

LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Autores: Martínez Girón, J.

Editorial: Atelier, 2018, 165 páginas

La prestación de servicios en las Administraciones Públicas españolas se realiza, fundamentalmente, a través de dos grandes modalidades o tipos de vínculos: el funcional y el contractual, que encuentran sus regulaciones respectivamente en el Derecho Administrativo y en el Derecho del Trabajo. A pesar de que se tratan ambos de sistemas diferenciados y distantes, también han sido fruto de procesos que progresivamente han conseguido una mayor interrelación, como son la funcionarización y la laboralización, que recíprocamente se han constituido, partiendo previamente de un vínculo jurídico funcional o laboral, en procesos de transformación de "empleados públicos" en funcionarios o laborales en Administraciones estatales, autonómicas, locales y, específicamente, en Universidades.

En consecuencia, ya no se habla de dos ramas jurídicas incomunicadas, la laboral y la administrativa, sino que, por el contrario, se ha abierto una senda entre ambas por la cual discurren las doctrinas respectivas, en la medida en que se han conectado la huida del Derecho Administrativo y la huida del Derecho del Trabajo. A este último de los fenómenos es al que dedica Jesús Martínez Girón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, una excelente obra titulada "La funcionarización del personal laboral de las

administraciones públicas". En ella, se puede observar cómo su autor anuda con gran éxito y acierto la vertiente práctica y teórica de dicho fenómeno a través de diferentes revisiones jurisprudenciales, haciendo así que dicho análisis exhaustivo se traslade al lector en una monografía que se erige como una mención obligatoria en el estudio de la materia.

La doctrina laboralista no sólo debe prestar atención a las transformaciones del régimen jurídico de los funcionarios, sino también a las del personal laboral al servicio de las correspondientes Administraciones, mostrando así el profesor un exhaustivo análisis de sus causas, su procedimiento y las consecuencias que se pueden derivar del mismo en los diferentes ámbitos no sólo desde una vertiente teórica, sino también práctica, al ir explicando la normativa y las deficiencias o irregularidades que han provocado situaciones especialmente problemáticas reflejadas pronunciamientos judiciales en diversas instancias cuidadosamente seleccionados. Este espíritu analista se deja ver ya en el prólogo de la obra, elaborado por María Emilia CASAS BAAMONDE, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid y Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional. La profesora es capaz de poner al lector en el punto de partida, resaltando el contenido esencial de dicha obra y los beneficios que de ella se pueden derivar para corregir errores pasados y construir un futuro adecuado y respetuoso con los principios constitucionales.

La obra del profesor MARTÍNEZ GIRÓN se divide, en esencia, en tres partes fundamentales. La primera de ellas, que abarca la Introducción y el Capítulo I, muestra el fundamento de la funcionarización y los intereses contrapuestos que en ella existen, sin olvidarse del fenómeno contrario, a través de una serie de ejemplos reales en el Derecho Comparado. La segunda parte recoge respectivamente el proceso en sí mismo de la funcionarización del personal laboral al servicio de la Administración Pública, aludiendo al personal fijo, al temporal y a la categoría jurisprudencial de indefinido no fijo. En este sentido, MARTÍNEZ GIRÓN, atendiendo al

diferente trato que se le otorga a cada tipología correspondiente, muestra su normativa reguladora de una manera interrelacionada observando el lector a su vez, cómo ésta se ha materializado en los últimos años respecto de los programas de consolidación de empleo temporal. Por último, la tercera parte recoge un Epílogo donde el autor, a modo de cierre y conclusión, aborda resumidamente el fenómeno antitético de aquel del que la obra trae su causa, apostando por mecanismos y procedimientos de defensa del funcionariado y sus derechos estatutarios.

Desde la doctrina laboralista se ha hablado, tradicionalmente, de la huida del Derecho del Trabajo propiciada por aquellos empresarios más cercanos a los contratos civiles o mercantiles con la intención de recortar los costes laborales que "propiciaban" sus trabajadores. Sin embargo, la funcionarización supone una huida de los propios trabajadores asalariados del sector público, tanto con un contrato de trabajo fijo como con uno en fraude de ley, que observan cómo su trabajo no-decente se contrapone con un modelo de trabajo en la función pública que les supera en dicho grado de "decencia". MARTÍNEZ GIRÓN propone, en su Introducción, los tres principales indicadores de la decencia del funcional en España, si bien las reformas de los primeros meses de 2019 podrían matizar mínimamente la disparidad existente: 1) Un haber mínimo superior al salario mínimo interprofesional. Si bien todavía no se había aprobado la reciente subida de este último cuando el autor escribía sus palabras, ello no contradice las conclusiones del propio Comité Europeo de Derechos Sociales de 5 de diciembre de 2014, donde se afirmaba que el salario mínimo del personal contractual del sector público no aseguraba un nivel de vida decente, en contraposición a lo que sucedía respecto de los funcionarios de carrera; 2) La jornada de trabajo registrada y controlada. La Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dibuja una jornada semanal máxima de 37 horas y media controlada a través

de los correspondientes sistemas de entradas y salidas y difícilmente ampliable a través de horas extraordinarias, de carácter excepcional. Aunque el empleo privado de las Administraciones públicas se regule por dicha resolución, sin permitir no obstante una distribución irregular de la jornada, se observa cómo ambos fenómenos divergen del caos imperante en el sector privado, hasta tal punto que las medidas urgentes de lucha contra la precariedad laboral hayan bebido de dicho modelo a través de la implantación de un registro de jornada diario; y 3) La garantía anti-crisis del empleo hasta la jubilación, en la medida en que la condición de funcionario de carrera es inmune a las tradicionales "causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", que sí rigen para los asalariados precarios, los indefinidos no fijos y los laborales fijos de las Administraciones Públicas.

La inamovilidad en el empleo o la inmunidad extintiva funcional no es un óbice para que el autor pueda mostrar al lector, a través de un exhaustivo análisis, los procesos de paulatina reducción del "empleo público" bajo la cultura del emprendimiento que se han dado no únicamente en España, sino también en Estados Unidos, Holanda e Italia. Constituyendo el modelo federal estadounidense un sistema que no diferencia entre laborales y funcionarios, sino que alude a empleados públicos con derecho a la negociación colectiva básica y que, a su vez, pueden ser separados del servicio por "prestación inaceptable de sus servicios", este modelo y su "burocratización" fue entendido para el presidente TRUMP como un obstáculo que retrasaba el buen servicio público, principalmente debido a las largas negociaciones colectivas, de tal modo que fue reformado a través de una serie de Órdenes ejecutivas que, por una parte, limitaron las materias objeto de negociación y el tiempo sindical de los empleados públicos y, por otra, rediseñaron los procedimientos de separación del servicio para que éstos fuesen más flexibles y discrecionales a la hora de valorar ese cumplimiento inaceptable.

Los escenarios italianos de corrupción sistemática provocaron que las "leyes Bassanini" privatizasen las relaciones funcionariales de la práctica totalidad de las

Administraciones, para que éstas pasasen a regirse por las leyes del trabajo subordinado en la empresa, provocando así divergentes condiciones de trabajo entre Administraciones por la existencia de leyes regionales y una negociación colectiva descentralizada. Por otra parte, la normalización de la función pública holandesa, de una forma excepcionalmente rápida y sencilla, elimina la función pública para dicho país para contar así con un "funcionariado" al que le resultarán de aplicación las normativas sobre despido y extinción de los contratos de trabajo.

MARTÍNEZ GIRÓN muestra, a través de estos ejemplos, a los cuales se le suma España con la declaración "a extinguir" de los funcionarios de Correos, cómo la laboralización, en el seno de los movimientos liberalizadores, apuestan por la flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales y de empleo público para no sólo dotar de un tratamiento uniforme, sino para poder conseguir también la aplicación de una de las figuras más tradicionales del Derecho del Trabajo, como es el despido, bien motivado por motivos extraordinarios o simplemente por motivos "coyunturales" de crisis, reduciendo así el número de efectivos.

Como movimiento antitético, la funcionarización busca, precisamente, estabilidad y mejora de las condiciones laborales del personal laboral de las Administraciones Públicas. La funcionarización posee su mecanismo activador en el artículo 36 del Estatuto Básico del Empleado Público, a través de acuerdos colectivos "generales" de armonización de intereses. La negociación conjunta de las condiciones comunes de empleo de los funcionarios y del personal laboral, si bien había venido siendo rechazada por la jurisprudencia contencioso-administrativa y social, fue legitimada por la primera versión del EBEP y continúa siéndolo en la versión actual, estando así implicados la Administración y los representantes legales y sindicales no sólo de los funcionarios, sino también de los trabajadores asalariados para suscribir así un acuerdo tripartito de naturaleza extraestatutaria.

La importancia que se otorga a la autonomía colectiva en este singular instrumento es lo que provoca la atención de la doctrina laboralista. Dicha autonomía tiene su razón de ser en la existencia de los divergentes intereses que pueden suscitarse en los implicados y que deben acoplarse en el acuerdo y en el proceso de la funcionarización, los cuales describe MARTÍNEZ GIRÓN en su Capítulo I, titulado "Los intereses a armonizar en la funcionarización del personal laboral". Para el autor, existen cuatro grandes protagonistas, defendiendo cada uno su motivación: las Administraciones Públicas, los representantes legales o sindicales de los trabajadores asalariados afectados, los trabajadores asalariados llamados a funcionarizarse, y los funcionarios ya empleados por la Administración.

La Administración Pública, en dicho proceso, pondrá su foco de atención en el coste de personal y en la simplificación de la gestión de su propio personal. La funcionarización no supondría un ahorro para la Administración en las cuotas patronales por accidentes de trabajo y de formación profesional, por ser éstas homogéneas para laborales y funcionarios, ni tampoco en las cuotas por contingencias comunes por la progresiva reducción operada por la DT 7ª del Real Decreto-Ley 13/2010. MARTÍNEZ GIRÓN entiende que el ahorro para la Administración sólo se produciría respecto de las cuotas patronales por desempleo y Fondo de Garantía Salarial en la medida en que puede resultar difícil que un funcionario tuviese que acudir a las prestaciones garantizadas por el FOGASA en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. A este interés positivo de cara a la funcionarización debe sumársele el interés de los propios trabajadores asalariados, que no sólo ganarán en derechos de promoción vertical en su carrera profesional, sino que ya no cabrá la posibilidad de perder su empleo por un ERE (tal y como aparece descrito en su ejemplo más práctico en el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2018). Este personal asalariado, concretamente el laboral fijo, posee una serie de derechos laborales adquiridos que, según las instrucciones elaboradas por la Administración General del Estado, deben ser respetados, especialmente en el ámbito económico, no pudiendo recibir

una remuneración inferior a la del puesto de origen. Sin embargo, las posiciones "a favor", como es evidente, deben enfrentarse con las posiciones "en contra", y según MARTÍNEZ GIRÓN estas últimas son proclamadas por los representantes de los trabajadores asalariados y el funcionario ya existente. Aunque pueda parecer contradictorio respecto del primer punto, desde la gestión del personal los representantes de los trabajadores asalariados no sólo se oponen al proceso por razones sustantivas de pérdida de su base representativa al haber una disminución significativa de la plantilla (base que ganaría, en contraposición, la representación electiva de los funcionarios), sino también por razones procesales ante la "desaparición" del proceso laboral especial de conflictos colectivos. Por su parte, los funcionarios ya existentes ven en este proceso cómo puestos vacantes donde ubicar a los laborales a funcionarizar podrían ser ocupados por ellos mismos si se salvaguardasen sus derechos de promoción interna.

Los procesos de funcionarización del personal laboral son abordados por MARTÍNEZ GIRÓN en los Capítulos II y III, dedicados respectivamente al personal laboral fijo y al personal laboral no fijo. En el Capítulo II, titulado "La funcionarización del personal laboral fijo", el autor dibuja, en primer lugar, el marco normativo que procede a regular dicho proceso, entendiendo que del mismo se deben tomar sus tres dimensiones: preestatutaria, estatutaria y extraestatutaria. La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública no contenía ninguna mención relativa a la funcionarización hasta su reforma operada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, introduciéndose así la Disposición Transitoria 15ª, que afirmaba que el personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la ley operativa de la reforma, se encontrase prestando servicios en puestos reservados a funcionarios o hubiese adquirido esa condición en virtud de pruebas selectivas convocadas con anterioridad a dicha fecha, podría participar en los procesos y pruebas selectivas de acceso a los correspondientes puestos si cumplían los

requisitos mínimos exigidos. Esta disposición se mantuvo vigente con la primera versión del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007) y con la actual (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), a través de su Disposición Transitoria 2ª, añadiendo no obstante una referencia a los procesos selectivos de promoción interna que permitiría que los funcionarios participasen en procesos selectivos restringidos a la funcionarización. Estas previsiones normativas, según el autor, deben ser completadas con las previsiones legales específicas que el Estado se vio obligado a regular en determinados sectores administrativos, como el educativo o el de la sanidad, donde la presencia del personal laboral precario era acuciante.

Una vez planteado el marco normativo anterior, MARTÍNEZ GIRÓN, a través de una selección precisa de la jurisprudencia más destacable, enseña al lector las diversas limitaciones subjetivas, objetivas y temporales que poseen los procesos de funcionarización que se han venido realizando. Dentro de éstos destaca el límite subjetivo, en virtud del cual, para el proceso de funcionarización, es estrictamente necesario que dicho personal fijo viniesen realizando tareas u ocupando puestos reservados a funcionarios, quedando fuera no sólo aquellos puestos en los que la Ley sigue permitiendo su desempeño por personal laboral (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2007), sino también aquellos que no se constituyan como personal laboral fijo sino, por ejemplo, como indefinidos no fijos. A ello debe sumársele el límite objetivo, constituido por lo que se acuña jurisprudencialmente como "concursos restringidos", donde resultan de vital importancia para el autor las exigencias derivadas de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Si bien los procesos de funcionarización al amparo de la regulación preestatutaria se califican como hiper-restringidos por excluir la posible participación de los ya funcionarios, restricción legitimada por el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de junio de 1996), la normativa estatutaria abrió los procedimientos de promoción interna a este último

colectivo. En dichos procedimientos se debían valorar como méritos los servicios prestados en la condición de laboral, si bien el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 388/1993 y 111/201, se opuso a una funcionarización automática, explicando así MARTÍNEZ GIRÓN la necesidad de, en línea con el concepto de mérito o capacidad, dichas valoraciones se encontrasen “en el límite de lo tolerable” (STC 67/1989). Estos límites anteriormente mencionados y que permanecieron inamovibles durante la crisis económica, según el autor, limitan las posibles activaciones de procesos de funcionarización del personal laboral fijo, razón por la cual se constituyeron acuerdos colectivos tripartitos de defensa de dicho personal al margen de la ley, como sucedió con el acuerdo colectivo de la Universidad de A Coruña de 13 de julio de 2012, el cual MARTÍNEZ GIRÓN menciona y estudia exhaustivamente a lo largo de diversos fragmentos en su obra, poniendo en este caso de relieve los vicios que pueden derivarse de la vulneración de los límites temporales y objetivos.

Si bien son expuestos de una manera exhaustiva los problemas relativos a la funcionarización del personal laboral fijo, MARTÍNEZ GIRÓN dedica su Capítulo III a la complejidad específica del personal laboral no fijo. Este personal laboral no fijo abarca no sólo al personal laboral precario o temporal (los anteriores contratados administrativos en régimen de colaboración temporal), sino también a la compleja figura del personal indefinido no fijo. Desde el año 1997 se vienen sucediendo cada diez años aproximadamente la activación de dichos procesos por la creación de bolsas de personal laboral temporal al servicio de Administraciones estatales, institucionales, autonómicas y locales, a través de acuerdos recogidos en las leyes presupuestarias del Estado que han sucumbido al impacto de la crisis económica respecto de las tasas de reposición de efectivos. Las últimas convocatorias extraordinarias de consolidación de empleo temporal en las Administraciones Públicas se han producido a través del Acuerdo Gobierno-Sindicatos sobre mejora del empleo de 29 de marzo de 2017 y el II Acuerdo tripartito para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo.

El Real Decreto 954/2018, en ejecución de dichas previsiones, aprobó la oferta de empleo público para 2018 y los procesos de consolidación de empleo temporal, pero excluyendo la consolidación del personal laboral indefinido no fijo, razón por la cual MARTÍNEZ GIRÓN dedica un apartado específico a su funcionarización dentro del correspondiente Capítulo. Esta categoría de personal laboral, creada jurisprudencialmente, ha provocado la reciente atención del Gobierno que, en 2018, dentro de las leyes presupuestarias, recogió disposiciones específicas destinadas a las Administraciones para que éstas evitasen todo tipo de irregularidad en la contratación que pudiese originar dicha figura y, en caso de que así se produjese, que respondiesen por dicha actuación irregular. MARTÍNEZ GIRÓN, con un gran enfoque práctico, entiende que tras estas disposiciones se esconden tres hechos relevantes y examinados jurisprudencialmente, como fueron el reconocimiento del derecho de los indefinidos no fijos a participar en la promoción profesional convencional (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2018); la declaración de existencia de personal indefinido no fijo estatutario (no laboral), cuestión que debe ser examinada de acuerdo con la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia de 11 de julio de 2018); y, a diferencia de lo que sucede respecto del personal laboral fijo, la no exigencia de readmisión automática de un trabajador indefinido no fijo despedido improcedentemente, pudiendo recibir la correspondiente indemnización como contrapartida (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018 en el caso *Gardenia Vernaza Ayovi contra Consorci Sanitari de Terrasa*).

El autor, al hilo de esta explicación, también entiende que, de cara a la eventual consolidación del personal indefinido no fijo que pueda realizarse, deben tenerse en cuenta tres necesidades a atender: 1) La de un concurso-oposición de carácter abierto que garantice la libre concurrencia; 2) La de forzar hasta el "límite de lo tolerable" la baremación de los méritos por los servicios prestados; y 3) La de la

funcionarización en caso de que dicho indefinido no fijo ocupase un puesto o realizase funciones reservadas a funcionarios.

A modo de cierre, MARTÍNEZ GIRÓN, en el correspondiente Epílogo, no se resiste a hablar de la laboralización como un fenómeno que “navega con viento de cola” en el propio EBEP y que no sólo va en contra del mandato imperativo y constitucional de existencia de un estatuto específico de funcionario público (y no de empleado público), sino que pasa por alto también la necesidad de que determinados puestos estén reservados única y exclusivamente a funcionarios. La laboralización nace así en un contexto de fraude y liberalización donde no sólo se pueden observar encadenamientos contractuales fraudulentos (especialmente importantes en el ámbito sanitario), sino una preponderancia notable del personal laboral frente al personal funcionario en instituciones como las Universidades públicas, por lo que, en esta pugna laboralización-funcionarización, MARTÍNEZ GIRÓN apuesta por la existencia de mecanismos orientados a la defensa del funcionario público y sus derechos estatutarios, incluido el ámbito procesal.

El profesor MARTÍNEZ GIRÓN, a lo largo de esta monografía, es capaz de trasladar al lector la importancia que en la actualidad poseen los fenómenos antitéticos de la laboralización y la funcionarización en la visión de un empleo público dual, con figuras jurídico-administrativas y laborales respectivamente, ofreciendo no sólo una visión normativa de la cuestión a tratar, sino fundamentalmente práctica, al hilo de diversos casos reales que, habiendo llegado a los Tribunales, no deben ser pasados por alto. Las problemáticas que el autor ha evidenciado a lo largo de la obra no deben ser simplemente enunciadas, sino que debe tomarse a partir de ellas el correspondiente testigo para corregir errores antiguos y conseguir, también en el seno de las Administraciones Públicas, el tan sonado “trabajo decente”. Por ello, esta obra se emerge, dentro de su escenario público, como un referente para el lector que pertenezca no sólo a la doctrina administrativa, sino también a la doctrina laboralista, poniendo en evidencia la

capacidad del autor para anudar ambos movimientos en una excelente y exhaustiva revisión legal y jurisprudencial que aporta, a través de sus acertadas propuestas, claridad en este escenario de luces y sombras que ha constituido la relación laboral en la Administración Pública.

LIDIA GIL OTERO

Universidade de Santiago de Compostela

lidiagiloter@gmail.com