

LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Autores: Martínez Girón, J.

Editorial: Atelier, 2018, 165 páxinas

A prestación de servizos nas Administracións públicas españolas realízase, fundamentalmente, a través de dúas grandes modalidades ou tipos de vínculos: o funcional e o contractual, que atopan as súas regulacións respectivamente no Dereito Administrativo e no Dereito do Traballo. A pesar de que ambos son sistemas diferenciados e distantes, tamén foron froito de procesos que progresivamente conseguiron unha maior interrelación, como son a funcionarización e a laboralización, que reciprocamente se constituíron, partindo previamente dun vínculo xurídico funcional ou laboral, en procesos de transformación de “empregados públicos” en funcionarios ou laborais en Administracións estatais, autonómicas, locais e, especificamente, en Universidades.

En consecuencia, xa non se fala de dúas ramas xurídicas incomunicadas, a laboral e a administrativa, senón que, pola contra, abriuse unha senda entre ambas pola cal discorren as doutrinas respectivas, na medida en que se conectaron a fuxida do Dereito Administrativo e a fuxida do Dereito do Traballo. A este último dos fenómenos é ao que dedica Jesús Martínez Girón, catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Universidade da Coruña, unha excelente obra titulada *La funcionarización del personal laboral de las administraciones públicas*. Nela, pódese observar como o seu autor anoa con gran éxito e

acerto a vertente práctica e teórica do devandito fenómeno a través de diferentes revisións xurisprudenciais, facendo así que a análise exhaustiva se traslade ao lector nunha monografía que se erixe como unha mención obrigatoria no estudo da materia.

A doutrina laboralista non só debe prestar atención ás transformacións do réxime xurídico dos funcionarios, senón tamén ás do persoal laboral ao servizo das correspondentes Administracións, mostrando así o profesor unha exhaustiva análise das súas causas, o seu procedemento e as consecuencias que se poden derivar del nos diferentes ámbitos non só dende unha vertente teórica, senón tamén práctica, ao ir explicando a normativa e as deficiencias ou irregularidades que provocaron situacións especialmente problemáticas reflectidas en pronunciamentos xudiciais en diversas instancias coidadosamente seleccionados. Este espírito analista déixase ver xa no prólogo da obra, elaborado por María Emilia CASAS BAAMONDE, catedrática de Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Universidade Complutense de Madrid e presidenta emérita do Tribunal Constitucional. A profesora é capaz de poñer ao lector no punto de partida, resaltando o contido esencial da obra e os beneficios que dela se poden derivar para corrixir erros pasados e construír un futuro adecuado e respectuoso cos principios constitucionais.

A obra do profesor MARTÍNEZ GIRÓN divídese, en esencia, en tres partes fundamentais. A primeira delas, que abarca a Introducción e o Capítulo I, mostra o fundamento da funcionarización e os intereses contrapostos que nela existen, sen esquecerse do fenómeno contrario, a través dunha serie de exemplos reais no Dereito Comparado. A segunda parte recolle respectivamente o proceso en si mesmo da funcionarización do persoal laboral ao servizo da Administración pública, aludindo ao persoal fixo, ao temporal e á categoría xurisprudencial de indefinido non fixo. Neste sentido, MARTÍNEZ GIRÓN, atendendo ao diferente trato que se lle outorga a cada tipoloxía correspondente, mostra a súa normativa reguladora dunha maneira interrelacionada observando o lector á súa vez, como esta se materializou nos últimos anos respecto dos

programas de consolidación de emprego temporal. Por último, a terceira parte recolle un Epílogo onde o autor, a modo de peche e conclusión, aborda resumidamente o fenómeno antitético daquel do que a obra trae a súa causa, apostando por mecanismos e procedementos de defensa do funcionariado e os seus dereitos estatutarios.

Dende a doutrina laboralista falouse, tradicionalmente, da fuxida do Dereito do Traballo propiciada por aqueles empresarios máis próximos aos contratos civís ou mercantís coa intención de recortar os custos laborais que "propiciaban" os seus traballadores. Con todo, a funcionarización supón unha fuxida dos propios traballadores asalariados do sector público, tanto cun contrato de traballo fixo como cun en fraude de lei, que observan como o seu traballo non-decente se contrapón cun modelo de traballo na función pública que lles supera no devandito grao de "decencia". MARTÍNEZ GIRÓN propón, na súa Introducción, os tres principais indicadores da decencia do *status* funcional en España, aínda que as reformas dos primeiros meses de 2019 poderían matizar minimamente a disparidade existente: 1) Un haber mínimo superior ao salario mínimo interprofesional. Aínda que non estaba aprobada a recente subida deste último cando o autor escribía as súas palabras, iso non contradí as conclusións do propio Comité Europeo de Dereitos Sociais do 5 de decembro de 2014, onde se afirmaba que o salario mínimo do persoal contractual do sector público non aseguraba un nivel de vida decente, en contraposición ao que sucedía respecto dos funcionarios de carreira; 2) A xornada de traballo rexistrada e controlada. A Resolución do 28 de decembro de 2012, da Secretaría de Estado de Administracións Públicas, pola que se ditan instrucións sobre xornada e horarios de traballo do persoal ao servizo da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos debuxa unha xornada semanal máxima de 37 horas e media controlada a través dos correspondentes sistemas de entradas e saídas e dificilmente ampliable a través de horas extraordinarias, de carácter excepcional. Aínda que o emprego privado das Administracións públicas se regule por esta resolución, sen permitir non obstante

unha distribución irregular da xornada, obsérvase como ambos os fenómenos diverxen do caos imperante no sector privado, ata tal punto que as medidas urxentes de loita contra a precariedade laboral beberon do devandito modelo a través da implantación dun rexistro de xornada diario; e 3) A garantía anti-crixe do emprego ata a xubilación, na medida en que a condición de funcionario de carreira é inmune ás tradicionais "causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción", que si rexen para os asalariados precarios, os indefinidos non fixos e os laborais fixos das Administracións públicas.

A inamovibilidade no emprego ou a inmunidade extintiva funcional non é un óbice para que o autor poida mostrar ao lector, a través dunha exhaustiva análise, os procesos de paulatina redución do "emprego público" baixo a cultura do emprendemento que se deron non unicamente en España, senón tamén en Estados Unidos, Holanda e Italia. Constituindo o modelo federal estadounidense un sistema que non diferencia entre laborais e funcionarios, senón que alude a empregados públicos con dereito á negociación colectiva básica e que, á súa vez, poden ser separados do servizo por "prestación inaceptable dos seus servizos", este modelo e a súa "burocratización" foi entendido polo presidente TRUMP como un obstáculo que atrasaba o bo servizo público, principalmente debido ás longas negociacións colectivas, de tal modo que foi reformado a través dunha serie de Ordes executivas que, por unha banda, limitaron as materias obxecto de negociación e o tempo sindical dos empregados públicos e, por outra, redeseñaron os procedementos de separación do servizo para que estes fosen máis flexibles e discrecionais á hora de valorar ese cumprimento inaceptable.

Os escenarios italianos de corrupción sistemática provocaron que as "leis Bassanini" privatizasen as relacións funcionariais da práctica totalidade das Administracións, para que estas pasasen a rexerse polas leis do traballo subordinado na empresa, provocando así diverxentes condicións de traballo entre Administracións pola existencia de leis rexionais e unha negociación colectiva descentralizada. Por outra banda, a normalización da

función pública holandesa, dunha forma excepcionalmente rápida e sinxela, elimina a función pública nese país para contar así cun "funcionariado" ao que lle resultarán de aplicación as normativas sobre despedimento e extinción dos contratos de traballo.

MARTÍNEZ GIRÓN mostra, a través destes exemplos, aos cales se lle suma España coa declaración "a extinguir" dos funcionarios de Correos, como a laboralización, no seo dos movementos liberalizadores, aposta pola flexibilidade na xestión das relacións laborais e de emprego público para non só dotar dun tratamento uniforme, senón para poder conseguir tamén a aplicación dunha das figuras máis tradicionais do Dereito do Traballo, como é o despedimento, ben motivado por motivos extraordinarios ou simplemente por motivos "conxunturais" de crises, reducindo así o número de efectivos.

Como movemento antitético, a funcionarización busca, precisamente, estabilidade e mellora das condicións laborais do persoal laboral das Administracións públicas. A funcionarización posúe o seu mecanismo activador no artigo 36 do Estatuto básico do empregado público, a través de acordos colectivos "xenerais" de harmonización de intereses. A negociación conxunta das condicións comúns de emprego dos funcionarios e do persoal laboral, aínda que viñera sendo rexeitada pola xurisprudencia contencioso-administrativa e social, foi lexitimada pola primeira versión do EBEP e continúa séndoo na versión actual, estando así implicados a Administración e os representantes legais e sindicais non só dos funcionarios, senón tamén dos traballadores asalariados para subscribir así un acordo tripartito de natureza extraestatutaria.

A importancia que se outorga á autonomía colectiva neste singular instrumento é o que provoca a atención da doutrina laboralista. Esa autonomía ten a súa razón de ser na existencia dos diverxentes intereses que poden suscitarse nos implicados e que deben axustarse no acordo e no proceso da funcionarización, os cales describe MARTÍNEZ GIRÓN no seu Capítulo I, titulado "Los intereses a armonizar en la funcionarización del personal laboral". Para o autor, existen catro grandes protagonistas, defendendo

cada un a súa motivación: as Administracións públicas, os representantes legais ou sindicais dos traballadores asalariados afectados, os traballadores asalariados chamados a funcionarizarse, e os funcionarios xa empregados pola Administración.

A Administración pública, nese proceso, poñerá o seu foco de atención no custo de persoal e na simplificación da xestión do seu propio persoal. A funcionarización non supoñería un aforro para a Administración nas cotas patronais por accidentes de traballo e de formación profesional, por ser estas homoxéneas para laborais e funcionarios, nin tampouco nas cotas por contingencias comúns pola progresiva redución operada pola DT 7ª do Real decreto-lei 13/2010. MARTÍNEZ GIRÓN entende que o aforro para a Administración só se produciría respecto das cotas patronais por desemprego e Fondo de Garantía Salarial na medida en que pode resultar difícil que un funcionario tivese que acudir ás prestacións garantidas polo FOGASA no artigo 33 do Estatuto dos traballadores. A este interese positivo para a funcionarización debe sumárselle o interese dos propios traballadores asalariados, que non só gañarán en dereitos de promoción vertical na súa carreira profesional, senón que xa non caberá a posibilidade de perder o seu emprego por un ERE (tal e como aparece descrito no seu exemplo máis práctico no Auto da Sala do social do Tribunal Supremo do 8 de maio de 2018). Este persoal asalariado, concretamente o laboral fixo, posúe unha serie de dereitos laborais adquiridos que, segundo as instrucións elaboradas pola Administración Xeral do Estado, deben ser respectados, especialmente no ámbito económico, non podendo recibir unha remuneración inferior á do posto de orixe. Con todo, as posicións "a favor", como é evidente, deben enfrontarse coas posicións "en contra", e segundo MARTÍNEZ GIRÓN estas últimas son proclamadas polos representantes dos traballadores asalariados e o funcionario xa existente. Aínda que poida parecer contradictorio respecto do primeiro punto, dende a xestión do persoal os representantes dos traballadores asalariados non só se opoñen ao proceso por razóns substantivas de perda da súa base representativa ao haber unha diminución

significativa do persoal (base que gañaría, en contraposición, a representación electiva dos funcionarios), senón tamén por razóns procesuais ante a “desaparición” do proceso laboral especial de conflitos colectivos. Pola súa banda, os funcionarios xa existentes ven neste proceso como postos vacantes onde situar aos laborais a funcionarizar poderían ser ocupados por eles mesmos se se salvagardasen os seus dereitos de promoción interna.

Os procesos de funcionarización do persoal laboral son abordados por MARTÍNEZ GIRÓN nos Capítulos II e III, dedicados respectivamente ao persoal laboral fixo e ao persoal laboral non fixo. No Capítulo II, titulado “La funcionarización del personal laboral fijo”, o autor debuxa, en primeiro lugar, o marco normativo que procede a regular o proceso, entendendo que deste se deben tomar as súas tres dimensións: preestatutaria, estatutaria e extraestatutaria. A Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, non contiña ningunha mención relativa á funcionarización ata a súa reforma operada pola Lei 23/1988, do 28 de xullo, para dar cumprimento á Sentenza do Tribunal Constitucional 99/1987, do 11 de xuño, introducíndose así a disposición transitoria 15^a, que afirmaba que o persoal laboral fixo que, á entrada en vigor da lei operativa da reforma, se atopase prestando servizos en postos reservados a funcionarios ou adquirise esa condición en virtude de probas selectivas convocadas con anterioridade á esa data, podería participar nos procesos e probas selectivas de acceso aos correspondentes postos se cumprían os requisitos mínimos esixidos. Esta disposición mantívose vixente coa primeira versión do Estatuto básico do emprego público (Lei 7/2007) e coa actual (Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro), a través da súa disposición transitoria 2^a, engadindo non obstante unha referencia aos procesos selectivos de promoción interna que permitiría que os funcionarios participasen en procesos selectivos restrinxidos á funcionarización. Estas previsións normativas, segundo o autor, deben ser completadas coas previsións legais específicas que o Estado se viu obrigado a regular en determinados sectores administrativos, como o educativo

ou o da sanidade, onde a presenza do persoal laboral precario era preteritorio.

Unha vez exposto o marco normativo anterior, MARTÍNEZ GIRÓN, a través dunha selección precisa da xurisprudencia máis destacable, amosa ao lector as diversas limitacións subxectivas, obxectivas e temporais que posúen os procesos de funcionarización que se viñeron realizando. Dentro destes destaca o límite subxectivo, en virtude do cal, para o proceso de funcionarización, é estritamente necesario que o persoal fixo viñese realizando tarefas ou ocupando postos reservados a funcionarios, quedando fóra non só aqueles postos nos que a Lei segue permitindo o seu desempeño por persoal laboral (Sentenza da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo do 1 de setembro de 2007), senón tamén aqueles que non se constituían como persoal laboral fixo senón, por exemplo, como indefinidos non fixos. A iso debe sumárselle o límite obxectivo, constituído polo que se acuña xurisprudencialmente como "concursos restrinxidos", onde resultan de vital importancia para o autor as esixencias derivadas dos principios constitucionais de igualdade, mérito, capacidade e publicidade. Aínda que os procesos de funcionarización ao amparo da regulación preestatutaria se cualifican como hiper-restrinxidos por excluír a posible participación dos xa funcionarios, restrición lexitimada polo Tribunal Supremo (Sentenza da Sala do contencioso-administrativo do 20 de xuño de 1996), a normativa estatutaria abriu os procedementos de promoción interna a este último colectivo. Neses procedementos debíanse valorar como méritos os servizos prestados na condición de laboral, aínda que o Tribunal Constitucional, nas súas Sentenzas 388/1993 e 111/201, se opuxo a unha funcionarización automática, explicando así MARTÍNEZ GIRÓN a necesidade de que, en liña co concepto de mérito ou capacidade, esas valoracións se atopasen "no límite do tolerable" (STC 67/1989).

Estes límites anteriormente mencionados e que permaneceron inamovibles durante a crise económica, segundo o autor, limitan as posibles activacións de procesos de funcionarización do persoal laboral fixo, razón pola cal se

constituíron acordos colectivos tripartitos de defensa do devandito persoal á marxe da lei, como sucedeu co acordo colectivo da Universidade da Coruña do 13 de xullo de 2012, o cal MARTÍNEZ GIRÓN menciona e estuda exhaustivamente ao longo de diversos fragmentos na súa obra, poñendo neste caso de relevo os vicios que poden derivarse da vulneración dos límites temporais e obxectivos. Aínda que son expostos dunha maneira exhaustiva os problemas relativos á funcionarización do persoal laboral fixo, MARTÍNEZ GIRÓN dedica o seu Capítulo III á complexidade específica do persoal laboral non fixo. Este persoal laboral non fixo abarca non só ao persoal laboral precario ou temporal (os anteriores contratados administrativos en réxime de colaboración temporal), senón tamén á complexa figura do persoal indefinido non fixo. Dende o ano 1997 ven sucedendo cada dez anos aproximadamente a activación dos devanditos procesos pola creación de bolsas de persoal laboral temporal ao servizo de Administracións estatais, institucionais, autonómicas e locais, a través de acordos recollidos nas leis orzamentarias do Estado que sucumbiron ao impacto da crise económica respecto das taxas de reposición de efectivos. As últimas convocatorias extraordinarias de consolidación de emprego temporal nas Administracións públicas producíronse a través do Acordo Goberno-Sindicatos sobre mellora do emprego do 29 de marzo de 2017 e o II Acordo tripartito para a mellora do emprego público e as condicións de traballo.

O Real decreto 954/2018, en execución das devanditas previsións, aprobou a oferta de emprego público para 2018 e os procesos de consolidación de emprego temporal, pero excluindo a consolidación do persoal laboral indefinido non fixo, razón pola cal MARTÍNEZ GIRÓN dedica un apartado específico a súa funcionarización dentro do correspondente Capítulo. Esta categoría de persoal laboral, creada xurisprudencialmente, provocou a recente atención do Goberno que, en 2018, dentro das leis orzamentarias, recolleu disposicións específicas destinadas ás Administracións para que estas evitasen todo tipo de irregularidade na contratación que puidese orixinar esa figura e, no caso de que así se producise, que respondesen

por esa actuación irregular. MARTÍNEZ GIRÓN, cun gran enfoque práctico, entende que tras estas disposicións se esconden tres feitos relevantes e examinados xurisprudencialmente, como foron o recoñecemento do dereito dos indefinidos non fixos a participar na promoción profesional convencional (Sentenza da Sala do social do Tribunal Supremo do 2 de abril de 2018); a declaración de existencia de persoal indefinido non fixo estatutario (non laboral), cuestión que debe ser examinada de acordo coa máis recente xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (Sentenza da Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia do 11 de xullo de 2018); e, a diferenza do que sucede respecto do persoal laboral fixo, a non existencia de readmisión automática dun traballador indefinido non fixo despedido improcedentemente, podendo recibir a correspondente indemnización como contrapartida (Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 25 de xullo de 2018 no caso *Gardenia Vernaza Ayovi contra Consorci Sanitari de Terrasa*).

O autor, ao fío desta explicación, tamén entende que, para a eventual consolidación do persoal indefinido non fixo que poida realizarse, deben terse en conta tres necesidades a atender: 1) A dun concurso-oposición de carácter aberto que garanta a libre concorrencia; 2) A de forzar ata o "limite do tolerable" a baremación dos méritos polos servizos prestados; e 3) A da funcionarización no caso de que o indefinido non fixo ocupase un posto ou realizase funcións reservadas a funcionarios.

A modo de peche, MARTÍNEZ GIRÓN, no correspondente Epílogo, non se resiste a falar da laboralización como un fenómeno que "navega con vento de cola" no propio EBEP e que non só vai en contra do mandato imperativo e constitucional de existencia dun estatuto específico de funcionario público (e non de empregado público), senón que pasa por alto tamén a necesidade de que determinados postos estean reservados única e exclusivamente a funcionarios. A laboralización nace así nun contexto de fraude e liberalización onde non só se poden observar encadeamentos contractuais fraudulentos (especialmente importantes no ámbito sanitario), senón unha

preponderancia notable do persoal laboral fronte ao persoal funcionario en institucións como as Universidades públicas, polo que, nesta pugna laboralización-funcionarización, MARTÍNEZ GIRÓN aposta pola existencia de mecanismos orientados á defensa do funcionario público e os seus dereitos estatutarios, incluído o ámbito procesual.

O profesor MARTÍNEZ GIRÓN, ao longo desta monografía, é capaz de trasladar ao lector a importancia que na actualidade posúen os fenómenos antitéticos da laboralización e a funcionarización na visión dun emprego público dual, con figuras xurídico-administrativas e laborais, respectivamente, ofrecendo non só unha visión normativa da cuestión a tratar, senón fundamentalmente práctica, ao fío de diversos casos reais que, chegando aos Tribunais, non deben ser pasados por alto. As problemáticas que o autor evidenciou ao longo da obra non deben ser simplemente enunciadas, senón que debe tomarse a partir delas a correspondente testemuña para corrixir erros antigos e conseguir, tamén no seo das Administracións públicas, o tan soado “traballo decente”. Por iso, esta obra emerxe, dentro do seu escenario público, como un referente para o lector que pertenza non só á doutrina administrativa, senón tamén á doutrina laboralista, poñendo en evidencia a capacidade do autor para anoar ambos os movementos nunha excelente e exhaustiva revisión legal e xurisprudencial que achega, a través das súas acertadas propostas, claridade neste escenario de luces e sombras que constituíu a relación laboral na Administración pública.

LIDIA GIL OTERO

Universidade de Santiago de Compostela

lidiagilotero@gmail.com