de discriminación, así como el ajuste de su actuación a los «principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos» –art. 53.3 EBEP–.

En realidad puede comprobarse cómo se hace un énfasis muy especial de los denominados «deberes fiduciarios», sobre los que se asienta la moderna estética, más que ética, de la «responsabilidad social», y de la deontología. De ahí, que a la «buena fe», típica de toda relación obligacional, se añada la «lealtad», típica de una relación institucional –sociedades, relaciones entre administraciones...– ...y que bien podía equivaler a la vieja «fidelidad» de los trabajadores, si no fuera por su descarte constitucional... Pero realmente no hay nada nuevo y es más una pretensión que una realidad. Lo relevante será cómo influye en la aplicación del régimen disciplinario.

Lo que se concreta en la dimensión positiva –imagen positiva– de los deberes de conducta, cuyo incumplimiento –negativo–, llevará a la aplicación del régimen de infracciones y sanciones de carácter disciplinario. De ahí, que en el artículo 54 se identifique aquello de que el empleado público deberá ser «obediente», «bueno» y «honrado», así como «abnegado», al servicio del interés de los ciudadanos, incluso en detrimento del suyo propio. El listado también es extenso, como si la cantidad determinara la calidad. Amén de que llama la atención el enunciado, pues se habla de «principio» y no de «deber», como prefería el Informe, lo que da idea de mayor concreción.

También llama la atención el que entren algunos no contemplados en el Informe y otros sí contemplados no se recogen, como el de «profesionalidad», si bien se entiende que es la consecuencia del cumplimiento de todos los demás.

Pero es muy difícil superar la impresión de que se infla esta ordenación y que en gran medida se pueden resumir en dos, como los mandamientos. Así, podemos clasificarlos –recuérdese que son comunes a funcionarios públicos y laborales, por lo que para estos debe entenderse como complemento al artículo 5 ET, aunque más bien esta norma desplaza la estatutaria laboral, pensada para la empresa privada y no para el servicio público–.

- **Relativos al cumplimiento de sus deberes profesionales.**

- El desempeño de sus tareas de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos –lo que debería ser obvio, si no fuese porque no siempre ocurre así–. Este deber se vincula tanto al principio de eficacia administrativa como al principio ético de profesionalidad.

¹⁷ «Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares...»; «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...».

- Mantendrán actualizada su formación y cualificación. Pero no se expresa que sea un deber en sentido estricto, como pretendía la Comisión de Expertos y enfatiza la jurisprudencia.
- Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.
- **Modo de cumplimiento –respeto y buena fe–.**
 - Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, debiéndola poner en conocimiento del órgano de inspección procedente. Es una manifestación del principio de jerarquía que rige la organización del trabajo público, pero también del principio de lealtad hacia el Gobierno correspondiente. Este deber de obediencia incluye el de sujetarse a todos los controles fijados por parte de los superiores.
 - Administración de los recursos y bienes públicos con austeridad, velando por su conservación y no uso en beneficio propio.
 - Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad de destino –se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio–. Se trata de deberes de colaboración con sus compañeros y superiores, así como de cooperación con la mejora de los servicios.
 - Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, así como a sus superiores y restantes empleados públicos.
 - Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.
 - Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones –deber de evitar la conducta burocrática a favor de una actitud servicial– (art. 54.4 EBEP). Es un reflejo del principio ético-jurídico de transparencia.

No se ha seguido la recomendación de que el EBEP prevea que las AAPP, en el marco de sus respectivas competencias, puedan promover la elaboración de códigos de conducta específicos para sus empleados, o para ciertos sectores de los mismos, con lo que se completarían o especificarían los deberes ético-jurídicos de servicio. Pero es obvio que la ausencia de referencia no impedirá tal posibilidad, que en gran medida forma parte de las potestades de gestión del servicio típicas de las AAPP.

Finalmente, es oportuno evidenciar cómo el EBEP se preocupa por la garantía de ciertos derechos a la conservación de sus derechos económicos y profesionales, de modo que se eviten perjuicios

por la definición y puesta en práctica de nuevos sistemas de carrera y promoción profesionales –DA 9.^a y DA 10.^a–, así como de sistemas retributivos –DT 1.^a–. Es una línea común en esta norma, que no ha querido «alterar» los célebres «derechos adquiridos» para los funcionarios hasta este momento, por lo que tiene una vocación más de futuro que de remoción de situaciones consolidadas o maduras.

4.4. La vertiente colectiva del EBEP: el nuevo régimen de la negociación colectiva en el empleo público.

4.4.1. Planteamientos generales.

Pero sin duda la mayor aproximación entre regímenes jurídicos promovida por el EBEP se produce, como no podía ser de otra manera, en relación a los derechos colectivos de los empleados públicos. Con una denominación que resulta singular, por cuanto los enuncia como derechos «*individuales ejercidos colectivamente*», se reconocen los siguientes, por otro lado ya vigentes:

- a) La libertad sindical.
- b) A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- c) Al ejercicio de la huelga.
- d) A plantear conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación.
- e) Al de reunión, en los términos establecidos en el artículo 46 EBEP.

Por lo que respecta al enunciado lo más relevante es, como se ha dicho, esa configuración como «derechos de titularidad individual», pero de «ejercicio colectivo». No es momento este para entrar en detenidos y sesudos análisis al respecto. Tan solo evidenciar que el EBEP parece tomar partido por un sector de opinión que niega la existencia de auténticos derechos colectivos, siendo todos de titularidad individual, aunque su modo de ejercicio requiera de la concurrencia del grupo, en los términos en que la doctrina constitucional fijara el conflicto respecto del derecho de huelga –STCO 11/1981–. A mí no me parece adecuada esa generalización. En todo caso, a nuestros efectos, no tiene mayor relevancia.

El artículo 28 de la CE reconoce el derecho a la libertad sindical a todos, lo que lleva a otorgarle el carácter de derecho con vocación universal, aunque no se atribuya estrictamente como un derecho de toda persona –derecho humano– sino como un derecho de la actividad profesional, sea esta actual o inactual. Pero conforme al artículo 103.3 CE, el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos puede sujetarse a un conjunto de peculiaridades que la Ley debería fijar. La opción de la LOLS no fue, en cambio, esa, sino la de regular de modo común el ejercicio de tal derecho fundamental para todos los trabajadores «por cuenta ajena», incluyendo a los funcionarios.

En consecuencia, para este derecho no se ha preferido la convergencia o aproximación de regulaciones sino una sustancial unificación normativa. Ciertamente encontraremos singularidades, incluso excepciones, para determinados colectivos de empleados públicos, tanto por determinación legal –Cuerpos de Seguridad del Estado–, o directamente constitucional –personal militar, Fiscales y Jueces–. Ahora bien, en todo caso se trata de colectivos que en gran medida quedan fuera de aplicación del EBEP, sin perjuicio de que este pueda servir como conjunto de principios y reglas que orientan su regulación especial, a veces «excepcional». Todo lo cual lleva a evidenciar la corrección de la técnica seguida por el EBEP. Esta no es otra que dejar fuera de su regulación la materia propiamente sindical. De ahí, que no se haya introducido ninguna modificación, para los empleados públicos, en la LOLS, que seguirá como estaba.

Asimismo, también ha dejado fuera la regulación del derecho de huelga. Las razones son análogas, además de la extremada conflictividad que esta cuestión suscita y que difícilmente podía ser resuelta en el EBEP.

Por tanto, seguirá manteniendo su validez y eficacia la jurisprudencia que considera de aplicación para los empleados públicos, para todos ellos, el mismo régimen que el del resto de los trabajadores, el preconstitucional y ya obsoleto, todo hay que decirlo, Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

Esta opción integradora o de regulación unitaria cambia en relación al sistema de representación, participación en la determinación de las condiciones de trabajo y negociación colectiva de los empleados públicos. En este caso se vuelve al modelo general dual. Así, como es sabido, los funcionarios cuentan con una regulación legal específica, la aportada por la Ley 9/1987, de 12 de junio, relativa a los Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las AAPP –LORAP–, como resulta de las sucesivas reformas que ha venido experimentando –Ley 7/1990, de 19 de julio, y 21/2006–, mientras que los empleados con contrato laboral siguen regulándose, no sin algunas peculiaridades de relieve, por la legislación laboral, en especial por la LOLS y por el ET. No obstante, como también se conoce, en esta materia se ha producido una permanente convergencia reguladora en el plano sustancial, por encima del dualismo formal. Precisamente, como vamos a exponer sucintamente de inmediato, el EBEP ha elegido también mantener este esquema dual pero provocando una mayor convergencia o equiparación entre ambas regulaciones, en tanto se den las condiciones, que para mí ya existen, de proceder a su unificación también formal, sobre la base de un mejor equilibrio entre la regulación netamente laboral y la funcionarial.

El carácter básico que esta materia tiene para el régimen de funcionarios, sin perjuicio de las matizaciones realizadas por el TCO, justifica la inclusión de un régimen de negociación colectiva para los funcionarios en el EBEP. Al ser un derecho de configuración legal, se abre un amplio margen regulador para el legislador ordinario, como sostiene la jurisprudencia constitucional, quizás con excesivo celo por el principio de legalidad y en detrimento del principio constitucional de autonomía, pues el poder sindical es originario y no derivado.

La plena legitimidad de una regulación de este derecho a la negociación colectiva de los funcionarios en el EBEP lleva de inmediato a preguntarnos sobre cuál debe ser su orientación o sentido

del régimen a incluir. Es evidente que la plena consolidación en la práctica del derecho y la larga experiencia ya acumulada en dos décadas de regulación legislativa no pueden sino manifestar aciertos y disfunciones del sistema, por lo que la nueva regulación habría de servir para una puesta al día, consolidando aquellos y corrigiendo estas.

A este respecto, no puede olvidarse que una primera revisión, si bien muy parcial, al centrarse sobre todo en el aspecto estructural, se produjo unos meses antes, con la Ley 21/2006. No obstante, como se verá, existen algunos desajustes entre esa regulación, ahora derogada, y la que introduce el EBEP, lo que no resulta nada justificable.

En este plano de aproximación general, tres características son más visibles en esta ordenación estatutaria. La primera es que no se trata de una regulación de mínimos, conforme a la opción general seguida por el EBEP en la mayor parte de las materias que regula, por ese respeto a la autonomía política de las CCAA y su poder de autoorganización, así como por razones de flexibilidad, sino que evidencia un elevado grado de detalle. La razón básica de ello está en su estrecha conexión con el régimen de libertad sindical, pues es sabido que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de este derecho, pese a los matices que la jurisprudencia constitucional, ciertamente contradictoria en este punto, ha evidenciado al respecto, así como en el imperativo, muy propio del ámbito netamente laboral, de garantizar un marco básico de relaciones de carácter colectivo en todas las AAPP.

La segunda es que existe una clara tendencia a reducir el elevado grado de intervencionismo que ha rebotado esta materia en la legislación precedente, que ahora se deroga en gran parte, a favor de reforzar el papel configurador del sistema de la propia autonomía colectiva de representantes de los empleados públicos y las AAPP como empleadoras. A diferencia del modelo legal propio del sector privado, que ha ido caminando en la senda de primar el papel del autogobierno colectivo de los interlocutores sociales en detrimento del papel de la heteronomía estatal, el modelo legal de los funcionarios se caracterizaba por la rígida predeterminación legal de buena parte de los aspectos que conforman el régimen de representación y negociación colectivos para los funcionarios.

La tercera es la firme apuesta por una convergencia o armonización mucho más intensa de ambos regímenes jurídicos, tomando como referente el laboral y sin perjuicio de mantener significativas peculiaridades propias del régimen funcional.

En este sentido, aunque personalmente hubiera preferido que de una vez por todas se optara por un modelo de unificación, aunque sobre bases de renovación parcial de ambas regulaciones, la laboral y la administrativa, el legislador no ha considerado oportuno dar el paso definitivo de la unificación. Pero no ha podido obviar la necesidad de establecer una revisión del régimen anterior, en línea de resolver algunas de las disfunciones del sistema sobre una mayor cercanía o aproximación del modelo administrativo al laboral.

Los principales «males» del sistema, resumidos con razonable acierto por la Comisión de Expertos que elaboraron el Libro Blanco, eran:

- Ineficacia relativa del sistema negociador, al quedar un cierto número de AAPP sin cobertura negocial, en especial en las Entidades Locales.
- La inseguridad jurídica derivada de la actual configuración de los acuerdos.
- La confusión entre los supuestos en los que se requiere negociación y en los que procede la consulta.
- La deficiente articulación de la negociación entre las diferentes Mesas, así como la falta de coordinación de la posición negociadora entre las diferentes AAPP.
- La rigidez derivada del monopolio sindical de negociación, de modo que la exclusión de la legitimación negocial a las representaciones unitarias no favorece ni la eficacia de gestión ni de negociación.
- Las disfunciones derivadas de la dualidad de regulaciones, en aspectos que no justifican esa separación, de modo que la práctica orientada a corregirlas se enfrentaba a una «conservadora» jurisprudencia que tendía a rechazar tales innovaciones y dejarlas en la ilegalidad.

En definitiva, los progresivos avances de la práctica chocaban a menudo de frente con un régimen legal algo rígido en determinados temas y con una jurisprudencia contradictoria en muchos aspectos y contraproducente para la propia eficacia del actuar administrativo, así como para la efectividad del derecho a la negociación colectiva. De ahí, la conclusión mayoritaria sobre la necesidad de esa revisión parcial del régimen legal, una vez más siguiendo el loable objetivo de la «clarificación» de la situación actual y la eliminación de las inseguridades y conflictividades que han venido lastrando regulación normativa y experiencia práctica. Quizás menos que en otros aspectos ya analizados, pero es evidente que el objetivo también dista aquí de estar conseguido, sin que por ello pueda infravalorarse la progresión que impulsa el nuevo régimen y que, en última instancia, va a quedar en gran medida en manos de la práctica que a partir de ahora se lleve a cabo en la negociación entre sindicatos más representativos y las diferentes AAPP, aislada y conjuntamente consideradas.

En principio, la recomendación era que el EBEP no afectara al personal laboral, que debía seguir rigiéndose, en lo sustancial, por la LOLS y el ET, sin perjuicio de la incidencia de ciertas normas sobre régimen electoral. Lo que no significa que no presente algunas peculiaridades la negociación colectiva de los empleados públicos con contrato laboral, una vez más derivada de la condición pública del empleador. Peculiaridades que afectan sobre todo a:

- Delimitación de las unidades de negociación colectiva.
- Legitimación para negociar.
- Límites presupuestarios.
- Límites legales al contenido de la negociación.

- Procedimiento de aprobación.
- Vigencia temporal de los convenios colectivos.

Lo que no obsta a que se proponga introducir, en beneficio de la claridad y eficacia del sistema, reglas específicas mínimas que recojan principios que son comunes para todos los empleados públicos. Lo que se entiende coherente con el modelo que orienta el EBEP, que no es el de unificar los regímenes actuales con carácter general, y sin perjuicio de proponerlo en determinados aspectos, sino el de armonizar ambas regulaciones, la funcionarial y la laboral. Y todo ello sin perjuicio de promover la creación de órganos de negociación comunes para ambos, lo que no supondría sino dar cobertura legal a lo que ya sucede en la práctica. Una opción de parcial unificación que no es original, pues ya ha sido acogida con la reforma operada con la referida Ley 21/2006, aunque ahora aparecen algunas pequeñas diferencias que vamos a reseñar.

De nuevo la opción concreta del EBEP deja abiertas dudas. Así, según el artículo 32 EBEP, la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá:

- a) Por la legislación laboral.
- b) Sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación.

Lo que significa que solo aquellos preceptos del EBEP que expresamente incluyan a los empleados públicos laborales resultarán de aplicación. Y es obvio que eso no tiene que ser así necesariamente, por cuanto otros podrán ser de aplicación cuando por la naturaleza o tipo de materia regulada exijan esa cobertura conjunta, o al menos la fijación de algún tipo de peculiaridad para ellos por ser su empleador una AP.

Una cuestión confusa, como se vio, es la vigencia de las normas del EBEP, dado el complejo sistema de derogaciones y vigencias transitorias del mismo. Pero queda claro que está derogada, por *mor* de la disposición derogatoria Única, 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 AAPP, excepto:

- Artículo 7 –unidades electorales–.
- Excepción referida en la disposición transitoria 5.^a –procedimiento electoral–.

4.4.2. Las estructuras de representación unitaria de los funcionarios.

La primera manifestación del principio de autonomía colectiva se encuentra en la vertiente organizativa, en el sentido de que la actividad de defensa de los intereses de los empleados públicos

exige el *reconocimiento de estructuras de representación adecuadas*. Por representación, a los efectos del EBEP, se entiende «la facultad de elegir representantes y constituir órganos unitarios a través de los cuales se instrumente la interlocución entre las AAPP y sus empleados» –art. 31.3 EBEP–. Derecho que la norma legal, siguiendo una pauta clásica en el análisis doctrinal de estas materias, distingue del derecho a la «participación institucional», entendida como «derecho a participar, a través de las organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades u organismos que legalmente se determine» (art. 31.4 EBEP).

Como es sabido, nuestro sistema se asienta en un modelo dual o de «doble canal de representación», la sindical y la unitaria. Por cuanto la primera queda al margen del EBEP será la representación unitaria la que se regule en su articulado, por lo que el EBEP no puede prescindir de fijar algunas reglas básicas en orden a la identificación, composición y reglas de funcionamiento de los órganos de representación unitaria específicos para los funcionarios, esto es, Delegados de Personal, para las unidades electorales donde el número de funcionarios sea igual o superior a 6 e inferior a 50 –el derogado art. 5 LORAP establecía el límite mínimo en 10 funcionarios–, y Juntas de Personal, para unidades electorales que cuenten con un censo mínimo de 50 funcionarios. Y así lo hace en los artículos 39 y ss. de dicho cuerpo legal, determinando los órganos de representación, sus funciones y sus garantías, en términos análogos a la regulación vigente hasta el momento y que ahora deroga, la LORAP, salvo respecto a la referida materia de régimen electoral. No obstante, una clara diferencia de la actual regulación es el mayor margen de regulación que se concede a la legislación de desarrollo.

En todo caso, el EBEP cuida de advertir de que quedan abiertas otras formas de colaboración entre las AAPP y sus empleados públicos o los representantes de estos –art. 31.5 EBEP–. Sin perjuicio, naturalmente, de las formas de representación sindical reguladas en la LOLS, como se dijo.

Determinados los órganos de representación, un primer aspecto importante a regular es la fijación de las concretas unidades electorales en las que han de constituirse tales órganos. Partiendo de que este aspecto no tiene que ser necesariamente normativa básica, pues afecta a la organización interna de cada Administración, el artículo 39.4 EBEP, acogiendo la recomendación hecha en el Libro Blanco, remite, una vez más, a las leyes estatales y autonómicas de desarrollo del EBEP la fijación de las unidades electorales, de modo que se refuercen las potestades en tal sentido de todas las AAPP, incluidas las Entidades Locales. De este modo, se abre la vía a la modificación de las reglas de constitución de los órganos de representación unitaria, pues ni el modelo de «centro de trabajo» –ni el de empresa– propios del sector laboral serviría de referencia adecuada, ni tampoco el que recogía el artículo 7 de la LORAP parece adaptado a las actuales estructuras internas de las AAPP, en especial en los Entes Locales y AAPP institucionales. Sin embargo, como evidencia la disposición derogatoria Única, este precepto queda vigente hasta tanto se produzcan aquellos desarrollos normativos.

Este propósito renovador es evidente con el reconocimiento legal a las AAPP de la facultad de modificar las unidades electorales, previo acuerdo con los sindicatos y en aras de una mayor flexibilidad organizativa –principio de eficacia–. Se trata de este modo de quebrar definitivamente la actual regla de la predeterminación de las unidades electorales –unidades apropiadas– por las normas

legales, de modo que sean los sujetos colectivos de las relaciones de servicios los que fijen el ámbito más adecuado a las estructuras administrativas y a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan –art. 39.4 *in fine* EBEP–.

Lo que abre la posibilidad de constituir órganos conjuntos de representación unitaria formados por los Delegados de personal funcionario y laboral de la misma Administración, de modo que puedan ejercitar conjuntamente las funciones que les son propias, salvo las de negociación.

No existe ningún obstáculo normativo en tal sentido porque las funciones son análogas, y es evidente que resulta extremadamente aconsejable desde el principio de eficacia administrativa.

No hay una previsión expresa en tal sentido, como sí existe para los órganos de negociación. Pero no cabe duda que se abre la vía por acuerdo entre la AP y los propios representantes del personal. Por tanto, sería positivo que las normas de desarrollo previesen esa posibilidad, adecuadamente prevista y recomendada por el Informe de los Expertos. Algunos ejemplos hoy existentes son de completa irracionalidad o locura organizativa –ejemplo Universidades Públicas, en las que incluso existen diversos Comités de Empresa para personal laboral diferente (PAS y PDI), o diversas Juntas de Personal...–.

Sí regula el EBEP la composición de las Juntas de Personal, fijando la escala en función del número de funcionarios de cada unidad electoral. La reforma operada en esta materia –art. 39.5 EBEP– tiene como referente la plena identificación con lo establecido en el artículo 66 ET para los Comités de Empresa –lo que facilitaría la referida unificación o fusión de órganos de representación–.

- De 50 a 100 funcionarios: 5 (no varía).
- De 101 a 250 funcionarios: 9 (antes 7).
- De 251 a 500 funcionarios: 13 (antes 11).
- De 501 a 750 funcionarios: 17 (antes 15).
- De 751 a 1000 funcionarios: 21.
- De 1.001 en adelante, dos por cada 1.000 o fracción, con el máximo de 75 (no varía).

El EBEP sí regula el estatuto propio de los representantes, tanto en relación a las facultades con que cuentan para realizar su actividad –artículo 40– como a las garantías predispuestas para evitar represalias y favorecer la efectividad de sus funciones, así como la duración de su mandato, una regulación que ya estaba contenida en la LORAP.

En todo caso, se entendía necesario clarificar y actualizar el artículo 9 de la LORAP, que es el que regulaba las funciones atribuidas actualmente a la Junta de Personal –o Delegados de Personal–.

La conexión inmediata con la libertad sindical de estos aspectos, no obstante la doctrina constitucional que desvincula la representación unitaria de la libertad sindical, justificaría que se mantuviera su estricto carácter de regulación básica.

Asimismo, el EBEP incorpora la regulación del régimen de elecciones a los representantes unitarios de los funcionarios. A tales efectos, primero fija quién está legitimado para promover tales elecciones, manteniendo la regulación que ya incorporara la derogada LORAP y que está en plena sintonía con la LOLS. También introduce una regulación del procedimiento electoral para tales órganos, que sí ha de ser común para todas las AAPP. Aunque la detallada regulación precedente –arts. 13 a 29 LORAP– se entienda excesiva, por no dejar margen de regulación a las leyes de desarrollo, cuanto se liga a aspectos de organización que bien podrían quedar en parte asumidos por las normas de desarrollo, incluidas las autonómicas, pues no es necesario que todo quede a la regulación de una norma reglamentaria estatal, como proponía el frustrado Proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública de 1999. El nuevo EBEP se ha limitado, pues, a recoger un núcleo mínimo de regulación y de carácter indisponible en lo que respecta al procedimiento electoral, que en gran medida se ajusta, si bien más simplificado, al régimen anterior.

Las cuestiones abordadas son:

- Determinación de la condición de elector y elegible.
- Modalidad del sufragio, que en todo caso será personal, libre, directo y secreto.
- Requisitos para la presentación de candidaturas.
- Sistema de listas.
- Supuestos de sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones de los mandatos.
- Funciones de las mesas electorales.
- Acto de votación y escrutinio.
- Sistema de cómputo y certificación de resultados.
- Existencia de un procedimiento arbitral para la resolución de las impugnaciones en materia electoral.

La disposición transitoria 5.^a deja vigente buena parte del procedimiento electoral general en tanto en cuanto no se lleve a cabo el nuevo sistema. Así, en tanto se determine este procedimiento previsto en el artículo 39 EBEP, se mantendrán con carácter de normativa básica los siguientes preceptos de la LORAP:

- Artículo 13: apartados 2 a 6.
- Artículos 15 a 21.
- Artículos 25 a 29.

También regula el referido estatuto las garantías. Se mantiene en gran medida inmodificada la regulación anterior. Incluida la siempre polémica relativa al crédito de horas para el ejercicio de las funciones, que siempre ha revestido especial polémica en el ámbito público por su número a veces fuera de lo que requeriría lo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta que hay que combinar dos imperativos constitucionales: por un lado, la efectividad del derecho reconocido a los empleados públicos, por otro, la eficiencia del gasto público. La imposibilidad de que una norma de este tipo pueda ir más allá, estableciendo reglas y límites exhaustivos o precisos, se propuso garantizar el principio de transparencia también en este ámbito, que es un principio general que informa el EBEP, facilitando el conocimiento ciudadano de tal situación, a modo de técnica de «control social». Nada de esto hay, como por lo demás era de esperar por ser resultado de un intenso proceso de negociación sindical, en el EBEP.

4.4.3. *El nuevo marco regulador de la negociación colectiva para los funcionarios: reglas específicas y reglas comunes.*

a) Los principios ordenadores de la negociación colectiva de los empleados públicos.

Pero la principal manifestación de la autonomía colectiva es, sin duda, la autonomía normativa. De ahí, la centralidad que en el EBEP tiene **la regulación de la negociación colectiva de los funcionarios públicos**. Ya hemos visto cómo se ha descartado la unificación de regímenes para los empleados públicos, al tiempo que se impulsa una mayor aproximación o convergencia entre ambos, hasta impulsar una negociación conjunta, al menos en determinados sectores. La continuidad de las limitaciones específicas del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, en aras del principio de legalidad, que se sigue entendiendo de mayor intensidad en el Derecho Administrativo que en el Derecho Laboral, tenía como contrapartida el reforzamiento del derecho, a fin de que lo que se negocie tenga mayor eficacia, asegurando o facilitando el carácter obligatorio de lo pactado, hasta el punto de dotar a los acuerdos de una auténtica eficacia normativa, al menos en la mayor parte de situaciones.

Este reequilibrio regulador debía reflejarse, a juicio de las recomendaciones de los expertos, en la recepción de ciertos principios en el EBEP, que han quedado enunciados de modo explícito –art. 33.1–. El primero de ellos sería, cómo no, el de «legalidad», de modo que se asegure el respeto en todo momento a los principios de jerarquía normativa y de reserva constitucional a la ley de materias relativas al empleo público. A tal fin, se proponía una dualidad de negociaciones: la relativa a materias que exijan regulación legal, para las cuales se proponía la negociación de los contenidos de los respectivos Proyectos de Ley, por un lado, y la de las materias que no requieren la forma de regulación por ley, en cuyo caso los Acuerdos y/o Pactos debían dotarse de una eficacia directa. Las remisiones tanto al ejercicio conforme a la norma y a la normativa internacional no dejan de ser puramente declarativas y no aportan nada –art. 31.7 y 8 EBEP–.

El segundo, el de cobertura presupuestaria, en la medida en que el gasto público es una materia reservada a la legislación de presupuestos y sus límites son insuperables para la negociación colectiva –STS, Sala 3.^a, de 21 de marzo de 2002 y ATCO de 31 de enero de 2005–.

El tercero, el principio de obligatoriedad de la negociación. Esto implica que las AAPP quedarán obligadas a negociar con los sindicatos los aspectos del régimen jurídico de los funcionarios que expresamente se establecen en el EBEP. De este modo, se garantiza una forma específica de regulación de las condiciones de empleo que no puede ser sustituida por otra, sin perjuicio de la posibilidad excepcional prevista por el EBEP. Una opción distinta, normalmente unilateral por parte de la AP, estará viciada de nulidad de la decisión adoptada, por vulnerar las normas de procedimiento establecidas para alcanzarla.

En cuarto lugar, se refuerza la eficacia del principio de buena fe. Esta vigencia implica, como es sabido, un conjunto de obligaciones recíprocas, si bien son más relevantes en relación a la AP, pues tradicionalmente se ha sentido más desvinculada del mismo en este ámbito. Entre tales obligaciones:

- Disposición a negociar, sin más limitaciones que las legales.
- Lealtad en la convocatoria de la Mesa negociadora y en la fijación de posiciones.
- Implicación cooperativa en el proceso negociador, a través de la realización de un esfuerzo continuado y útil para alcanzar un acuerdo.
- Obligación de información adecuada.
- Prohibición de cualquier forma de intimidación o presión para forzar un determinado acuerdo, o para quebrar otro ya en marcha.

Finalmente, se garantiza la sujeción de los acuerdos al referido principio de transparencia, lo que aquí significa la publicidad de los mismos, de modo que puedan conocerse los resultados a través de la correspondiente publicación en los boletines oficiales.

b) Los sujetos legitimados para negociar: continuidad del monopolio sindical.

Por lo que concierne a los sujetos legitimados para negociar el EBEP no se hace eco de la propuesta de ampliación de la capacidad negociadora, al menos en determinados casos, a órganos de representación distintos de los sindicatos más representativos. Como se sabe, a diferencia de lo que sucede en el ET, la LORAP establecía un monopolio sindical del derecho a negociar. A tal fin, el artículo 33.1 EBEP remite a los sindicatos más representativos, en los términos del artículos 6.3 c) y 7.1 y 2 de la LOLS.

La exclusión de cualquier intervención de los órganos de representación unitaria como sujetos legitimados para negociar no solo priva de flexibilidad a la negociación colectiva, especialmente en el nivel de la Administración Local donde con cierta frecuencia los sindicatos carecen de presencia efectiva, sino que se obstina en mantener una imagen en el plano formal que no se corresponde estrictamente con la realidad. La práctica pone de manifiesto que tales estructuras de representación no

son ajenas a ciertos sistemas de negociación, siquiera más informales, sobre múltiples aspectos de la gestión ordinaria del personal al servicio de las AAPP, aunque no se plasme en los productos típicos recogidos en la LORAP. Las disfunciones de este monopolio fueron también evidenciadas por la Comisión de Expertos, que dieron pábulo a las críticas, muy difundidas por cierto entre sectores cada vez más amplios de empleados públicos, sobre la falta de adecuada representación de algunos sindicatos para la negociación de condiciones de empleo y de trabajo de estos funcionarios.

Tampoco se ha previsto que los órganos de representación unitaria tengan participación en las Mesas negociadoras, siquiera con voz aunque sin voto. Lo que hubiera facilitado, al menos, la presencia de ese canal de representación en los procesos de negociación.

Esta capacidad negociadora se articula a través de las usuales Mesas de Negociación en las que estarán legitimados, además de los representantes de cada nivel de AP correspondiente, las organizaciones sindicales –art. 33.1 EBEP–:

- Más representativas a nivel estatal.
- Más representativas de Comunidad Autónoma.
- Que hayan obtenido el 10% o más de los representantes unitarios elegidos en las unidades electorales comprendidas en su ámbito específico de constitución.

El artículo 34.2 reconoce legitimación negociadora a las «asociaciones de municipios», así como a las «Entidades Locales de ámbito supramunicipal», ya sean de creación legal ya de base asociativa. Entre estos entes intermedios es posible citar a las conocidas «mancomunidades de municipios», las crecientes «áreas metropolitanas», u otras agrupaciones de municipios, cualquiera que sea la forma que asuma. Naturalmente, también tienen cabida las Diputaciones Provinciales –o las Forales, en el caso de Navarra y País Vasco– como sujetos legitimados para negociar en el ámbito que es de su competencia. Se fomenta, pues, la negociación para unidades complejas, en línea con lo que ya sucede en el ámbito del sector privado, en el que gana terreno tanto la negociación para grupos empresariales, así como «en forma de redes empresariales».

En estos casos, la legitimación negociadora por parte de entes compuestos se ejercerá sobre la base de una adhesión previa por parte de las entidades locales interesadas, en especial de los municipios, que podrán adherirse a la negociación colectiva llevada a cabo en cada ámbito administrativo con carácter previo o de modo sucesivo a la negociación. También podrán adherirse una Administración o cualquier Ente Público a los acuerdos ya alcanzados dentro del territorio de cada CA, o a los alcanzados en un ámbito supramunicipal –acuerdos colectivos por adhesión–. Esto significa que no es necesario constituir la Mesa General de negociación en la concreta Entidad Local interesada, bastando con el acuerdo correspondiente del órgano que sea competente a los fines de la ratificación de los referidos acuerdos, normalmente el Pleno de la Corporación.

Se acoge de este modo una propuesta de flexibilización del sistema anterior realizada por el Libro Blanco, con la que se quería solventar algunos problemas presentados sobre todo en el

ámbito de la Administración Local. En efecto, un detenido repaso a la experiencia de estos años en tales ámbitos pone de relieve cómo en muchos de los municipios más pequeños no había negociación colectiva, mientras que en otros era aconsejable crear unidades de negociación complejas. Con ellas se adecuan los ámbitos de negociación a las nuevas realidades de organización socio-política, mejorando en eficacia e igualdad de condiciones de empleo y trabajo para el personal que tiene situaciones homogéneas, aunque pertenezcan a entidades territoriales diferenciadas.

Asimismo, el EBEP ha acogido la posibilidad –es potestativa no obligatoria para las AAPP– propuesta por el Libro Blanco de atribuir a las AAPP la facultad de crear, para el desarrollo de la negociación colectiva, órganos técnicos específicos o *ad hoc* para tal menester. De este modo, siguiendo la experiencia ya consolidada en otros países de la UE, como Italia, se impulsa igualmente el objetivo de la profesionalización, en detrimento de la «politización» que habitualmente viene marcando este ámbito de negociación, condicionando disfuncionalmente en extremo lo que no es sino un instrumento hoy imprescindible de ordenación y gestión colectiva del personal al servicio de las AAPP. El funcionamiento de estos órganos, que no solo otorgan mayor profesionalidad sino también estabilidad al proceso, presupone –art. 33.2–:

- La formulación de instrucciones políticas previamente al proceso.
- Necesidad de someter a ratificación los acuerdos alcanzados a los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello.

c) Las estructuras de negociación para los funcionarios.

En lo que concierne a la **estructura de la negociación colectiva** para los funcionarios públicos, el EBEP mantiene igualmente el modelo ordenado sobre la creación de «Mesas de Negociación». El EBEP mantiene en lo sustancial el modelo vigente con anterioridad, si bien hay que tener en cuenta que lo hace en los términos de la última reforma operada en la LORAP por la Ley 21/2006, aunque pueden apreciarse algunas diferencias de cierto relieve.

Como es igualmente conocido, el modelo tradicional en este ámbito ha sido dual:

- a) Mesa General de Negociación en cada nivel de administración territorial –art. 34.1 EBEP–.
- b) Mesas Sectoriales en ámbitos específicos, cuya competencia era la de negociar condiciones particulares que no hubiesen sido objeto de negociación en la Mesa General.

Los problemas generados por la rigidez de esta regulación y por la descoordinación usual entre ambas estructuras llevaron a proponer soluciones. La primera era la de flexibilizar la posibilidad de creación de Mesas Sectoriales, de modo que no viniera predeterminado por la Ley sino que quedara a la sola decisión de la autonomía colectiva, a través de los acuerdos adoptados en la Mesa General,

sin perjuicio, como es obvio, de lo que pudiera disponer una ley especial para colectivos de funcionarios caracterizados por una regulación de carácter singular –personal docente universitario, personal del SNS...–.

La segunda era la necesidad de atender más al reparto de competencias normativas en este ámbito, conforme al cual ciertas materias que forman parte del objeto de negociación lo son al mismo tiempo del estatuto básico de todos los funcionarios, por tanto atribuidas al Estado. Asimismo, determinados aspectos regulados por las CCAA en materia de función pública se aplican al personal de otros ámbitos, como los funcionarios de las Entidades Locales, o de Administraciones Autónomas, como las Universidades Públicas. Por lo tanto, es necesario crear espacios de negociación común para todo el personal funcionario, al margen de la Administración Pública para la que preste sus servicios, facilitando o propiciando la coordinación de la posición negociadora de las AAPP implicadas, eso sí, teniendo en cuenta que por lo general estas materias son de competencia reguladora estatal, sea a título de legislación básica de la función pública, sea en virtud de su competencia presupuestaria, e incluso de planificación de la actividad económica general. De este modo, además, podrían evitarse las presiones inflacionistas y tensiones derivadas de los agravios comparativos entre territorios.

La tercera, y de modo análogo, es que no podía desoírse por más tiempo el proceso de progresiva equiparación reguladora actuado por vía de una negociación conjunta para funcionarios y laborales, pero al margen de las previsiones legales. La corrección de esta brecha entre el plano formal y el plano práctico también requería crear un ámbito de negociación común para las condiciones de trabajo aplicables a todo tipo de empleado público.

Estos imperativos obtuvieron una primera atención con la Ley 21/2006, y ahora en el EBEP, de modo que la estructura de la negociación colectiva para los funcionarios públicos presenta los siguientes ámbitos o niveles:

a) Mesas Generales (específicas) de Negociación en cada nivel territorial de AP –art. 34.1 EBEP–.

La competencia de esta Mesa Negociadora sería la regulación convencional de las materias relacionadas con condiciones de trabajo que resultan comunes a los funcionarios de su ámbito territorial. El nulo cuidado tenido por el EBEP para ayudar a diferenciar cada una de las muchas «Mesas Generales» que prevé, permite diferenciar a esta tanto por su dimensión territorial como por ser específica de cada nivel de administración de este tipo –una por la AGE, otra para cada CA, y otra por cada Entidad Local–.

b) Mesa General (Unitaria) de Negociación –art. 36.1 EBEP–.

A tenor del artículo 36.1 EBEP, y como ya recogiera la reforma operada por la Ley 21/2006, se constituirá una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas. Su competencia es la de regular las condiciones de trabajo comunes a todos los funcionarios públicos. De ahí, la

representación unitaria de la misma, estando presidida por la AGE. En ella se integran todas las CCAA, representantes de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, así como la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de la materia a negociar. Para diferenciarla de la anterior y recoger su diferencia bien puede llamarse Mesa General Unitaria de Negociación Colectiva, aunque ya se la empieza a conocer también como la «*Súper-Mesa General*».

Junto a la composición del «banco empresarial», el EBEP regula también la composición también del «banco social». En este caso, la representación será en atención a la capacidad prevista en los artículos 6 y 7 LOLS, si bien distribuyéndose en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal en el conjunto de las AAPP, incluyendo personal funcionario y laboral –art. 36.1 EBEP–.

Las materias objeto de negociación en esta Mesa son las relacionadas con el artículo 37 del EBEP que resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las CCAA en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública –art. 36.2 EBEP–. Como materia específica de este ámbito está, por las razones ya comentadas, el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las AAPP que corresponda incluir en el Proyecto de LPGE para cada año.

c) Mesas Generales (*Comunes*) de Negociación –art. 36.3 EBEP–.

Para la negociación de todas las materias y condiciones de trabajo que resulten comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada AP, se constituirá en la AGE, en cada una de las CCAA. A estas Mesas Generales son de aplicación los criterios establecidos sobre representación de los sindicatos en la Mesa General Unitaria de Negociación, tomando en cuenta en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a órganos de representación unitaria, tanto funcionario como laboral. Como se verá, los acuerdos que se adopten en su seno no tienen la misma eficacia para unos y otros.

Asimismo, también estarán presentes en estas Mesas Generales los sindicatos que formen parte de la Mesa General Unitaria de Negociación de las AAPP, siempre que hubieran obtenido el 10% de los representantes a personal funcionario o laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate.

d) Mesa Sectorial opcional, a determinación de las Mesas Generales.

Conforme al nuevo artículo 34.4 EBEP, dependiendo de las Mesas Generales de Negociación y previo acuerdo de estas, será posible constituir las Mesas Sectoriales. Para ello, se atenderá a las «condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y su número». La competencia de estas Mesas no solo abarca la regulación de las condiciones específicas de los funcionarios de este sector, sino que también se extiende a temas comunes «que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa

General respectiva, o a los que esta explícitamente les reenvíe o delegue» –artículo 34.5 EBEP–. Una previsión loable porque presupone una negociación colectiva articulada y racional que, sin embargo y lamentablemente, pocas veces se da en la práctica

Por lo que se refiere a las reglas de funcionamiento de las Mesas de Negociación, General y Sectoriales, la regulación que aporta el EBEP sigue la tónica general de esta norma y aparece como mínima. No obstante, parece que no ha caído en el olvido la solución de algunos problemas prácticos generados en la aplicación de la LORAP y que el Libro Blanco había propuesto resolver, una vez más, acudiendo a las soluciones dadas en el ámbito laboral.

En primer lugar, en relación a la composición de la representación sindical, la ausencia de reglas específicas en la LORAP llevó a la jurisprudencia a optar por un criterio de simple paridad, con lo que quedaba relegado el principio axial de todo sistema democrático de libertad sindical, que no es otro sino el relativo al de proporcionalidad representativa –STCO 187/1987–. Por eso, el artículo 35 EBEP prevé que solo estarán válidamente constituidas cuando, además de la representación de la AP correspondiente y sin perjuicio del derecho de todas las organizaciones sindicales legitimadas a participar en ellas en proporción a su representatividad, tales sindicatos representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate –art. 35.1 EBEP–. La importancia de este aspecto lleva a un sistema de acreditación de los eventuales cambios en la representatividad, a través del correspondiente certificado de la Oficina Pública de Registro, a realizar cada dos años a partir de la fecha inicial de constitución.

Este criterio de la mayoría absoluta evita situaciones tales como la validez de acuerdos adoptados entre la AP correspondiente y una sola organización sindical minoritaria. Sin embargo, no se ha precisado, como sí recomendaba el Libro Blanco, el criterio de proporcionalidad para ordenar la presencia de los sindicatos en las Mesas de Negociación al que el precepto refiere –art. 36.1 EBEP–. No obstante, implícitamente parece asumirse el criterio seguido en alguna ley autonómica –artículo 107.3 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de diferentes leyes vigentes en Cataluña en materia de función pública–, según la cual se garantizará un representante para cada organización sindical con legitimación negociadora –el EBEP habla de que todos los sindicatos legitimados deben tener garantizada su presencia–, mientras que el resto de puestos en la Mesa se repartirían con criterios de proporcionalidad a los resultados electorales –derecho a participar en las Mesas «en proporción a su representatividad»–. Lo que sí se prevé de modo expreso es que la designación de los componentes de las Mesas corresponde, como es obvio, a las partes negociadoras, que podrán contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán con voz, pero sin voto –art. 35.3 EBEP–.

En segundo lugar, y por lo que se refiere al número mínimo de miembros, el EBEP ha seguido literalmente la recomendación del Libro Blanco, que a su vez se inspira en la regulación laboral. Así, si como regla general se remite a las normas de desarrollo del EBEP el establecer la composición numérica de las Mesas correspondientes a sus ámbitos, el EBEP advierte que tal facultad no es omnímoda, por cuanto exige que ninguna de las partes supere el número de 15 miembros –art. 35.4 EBEP–. El fallido Proyecto de 1999 fijaba este número para el conjunto de miembros de la Comisión.

d) El contenido de la negociación colectiva.

El artículo 37 EBEP regula el *contenido de la negociación colectiva* de los funcionarios. Se trata de uno de los aspectos de mayor trascendencia en la ordenación del derecho a la negociación colectiva, por lo que no podía sino suscitar un especial interés. Aunque no son radicales, sí que mantiene algunas diferencias significativas respecto del derogado artículo 32 de la LORAP.

La principal crítica que ha suscitado la vigencia de este precepto ha sido relativa a la inseguridad jurídica que habría generado la técnica reguladora que se recoge en él. El frecuente recurso a términos imprecisos y ambiguos habría dado lugar a una jurisprudencia, una vez más, demasiado confusa, siendo su tono de política del derecho por lo general marcadamente restrictivo respecto de la efectividad de la negociación colectiva de los funcionarios. Este problema fue detectado por el fallido Proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública de 1999, que procedía a depurar los enunciados de este listado de materias negociables. Un proceso de desglose o clarificación que en gran medida se ha visto con buenos ojos por el Libro Blanco, por lo que recomendó que se hiciera eco de él la nueva regulación, sin perjuicio de algunas correcciones, sobre todo en relación a las materias relativas al acceso y a la promoción profesional. Sin embargo, el artículo 37 EBEP parece estar más cerca del modelo de 1999 que de la propuesta del Libro Blanco, lo que responde con certeza a la acogida de la posición sindical.

El EBEP sigue el esquema dual típico. Por un lado, el recurso al criterio particular incluyente, de modo que se enuncia un amplio listado de materias que se consideran objeto de negociación. Por otro, se recurre a un criterio particular excluyente, esto es, a un listado de materias que se excluyen en todo caso de la negociación, sin perjuicio de que deba ser objeto de consulta con los sindicatos. Puede comprobarse, pues, el diferente modelo seguido en el ámbito laboral y en el funcional. En el laboral existe una cláusula general para fijar lo que puede ser objeto de negociación –art. 85 ET–, conforme al principio de autonomía colectiva que rige el sistema, mientras que en el funcional existe una predeterminación legal de los contenidos.

A mi juicio, es equivocado este modelo de doble lista. A estas alturas es innecesario el listado incluyente de materias, que resulta siempre farragoso e impreciso, más fuente de litigios que instrumento útil para fijar el objeto de negociación. Entiendo que lo más correcto hubiera sido establecer una única lista, la de materias excluidas de la negociación, de modo que todo lo demás, y siempre «en relación con las competencias de cada Administración Pública» y dentro del respeto al principio de legalidad, debería entenderse negociable.

A mi juicio, el diferente punto de partida en ambos casos, el principio de legalidad para la función pública y el principio de autonomía para el empleado laboral, no es suficiente fundamento para seguir anclados en este modelo dual que no resiste ni la crítica teórica ni la crítica práctica. La sujeción a la ley no es solo mandato a tener en cuenta por los poderes públicos, tan sujetos como ellos lo están los interlocutores sociales, pues es doctrina constitucional que toda norma que se incluye en el sistema de fuentes, como sin duda lo son ya los acuerdos de condiciones de trabajo de funcionarios, ha de respetar en todo caso los principios constitucionales –STCO 177/1988–.

Además, la experiencia pone de manifiesto que la negociación colectiva, cualquiera que sea la forma que asuma, tiende a desbordar sus espacios formales para aferrar todo aquello que afecta, de un modo u otro, a las condiciones de vida y de trabajo del personal, incluso del ciudadano en general, dada la dimensión de sujetos políticos de los sindicatos. La experiencia actual pone de manifiesto que a menudo las materias objeto solo de consulta terminan dando lugar a algún tipo de negociación colectiva.

Pero la opción legal actual es la que es. Y el artículo 37.1 EBEP establece el siguiente listado de materias objeto de negociación colectiva obligada por parte de las AAPP. A saber –de 11 materias en el art. 32 LORAP se pasa a 13 en el EBEP–:

1. La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las AAPP que se establezca en la LPGE y de las CCAA.
2. La determinación y la aplicación de las retribuciones complementarias –en la regulación precedente se omitía este adjetivo– de los funcionarios.
3. Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.
4. Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño.
5. Los planes de previsión social complementaria.
6. Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna.
7. Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.
8. Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.
9. Los criterios generales de acción social.
10. Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales.
11. Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de ley.
12. Los criterios generales sobre ofertas de empleo público.
13. Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos –como puede comprobarse no se refiere solo a funcionarios sino a todo el personal–.

El EBEP ha preferido especificar algo más las materias –desglose– que la LORAP, desapareciendo la cláusula general de su derogado artículo 32, conforme a la cual serán objeto de negociación cuantas materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical y social «afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración». Una fórmula mucho más próxima al artículo 85 LET y que, a mi juicio, es más correcta y respetuosa con un sistema de negociación colectiva basado en su configuración como derecho.

En cambio, quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación las materias siguientes:

- Decisiones de las AAPP que afecten a sus potestades de organización –poder de estructuración de competencias; de elección de modalidades de gestión; poder de asignación o dotación de medios y recursos–.

No obstante, cuando las consecuencias de estas decisiones afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios que sí sean objeto de negociación sí procederá la negociación de tales situaciones. El derogado artículo 34.2 de la LORAP tan solo preveía la consulta, aunque es sabido que, *de facto*, a menudo se convertía en una negociación, si bien ni era obligatoria ni estaba dotada de la eficacia jurídica de los Pactos y Acuerdos resultantes de la negociación formal. Ahora, se establece la obligación cuando se constaten tales efectos, si bien la redacción empleada dista mucho de ser clara, como prometía el sentido de la reforma en este punto.

- La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

La razón es que los acuerdos bilaterales no pueden afectar, en línea de principio, a derechos e intereses de terceros ni al régimen general y común de producción de las decisiones de las AAPP, en cuanto cuestiones de orden público reservadas a la ley. Aunque no podemos entrar ahora en este tema, la situación dista hoy de estar tan clara, primero porque los sindicatos participan hoy, aunque bajo fórmulas de diálogo social de muy diferente signo, en la ordenación de materias que afectan a la vida de la ciudadanía en general, por tanto a la calidad de prestación de servicios, y segundo porque esa rígida bilateralidad de la negociación colectiva hace tiempo que ha dejado de ajustarse a la estricta realidad de estas complejas normas, que desbordan cada vez más su ámbito estricto de aplicación.

- La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo.
- Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica.
- La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

Como puede comprobarse, se han ampliado las materias excluidas. Si la exclusión, tanto de la negociación como de la consulta, relativa al personal directivo está justificada y es coherente, como

parece estarlo la relativa al poder de dirección conforme al tradicional modelo de jerarquía, por ser inherente a la potestad pública, más problemas suscita la exclusión de la regulación concreta de los sistemas de acceso al empleo público y promoción profesional. En realidad, se trata de una opción intermedia o transaccional, de modo que no se excluye la materia de acceso y promoción por completo, como proponía, a mi juicio con exceso, el Libro Blanco, pero tampoco se incluye plenamente, como entendía el fallido Proyecto de 1999. Solo los criterios generales serán objeto de negociación, mientras que su concreción se atribuye a la potestad administrativa.

Las restricciones en estas materias se deben a su vinculación con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, por tanto se ligan a un derecho fundamental, el de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas. Conforme a este derecho, solo a la AP compete el ejercicio de potestades públicas, que no pueden ser objeto en ningún momento ni de renuncia ni de transacción alguna. Conforme al criterio sostenido por el Libro Blanco en esta materia, solo las normas objetivas, elaboradas de modo exclusivo por los poderes públicos, y las decisiones del órgano competente para su aplicación, serían las encargadas de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades entre quienes ya son empleados públicos y los que no lo son o entre unos y otros grupos de empleados.

En principio, puede compartirse esta opción. Pero su rigidez merece una importante matización. Entiendo que revela una visión restrictiva de la función de la negociación colectiva, por cuanto se ignora de plano la evolución actual en el sentido de hacer de la negociación un instrumento también de garantía de derechos fundamentales, no solo de los trabajadores en sentido estricto, sino de la ciudadanía en general. Tanto es así, que la igualdad de oportunidades, en relación a circunstancias tales como la discapacidad o el sexo, o la conciliación de la vida laboral y familiar, o la protección del medio ambiente, o la tutela frente a la violencia de género, se convierten en temas clave de negociación.

La rigidez con que se establece el reparto de competencias en el ámbito público, una vez más por una lectura dogmática del principio constitucional de legalidad, cava una fosa demasiado amplia entre la negociación laboral y la funcionarial. Pero esta disociación ni encuentra fundamento convincente en el orden jurídico vigente ni se ve refrendada por la práctica. Por lo que no creo que estas materias deban ser ajenas a la intervención de los representantes, también garantes y vinculados, si bien desde su perspectiva de defensores de los intereses de los empleados, actuales o potenciales, por los principios de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo público y en la promoción profesional.

e) Los productos de la negociación colectiva: Pactos y Acuerdos.

En lo que concierne a los tipos de instrumentos jurídicos que formalizan el resultado de la negociación, el artículo 38 EBEP sigue diferenciando entre *los Pactos y los Acuerdos*, según se celebren sobre materias que correspondan al ámbito competencial de órganos administrativos –Pactos– o, en cambio, de órganos de gobierno de las AAPP –Acuerdos–. Los primeros son de aplicación direc-

ta al personal del ámbito administrativo correspondiente –art. 38.2–, mientras que los segundos requieren la aprobación o ratificación expresa de aquellos órganos de gobierno –art. 38.3 EBEP–que, por cierto, no se precisan, como recomendaba la Comisión de Expertos, al menos en el caso de las Entidades Locales –son órganos de gobierno en este ámbito: Pleno, Alcalde o Presidente y la Junta de Gobierno Local–.

Asimismo, el EBEP, siguiendo las recomendaciones de la Comisión de Expertos, tiene en cuenta otra diferencia de gran relevancia y que cuenta ya con una jurisprudencia consolidada. Me refiero a la distinción entre la negociación colectiva de:

- a) Materias sometidas a reserva de Ley, sea del Estado o de las CCAA, que son objeto de una negociación carente de eficacia jurídica directa.
- b) Materias que no precisan de este instrumento regulador, objeto por tanto de una negociación colectiva de eficacia normativa directa.

En el primer supuesto estamos ante acuerdos con un alcance puramente obligacional, sin eficacia normativa directa. El único realmente obligado es el Gobierno correspondiente y solo al deber de aprobar un Proyecto de Ley que articule el contenido de los acuerdos en el plazo que se haya estipulado (art. 38.3, párrafo segundo). Presentado, queda al proceso previsto para su tramitación parlamentaria, de modo que el Parlamento correspondiente goza de sus facultades soberanas para dotarlo del contenido que estime más oportuno.

La negativa expresa a incorporar lo acordado en un Proyecto de Ley, así como la ausencia de ratificación, implicará una obligación de reiniciar la negociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara la mayoría de una de las partes –art. 38.3 EBEP–. No se sigue de este modo la recomendación del Informe de los expertos, que entendían que este deber de renegociación no debería ser de aplicación para los acuerdos que implicaran la aprobación de un Proyecto de Ley, pues en tal caso se produciría un retraso muy pernicioso en la tramitación del proceso legislativo.

Lo que no precisa el EBEP, pese a la recomendación clarificadora del Informe de Expertos, es la posibilidad de las partes de convenir bien que los Acuerdos tengan eficacia normativa, y no solo obligacional, por sí mismos, cuando se trate de materias que tengan naturaleza normativa pero no precisen de una Ley, sino de un reglamento por ejemplo, o bien que se elabore un reglamento que recoja el contenido del acuerdo.

En el primer caso, estaríamos ante una norma jurídica de obligado cumplimiento, una vez ratificados y publicados en el Boletín Oficial, con lo que se consolidaría la aparición de una nueva fuente del Derecho Administrativo: la norma convencional colectiva de condiciones de trabajo. Una norma de este tipo, no solo cuenta con el aval de la jurisprudencia constitucional y del TS, sino que tiene sobrados ejemplos en diferentes ámbitos del actuar administrativo, proliferando hoy los acuerdos, pactos o convenios que por su contenido tienen eficacia normativa propia –materia urbanística,

educativa, económica...-. Se trata de acuerdos normativos que, con el mismo rango jerárquico del órgano que los ratifica, pueden tener efectos jurídicos de distinto signo o alcance –derogatorio, modificativo, reformador...- sobre las normas reglamentarias vigentes sobre tales materias.

No solo los Acuerdos, sino también los Pactos, si tuvieran ese contenido normativo, deberían considerarse normas jurídicas, para lo cual siempre precisan la publicación oficial. Solo si tienen un contenido programático o de fomento se quedarán en la consabida eficacia obligacional, sin que entonces precisen publicación para alcanzar su eficacia.

Pese a la claridad y contundencia de esta propuesta el EBEP ha preferido dejar esta cuestión en la incertidumbre. No obstante, entiendo que a falta de esa precisión la solución propuesta por la Comisión de Expertos tiene pleno aval y, por tanto, ha de entenderse correcta, integrando el silencio legislativo.

Conforme al artículo 38.8 EBEP, los Pactos y Acuerdos que, según lo previsto en el artículo 37 EBEP, regulen de modo conjunto las condiciones de trabajo de funcionarios y laborales tendrán diferente eficacia jurídica. Para los funcionarios se tratará de Pactos y Acuerdos en sentido estricto, mientras que para el personal laboral tendrán la eficacia prevista en el artículo 83 ET.

Los Pactos y Acuerdos deberán tener un contenido mínimo, en términos análogos a los convenios colectivos del artículo 85 ET. Así, deberá determinar:

- Partes que los conciertan.
- Ámbito personal, funcional, territorial y temporal.
- Forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos.
- Comisiones Paritarias de seguimiento, con la composición y funciones que las partes decidan.

En cambio, y siguiendo la previsión del artículo 83.2 ET para los llamados «Acuerdos Marco», los Pactos y Acuerdos de condiciones de trabajo de los funcionarios podrán regular, de modo potestativo pues, la materia relativa a la estructura y articulación de la negociación colectiva en cada ámbito, dando entrada a la reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito, entre los que se sitúan los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras –art. 38.9 EBEP-. Con ello, se fomenta la corrección de una clara debilidad del modelo, tanto privado como público: la ausencia de articulación negociadora.

En garantía de la transparencia de los Pactos y Acuerdos se establece la obligación de su remisión, una vez ratificados, a la Oficina Pública que cada Administración cree para su depósito. A partir de él, la autoridad competente ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda en función del ámbito territorial –art. 38.6 EBEP-.

f) El procedimiento negociador.

El *procedimiento negociador* ha merecido poca atención del EBEP, que se limita a establecer dos reglas. La primera relativa al plazo de inicio, para lo que se remite como regla general y preferente al acuerdo de las partes, y la segunda concerniente al principio que ha de orientarlo, que no es otro que el deber de negociar de buena fe.

En el primer caso, remite al acuerdo de las partes negociadoras, a falta del cual deberá iniciarse en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan –art. 34.6 EBEP; art. 89 ET–. De este modo, el legislador ha querido asegurar un deber de iniciar la negociación a instancia de una de las partes, en términos análogos a lo que sucede en el ET.

Sin embargo, y una vez más desoyendo las recomendaciones del Informe de expertos, no ha cuidado los aspectos formales y sustanciales de la iniciativa de la negociación. A este respecto, solo prevé quién lo puede iniciar –mediante decisión de cualquiera de las partes tomada por mayoría, por lo que ya no se exige, como sí hacía el derogado artículo 31.3 LORAP, la solicitud de todos los sindicatos para poder reunir la Mesa negociadora–, pero no el modo en que debe hacerlo ni el contenido mínimo del escrito de iniciativa –legitimación que se ostenta, ámbito del acuerdo, materias objeto de negociación...–.

En el segundo aspecto, se limita a enfatizar la vigencia que tiene la negociación bajo el principio de buena fe, una de cuyas obligaciones derivadas es la de proporcionarse mutuamente la información que precisen para el mejor desarrollo de la negociación –art. 34.7 EBEP–. Esta exigencia es clave para garantizar un proceso de negociación real, creíble, y no un puro simulacro, orientado únicamente a dar cumplimiento a un trámite formal, otro más, en la regulación de las condiciones del personal.

Los efectos prácticos son enormes. En el primer caso, el eventual fracaso en el proceso negociador, lo que es posible porque existe un deber de negociar pero no un deber de acordar, significará habilitar a la AP para determinar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios. En tal supuesto, se trata del resultado final de un proceso fallido de negociación. Por eso ha de ser excepcional y exigir prueba de la seriedad del proceso. Posibilidad ya prevista en la LORAP y mantenida en el artículo 38.6 EBEP, salvo las excepciones de los apartados 11 a 13 del mismo precepto legal –continuidad de la vigencia prolongada de un acuerdo o pacto previo–.

g) La vigencia de los Acuerdos y Pactos.

El período de *vigencia de los Pactos y Acuerdos* será el que determinen las partes firmantes –art. 38.4 EBEP–, sin que tenga que ajustarse de modo necesario al carácter anual de los presupuestos. En este sentido, se ha puesto de manifiesto cómo los acuerdos de vigencia plurianual favorecen la estabilidad de la negociación.

Pero no es menos cierto que una duración dilatada, como puede ser más de 3 años, puede distorsionar el sentido de la negociación, favoreciendo un entendimiento estático de la misma, típico de la tradición continental, en detrimento de su carácter dinámico, como gestión convencional permanente de las condiciones de trabajo.

Sí prevé el EBEP, en cambio, que la eventual prórroga de los mismos, en caso de no mediar denuncia previa, se produzca de año en año, «salvo acuerdo en contrario» –artículo 38.11 EBEP, que tiene idéntica redacción que el artículo 86.2 ET–. En esta dirección de potenciar la autonomía colectiva, corresponde a los firmantes determinar la vigencia del contenido de Pactos y Acuerdos concluida su duración, que se producirá en los términos fijados por aquellos –art. 38.12 EBEP–. Los Pactos y Acuerdos deben tener, pues, plazo expreso de vigencia, que puede diferir para cada materia o grupo homogéneo de materias. Esta regla no sería de aplicación cuando tales Pactos o Acuerdos tuvieran por contenido elaborar un Proyecto de Ley, salvo el relativo a la LPGE, pues en estos casos deben resultar de aplicación las reglas de vigencia relativas a las normas jurídicas.

Solo en relación a la fijación de los aumentos retributivos, y en atención al principio de anualidad presupuestaria, se recomendó que el EBEP exigiera expresamente una duración anual para los Pactos y Acuerdos. De este modo, se evitarían los frecuentes conflictos, surgidos en la práctica de acuerdos con vigencia plurianual en materia retributiva que luego veían cómo el cambio de mayorías o de circunstancias llevaba a su incumplimiento. No se ha seguido, sin embargo, esta recomendación, de modo que las partes son libres de fijar la duración de esta materia como estimen oportuno, si bien se encontrarán siempre con el referido límite de la anualidad en materia presupuestaria. Por lo tanto, la eventual fijación de plazos mayores deberá seguir haciendo las cuentas con los cambios de circunstancias y, sobre todo, de criterios y mayorías parlamentarias.

Es obvio que para el resto de las materias susceptibles de negociación también juega esta incertidumbre. Pero no es dudoso que los límites de duración anual tengan menor sentido, incluso es más aconsejable favorecer, como se dijo, regulaciones de mayor estabilidad que den certeza y confianza en el régimen regulador del personal funcional. Consecuentemente, para la gran mayoría de condiciones de trabajo la vigencia plurianual parece recomendada.

Pese a las muy marcadas similitudes, a veces identidad de enunciados, que existen entre la nueva regulación del EBEP y el ET, tampoco se ha recogido en aquel la *regla de ultraactividad* típica del Derecho Convencional Laboral. De conformidad con el artículo 86.3 ET, una vez denunciado un Convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderá vigencia su contenido obligacional y la mantendrá, en cambio, su contenido normativo, por el tiempo previsto en el Convenio o, en su defecto, hasta que se alcance otro convenio. Pues bien, no aparece tal regla de cobertura de vacíos reguladores en el EBEP para la negociación colectiva de los funcionarios. Esto significaría, en principio, que la Administración Pública correspondiente recuperaría la potestad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios, en los términos del apartado 7 del artículo 38 EBEP.

Ahora bien, conviene tener presente que este mismo precepto considera como excepción las previsiones del apartado 11 –prórroga anual de la vigencia si no media denuncia– y las del apartado 12 –remisión a la autonomía de las partes de la vigencia del contenido de Pactos y Acuerdos vencida su duración–. Por lo tanto, los firmantes de los Acuerdos pueden establecer un período de ultra-actividad,

transcurrido el cual y no alcanzado el nuevo acuerdo o pacto se produciría la pérdida total de eficacia y reactivación de aquella potestad de la Administración de regular unilateralmente las condiciones. Una potestad que, de conformidad con el reforzado principio de autonomía colectiva, ha de verse ya como absolutamente excepcional.

Como excepcionalísima ha de verse la posibilidad todavía reconocida a la Administración Pública de suspender o modificar la vigencia de los Pactos y Acuerdos, cuando así lo requiera la defensa del «interés público». El artículo 38.10 EBEP garantiza el cumplimiento de tales acuerdos «normativos» colectivos con carácter general, salvo, precisamente, cuando

«Excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las AAPP suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.»

Se trata de una potestad administrativa de suspensión o novación *ante tempus* del contenido de un Pacto o Acuerdo cuyo ejercicio extensivo llevaría al vaciamiento del derecho a la negociación colectiva. De ahí, que haya de entenderse en términos rigurosamente excepcionales y que, en todo caso, se exija el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales de legitimidad, como son:

- a) Una garantía causal. La acreditación por la AP de la concurrencia de una causa grave de interés público sobrevenida al momento de firma del Acuerdo o Pacto.
- b) Un límite de fondo. La proporcionalidad entre la situación novadora del acuerdo y la medida de suspensión y/o novación adoptada.
- c) Una garantía de procedimiento. El deber de informar previamente a los sindicatos de las causas que llevan a la suspensión o modificación.

La ordenación del ejercicio de esta facultad de suspensión o modificación anticipada del contenido del acuerdo, que ciertamente no es inaudita, porque en el ámbito administrativo tiene su referente en el referido *ius variando* en la contratación pública, y en el ámbito contractual en la cláusula *rebus sic stantibus*, merece un juicio crítico. La razón está en la renuncia que hace a exigir en tales casos la constitución de la Mesa de Negociación para provocar una renegociación de los Pactos o Acuerdos afectados, de modo que solo ante el fracaso de esta renegociación debería legitimarse tal facultad pública, como, con muy buen criterio, recomendaba el Informe de Expertos. Este límite formal expresa un mayor respeto al derecho de negociación que el simple deber de información del EBEP y que resulta de dudosa legitimidad constitucional.

h) Avanzando hacia la negociación y regulación conjunta.

El reconocimiento de la referida Mesa General Unitaria abre la vía a una **negociación colectiva conjunta para el personal funcionario y el laboral**. Se trata de una opción recomendable en el

plano de la racionalidad teórica, tanto en el aspecto de regulación como de organización del personal de servicio de las AAPP, porque responde mejor a los principios de igualdad y eficacia administrativa. Pero además es ya una práctica presente en la actual negociación colectiva de las AAPP. Precisamente, la ausencia de referentes legales llevó a los Tribunales a considerarlo, absurdamente, contrario a la legalidad vigente. Una arcana resistencia judicial que no ha frenado estas prácticas de «acuerdos mixtos», pero sí ha obligado a un modelo redundante, de modo que unas mismas condiciones laborales de fondo se incluyen en dos textos que se aprueban al mismo tiempo, un Acuerdo para funcionarios y un convenio para laborales, siendo por lo general uno copia exacta del otro.

Lo más coherente, a mi juicio, hubiera sido proponer ya una negociación colectiva conjunta de ambos colectivos. Pero se ha entendido que no estamos todavía en el momento oportuno para ello, porque las diferencias existentes entre la legislación administrativa y laboral en esta materia aún contienen muy significativas diferencias –sujetos legitimados para negociar, estructura de la negociación colectiva, materias negociables, procedimiento negociador, mayor autonomía en el ámbito laboral (exigencia de aprobación formal, contenido más limitado, ausencia de potestad de regulación unilateral ante los fracasos de la negociación colectiva instada...)-. Por ello, solo con una profunda ampliación de las competencias de negociación colectiva funcional, asimilándola a la laboral, o un significativo recorte de la negociación laboral, lo que encontraría grandes resistencias sindicales y sociales, podría alcanzarse tal resultado. De ahí, que se haya limitado a la previsión de un órgano de negociación común, en línea con lo ya previsto en el Proyecto de Ley de 1999, respecto del cual no se ha querido avanzar nada en este punto.

Lo inadecuado, para unos, y lo prematuro para otros, de proceder a una unificación de regulaciones entre empleados públicos funcionarios y laborales a efectos de negociación colectiva, no es óbice para que todos reconozcan la necesidad de establecer peculiaridades en la negociación para el personal laboral, de modo que reglas aplicables a la negociación de funcionarios también lo sean, por imperativo legal, a los laborales. Se proponen dos, solo una de ellas expresamente reconocida:

- Los límites retributivos, de modo que son inaplicables, si no nulas en sentido estricto, las que los desborden. Debería haberse previsto un modo de control previo para verificar este ajuste, remitiendo para ello a las AAPP competentes. No se hace así, lo que no puede significar que se excluya, por cuanto serán las normas de desarrollo las que lo puedan prever, sin que por ello se afecte la competencia reguladora del Estado en esta materia, al ser pura potestad de organización.
- La facultad extraordinaria de modificación unilateral de lo pactado con carácter plurianual que, para casos de grave perjuicio para el interés público, se reconoce a los Gobiernos del Estado y las CCAA. Pero no se hace referencia alguna, lo que entiendo no puede ser óbice para que sea de aplicación en los mismos términos que a los Pactos y Acuerdos para los funcionarios, pues el impacto es exactamente el mismo. Aunque el artículo 32 EBEP entiende aplicables solo los que expresamente así lo prevean, considero que no puede hacerse una lectura rígida, de modo que también serán de aplicación las reglas que, por su sentido, exijan su respeto para cualquier colectivo de personal al servicio de una AP.

4.4.4. El derecho a recurrir a sistemas de solución extrajudicial de conflictos.

Por lo que concierne al reconocimiento del derecho constitucional a plantear conflictos colectivos de trabajo, si bien de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso, se ha planteado la necesidad de **reforzar el recurso a sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos**. En este sentido, la legislación en materia de función pública ha venido careciendo de un sistema de solución extrajudicial de conflictos que vaya más allá de la mediación voluntaria para situaciones de falta de acuerdo o surgimiento de conflictos en el cumplimiento de los Pactos o Acuerdos –art. 38 LORAP–.

Por ello, desde los más diferentes puntos de vista se entendió aconsejable una mayor aproximación a la legislación laboral, de modo que se fomente la constitución de tal sistema.

En esta dirección, se recomendaba introducir en el EBEP la posibilidad de acudir a procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, como el arbitraje, y sobre todo la mediación. Una recomendación de los expertos que también ha tenido buen fin. Más allá del artículo 38.7 EBEP, que contempla el recurso a estos procedimientos como posibilidad en situaciones de negociación fallida, de modo que solo agotada la misma, «en su caso», podría la Administración ejercer la potestad de regulación unilateral, el artículo 45 EBEP establece una regulación específica de esta importante materia.

Las reglas son las siguientes:

- Compatibilidad con las competencias de solución de conflictos previstas para las Comisiones Paritarias creadas, como contenido mínimo, a tenor del artículo 38.5 EBEP.
- Los conflictos susceptibles de incluirse en este sistema acordado son los derivados de la negociación, así como de la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos.
- Los procedimientos de solución previstos son la mediación y el arbitraje (art. 45.3 EBEP).

La mediación sería obligatoria siempre que una de las partes la solicitara, salvo cuando se trate de negociar Proyectos de Ley. En cambio, las propuestas de solución ofrecidas por la mediación podrán ser aceptadas o rechazadas por las partes. El procedimiento de arbitraje sí requiere la conformidad de ambas partes, siendo el laudo arbitral vinculante. De modo análogo a lo que sucede en el ámbito laboral privado, en el que estas soluciones alcanzan la eficacia de convenio, para el sector público-administrativo también los *acuerdos logrados* a través de la mediación, o el laudo arbitral, tendrán la misma eficacia jurídica y la tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el EBEP.

De este modo, no parece seguirse la recomendación del Informe de los Expertos, para el que resultaba oportuno limitar su eficacia a la composición del conflicto, sin afectar la eficacia jurídica

de los Pactos y Acuerdos, evitando que tales medidas se conviertan en una segunda instancia negociadora, en una segunda oportunidad para la parte «perdedora», para aquella que no había conseguido alcanzar sus objetivos en el primer proceso.

La condición exigida para ello es, en términos prácticamente idénticos a lo previsto en el artículo 91 ET, que «quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral» tengan la legitimación exigida para poder adoptar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme al EBEP. Y como en el caso de la regulación del ET, también estos acuerdos y laudos son susceptibles de impugnación. No obstante, la regulación del EBEP y la del ET no son estrictamente coincidentes en relación a los motivos de impugnación. Así, por un lado, mientras la norma estatutaria laboral remite la fijación de los motivos y el trámite de impugnación a lo previsto en los convenios colectivos, la norma estatutaria administrativa no contiene ninguna regla al respecto, por lo que ha de entenderse que remite a la regulación reglamentaria de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos. Por otro, respecto al recurso específico contra el laudo –la norma no lo llama así, sino que habla siempre de «resolución»– arbitral, junto a los dos motivos clásicos previstos en el ET –defectos de forma e incongruencia–, añade un motivo de fondo: que el laudo sea contrario a la legalidad vigente (art. 45.4 *in fine*). De nuevo emerge la mayor intensidad del principio de legalidad en el ámbito público.

4.4.5. El derecho de reunión de los empleados públicos.

Finalmente, el EBEP también contiene un régimen regulador específico para el **derecho de reunión**. La recomendación realizada en este ámbito iba en una doble dirección. Por un lado, la de proceder, por parte de la nueva regulación, a eliminar las pequeñas diferencias existentes mientras estuvo en vigor la LORAP entre el régimen laboral y el funcionarial, en especial en lo concerniente a los sujetos legitimados para convocar reuniones, así como al lugar y horas en que pueden convocarse. Para unificar estos regímenes se proponía tomar como referencial la regulación funcionarial.

Por otro, el simplificar la regulación hasta ahora vigente, de modo que no solo se actualice sino que se reduzca la regulación básica en esta materia. De este modo, siguiendo la pauta global del EBEP, se proponía flexibilizar la actual regulación administrativa en sus aspectos formales o de procedimiento, de forma que pudieran las normas de desarrollo, incluida la negociación colectiva, afrontar con entera libertad estas cuestiones de pura organización y gestión.

Pues bien, el artículo 46 EBEP ha asumido ambas exigencias de unificar y simplificar el régimen precedente. Tan solo regula dos aspectos. El primero, los sujetos legitimados –Sindicatos, directamente o a través de los Delegados Sindicales, Delegados de Personal, Juntas de Personal, Comités de Empresa, empleados públicos de las AAPP respetivas en número no inferior al 40% del colectivo convocado–. El segundo, el tiempo de celebración de las reuniones, de modo que se reitera la regulación hasta ahora vigente en torno a la preferencia por las reuniones autorizadas fuera de la jornada de trabajo, sin perjuicio de remitir al acuerdo en otro sentido entre el órgano administrativo compe-

tente y los sujetos legitimados para convocar la reunión. Los restantes aspectos del régimen de convocatoria, que antes contaban con una regulación «básica», ahora quedan remitidos, implícitamente, a la legislación de desarrollo, como se decía.

4.5. Especial referencia al tratamiento colectivo de los «Planes de Igualdad» en las AAPP: ¿existe un auténtico deber de acordar?

El derecho a trabajar en igualdad de oportunidades no se predica solo del sector privado sino también del sector público administrativo. Por eso, la Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres –LOIS, Ley 3/2007– dedica un Título entero, el V, al principio de igualdad en el empleo público. No puede extrañar, pues, que el EBEP considere como principio estructural la igualdad de trato. Por ello, una especial consideración debe merecer la proyección del principio de igualdad de sexo en el ámbito del empleo público. El EBEP hace algunas referencias al mismo, en línea con el protagonismo que asume también en este ámbito de relaciones profesionales conforme a la reciente Ley de Igualdad entre mujeres y hombres.

Sin embargo, y al margen de su enunciado en el ámbito de los principios de actuación administrativa, no deja de ser curioso que se recoja, sin perjuicio de algunas referencias más concretas y dispersas –órganos de selección, derechos de conciliación–, en la parte externa del EBEP, no en el cuerpo articulado. Así, la referida disposición adicional 8.^a hace referencia a los «Planes de Igualdad», si bien no queda claro si se trata de los mismos previstos en la LOIS o realmente puede tratarse de instrumentos con fines equivalentes pero diferente forma. En todo caso, su contenido se ordena en dos apartados, siguiendo en gran medida la lógica dual de la LOIS.

Así, en primer lugar, recoge el deber de todas las AAPP de respetar el principio de «la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, *deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres*».

En segundo lugar, al mismo tiempo, las AAPP deberán elaborar y aplicar un «plan de igualdad» a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo. Se trata de un enunciado análogo al previsto en el artículo 45.3 de la LOIS, relativo a los Planes Convencionales. En todo caso, y sin perjuicio de esa remisión a la propia norma convencional que lo crea, entendemos que deben ser de aplicación, dada su transversalidad, las normas previstas por la LOIS. Recuérdese que esta también prevé su aplicación a tal ámbito, aunque con algunas peculiaridades. Pero lo más relevante, a mi juicio, es llamar la atención sobre **el carácter obligatorio que la disposición adicional 8.^a atribuye a estos Planes de Igualdad**, de modo que todas las AAPP, al margen de su nivel y dimensiones, deben «*elaborar y aplicar*» estos planes, que han de desarrollarse por vía convencional.

En definitiva, entiendo que para las AAPP no existe solo un deber de negociar los Planes de Igualdad, cualquiera que sea su dimensión y nivel, sino **un estricto deber de acordar** tales Planes con las representaciones de los empleados públicos, o, en todo caso, el deber de elaborarlo y ponerlo en práctica a través de instrumentos de negociación colectiva.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RELACIÓN LABORAL «ESPECIAL» DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

5.1. El problema regulador del personal laboral: la tensión entre la legislación laboral y la legislación administrativa.

El EBEP mantiene el modelo dual de ordenación de las relaciones de empleo público, pero no por ello deja de evidenciar, y en parte afrontar, los problemas que tal convivencia de regímenes, no siempre compatibles en todos sus aspectos, provoca. Estos problemas serían básicamente de dos tipos. Unos de tipo estrictamente *jurídico*, relativos a la fijación del régimen aplicable para cada concreta condición de empleo y trabajo. Otros, netamente de *gestión* de personal, en cuanto que la dualidad es determinante, en muchos aspectos, de una cierta complejidad que dificulta la eficiencia y eficacia de gestión, pese a la flexibilidad que se proclama en abstracto de este régimen.

Pues bien, como expresa la propia EM, tales problemas «*no pueden dejar de contemplarse y regularse, en sus aspectos esenciales, por una ley que aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto*». Cosa distinta es, una vez más, que los afronte de un modo completo y, sobre todo, realmente eficaz. Veremos los términos del intento, y también sus deficiencias, si quiera sucintamente, de inmediato.

Previamente, conviene recordar en síntesis cuál es la raíz del problema jurídico relativo a la inseguridad o incertidumbre sobre el régimen aplicable en cada situación jurídico-laboral. Y esta no es otra que la continua tensión entre dos ramas jurídicas, el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo. Y es que la Administración como empleadora está sujeta al Derecho del Trabajo, como regla general, pues la legislación laboral y los convenios colectivos, por imperativo constitucional, forman parte también de la legalidad y el derecho a que queda sometida conforme al artículo 103.3 CE. Ahora bien, en razón de su especial «*Estatuto orgánico constitucional*» no puede dejar de estar sometida al Derecho Administrativo que, en un buen número de aspectos, respondería a principios diferentes.

Por eso, resultaría «engañosa» la remisión que hace todavía hoy la vieja Ley de Funcionarios Civiles del Estado –LFCE– a una aplicación «plena» de la legislación laboral –«les será plenamente aplicable»–. Este personal no escapa a las «zarpas» de la legislación administrativa, como viene poniendo de relieve la experiencia práctica, avalada e impulsada por una copiosa jurisprudencia, cierto con frecuencia muy discutible por sus enfoques formalistas y rígidamente anclados en enfoques del pasado a la hora de entender las potestades administrativas respecto a la relación de empleo público laboral. Esta estaría sometida a «especificidades» o «peculiaridades» derivadas de la sujeción del empleador público a los principios del Derecho Administrativo –ejemplos: acceso al empleo público, régimen de incompatibilidad, límite presupuestario a la negociación colectiva...–.

El resultado es, pues, una aproximación en vía práctica de la regulación del personal laboral público a la del personal funcionario. La aproximación, que como vimos es de doble dirección, ha

venido a través de una triple vía y tiene sentidos diferentes. Así, junto a ciertas leyes especiales que extienden sus reglas al personal laboral, la principal vía de integración de parte del régimen jurídico de los funcionarios al del personal laboral ha sido la jurisprudencia, que por lo general ha tenido un sentido restrictivo, de modo que sus intervenciones se suelen contar como limitaciones al régimen garante o más favorable que tendría conforme a la legislación laboral. Una vía moduladora judicial a la que habría que añadir la convencional colectiva, evidenciando en cambio esta vía un sentido por lo general expansivo, porque ha supuesto ampliar los derechos relativos a condiciones de empleo y trabajo. No obstante, en este ámbito puede decirse que ha habido una mayor ósmosis, como asume la EM EBEP, de modo que los beneficios pueden entenderse mutuos, pues a menudo la negociación laboral ha marcado las pautas de la funcionarial. El EBEP reforzará esta posición convergente o aproximativa de la negociación colectiva.

En definitiva, si bien el EBEP evidencia en su EM que no busca «merma» alguna de la «aplicación de la legislación laboral general», lo cierto es que su existencia ya restringe o modula esa vigencia. El EBEP es, o debería ser, la fuente legal primaria de regulación de la relación laboral de empleo público.

5.2. El sistema de fuentes de la relación contractual de empleo público: el EBEP como «ley laboral especial» respecto del ET.

Ahora bien, como otras tantas veces, el EBEP se propone resolver un problema que luego no solo no resuelve, sino que aún complica más. El caso de la determinación del régimen jurídico de aplicación a la relación laboral de empleo público es palmario. En efecto, el mayor problema jurídico que suscita esta relación laboral es, como se indicó, la inseguridad jurídica sobre la norma realmente aplicable, laboral común o administrativa, en cada caso. Pues bien, aunque el EBEP dedica un precepto a determinar con carácter general la «normativa aplicable al personal laboral» –art. 7–, de él no pueden extraerse reglas claras al respecto, por cuanto asume un enfoque acumulativo, como si pudiera sumarse sin mayores problemas la vigencia de la «legislación laboral» y «normas convencionales» de aplicación general, a las que remite, con la propia de los «preceptos» del EBEP que «dispongan» expresamente su aplicación a la relación laboral de empleo público.

Las incertidumbres sobre la ordenación del sistema de fuentes de este personal se centran, pues, en dos aspectos básicos. El primero, que no queda claro si estamos o no ante una «relación laboral especial» en sentido estricto. Para que así resultase es necesario un reconocimiento formal de tal carácter –art. 2.1. i) LET–. El Libro Blanco no dejaba duda, pues reconocía este carácter especial, siguiendo la posición mayoritaria. No es posible entrar ahora en este tema. Pero sí es oportuno pronunciarse. Y a tal fin, entiendo que de diversos pasajes del EBEP se desprende esta voluntad de configurarlo como «ley laboral especial», que recoge las especificidades de la relación de empleo público laboral, sin perjuicio de una extensa remisión a la legislación laboral «común» –ET– y a los convenios colectivos.

El otro aspecto incierto, más conflictivo, es el relativo a la ordenación de las relaciones de articulación entre la legislación laboral común y el EBEP. La razón es que recurre a técnicas diferentes en cada caso. Por tanto, carece de un único tipo de relación, lo que dificulta la delimitación global del régimen jurídico concretamente aplicable, remitiendo a un polémico método casuístico.

Lo cierto es que resulta difícil de comprender tal opción técnica. Lo más sencillo y correcto hubiera sido, una vez que se optó por incluir en el EBEP, y en ejercicio de la competencia del artículo 149.1.7.^a CE, el régimen del personal laboral, fijar una relación de supletoriedad o subsidiariedad entre el EBEP y la LET. En este sentido, la referida vocación de universalidad del EBEP debería llevar a la aplicación directa y preferente de aquel, como ley especial, de modo que podía haberse acogido una fórmula como esta, o análoga:

«El personal laboral al servicio de las AAPP se rige por los preceptos de este Estatuto, que regula las especialidades de los empleados públicos de esta naturaleza. En lo no previsto en el EBEP, habrá de aplicarse la legislación laboral común, en lo que resulte compatible con los principios ordenadores del actuar administrativo.»

No ha querido ser tan «simple» el legislador y ha optado por la vía más complicada, de modo que en cada aspecto de la relación ha seleccionado un tipo de relación articuladora distinta, dando preferencia por lo general, salvo en aquellas materias que regula de forma conjunta para ambos colectivos, a la legislación laboral y/o convenios colectivos. Sin perjuicio del análisis algo más pormenorizado que se hará al exponer las reglas seleccionadas en cada caso por el EBEP para el personal laboral, con carácter general la articulación puede ordenarse como sigue:

Aplicación de normas laborales, estatal y convencional.

1. Como regla general, el EBEP remite *como fuente primaria a la ley laboral común* –ET–, en sí misma o incluyendo, además, los convenios. No mantiene, pues, una aplicación supletoria, sino que resulta de aplicación primaria, por la remisión formal que el EBEP hace al ET y otras normas laborales. Así sucede en los artículos 7 –regla general–, artículo 27 –retribuciones–, 32 –negociación colectiva y representación–, artículo 77 –clasificación del personal laboral–, artículo 92, primer párrafo –situaciones profesionales del personal laboral–.
2. En contadas ocasiones, se establece una *aplicación supletoria* del ET respecto del EBEP. Es el caso del artículo 93.4 –régimen disciplinario–.
3. A veces, el EBEP remite *a los convenios colectivos como fuente primaria o preferente*, ya en situación paritaria o disyuntiva con el ET –ejemplo: el art. 19 (carrera profesional y promoción)–, ya preferentemente, sin referencia alguna al ET –ejemplo: art. 83 (provisión de puestos y movilidad)–.

Reglas de aplicación del EBEP al personal laboral público.

1. El EBEP resulta en determinados supuestos *de aplicación directa al personal laboral, en especial cuando se trata de regular las particularidades de esta relación*. Pero el juego respecto de la ley laboral no es siempre el mismo. Así:

- *A veces, esta aplicación supone un desplazamiento de la legislación laboral, a consecuencia de la unificación de regímenes*. Así sucede, en relación al artículo 61.7 EBEP –sistemas selectivos–, o en relación al artículo 93 EBEP –responsabilidad disciplinaria–, o el artículo 96.2, que descarta la regla de la indemnización para los despidos improcedentes.
- En ocasiones, el *desplazamiento de la ley laboral es solo parcial*, como sucede en relación al artículo 27 –retribuciones–, en el que la remisión a la legislación laboral se hace garantizando el respeto a los límites presupuestarios, fijados en el artículo 21 EBEP, o en el artículo 32 EBEP –derechos colectivos–, que asegura la preferencia de las reglas que el EBEP dedica a la regulación conjunta de ciertos aspectos de la negociación colectiva y de la representación unitaria.
- Para otros casos, la aplicación directa del EBEP se entiende *compatible con la legislación laboral*, a la que vendría a complementar. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 14 –derechos individuales– y Capítulo VI –deberes de los empleados públicos–, o incluso del artículo 51 –jornada de trabajo, permisos y vacaciones–, aunque en este caso el contraste de regulaciones es manifiesto, lo que provocará problemas a la hora de fijar el régimen aplicable, debiéndose optar por la preferencia del EBEP.

2. El EBEP también conoce situaciones de *aplicación indirecta, a través del reconocimiento a los convenios* de la posibilidad, ya practicada actualmente, de extender al personal laboral aspectos del régimen de los funcionarios. Es el caso del artículo 92 EBEP, relativo a las situaciones del personal laboral, que permite aplicar el régimen de las situaciones administrativas, eso sí, en lo que sea compatible con la legislación laboral.

3. Finalmente, el EBEP conoce casos de *aplicación supletoria*. Es el supuesto del artículo 83 EBEP –provisión de puestos y movilidad del personal laboral–, respecto de la regulación convencional.

El lector avisado juzgará, a la vista de este cuadro sucinto pero completo que hemos presentado, si llevo razón o no a la hora de criticar la solución legal. A mi juicio, los problemas de determinación de la norma aplicable serán mucho mayores ahora.

Como es natural, no es posible entrar, en el espacio razonable que requiere un estudio como el que aquí se realiza, a analizar con detenimiento las muchas cuestiones aplicativas y conflictivas que presenta tan densa regulación. Aquí me voy a limitar a exponer con la mayor brevedad de que soy capaz las reglas fijadas por el EBEP, identificando el impacto que tiene en la actual regulación, por lo que me centraré únicamente en los aspectos de novedad. A tal fin, el comentario seguirá la

misma estructura dada por el EBEP a esta regulación, centrándome naturalmente en lo que son «normas específicas» o el «régimen peculiar» del personal laboral público respecto de los trabajadores del sector privado.

En esta dirección, los aspectos a tratar son:

- Las clases de empleados públicos laborales.
- El catálogo de derechos y el código de deberes de conducta.
- El acceso y la contratación.
- Régimen de condiciones de empleo –promoción profesional, régimen retributivo, jornada y permisos, movilidad–.
- Representación y negociación colectiva, si bien este aspecto ya ha sido objeto de análisis conjunto, por lo que a él remito.
- Régimen disciplinario, incluida la extinción de la relación de trabajo por incumplimiento del empleado –despido–.

5.3. Las «peculiaridades» de la relación laboral «especial» de los empleados públicos: puntos críticos.

5.3.1. Los tipos de empleados públicos laborales: el «interino indefinido» y el «personal directivo».

Entre las clases de empleados públicos recogidos por el EBEP ya se hizo referencia a la inclusión del «personal laboral» –art. 8.2 c)–. El EBEP define y ordena este personal conforme al usual criterio de la duración del contrato laboral –por supuesto admite las modalidades de contratación a tiempo parcial–. Pero, a diferencia del ET, que establece una clasificación dual, los contratos de duración indefinida y los de duración determinada, vimos cómo el EBEP institucionaliza una clasificación tripartita: personal laboral fijo, por tiempo indefinido y temporal. Asimismo, debe añadirse el colectivo de «personal laboral directivo» que, conforme a lo previsto en el artículo 13.4 EBEP, se ordenará por la siempre polémica relación laboral especial de alta dirección –RD 1382/1985, de 1 de agosto–. En todo caso, esta posibilidad ya cuenta con importantes referentes prácticos, en especial en el seno de las Administraciones Locales.

No vamos a reiterar ahora lo que ya se dijo con carácter general, al margen de que desde este punto de vista apenas hay, lamentablemente, novedades. Solo destacar que en este ámbito apenas han tenido eco las recomendaciones realizadas, de modo muy ponderado, por el Libro Blanco, en orden a atajar de raíz las prácticas de contratación fraudulenta en el ámbito público. Ni siquiera se ha tomado la precaución de hacer una llamada de atención, como hace por ejemplo el artículo 4 de la Ley de

Contratos de las AAPP, sobre la necesidad de respetar con especial intensidad en este ámbito los principios ordenadores del buen actuar administrativo aunque técnicamente pueda entenderse inútil, pues ya se reconocen en el artículo 1.3 EBEP con carácter general.

Ni la garantía de nulidad de todo contrato concluido en contradicción con los principios de publicidad e igualdad, así como los obedientes a desviación de poder –equivalente al «abuso de derecho» y «fraude de ley»–, ni la de motivación de toda decisión respecto de la relación laboral, aunque la norma laboral no lo requiera expresamente, como sucede en relación a los períodos de prueba, se han acogido expresamente en el EBEP. Al contrario, mantiene y normaliza la figura de los «interinos indefinidos» –indefinidos pero no fijos–, sin establecer reglas especiales de responsabilidad por el mal actuar de las AAPP en esta materia. Tan solo se recoge la garantía de escritura para todos los contratos laboral de trabajo, cualquiera que sea su modalidad –art. 11.1 EBEP–.

En definitiva, un balance demasiado pobre para tratarse de un problema de la magnitud que tiene la temporalidad en las AAPP y lo generalizado de contratos irregulares que, por una u otra vía, terminan «consolidándose». Cierto, que las vías de consolidación de empleo temporal ahora se someten a algunas restricciones, orientadas tanto a subrayar su carácter excepcional –se pone como límite temporal el 1 de enero de 2005– cuanto la necesaria adecuación de las pruebas a la competencia exigida, impidiendo que la «valoración de méritos» pueda ser determinante para el proceso selectivo, que deberá abrirse a la libre competencia. No obstante, queda claro que la práctica evidencia una casi inagotable capacidad para superar estas mínimas barreras.

5.3.2. Derechos y deberes: actualización del catálogo de los derechos y reforzamiento del código de disciplina.

También hemos tenido oportunidad de evidenciar cómo el EBEP refleja la tendencia a la unificación de los derechos básicos, así como los deberes, de todos los empleados públicos. De ahí, que el Capítulo I (derechos) y el Capítulo VI (deberes) del Título III resulten de aplicación conjunta en lo sustancial y sin perjuicio de algunas peculiaridades, como por ejemplo, el derecho a la inamovilidad de los funcionarios de carrera –art. 14 a) EBEP–, que solo es predicable de estos y no de todos los empleados públicos. No obstante, el laboral fijo tampoco carece, en realidad, de garantías análogas de estabilidad.

Esta unificación del régimen determinará que el catálogo de derechos para los laborales se actualice respecto al contemplado en el artículo 4 LET. Así sucede respecto del derecho a la protección jurídica de la Administración o, sobre todo, al reconocimiento del derecho a un ambiente laboral libre de cualquier modalidad de acoso, incluido el moral –art. 14 letra h) EBEP–. La LET reconoce este derecho respecto de las modalidades de acoso discriminatorio, incluido por razón de sexo, pero no frente al «acoso moral».

A cambio, o en contraprestación, los empleados laborales, al compartir con los funcionarios el «Código de Conducta» establecido en el Capítulo VI ven cómo se reintroducen, en cierto modo, los tradicionales «deberes ético-jurídicos» en la relación laboral, considerados cosa del pasado para el sec-

tor privado. De este modo, se reforzaría su posición de «sujeción» respecto de las decisiones del empleador en el ejercicio de sus potestades, con evidentes consecuencias en el plano disciplinario, que también es unitario. No obstante, tampoco debe tenerse como una singularidad radical, en la medida en que es conocido el fuerte impulso que está recibiendo en los últimos años la aplicación de los denominados «códigos de buena conducta» y/o «buenas prácticas» que, bien elaborados de modo unilateral, bien negociados colectivamente, han acuñado las empresas de mayores dimensiones, en especial multinacionales, para ir calando progresivamente en otras de menores dimensiones.

En suma, en todos estos «Códigos de Conducta», sea el delimitado en el EBEP, sean los forjados en el sector privado, se trata de promover una cultura de comportamiento ético en las empresas y sus empleados, como vía para fomentar la confianza y la motivación. En cierto modo, recorreríamos el camino al revés, pues si la secularización supuso el paso de la ética –y la religión– al derecho, ahora ocurriría justo a la inversa, del derecho a la ética¹⁸.

Por supuesto que tampoco es el momento de analizar qué significa esta corriente realmente, y cuánto tiene más de «estética», cuando no de pura «cosmética de la responsabilidad» que de verdadera motivación por asumir una mayor responsabilidad social por parte del empleador a cambio de una mayor «responsabilidad en el trabajo» por parte del trabajador. A menudo no son sino una nueva vuelta de tuerca para reforzar el poder de dirección y control empresarial en aras de asegurar que los empleados «comulguen» con los intereses del empresario –lo que se llama «cultura de empresa»–, lo que en el ámbito público supone reforzar las potestades de gestión de las AAPP en aras de una identificación de los empleados con la «cultura del servicio», pero delimitando esta conforme a lo que unilateralmente decida la AP.

5.3.3. La fase de acceso: adquisición de la relación de servicio de empleo público mediante contrato.

Pero, sin ninguna duda, uno de los ámbitos más relevantes de singularidad del empleo público respecto del empleo privado se produce en el momento de acceso al mismo, momento clave para todo el sistema. La razón es el diferente principio que lo inspira: en el sector privado, el de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de la prohibición de cualquier forma de discriminación; en el sector público-administrativo, el principio de igualdad de trato y de oportunidades, a través de la acreditación del mérito mediante pruebas objetivas. En este sentido, todos los ciudadanos tienen (tenemos) derecho al acceso al empleo público, de acuerdo con los principios de igualdad e imparcialidad, capacidad, mérito, publicidad y transparencia (art. 55.1 EBEP).

Como es sabido, el principal problema que presenta esta cuestión es la falta de objetividad e imparcialidad que presentan a menudo los procesos selectivos, que suelen ser afrontados por órganos no especializados y con una excesiva falta de transparencia, lo que los abre a los «favoritismos» del más diverso tipo. Aunque esta realidad negativa no es la tónica general, sí es la que más cala en la

¹⁸ GONZÁLEZ, J.: «De la ética al Derecho en la reglamentación de la actividad empresarial», en *Liber Amicorum (Homenaje a Manuel Alonso Olea)*. Civitas. Madrid. 2003.

sociedad, que percibe estos sistemas de forma muy crítica. Un problema hoy agravado por el extremo, e injustificado, incremento del empleo temporal, que no requiere el mismo rigor de acceso, lo que lleva, después, a la continuidad de tales empleados como «estables» mediante las más diversas fórmulas, como son las técnicas de «consolidación» de empleo temporal. En realidad, de este modo se integra en el empleo con vocación de permanencia a personas que en su momento entraron sin acreditar los méritos exigibles, cerrándose un círculo vicioso que el propio EBEP acepta al reconocer la categoría de los interinos indefinidos o «personal laboral indefinido no fijo».

Un segundo gran problema de esta ordenación, que a veces se pretende resolver agravando e incurriendo en el primero, es el de la paralela falta de agilidad y profesionalidad de estos procesos selectivos. En ocasiones no solo son lentos sino que no garantizan que las pruebas acrediten que se tienen verdaderas competencias profesionales, favoreciendo conocimientos inútiles.

Al objeto de tratar de resolver estos problemas el EBEP, en su Capítulo I del Título IV, establece una regulación que en parte innova y en parte recoge la evolución en esta materia. En todo caso, y por lo que aquí interesa, hay que poner de manifiesto que el EBEP hace un importante esfuerzo por aplicar un régimen equivalente al personal laboral respecto del personal funcionario, y ya sea fijo ya sea temporal –art. 55.2–. El artículo 61.7 EBEP, relativo a los sistemas selectivos de personal laboral «fijo», que nada dice respecto del temporal, determina que tales métodos son:

- Los de *oposición*.
- *Concurso-oposición*, con las características establecidas para los funcionarios en el apartado 6 –deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación–.
- *Concurso de valoración* de méritos. Aquí hay una diferencia no baladí, porque mientras que para los funcionarios esta posibilidad tiene un carácter excepcional y exige una norma legal que lo establezca –art. 61.6 EBEP, segundo párrafo–, para los laborales fijos parece contemplarse al mismo nivel que el resto.

El EBEP fomenta la participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección. Así, permite que las AAPP puedan negociar las «formas de colaboración» que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos (art. 61.7, segundo párrafo). Debe recordarse igualmente que el artículo 31.5 EBEP abre la vía a otras formas de colaboración distintas a la negociación colectiva y a la participación institucional, al tiempo que legitima el artículo 31.6 EBEP a las organizaciones sindicales para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección.

Como regla especial, pero nada novedosa porque ya aparece en el artículo 10.2 de la LOExIS –Ley de Extranjería–, se prevé que el acceso al empleo público, como laboral, lo sea en igualdad de condiciones que los españoles. Para la vía funcional se exige previsión específica por Ley.

5.3.4. *La fase de gestión: la ordenación de las condiciones de trabajo entre la garantía de derechos profesionales y el reforzamiento de potestades organizativas.*

a) Los instrumentos de gestión del personal laboral: el nuevo enfoque de la ordenación de la actividad profesional pública.

Superada la fase de acceso viene el determinante momento de la gestión del empleo público, que depende como es natural de diferentes aspectos, destacando básicamente dos:

- La ordenación de la actividad profesional –ejercicio de potestades–.
- Las condiciones de trabajo –fijación de los derechos profesionales–.

El EBEP parte de la enorme importancia de introducir un enfoque moderno de gestión de «recursos humanos» –si son «humanos» no serán realmente «recursos», sino personas–, potenciando tanto la planificación como la regulación flexible, a lo que dedica el Título V. Como se ha evidenciado, una buena planificación puede revelarse como un instrumento preventivo útil de las anomalías tan difundidas en la contratación de personal temporal. A tal fin podrán aprobar Planes para la Ordenación de sus recursos, que incluirán, entre otras materias, las que prevé el artículo 69.2 EBEP –incluido en el Capítulo I (planificación de los recursos humanos) del Título V (Ordenación de la actividad profesional). Destacan las previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y las medidas de movilidad, al margen naturalmente de la primera cuestión relativa a la «Oferta de Empleo Público» –art. 70 EBEP–.

Ello dentro de un modelo de «estructuración del empleo público», fijado por cada nivel de AP en atención a su competencia de autoorganización, y deberá tener en cuenta las «normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones...». A esta materia se dedica el Capítulo II –Estructuración del Empleo Público– del Título V, pieza clave de un «sistema de gestión profesional». En todo caso, el desempeño del puesto conforme al sistema de estructuración fijado por las leyes de desarrollo se contempla como un derecho de todos los «empleados públicos» –art. 73.1–.

Ello no descarta la movilidad funcional, de modo que el límite de la clasificación en categorías o grados ha de tenerse en cuenta, así como las retribuciones –art. 73.2 EBEP–. Lo que se lleva a cabo, como se sabe, con las conocidas y polémicas «relaciones de puestos de trabajo» –art. 74–, instrumento clave de la ordenación de puestos de trabajo. Un instrumento que sirve tanto para los funcionarios como para los laborales.

b) Sistemas de organización del trabajo y clasificación profesional: el derecho a la carrera y a la promoción profesionales.

Vistas sus características, se entiende perfectamente que esta regulación afecte de modo análogo a todos los empleados públicos, aunque el parcialmente diferente régimen jurídico incida en el modo de ordenarlo. La regulación muy básica que regula para el conjunto –debe tenerse en cuenta

también lo dispuesto por la DA 7.^a, relativa a la facultad de las AAPP de establecer otras agrupaciones profesionales sin requisito de titulación prevista en el sistema educativo, que se añaden a los enunciados en el art. 76 EBEP, permitiendo la promoción de tales funcionarios conforme al artículo 18 del mismo—, se acompaña de una escueta previsión para el personal laboral, conforme al cual: *«El personal laboral se clasificará de conformidad con la legislación laboral»* (art. 77 EBEP).

Aquí la remisión a la norma laboral común es plena. Como es sabido, la «clasificación profesional» es el sistema a través del cual el empleador —en este caso la AP— adscribe profesionalmente a un trabajador, asignándole las funciones correspondientes a su puesto de trabajo. Como es sabido, la reforma introducida en el ET en 1994 permite que esta materia sea regulada por los convenios colectivos, fijando sistemas alternativos a los grupos y/o categorías profesionales —art. 22.1 ET—, abriendo un catálogo amplio de posibilidades.

Además de la mayor eficacia organizativa, estos sistemas deben permitir hacer efectivo el derecho a la promoción, profesional y económica, de los empleados —arts. 23 a 25 LET en relación con el art. 35 CE—. El EBEP es explícito al respecto al reconocer ese derecho a funcionarios y laborales.

El mismo derecho que el artículo 16.1 EBEP reconoce a los funcionarios se lo reconoce el artículo 19.1 EBEP a los laborales. Ese derecho se ordena por lo general a través del sistema de carrera profesional, entendida como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad —art. 16.2 EBEP—. Aunque este diseño está pensado para los funcionarios, el EBEP autoriza su proyección en los mismos términos a los laborales, pero siempre que así se determine por los convenios colectivos. En principio, como ya se advirtió, la regla es la de remitir la regulación alternativamente al ET o a los Convenios Colectivos —art. 19.2—.

Una remisión a la aplicación indirecta de las normas funcionariales es mucho más clara en relación a otro de los instrumentos básicos para la ordenación de la actividad profesional en el empleo público, como es la provisión de puestos de trabajo, entre cuyos mecanismos se presta especial importancia a la movilidad. Así, para la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se prevé que se lleve a cabo:

«De conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera» —art. 83 EBEP—.

Vemos cómo aquí, en cambio, la articulación entre la legislación laboral y el EBEP se hace a través de la preferencia por la regulación convencional, si bien de modo supletorio se reconoce la aplicación de la normativa del EBEP. Por tanto, sería importante conocer la regulación básica del EBEP en defecto de regulación convencional, lo que habitualmente no sucede porque esta materia es objeto de regulación por los convenios.

El EBEP comienza la regulación con la habilitación a las AAPP pero en el marco de los principios de igualdad, mérito y publicidad —art. 78.1 EBEP—. Lo más determinante son los procedimien-

tos de provisión y las facultades de movilidad, pero en esta materia el EBEP vuelve a ser muy parco, y remite expresamente a las leyes de Función Pública dictadas en su desarrollo la previsión de:

«Otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el artículo 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos» –art. 78.3 EBEP–.

La entrada en vigor de la nueva clasificación profesional tiene un régimen transitorio previsto en la disposición transitoria 3.^a. Conforme a su apartado 1, se mantendrán los títulos actuales en tanto no se generalice la implantación de los nuevos títulos universitarios previstos en el artículo 76 EBEP. El apartado 2 establece un régimen transitorio para los grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor del EBEP –13 de mayo de 2007–, de modo que se integrarán en los Grupos de Clasificación profesional de funcionarios previstos en el referido artículo, conforme a la tabla de equivalencias que establece:

- Grupo A: Subgrupo A1.
- Grupo B: Subgrupo A2.
- Grupo C: Subgrupo C1.
- Grupo D: Subgrupo C2.
- Grupo E: Agrupaciones Profesionales sin requerir titulación educativa ¹⁹.

El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del EBEP ya desempeñe las funciones de personal funcionario, o pase a hacerlo en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrá seguir desempeñándolas. Asimismo, podrán participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe. Para ello se requiere que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición –DT 2.^a–.

La solución es aceptable. Pero evidencia la incoherencia actual, en la medida en que confirma cómo un cierto número de puestos reservados legalmente para funcionarios son realmente ejercidos por laborales, siendo la solución la continuidad, una vez más, en tal situación y no necesariamente su «funcionarización», como debería.

Finalmente, conviene llamar la atención sobre la importancia que se le da en el nuevo EBEP a la «evaluación del desempeño», una figura ya difundida en el ámbito del sector privado a través de

¹⁹ Los funcionarios del Subgrupo C1 que reúnan la titulación exigida podrán promocionar al Grupo A sin necesidad de pasar por el nuevo Grupo B, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 EBEP (DT 3.^a, punto 3).

la negociación colectiva. Se trata del procedimiento a través del cual se miden y valoran la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados –art. 20.1–. Todas las AAPP deberán introducir estos procedimientos, si bien los términos de los mismos serán una cuestión a dilucidar por las leyes de desarrollo. En todo caso, lo relevante es que esta técnica de control del rendimiento profesional no solo servirá para determinar la promoción, profesional y económica, sino incluso, al menos así se dice formalmente, para garantizar la «continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso». De este modo, tal permanencia en el puesto concreto queda «vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada AP determine...».

Confirma que la inamovilidad lo es en el empleo, no en el puesto de trabajo, como hoy se tiende a creer. Cierto que los laborales no gozan de ese «privilegio», pero también se verán afectados por la centralidad de esta vía de control de productividad del empleado público.

c) Los derechos retributivos: la confirmación del límite presupuestario.

Pero esta «individualización» de los resultados debe conllevar igualmente efectos en la fijación de los salarios, como contraprestación de esa mayor exigencia para los empleados públicos de implicación en los objetivos de la organización de servicio público. En consecuencia, debería afectar de modo relevante a los sistemas retributivos, ampliando las denominadas retribuciones complementarias, cuya cuantía y estructura corresponde fijar, para los funcionarios, a las Leyes de cada AP, con los límites de la LPGE –art. 24–.

Para el personal laboral, conforme al artículo 27 EBEP, las retribuciones del personal laboral se fijan de acuerdo «*con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto*».

Aunque la fórmula parece sencilla, tanto que incluso resultaría inútil, pues no hace sino remitir a lo que ya sabemos, no deja de plantear algún problema. Me refiero no a los límites presupuestarios, ya operativos a partir de una muy copiosa jurisprudencia del TCO, y del TS, sino a la remisión que hace al «contrato de trabajo». ¿Significa eso que se admiten las condiciones más beneficiosas de carácter retributivo en el ámbito del empleo público laboral? En principio la respuesta no es nada clara.

De inicio, la remisión a la legislación laboral en lo no previsto en el EBEP puede llevar a pensar que sí son de aplicación. Pero conviene pensar más pausadamente y poner de relieve que el principio de la condición más beneficiosa es el de la autonomía de la voluntad, pero, ¿puede la AP acordar con el trabajador mejoras individuales? En mi opinión, el intento de llevar a la práctica una individualización retributiva, en función de la implicación del empleado y de su rendimiento, abre la vía a sostener esta posibilidad, siempre y cuando se respeten dos límites insalvables:

- La prohibición de discriminación, que en el ámbito de la AP va más allá para exigir un trato igual.
- La no superación de los límites presupuestarios.

Conforme al referido artículo 21.2 EBEP, queda prohibido acordar aumentos de retribución 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».

El artículo 24 relativo a las retribuciones complementarias abre muy amplias vías para esa «individualización» de la retribución de los funcionarios –debe recordarse la garantía de derechos retributivos ante la puesta en práctica de nuevos sistemas retributivos establecida en la DT 1.^a–.

Aunque es un criterio generalizado en la jurisprudencia el advertir de los diferentes principios que rigen el empleo público del empleo privado, de modo que no cabría realmente el principio de norma más favorable, sino el principio de legalidad a ultranza, no puede ignorarse que, siempre que tenga justificación de carácter objetivo y razonable, tal individualización de condiciones de trabajo es plenamente coherente con el nuevo modelo de empleo público que quiere implantarse, también en el ámbito funcional.

Aunque no es de aplicación a los laborales, sino a los funcionarios, pero no de carrera, sino interinos, conviene llamar aquí la atención sobre una de las mayores novedades del EBEP, si bien sigue una reciente orientación jurisprudencial. Me refiero al reconocimiento de los trienios a los funcionarios interinos, lo que en la práctica administrativa precedente no se reconocía. Así se recoge en el artículo 25 EBEP ²⁰.

d) La ordenación del tiempo de trabajo: jornada, permisos y descansos.

En toda prestación de servicios para una organización el tiempo de trabajo es un aspecto determinante de su régimen jurídico. Ahora bien, no es el EBEP el ámbito más adecuado para su fijación, de ahí que remita para la fijación de la jornada de trabajo, tanto la general como las especiales, para los funcionarios, a las AAPP –art. 47–, siendo esta materia de negociación obligatoria, como hemos visto –art. 37.1 letra m) EBEP–. En cambio, sí regula con detalle dos aspectos: los permisos (arts. 48 y 49) y el derecho al descanso anual o derecho a vacaciones (art. 50).

La importancia de conocer, brevemente, este régimen regulador ²¹, objeto de una intensa regulación convencional, por otro lado, está en la decisión del EBEP de considerar *este Capítulo V directamen-*

²⁰ La importancia y complejidad de este tema ha generado múltiples dudas en las diferentes AAPP sobre cómo aplicar esta medida. A raíz de estas incertidumbres y preocupaciones están proliferando las Instrucciones de las diferentes AAPP para interpretar el significado y alcance, lo que, en sí mismo, ya revela la penosa técnica legislativa llevada a efecto y la aparición de nuevas fuentes de agravio. Para la AGE *vid.*, Instrucción de los Ministerios de Economía y Hacienda y de AAPP de 25 de mayo de 2007 referida a la aplicación del artículo 25.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. También la Instrucción de la DG Función Pública de Aragón, sobre este mismo artículo en esa Comunidad –BOA de 11 de mayo de 2007–. Le han seguido Cataluña, Valencia, Asturias, Canarias, etc., que expresan posiciones diferentes.

²¹ El derecho a las vacaciones, permisos y licencias se regula de una forma mixta por el artículo 34 y ss. ET y por las normas administrativas que fija el Ministerio de Administraciones Públicas a fin de uniformar los horarios de trabajo en todos los órganos de las AAPP. A juicio de la doctrina administrativa, dichas normas, una vez publicadas, se convierten en derecho necesario y no son disponibles en el marco de la contratación colectiva. En este sentido, indica que en el momento actual debe hacerse referencia a la Instrucción de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 10 de marzo de 2003 que es la que regula, con carácter general, la jornada y horarios del personal. No obstante, debe tenerse en cuenta que es una materia de negociación obligatoria.

te aplicable al personal laboral, sin perjuicio de remitir también, sin ningún criterio expreso de prelación o articulación, «a lo establecido... en la legislación laboral correspondiente» (art. 51 EBEP). El problema mayor no está en esta falta de claridad, sino que evidencia una falta de conflictividad entre una regulación y otra que, sin embargo, no responde a la realidad, al no coincidir por completo ambas.

En efecto, un análisis detenido del Capítulo V, que es el dedicado a estas importantes cuestiones, evidencia que no es fácil su armonización, en especial respecto de los permisos reconocidos a los funcionarios para el ejercicio de derechos de conciliación. Lo que no puede dejar de resultar una profunda contradicción, más incluso que una simple paradoja, pues estos derechos son directo reflejo de los mismos derechos constitucionales. Las diferencias mantenidas carecen, a mi juicio, de verdadera razón de ser.

Por lo que concierne al conjunto de permisos previstos en el artículo 48 EBEP, no es difícil establecer un paralelismo con las licencias retribuidas que reconoce, para los trabajadores, el artículo 37.3 ET –ausencias justificadas y retribuidas de reducida duración–. Así, conforme al artículo 48 EBEP estos permisos serán, en defecto de legislación aplicable por no haber sido dictada por cada nivel de Administración Pública –el EBEP es, pues, supletorio–, los siguientes ²²:

- Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, 3 días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y 5 días hábiles cuando sea en distinta localidad. Duración que se reduce a 2 y 4 días respectivamente, cuando se trate de parentesco de segundo grado. No coincide plenamente con la letra b) del artículo 37.3 LET.
- Por traslado de domicilio sin cambio de residencia, un día. Coincide con la letra c) del artículo 37.3 LET.
- Para realizar funciones sindicales o de representación del personal, en los términos que se determine –legal o convencionalmente precisa en el ET–.
- Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración.
- Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas.
- Por lactancia de un hijo *menor de doce meses*: una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. No coincide con el artículo 37.4 LET, mantenido a estos efectos por la reforma introducida por la LOIS, pues en este caso se trata de menor de 9 meses.

Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido por ambos progenitores de modo indistinto, siempre que ambos trabajen.

²² Conviene tener en cuenta lo previsto en el artículo 47 del II Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado, sin duda el más completo de todos, para integrar este régimen jurídico. Lo mismo habrá que hacer con los homólogos convenios concluidos para este personal por todas las CCAA.

Asimismo, en el caso de la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo que le corresponda. Se trata, como puede comprobarse, de una acción positiva, en cuanto que el derecho se reconoce a ambos, pero la facultad de sustitución por un instrumento más flexible y eficaz solo se concede a la funcionaria. El permiso se incrementará proporcionalmente en caso de parto múltiple.

La simple comparación con la legislación laboral evidencia las notables diferencias existentes. Así, conforme a la nueva redacción del artículo 37.4 LET, dada por la LOIS, el derecho de la trabajadora está condicionado a lo dispuesto en la negociación colectiva o al acuerdo individual con el empresario. Por eso, no es fácil en modo alguno conciliar o armonizar estas regulaciones, por lo que la incertidumbre que genera la enigmática fórmula de articulación empleada por el EBEP, que evidencia una clara concurrencia conflictiva de ordenamientos reguladores, alcanza aquí el paroxismo. Precisamente, se insiste en materias en las que no debía haber margen de diferenciación.

Estamos, pues, ante evidentes privilegios corporativos, que alimenta crítica y reticencias del trabajador privado respecto del público, pero que es ya insostenible si se aplicaran a los empleados públicos, pero laborales. Por eso, entiendo que la solución correcta es *entender aplicable por igual su contenido a funcionarios y laborales, so pena de incurrir en desigualdad injustificable*.

- Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto: el funcionario o funcionaria tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.
- Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún *menor de doce años*, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, o tenga el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida: derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

Aquí las diferencias son también claras. Primero por el sujeto causante –el nuevo art. 37.5 LET protege solo a los menores de 8 años– y segundo porque no tiene límites la reducción. Un problema es si cuando habla de «funcionario» alude al sexo o realmente utiliza el genérico. La duda surge porque cuando es indistinto o no utiliza sujeto específico, o lo expresa. Entiendo que el derecho es de titularidad individual y por tanto lo es de funcionarios y funcionarias. En lo que respecta a la norma aplicable, entiendo igualmente que es de aplicación el EBEP en preferencia al ET.

- Por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado por razones de enfermedad muy grave: el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el 50% de la jornada laboral, con carácter retribuido, y por el plazo máximo de un mes –art. 48.1 i) EBEP–.

Es de titularidad individual, pero si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes. Tiene carácter potestativo por lo que en poco ayudará a promover la corresponsabilidad entre hombre y mujer.

- Para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral –por cierto que olvida la «vida personal», conforme a la Ley de Igualdad Efectiva–: derecho a una ausencia *«por el tiempo indispensable»*.
- Por asuntos particulares: 6 días.
- A los días de libre disposición fijados por cada AP, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo (art. 48.2 EBEP).

En definitiva, aunque cabría acudir a diferentes modos de articulación entre la regulación del EBEP –a estos efectos considerada como laboral especial– y la regulación del ET –ley laboral común–, entiendo que la solución correcta es aplicar con preferencia el EBEP, por ser llamada directamente, por mejorar la protección y por ser especial. Solo en lo no previsto por el EBEP y siempre que sea compatible con los principios del actuar administrativo, sobre todo el principio de igualdad de trato entre empleados públicos, sería de aplicación la legislación laboral común. A mi juicio no debería haber diferencias entre trabajadores privados y trabajadores públicos, pero lo que resulta ya un disparate es que las pueda haber entre empleados públicos, por la simple cualidad de ser unos del Estatuto Administrativo –EBEP– y los otros del Estatuto Laboral –ET–.

A esos permisos o licencias, de menor duración, se añaden otros permisos de mayor duración, que en el ámbito laboral dan lugar a situaciones de «suspensión» del contrato de trabajo, para causar una situación de «baja» con cobertura de la Seguridad Social. Así, en el artículo 49 EBEP se reconocen los siguientes permisos:

- Permiso de maternidad –biológica o jurídica–.
- Permiso de paternidad.
- Permiso por razón de violencia de género sobre una funcionaria.

Aquí las reformas introducidas por el EBEP tienen el sentido de acoplarse o adecuarse a la revisión operada por la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres. **Pero llaman la atención algunas novedades que evidencian una clara diferencia entre la legislación laboral común y la legislación laboral especial del EBEP.** Así, por ejemplo, en el ámbito del nuevo permiso de paternidad el que se reconozcan 15 días, y no 13 como sucede para el sector privado conforme al nuevo artículo 48 bis ET. **O el derecho a dos meses como máximo, percibiendo las retribuciones básicas –sueldo y trienios–, si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción internacional –art. 49 b)–... Como es sabido, el nuevo artículo 48.4 ET, conforme a la redacción dada por la LOIS, tan solo reconoce la posi-**

bilidad de adelantar 4 semanas el disfrute del período de suspensión, sin que ello suponga ampliación del mismo. La diferencia es, pues, notable, lo que evidencia que la solución correcta solo puede ser la extensión de estos derechos a todos los empleados públicos, sin distinción, en los términos que propone la Instrucción de «uso» de la Secretaría General para la AP.

En estos casos, el tiempo transcurrido durante el disfrute de los permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, «garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el período de duración del permiso, y, en su caso, durante los períodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso» –principio de integridad o garantía de indemnidad retributiva–. Una vez más hemos de criticar las diferencias de regulación para el sector privado y el público en estas materias, al tiempo que se insiste en que para los empleados públicos laborales el régimen aplicable con preferencia es el del EBEP.

Este derecho se complementa con otra garantía, que es la de percibir la mejora retributiva que pudiera haberse producido durante los períodos de suspensión. Ahora bien, lo que ya no queda tan claro es que los tiempos de ejercicio de cualquier derecho de conciliación computen para determinar complementos que tienen que ver con el tiempo efectivo trabajado. Eso sí llevaría a eliminar algunas prácticas de la AP que conllevan un grave detrimento económico, normalmente para las mujeres, en el descuento que aplican a diferentes complementos, incluidos los trienios.

Mayor homogeneidad hay respecto al permiso por razón de violencia de género (art. 49 d) EBEP)²³, **que en gran medida trae causa de la regulación establecida a estos efectos por la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra esta forma brutal de discriminación. Recuérdese que esta materia cuenta con una regulación reglamentaria específica –además de regulaciones autonómicas, incluso con rango de Ley...–, aplicable en principio a los funcionarios, pero de clara vocación expansiva.** En estos casos, el problema en orden a la compatibilidad o conciliación de ambos ordenamientos es mínimo.

Finalmente, por lo que concierne al derecho a vacaciones (art. 50) también hay algunas diferencias notables de redacción, en especial porque el EBEP no recoge las reformas introducidas por la LOIS en el artículo 38 LET, que sería el aplicable al personal laboral. Ahora bien, como es sabido, tales reformas responden a la recepción legal de lo que ya es una jurisprudencia consolidada, tanto del TS como del TCO, así como del TJCE –me refiero a la compatibilidad del disfrute de las vacaciones con los períodos de maternidad (paternidad)–, por lo tanto debe tenerse como criterio interpretativo a integrar a la hora de delimitar su alcance. Aunque el EBEP habla de un derecho de 22 días hábiles de duración –se descartan domingos y también sábados–, y el ET habla de 30 días naturales, como *mínimo*, es evidente que resulta equivalente.

²³ Serán faltas justificadas sus ausencias por el período determinado, sea por el servicio social, sea por el servicio de salud; derecho a la reducción de jornada, pero con pérdida o disminución proporcional de la retribución; a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario o de otra forma de ordenación del tiempo de trabajo, en los términos que para estos supuestos establezca la AP competente en cada caso.

En todo caso, conviene indicar que sigue vigente la legislación actual, pues esta materia también está afectada por la aplicación diferida del EBEP, a partir de la legislación estatal y autonómica de desarrollo, de aplicación también a las Entidades Locales. Asimismo, ha de señalarse la conocida vigencia de los convenios colectivos en esta materia, que dado el carácter mínimo del período fijado por las normas, tanto el EBEP como la legislación actual, abre la vía a regímenes diversos, en este caso a favor del personal laboral, con la consiguiente presión funcionarial y conflictividad añadida por incomprensibles diferencias de trato.

e) El control del cumplimiento de la prestación: el régimen disciplinario del personal laboral.

En cambio, para el ámbito del *régimen disciplinario* se ha procedido a una identidad reguladora. Las AAPP retienen desde antaño la potestad de corregir disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio y sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones, sea para el empleado público directamente responsable sea para la Administración, incluso. El artículo 93 EBEP no deja lugar a ninguna duda. En primer lugar, identifica como sujetos pasivos del régimen disciplinario tanto a los funcionarios como al «personal laboral», por lo que ambos colectivos quedan «sujetos» al EBEP y a las «normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto». En segundo lugar, tal sujeción a un régimen único se ratifica en el artículo 93.4 EBEP, a tenor del cual el régimen de disciplina para el personal laboral «se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral».

En definitiva, vuelve a ser supletorio el régimen laboral común respecto del EBEP. Pero esta remisión no parece muy coherente.

En efecto, si lo que se persigue es esa unificación no parece tener sentido alguno el que se considere como régimen supletorio un ordenamiento distinto, debiéndose haber remitido a la normativa administrativa común, para ser coherente. Naturalmente puede criticarse, y no sin fundadas razones, esta inclusión de trabajadores dentro de una regulación funcionarial. Pero si se opta por ello, lo que no es ilegítimo, luego no tiene sentido generar incertidumbre en torno al ámbito integrador de lagunas...

Una cuestión especialmente relevante es la proximidad tan intensa que existe entre esta potestad de corrección disciplinaria y la función punitiva, lo que no sucede en el ámbito del sector de empleo privado, y que, precisamente, fue objeto de fuerte crítica por el Informe de la Comisión. Ni que decir tiene que el régimen disciplinario aparece como una garantía de efectividad para los deberes de conducta a cargo de los empleados públicos, de modo que su cumplimiento no se deje solo a una dimensión «cultural» –difusión de los valores éticos del servicio mediante su asunción cultural por el conjunto de empleados, mediante actividades formativas específicas– y «ética» –exigencia de códigos de conducta–, sino también jurídica –responsabilidad disciplinaria–, a añadir a la civil y penal, en leyes separadas de las de empleo público.

Las dudas sobre la eficacia del régimen disciplinario se centrarían tanto en la insuficiente regulación de las sanciones como, sobre todo, en la aplicación de unos principios y procedimientos excesivamente tutelares, que dificultarían el ejercicio efectivo de la potestad disciplinaria. Buena parte

de estos problemas derivarían de la aplicación automática de principios y reglas del Derecho Administrativo Sancionador general, a su vez inspiradas en el Derecho Penal, que supondrían una confusión de la finalidad de tal potestad disciplinaria, confundida con la potestad punitiva –al servicio de bienes jurídicos que chocan con derechos fundamentales–, cuando aquella solo debe servir al mejor funcionamiento interno de una organización. De ahí, que el enfoque de la reforma se orientara, de nuevo, a flexibilizar la legislación funcionarial en la dirección del ordenamiento laboral, aún sin confundirlos.

El punto de encuentro debería estar en la identificación de un fundamento propio para la potestad disciplinaria, de modo que se modulen a su favor los principios y reglas típicos del Derecho Punitivo. Solo desde ese cambio de enfoque encontraría razón de ser la unificación que se propone para laborales y funcionarios, siguiendo un proceso de convergencia ya producido en la práctica, a través de la negociación colectiva, pues la mayor parte de los convenios adoptan, con escasos matices, el régimen disciplinario funcionarial, naturalmente por ser más favorable por lo general.

El desarrollo de los mismos sí divergiría, pues a las leyes autonómicas le correspondería en relación a funcionarios, y a la negociación colectiva para los laborales. En todo caso, el EBEP resulta una garantía de igualdad básica del cumplimiento de los deberes de los empleados públicos, pero sin incluir una regulación de detalle, que conviene dejar a esas normas. Se abren más espacios a la autonomía reguladora, en aras del principio de autogobierno y del principio de autonomía colectiva, pero también para mayor flexibilidad, de modo que cada ámbito regule de modo preciso y adaptado este régimen, que no puede ser el mismo para todos los sectores ni para todos los grupos profesionales. De ahí, que se limite a unos principios generales del régimen disciplinario y comunes a todos los empleados públicos.

Una tercera línea ordenadora sería, también en coherencia con el carácter de mínimos del EBEP, el dejar sin regular la mayor parte de los aspectos que integran el régimen jurídico –curso de infracciones, infracción continuada, pluralidad de sujetos responsables...–.

Entre los aspectos más destacados del régimen disciplinario hay que indicar los siguientes:

- Se ordena la comisión tanto por inducción –art. 93.2– como por encubrimiento –art. 93.3–, siempre que se trate de faltas graves o muy graves y se deriven daños graves para la Administración o los ciudadanos.
- Se sujeta su ejercicio a los principios típicos del Derecho Punitivo, como son los principios de legalidad –las excepciones se han justificado apelando a la discutible teoría sobre las relaciones especiales de sujeción– y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa de las mismas; irretroactividad de las reglas sancionadoras desfavorables y retroactividad de las favorables; el de proporcionalidad –adecuada relación con la gravedad de los daños causados al interés público y los derechos de los ciudadanos– y los de culpabilidad y presunción de inocencia, de modo que no puede imponerse sanción alguna sin una prueba de cargo suficiente para destruir esta presunción.

De este modo, se aplica el derecho fundamental a una facultad que había suscitado problemas en la jurisprudencia constitucional cuando se trataba del ámbito privado. No cabe duda, pues, de que el «despido» no aparece para el laboral como causa resolutoria propiamente, sino como una auténtica «sanción disciplinaria», que implica su «expulsión» del seno de la organización.

No dejan de aparecer algunas peculiaridades. Así:

- El principio de tipicidad de faltas y sanciones parece ser remitido, «en el caso del personal laboral», a los «convenios colectivos» –art. 94.2 a) EBEP–.

Lo que se ratifica en el artículo 95.2 letra p), al considerar como muy graves no solo las infracciones recogidas como tales en las Leyes de las Cortes Generales o Parlamentos Autonómicos, sino también «por los convenios colectivos en el caso de personal laboral». Se equipara en esta materia el convenio para el empleado público laboral a la Ley para el funcionario.

Una intervención reguladora de la autonomía que es mucho mayor para las faltas graves. La razón está en que el EBEP remite la fijación de las mismas a las Leyes o a los convenios colectivos en el caso del personal laboral, para lo que solo establece una serie de criterios que deberán atenderse necesariamente, y que no expresan sino los imperativos del principio de proporcionalidad –se ha acogido un criterio criticado por el Informe, que no veía con buenos ojos el limitarse solo a las muy graves y remitir las graves a:

- El grado en que se haya vulnerado la legalidad.
 - La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos.
 - El descrédito para la imagen pública de la Administración.
- No se hace ninguna referencia expresa a la vigencia del principio de *non bis in idem*.

Tan solo se establece en el apartado 3 del artículo 94 EBEP el deber de suspender el procedimiento disciplinario cuando resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, debiéndose poner en conocimiento del Ministerio Fiscal este dato a fin de que abra las correspondientes diligencias en el ámbito penal.

La vigencia se entiende indudable en el régimen disciplinario, pese a las dificultades que ha mostrado siempre en este ámbito por el diverso fundamento pese a imponerse por unos mismos hechos. Por eso se considera necesario atender a este fundamento diferente de esta responsabilidad, que es el buen funcionamiento interno de la organización administrativa, la eficacia del servicio y el respeto al orden jerárquico que rige su ordenación. Por eso, la instrucción de un procedimiento penal no debe excluir la tramitación del expediente disciplinario a que haya lugar si no tiene el mismo fundamento que la infracción penal. Debería interpretarse, pues, esa referencia a ese carácter fundado de los indicios de criminalidad de forma restrictiva.

Por lo que hace al concreto *catálogo de infracciones* disciplinarias de los empleados públicos, lo más destacado es que solo se tipifican las infracciones muy graves, no las graves ni las leves. Las dos últimas se remiten a las leyes de desarrollo. La Comisión de Expertos no era favorable a recoger tampoco las muy graves, por el carácter de mínimos del EBEP.

Lo más destacado, a mi juicio, es que tienen expresa cabida no solo los comportamientos contrarios a cualquier forma de discriminación, incluidos los acosos discriminatorios, sino también el «acoso moral» –letra b) EBEP–, y el «acoso laboral» –letra o)–. Destaca el recurso a conceptos jurídicos indeterminados. Así, por ejemplo, es infracción muy grave el «notorio incumplimiento» de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas; o la «desobediencia abierta» a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que sean manifiestamente ilícitas...

Por lo que concierne a las *sanciones*, y una vez destacada la línea de ordenación flexible y más adaptada al sistema de promoción profesional y evaluación de empleados públicos que se promueve ²⁴, se contemplan las siguientes, atendiendo a la gravedad de la infracción y fijando detenidamente solo las relativas a las infracciones muy graves. Son:

- Separación del servicio para los funcionarios y despido disciplinario para el personal laboral, comportando la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. Se recomendaba el que se fijara un plazo máximo en atención a la gravedad, lo que no se ha producido y no deja de ser muy criticable, porque supondría una privación de derechos de forma vitalicia, lo que carece de razón de ser en el derecho moderno.
- Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años.
- Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca.
- **Demérito**, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria. Es el reverso del principio de promoción por el mérito.

Puede entenderse que están incluidas las dos que preveía el Informe de los Expertos: la prohibición temporal de participar en procedimientos de provisión de puestos de trabajo o de movilidad voluntaria, o en procedimientos de evaluación para el ascenso de categoría, de una parte, y la regresión en la categoría, de otra.

- **Apercibimiento.**

²⁴ Se parte del carácter elemental y obsoleto del listado actual de sanciones, que incluso ha llevado a una actualización a través de la legislación autonómica, así como a través de Leyes Especiales, como la Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. A esa actualización, se suma el ajuste con el modelo de empleo público que quiere promover, basado en la promoción profesional a través de la evaluación del desempeño y en el reforzamiento de los valores éticos del servicio, de modo que se introduzcan sanciones relativas a la limitación de oportunidades de promoción, e incluso de regresión en la carrera.

- Cualquier otra que se establezca por ley. Curiosamente, en esta materia sí rige un férreo principio de legalidad, por cuanto no se contempla la remisión a la negociación, como sí se hace respecto de las infracciones. Una cuestión dudosa es que no se ha dejado margen para el desarrollo por las leyes autonómicas, cuando la recomendación era esa. No obstante, queda claro que la concreción de buena parte de estas sanciones se abre a los desarrollos autonómicos, y ley del Estado, que deberán especificarlas, no obstante la falta de remisión expresa.

En lo referente a la *prescripción de las faltas y sanciones* las diferencias son notables entre el régimen laboral y el régimen funcionarial. Así, para este último, el cuadro es el siguiente –art. 97–.

Tipo de infracción	Leves	Graves	Muy graves
Tiempo de prescripción	6 meses	2 años	3 años
Tipo de sanción	Sanciones leves	Sanciones graves	Muy graves
Tiempo de prescripción sanciones	1 año	2 años	3 años

El cuadro laboral es mucho más benévolo, como es sabido, para el empleado. No obstante, no juega el principio de norma más favorable, sino que el EBEP ha desplazado por completo en esta materia al ET –art. 60–.

También se ha acogido la recomendación del Informe, que entendía necesario recoger los concretos plazos, para igualar los derechos de todos los empleados.

Por lo que concierne al *procedimiento*, para la sanción de las faltas graves y muy graves se establece la obligatoriedad de instrucción del correspondiente procedimiento contradictorio, siendo sumario, con audiencia en todo caso al interesado, para la imposición de sanciones por faltas leves –art. 98.1–. En el procedimiento se separan con nitidez dos fases: la instructora, por un lado, y la sancionadora, por otro, que deberán ser encomendadas a órganos distintos.

Aquí la línea básica que orienta la regulación del EBEP es la de agilizar el procedimiento, por ser extraordinariamente rígido, primando en extremo el aspecto de tutela individual sobre la eficacia. Sin duda estamos ante una nueva manifestación de esa comprensión de la potestad disciplinaria como un reflejo de la potestad punitiva del Estado, a lo que hay que añadir el peso de fuertes inercias corporativas del pasado –«no se ha librado de ciertas adherencias corporativas del pasado»–. De ahí, que se buscara un equilibrio adecuado entre la finalidad de eficacia del servicio y el respeto a los derechos de defensa.

Para eso se recomendaba:

- Sujeción del procedimiento a los principios de contradicción, pero también de eficacia y economía procesal. Lo cumple el artículo 98.2 EBEP, si bien la referencia al pleno respeto

de los derechos y garantías de defensa del «presunto responsable» –inapropiado– no siempre se dará con la compatibilidad y armonía que parece soportar el «papel».

- Procedimiento sumario, solo con audiencia al interesado, en caso de leves.
- El procedimiento ordinario no debería exigir la separación de las fases de instrucción y sanción, limitándose ello solo a la sanción de mayor gravedad, como la separación de servicio o despido. La garantía de audiencia y práctica de prueba debe garantizarse en todo caso, pero ello puede hacerse en términos de mayor compatibilidad con la necesaria agilidad que ha de tener. El párrafo segundo del apartado 2 del artículo 98 EBEP mantiene, sin embargo, la regla tradicional, con lo que desoye la fundada recomendación del Informe de Expertos.
- Se contempla la adopción de medidas cautelares en el procedimiento disciplinario, incluyendo la suspensión provisional, que no podrá exceder de 6 meses, salvo paralización del expediente por causa imputable al interesado, conforme a la regulación vigente –art. 98.3 EBEP–. Los efectos de esta situación se regulan con detalle en este precepto y en el apartado 4 del mismo.

En cambio, no se hace referencia alguna a la presencia de los representantes de los trabajadores en este procedimiento, en los términos previstos en la legislación laboral. En todo caso, a falta de referencia expresa ha de acudir a la cláusula de integración de lagunas, conforme dispone el artículo 93.4 EBEP.

5.3.5. *La gestión suspensiva y extintiva: la prohibición de indemnizar los despidos improcedentes.*

Los empleados públicos, sean funcionarios, sean laborales, viven, como los trabajadores del sector privado, diferentes vicisitudes en su relación, a raíz del carácter de largo recorrido de la misma, al menos en principio. Sin embargo, su régimen ha sido notablemente diferente en un orden normativo y otro. Así, por lo que concierne a situaciones transitorias, temporales, para el Derecho Administrativo se trata de «situaciones administrativas», y para el Derecho del Trabajo, de la «suspensión del contrato» de trabajo. En principio, ambas tienen el mismo fundamento y buscan la misma razón tutelar, esto es, evitar que con ello se pueda quebrar la relación de empleo.

La regulación está en el Título VI del EBEP. La enumeración básica de situaciones aparece en el artículo 85.1 BEP. Son:

- Servicio activo.
- Servicios especiales.
- Servicio en otras AAPP.
- Excedencia.
- Suspensión de funciones, de marcado carácter disciplinario.

Se remite ampliamente a las leyes de desarrollo, si bien con algunos límites o condicionantes previos, más bien de signo orientador –art. 85.2 EBEP–. Pues bien, conforme al artículo 92, el personal laboral se regirá por el ET y por los Convenios Colectivos que le sean de aplicación. Estos podrán determinar, sin embargo, la aplicación de este Capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el ET. En definitiva, el EBEP es aquí de aplicación indirecta, depende de la decisión reguladora de los convenios colectivos. Por lo tanto, si la norma laboral común es preferente a la norma laboral especial –EBEP–, tal articulación queda por completo en manos de los convenios, sin perjuicio de mantener el límite de la compatibilidad con lo previsto en la legislación laboral, lo que por otro lado responde al principio de legalidad que rige la negociación colectiva laboral igualmente.

De nuevo la fórmula es alambicada, en contra de la recomendación mucho más simple de la Comisión, que preconizaba lisa y llanamente su identidad. No se trata solo de recordar la posibilidad de equiparación por vía de la negociación colectiva, sino de mantener en todo caso la primacía de la norma laboral, exigiendo que haya «compatibilidad» entre unas regulaciones y otras. Además, parece tratarse siempre de una habilitación a la negociación colectiva cuando, en realidad, se trata de un poder originario cuyo fundamento de raíz constitucional es innegable. Aunque en el ámbito de los funcionarios esta opción de regulación colectiva venga más limitada.

El régimen de la extinción de la relación de empleo público laboral no ha sido merecedor, en cambio, de un tratamiento específico en el EBEP, pues la pérdida de la condición de empleado público –relación de servicio–, solo se regula de modo concreto para los funcionarios –Capítulo II, Título IV–. Por tanto, ha de entenderse que a estos efectos se mantiene la situación anterior.

De las causas previstas en el artículo 63 EBEP para la pérdida de la relación de servicios funcional nos interesa, en este ámbito, destacar tanto la relativa a la jubilación como la relativa a la sanción disciplinaria de separación de servicio. En el primero caso, porque se trata de uno de los aspectos más novedosos y relevantes en este punto –art. 67 EBEP–. Sin poder entrar en este conflictivo y cambiante tema, sí ha de destacarse la importancia que adquiere el alcanzar un régimen más equiparado al del sector privado. En este sentido, la Disposición Adicional 6.^a EBEP manda al Gobierno que presente, en el Congreso de los Diputados, un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios. Este estudio deberá contener, entre otros aspectos, recomendaciones para:

- Asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares.
- La conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos.

El referido artículo 67 del EBEP establece básicamente dos novedades sobre el régimen de jubilación de los funcionarios existentes con anterioridad a su entrada en vigor. A saber:

1. La posibilidad de que los funcionarios accedan a la situación de jubilación parcial, hasta ahora reservada a los trabajadores asalariados.

Como es obvio, esta importante previsión, incluida en el marco de la actual política de fomento de la jubilación gradual y flexible, exige fijar mecanismos de carácter jurídico-administrativo que permitan esta opción en los regímenes de Seguridad Social en los que estén afiliados los diferentes funcionarios. A esta cuestión vendrá asociada normalmente otra, como es determinar el régimen de acceso a estos puestos de funcionario, en términos análogos al contrato de relevo para el personal laboral. Para funcionarios parece que la vía deberá ser la de nombramientos como funcionarios interinos, aunque el EBEP no prevea esta situación de modo expreso.

2. La prolongación de la permanencia en el servicio activo tras la jubilación requerirá una resolución motivada.

Como es sabido, en la legislación vigente tal posibilidad, que también viene a coincidir con una orientación global de política socio-laboral, la de fomentar la continuidad de todos los trabajadores en el empleo pese a acceder a la edad de jubilación, es un derecho para los funcionarios públicos, no sometido más que a su decisión, sin ningún tipo de condicionante. Ahora, sin embargo, tal opción quedará sujeta a resolución de forma motivada sobre la aceptación o denegación de la misma por la AP correspondiente.

En todo caso, conviene tener en cuenta que este tema está sometido a una aplicación diferida, a tenor de la disposición final 4.^a, apartado 3. En efecto, la regulación anterior –art. 33 de la Ley 30/1984– sigue en vigor con carácter transitorio hasta que se regulen los requisitos y condiciones de las modalidades de jubilación previstas en el EBEP. Por eso, si bien este artículo ha sido derogado por la DDU del EBEP, queda integrado entre los que ven prorrogada su vigencia por la disposición final 4.^a referida, que condiciona la derogación efectiva a la aprobación de las normas de desarrollo.

Por lo que hace a la sanción disciplinaria, lo que aquí importa señalar es que la separación de servicio es equivalente, para el ámbito laboral, al despido disciplinario. Y es precisamente en este ámbito donde el EBEP contiene una novedad de gran trascendencia. Se trata del apartado 2 del artículo 96, relativo al despido disciplinario improcedente. Conforme a este precepto ***procederá en todo caso la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario*** por la comisión de una falta muy grave. Este cambio normativo provoca diferentes problemas de índole técnica. Pero interesa aquí subrayar los efectos prácticos de esta importante reforma, tales efectos son básicamente dos:

1. La privación de la AP de la facultad de opción por la readmisión o por el pago de una indemnización que, en cambio, sí tiene el empleador privado y es aceptada por la jurisprudencia mayoritaria también para el empleo público. Esta jurisprudencia ahora deberá ser corregida.
2. La nulidad sobrevenida de toda cláusula convencional que deje en manos del trabajador esa facultad de opción.

6. UN ENIGMA FINAL: LOS PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA VIGENCIA DE LAS NORMAS DEL EBEP

Una cuestión importante y que evidencia esa complejidad anunciada por la EM del EBEP es la de su vigencia. Por dos razones. La primera, por la deficiente cláusula utilizada por la disposición derogatoria Única, que lleva a cabo derogaciones parciales de las Leyes afectadas en la mayor parte de los casos, con lo que deja otros preceptos vigentes, conviviendo cuerpos antiguos con el cuerpo moderno –el vino viejo se mezcla con el nuevo–.

La segunda, y aún más grave, es porque las derogaciones que realiza, además de parciales, aparecen diferidas en gran parte, pues se condicionan a la aparición de las Leyes de Función Pública de desarrollo por parte de las CCAA, tanto para su personal como para el de las Entidades Locales –DF 4.^a–. Por lo tanto, el régimen que ahora se aprueba tampoco estará en vigor en un número significativo de materias al estar condicionado a esa aprobación.

La tercera, y como corolario, es que no tenemos un cuadro de derogaciones y vigencias homogéneo, de modo que aparecen por doquier algunos de los peores males de técnica jurídica y en el momento más delicado. La cuestión no es baladí porque afecta íntimamente al grado de certeza jurídica sobre materia tan delicada.

De este modo, si uno de los objetivos eran la simplificación y la claridad queda evidenciada la traición a los mismos, lo que sin duda hará más difícil su aplicación y desde luego que generará conflictos, además de retrasar la vigencia del nuevo modelo, si no es que corre el riesgo de no entrar en vigor de modo efectivo nunca.

Formalmente, quedan derogadas, conforme a la técnica del espiguelo:

- a) De la Ley de Funcionarios Civiles del Estado –arts. 1 a 4; el art. 5.2; el art. 7; arts. 29-30; arts. 36 a 38; art. 39.2; arts. 40-42; art. 44; arts. 47 a 50; art. 59; arts. 60 y 61; arts. 63 a 65; art. 68; art. 71; arts. 76 a 80; art. 87; arts. 89 a 93; art. 102 y arts. 104 y 105–.
- b) De la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los artículos 3.2 e) y f); artículos 6 a 8; artículos 11 y 12; artículo 13, apartados 2 a 4; artículo 14.4 y 5; artículos 16 y 17; artículo 18, apartados 1 a 5; artículo 19.1 y 3; artículo 20.1, a), b) párrafo primero, c), e) y g) en sus párrafos primero a cuarto, e i), apartados 2 y 3; artículo 21; artículo 22.1, a excepción de los dos últimos párrafos; artículos 23 a 26; artículo 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; artículo 30.3 y 5; artículos 31 a 33; disposiciones adicionales tercera.2 y 3, 4.^a, 12.^a y 15.^a; disposiciones transitorias segunda, octava y novena.
- c) La LORAP, con las dos excepciones ya expresadas –procedimiento electoral–.
- d) Ley 17/1993, sobre incorporación a la función pública española de los nacionales de otros Estados miembros de la UE.
- e) De la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, el artículo 92 y el Capítulo III del Título VII.

f) Del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, TR de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, el Capítulo III del Título VII.

Amén, naturalmente, de la típica cláusula de estilo relativa a la derogación tácita –y cuantas normas de igual o inferior rango contradigan lo dispuesto en este Estatuto–. En fin, casi sin comentarios... Si se pueden hacer mal las cosas por qué se van a hacer bien, ha debido de pensar el legislador que ha incorporado tan kafkiana disposición derogatoria.

Pero como siempre ocurre en el empleo público, y siguiendo la «Ley de Murphy», si algo puede hacerse aún peor, seguro que se hace. Y esta negativa manera de usar la técnica derogatoria todavía tendrá que encontrarse con otro escollo. Y es que la disposición final 4.^a, relativa a la «entrada en vigor», aún nos reserva otras sorpresas.

En efecto, en principio el EBEP entró en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el BOE –por tanto el 13 de mayo, ya que se publicó el 13 de abril–. Hasta aquí incluso los que «somos de letras» podemos comprender esta regla. Pero de inmediato el propio legislador se va a desmentir y aplazará esa vigencia para un buen número de preceptos. Así:

- Lo establecido en los Capítulos II –sistema de clasificación profesional– y III –sistema retributivo– del Título III, excepto el artículo 25.2 –reconocimiento de trienios por el tiempo de servicio precedente a la entrada en vigor del EBEP a los funcionarios interinos–, y en el Capítulo III –provisión de puestos de trabajo y movilidad– del Título V, solo producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicen en desarrollo del mismo.
- La disposición final 3.^a, apartado 2, del EBEP producirá efectos en cada AP a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de tales Leyes de desarrollo. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos, la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.
- Las normas sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos –Capítulo I y II del Título V– se mantendrán en vigor en cada AP hasta que se dicen tales Leyes de Función Pública y normas reglamentarias de desarrollo. Eso sí, para rizar aún más el rizo, solo «en tanto no se opongan a lo establecido en este EBEP».

Quizás el lector tenga la sensación de que esto es un galimatías, o de que en este apartado no he estado muy fino. Y no le faltará razón, pero es que no creo que pueda hacerse mucho más, porque es sencillamente incomprensible cómo se puede llegar a tal nivel de «locura» reguladora. Siempre queda un «consuelo», y es que para la materia propiamente laboral, la situación parece **algo más sencilla por lo que respecta a determinar qué está derogado y qué no, otra cosa es la enrevesada situación, ya indicada, en que ha quedado el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las AAPP. No obstante, dada la aplicación de un buen número de preceptos del EBEP, las incertidumbres aplicativas se reflejarán también en él.**

La mejor prueba de esta opción incomprensiblemente caótica está en que tanto la Secretaría General de las Administraciones Públicas, para la AGE, como otros órganos autonómicos, para sus respectivas AAPP, así como, para no ser menos, la FEMP –Federación Española de Municipios y Provincias–, se han visto en la obligación de ofrecernos a modo de «Manual de Uso» o «guía explicativa» qué está en vigor y qué no lo está, al menos por el momento. No es nada frecuente una opción de este tipo, entre otras cosas porque se corre el riesgo de que sea la propia Administración Pública, destinataria de la Ley, la que determine, conforme a su criterio, diferente al previsto en el propio texto legal, lo que está o no en vigor. En este sentido, las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del EBEP a la AGE –BOE de 23 de junio de 2007– no escapa a esa tentación, e integra algunos contenidos de preceptos legales que no aparecen como tales expresamente en el EBEP. En cualquier caso, y por lo que aquí interesa, estas Instrucciones confirman, por lo que en este punto nos parecen acertadas –no en otros–, la aplicación conjunta al personal funcionario y al laboral de una materia tan inciertamente regulada, según se ha explicado, como los permisos y descanso vacacional.

ANEXO. Datos del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Personal al servicio de las Administraciones Públicas		
Número de efectivos	%	
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL	542.353	23,2
• Administración General del Estado.	234.514	5,0
• Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.	111.845	10,0
• Fuerzas Armadas.	117.546	4,8
• Administración de Justicia.	22.621	1,0
• Entidades Públicas Empresariales y Organismos Públicos con régimen específico.	55.827	2,4
ADMINISTRACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	1.162.057	49,5
• Consejerías y sus OO.AA.	230.590	9,8
• Área de la Docencia no Universitaria.	471.555	20,1
• Instituciones Sanitarias Sistema Nacional de Salud.	413.348	17,6
• Administración de Justicia.	29.203	1,3
• Fuerzas de Seguridad.	17.361	0,7
ADMINISTRACIÓN LOCAL	545.557	23,3
• Ayuntamientos.	468.365	20,0
• Diputaciones/Cabildos/Consejos Insulares.	77.192	3,3
UNIVERSIDADES	92.720	4,0
TOTAL	2.342.687	100,0

FUENTE: *Boletín Estadístico del Ministerio de Administraciones Públicas 2004.*