

CRÍTICA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

M^a. Consuelo FERREIRO REGUEIRO

Prof^a. Dra. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela

Recibido 03.05.2014 / Aceptado 03.06.2014

RESUMEN: El art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET– establece la jerarquía de fuentes del Derecho del Trabajo que sigue este orden: ley y potestad reglamentaria, convenio colectivo, y contrato de trabajo. No hay ninguna parte del texto legal que confiera un especial *status* a la Administración en su condición de empleadora. Al revés, la única referencia se produce con ocasión de excluir del ámbito de aplicación de aquella principal norma laboral a la relación pública de funcionario [art. 1.1.a)].

Este *modus operandi* obedece a que el elemento nuclear de la relación laboral y sujeto especialmente protegido es el dador del servicio, al fin y a la postre él entrega parte de su propia esencia a un tercero a cambio del sustento vital conocido como salario.

La Administración cuenta con formas de reclutamiento de mano de obra sometidas al imperio de la ley desde un tiempo bastante anterior al de la legislación industrial. En ellas, el vínculo jurídico tiene como núcleo esencial al receptor del servicio, a la propia Administración, y el dador, más que trabajar para ella, se integra en ella. La rapidez del desarrollo de los negocios jurídicos a la luz del Derecho del Trabajo constituyó una invitación para que la Administración reclutase mano de obra bajo la figura del contrato de trabajo. En España, en la década de los ochenta, y en otros países del entorno antes o después, cupo acogerse al modelo británico de *public servants* y relegar el del funcionario napoleónico a determinadas profesiones que ostentasen poderes inherentes a la titularidad del Estado. Pero no fue así. Y funcionarios y trabajadores comenzaron a convivir y conviven en el ámbito del empleo público, con consecuencias bastante indeseables que todas ellas se resumen al contestar la pregunta: ¿Se respeta la jerarquía de fuentes del Derecho del Trabajo si la Administración actúa como empleadora?

PALABRAS CLAVE: administraciones públicas, contrato de trabajo, jerarquía de fuentes, convenio colectivo.

RESUMO: O art. 3 do Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores – en diante, ET- establece a xerarquía de fontes no Dereito do Traballo que segue esta orde: lei e potestade regulamentaria, convenio colectivo, e contrato de traballo, Non hai ningunha parte do texto legal que confira un especial status á Administración na súa condición de empregadora. Ó revés, a única referencia prodúcese con ocasión de excluír do ámbito de aplicación daquela principal norma laboral á relación pública do funcionario [art. 1.1.a)].

Este modus operandi obedece a que o elemento nuclear da relación laboral e suxeito especialmente protexido é o dador do servizo, á fin e á postre el entrega parte da súa propia esencia a un terceiro a cambio do sustento vital coñecido como salario.

A Administración conta con formas de recrutamento de man de obra sometidas ó imperio da lei dende un tempo bastante anterior ó da lexislación industrial. Nelas, o vínculo xurídico ten como núcleo esencial ó receptor do servizo, á propia Administración, e o dador, máis que traballar para ela, intégrase nela. A rapidez do desenvolvemento dos negocios xurídicos á luz do Dereito do Traballo supuxo unha invitación para que a Administración recrutase man de obra baixo a figura do contrato de traballo. En España, na década dos oitenta, e noutros países do entorno antes ou despois, coupo acollerse ó modelo británico de *public servants* e relegar ó funcionariado napoleónico a determinadas profesións que ostentasen poderes inherentes á titularidade do Estado. Pero non foi así. E funcionarios e traballadores comezaron a convivir e conviven no ámbito do emprego público, con consecuencias bastantes indesexables que todas elas se resumen ó contestar á pregunta: ¿Respétase a xerarquía de fontes do Dereito de Traballo se a Administración actúa como empregadora?

PALABRAS CLAVE: administracións públicas, contrato de traballo, xerarquía de fontes, convenio colectivo

SUMARIO: 1. RELACIÓN ENTRE LA LEY ADMINISTRATIVA Y LA LABORAL. 2. RELACIÓN ENTRE LA LEY ADMINISTRATIVA Y EL

CONVENIO COLECTIVO: 2.1. La ilegalidad de las cláusulas convencionales que determinen un montante de las retribuciones superior al fijado por ley. 2.2. La reducción por imperativo legal del montante de las retribuciones fijado en las cláusulas convencionales. 2.3. La suspensión del convenio colectivo. 3. RELACIÓN ENTRE LA LEY ADMINISTRATIVA Y EL CONTRATO DE TRABAJO. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. RELACIÓN ENTRE LA LEY ADMINISTRATIVA Y LA LABORAL

Con la publicación de la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público –en adelante, EBEP–, se introducen las bases de una regulación uniforme de todos los funcionarios de las Administraciones, con independencia de las particularidades de las leyes de función pública de cada Comunidad Autónoma, y del personal laboral a ellas adscrito (art. 2.1).

Esta última encomienda fue en extremo delicada y solo resulta comprensible a la luz de dos precisiones. Una, estrechamente vinculada a la estructura territorial y a la distribución de competencias española: las Comunidades Autónomas carecen de poder para legislar en materia laboral (art. 149.1.7^o Constitución española –CE–). Otra viene resuelta, al menos desde un punto de vista teórico, por el mismo EBEP, cuyo art. 7, con el rótulo "Normativa aplicable al personal laboral", afirma: "El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan".

Con ello parece evidente que las normas laborales tiene preferencia con relación a las de Derecho Administrativo en lo relativo a su ámbito: el contrato de trabajo y sus vicisitudes. Se aplica el principio de especialidad o de ley especial ("*lex specialis derogat legi generali*")¹. Reconocido por la jurisprudencia como un principio general del derecho, bajo la clásica definición de ENNECERUS, KIPP y WOLF según la cual es "el que se aparta de la regla general y (...) relativo a las clases especiales de personas, cosas y relaciones"², su consecuencia inmediata se encuentra en que esa

¹ "*In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod speciem directum est*" (80 Dig, libro 33).

² También es muy esclarecedora la opinión de DE CASTRO para quien lo general se refiere "al conjunto de las disposiciones destinadas a reglamentar la vida social considerada en su totalidad";

aplicación preferente de lo especial no elimina la simultánea vigencia de la general. En verdad, la prioridad de la *lex specialis* es la única opción para asegurar su aplicación, pues, de lo contrario, quedaría absorbida por la general y carecería de sentido que el legislador la hubiese creado privada de cualquier efecto³.

Sin embargo, la mala praxis de las Administraciones en el manejo de la ley laboral se zanjó con no pocos y graves problemas jurídicos. Así, se recuerdan todos los relativos a la contratación laboral y el extraño juego de la presunción del carácter indefinido de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, la reclamación de condiciones de trabajo, incluidas las económicas, a través de la negociación colectiva, o las especiales garantías en la extinción del contrato de trabajo para alguno de sus asalariados.

Frente a ello, la jurisprudencia dio un paso al frente al afirmar que el principio de la especialidad no se aplica en términos absolutos en las relaciones entre ley laboral y administrativa, pues si las Administraciones públicas actúan como empleadores se han de someter a la normativa general, coyuntural o sectorial, con las peculiaridades derivadas de la aplicación de los arts. 14⁴ y 103 CE⁵. En particular de este último que atribuye a la ley la regulación del acceso al empleo público de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Por desgracia, dos flecos ubicados en sendos preceptos del EBEP han hondado más en este estado de cosas. Así, el ya citado art. 7 da preferencia a la ley laboral especial, pero impone la aplicación de "los preceptos de este Estatuto [EBEP] que así lo dispongan". Y, por ello, el art. 51, en materia de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal, considera prioritario, por este orden, "lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente". A partir de ahí, la doctrina

mientras que lo especial contiene "normas solo sobre una institución o una serie de relaciones determinadas" (cfr. *Derecho Civil de España*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2008, p. 46).

³ Vid. VILLAR PALASÍ, J. L., "Más sobre las antinomias" en el vol. *Luis Jordana de Pozas. Creador de la Ciencia Administrativa*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000), pp. 51 y ss.

⁴ El precepto enuncia el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación.

⁵ Por todas, una muy reciente que lo rememora: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –en adelante, STSJ- Cataluña de 27 septiembre 2011 (JUR 375409), f. d. 2º.

jurisprudencial⁶ -a falta de jurisprudencia en este aspecto- en un giro copernicano impulsa un nuevo principio: el de la complementariedad entre las normas laborales y administrativas. Bien es cierto que ese principio se circunscribe, en teoría, al limitado campo de las condiciones de trabajo enumeradas en el art. 51 EBEP.

De esta guisa, con ocasión de saber si el horario más flexible previsto para el personal funcionario puede extenderse al personal laboral, la respuesta de los tribunales⁷ fue que el principio de complementariedad no supone tomar lo mejor de las dos normas en conflicto, porque ello sería tanto como admitir la técnica del "espiguelo" interdicta desde hace tiempo, y no solo en el ámbito de las disposiciones heterónomas –en alusión a los convenios colectivos. Esta precisión nos llevaría a entender que, entonces, la complementariedad deriva en la aplicación del principio de la norma más favorable (art. 3.3 ET), pero, apuntan los tribunales, sólo en el caso de que el conflicto se suscitase entre el EBEP y un convenio. Si bien, esta solución no es de recibo dado que el principio de jerarquía normativa (art. 9 CE) impide dar prioridad de aplicación a la norma de inferior rango –convenio colectivo- incluso en el supuesto de que fuese más favorable que la de rango superior -EBEP; y, además, porque el conflicto que se plantea no se sustancia entre normas de diferente rango –EBEP y convenio-, sino entre las que tienen el mismo –EBEP y ET.

Grosso modo, la doctrina jurisprudencial no aclara qué es la complementariedad y la reconduce de forma equivocada al principio de la norma más favorable. En mi opinión, la reconducción que la lógica impone es hacia la aplicación de la ley especial, si bien por la que parecen apostar los tribunales se ordena en traer a colación cualquier otro principio oportunamente rescatado del ordenamiento jurídico en apoyo de la solución más beneficiosa para la Administración.

Por ejemplo, esto es lo que ocurre con la determinación de la jornada máxima semanal. Sobre la base del citado art. 51 EBEP, según el cual la jornada se fijará conforme a sus disposiciones y a la legislación laboral, las Comunidades Autónomas pueden determinar la de su personal laboral y aumentarla superando, incluso, la duración máxima legal de 40 horas semanales prevista en el art. 34 ET. La justificación

⁶ Es la que procede de los Tribunales Superiores de Justicia –TSJ-, máximo órgano jurisdiccional de cada Comunidad Autónoma que se someten a las decisiones del Tribunal Supremo, pues sólo las sentencias de éste constituyen jurisprudencia.

⁷ STSJ Galicia de 9 noviembre 2012 (JUR 395155).

de tal extravío se halla en el art. 149.1.7º CE, quien concede al Estado –y no a las Comunidades Autónomas- competencia exclusiva en materia de legislación laboral, motivo por el que ellas deben respetar el máximo legal del mencionado art. 34 ET. Entonces, cabe preguntarse cómo es posible que el art. 51 EBEP no resulte en este extremo inconstitucional por vulnerar lo dispuesto en el art. 149.1.7º CE. La respuesta⁸ ha consistido en impedir la aplicación de éste último precepto cuando se trata de fijar el régimen jurídico de las condiciones de trabajo de los empleados de las Administraciones autonómicas, porque "si no lo entendiéramos así, resultaría que el Estado tendría que fijar la duración de la jornada de todos y cada una de las Administraciones públicas, lo cual difícilmente parece admisible"⁹. En este sentido, el principio de complementariedad se emplea aquí para resolver un falso conflicto de competencia¹⁰ a favor de quien, según la CE, no la tiene. En otras palabras, la complementariedad como cauce para encontrar la solución más conveniente en cada caso, invocando a gusto otros principios del ordenamiento jurídico.

2. RELACIÓN ENTRE LA LEY ADMINISTRATIVA Y EL CONVENIO COLECTIVO

El respeto a la ley laboral especial ha de ser total, o sea, referido al bloque de fuentes que regula esta parcela del ordenamiento jurídico: la ley, en sentido formal y material, tal y como se ha visto, los convenios colectivos, que ocupan ahora la atención, y el contrato de trabajo sobre el que se volverá más tarde.

De este modo, el convenio colectivo ostenta el segundo puesto del orden de fuentes, lo que le obliga a respetar lo prevenido en la ley y en la potestad reglamentaria. En los conflictos entre ley y convenio rige, por tanto, el principio de jerarquía normativa, que se resuelve a favor de la primera. La cuestión es si tal principio se aplica siempre y en todo caso frente a cualquier ley –ley general- o si, por el contrario, el carácter del convenio colectivo en tanto que fuente de una rama especial del ordenamiento jurídico hace que sólo se encuentre sometido a aquél principio con

⁸ STSJ Madrid de 17 abril 2012 (AS 944), f. d. 11º.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Se hace referencia a los litigios entre el Estado y las CC.AA. y viceversa, sobre a quién corresponde la titularidad de los poderes públicos.

relación a la ley especial superior. En otras palabras, en materia de condiciones de trabajo, el convenio colectivo se ubica por debajo en la jerarquía normativa de cualquier ley o, en concreto, del ET y/o del EBEP.

En puridad, el sometimiento jerárquico del convenio se ha de entender con relación a la ley especial, pues ella es la que fija el régimen jurídico del contrato de trabajo y de sus condiciones hasta el extremo de impedir que los convenios colectivos puedan disponer de mínimos de derecho, ni de derecho necesario absoluto (art. 3.5 ET). La jurisprudencia no apoya, sin embargo, esta posición, como se verá a continuación.

2.1. La ilegalidad de las cláusulas convencionales que determinen un montante de las retribuciones superior al fijado por ley

Conocido como tope salarial de los empleados públicos, sendas sentencias de Tribunal Constitucional –SSTC- 63/1986, de 21 mayo¹¹, y 96/1990, de 24 mayo¹², sostienen que el principio de jerarquía normativa reconocido en el art 9.3 CE impide que los acuerdos relativos a la retribución del personal laboral de las Administraciones públicas alcanzados mediante pacto o convenio colectivo permanezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley. Con el fin de permitir a la Administración limitar la autonomía colectiva, esto es, imponer el tope salarial previsto en la correspondiente ley anual de presupuestos del Estado sobre las cláusulas retributivas de las normas colectivas, se invoca la unidad del ordenamiento jurídico.

Entre sus consecuencias, se aprecia el respeto por parte de la norma pactada del derecho necesario establecido por ley, por cualquier ley. Ésta, a su vez y en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede introducir límites a la negociación colectiva –incluso, desplazarla o suspenderla- y, de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan por tanto excluidas de tal negociación.

Para reforzar esta posición, también se acude a la invocación de la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (art 149.1.13º CE), que cabe utilizarla para la contención de los elementos esenciales del gasto público, entre los que

¹¹ BOE de 13 junio.

¹² BOE de 20 junio.

se encuentra las retribuciones de los empleados. De modo y manera que la contención del gasto lo es también de la estrategia y contenidos de la negociación colectiva.

2.2. La reducción por imperativo legal del montante de las retribuciones fijado en las cláusulas convencionales

Pártase de que un convenio colectivo respete de por sí los topes fijados en la ley de presupuestos del Estado, pese a lo cual el importe de las retribuciones en el establecido resulta igualmente reducido por vía legal, lo que encierra, según mi criterio, una ilicitud, que no ilegalidad, más intensa que la de las cláusulas convencionales que fijan retribuciones con importe superior al determinado por ley. En particular, se alude al Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, cuyo art. 22.4 dispone: "*La masa salarial del personal laboral del sector público (...) experimentará la reducción consecuencia de la aplicación a este personal, con efectos de 1 de junio de 2010, de una minoración del 5 por ciento de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación ...*"

En el ámbito del Derecho del Trabajo, esa decisión de la Administración se encuadra en la figura conocida por "inaplicación del convenio colectivo"¹³ (art. 82.3 ET), para cuya adopción se exige, entre otros requisitos, la celebración de un período de consultas en el que las partes (empresa/administración y representantes de los trabajadores) negocian con vistas a alcanzar un acuerdo o a sustituirlo por una mediación o un arbitraje.

Huelga cualquier comentario sobre que nada de ello se ha respetado con la aprobación de la reducción de las retribuciones de los empleados públicos por imperativo legal. Entonces, procede indagar cómo se articula la relación entre ley administrativa no especial y convenio colectivo para que sea conforme a derecho.

Pues bien, en esta sede no jugaría, según mi criterio, el principio de complementariedad entre las normas administrativas y las laborales, toda vez que el propio art. 51 EBEP (si se relacionado con el mentado art. 7) ciñe su uso, tal y como ya

¹³ Su régimen jurídico se introduce por la Ley 3/2012, de 7 julio, pues antaño se trataba de una simple cláusula de descuelgue salarial.

se ha precisado, a determinadas materias entre las que no se encuentran las retribuciones. Descartado, por consiguiente, lo anterior cabría proceder a la invocación del principio de la especialidad, lo que determinaría la aplicación del art. 82.3 ET frente al Real Decreto-Ley 8/2010. Pero no, esa no es la solución de los tribunales.

El Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre la cuestión aunque sí ha tenido ocasión de hacerlo, razón por la cual se cuenta con la doctrina procedente de los Tribunales Superiores de Justicia. Dicha doctrina apela, de un lado, al reiterado y denostado principio de complementariedad¹⁴, traído a colación de forma extraordinaria pues no hay norma legal que, al menos expresamente, habilite su empleo para este caso. Con ello, se atribuye al Real Decreto-Ley 8/2010 la función de desplazar por completo y de modo implícito al ET, además de entablar un régimen de delegaciones directo con la negociación colectiva. De todo lo cual se infiere que la norma administrativa extraordinaria puede permitir a los interlocutores sociales la forma de distribuir la reducción salarial –reducción que opera *ope legis*- o, por el contrario, puede ella misma asumir tal competencia.

Y, de otro, a un alegato jurídico de bajo nivel¹⁵, cual es sostener que el art. 82.3 ET sólo se refiere a la modificación de condiciones de trabajo –entre ellas, las retribuciones- por iniciativa unilateral de la empresa/administración. En el presente caso, la decisión no es adoptada directamente por la Administración, sino que trae causa inmediata en una ley (Real Decreto-Ley 8/2010), y, por lo mismo, no precisa respetar el procedimiento previsto en el citado art. 82.3 ET¹⁶. En diferentes palabras, se acude a la idea de la "legislación extraordinaria", que desplaza la ordinaria de cualquier rama del ordenamiento jurídico, pero no se repara en que aquélla tiene una naturaleza absolutamente temporal y un fin absolutamente preciso: sea, tal vez, coadyuvar a la superación de la crisis económica.

Nada es todavía concluyente dado que, como ya se adelantó, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el espinoso y decisivo tema de la prelación entre las normas administrativas y las laborales. Difícil tenía, en realidad, el no pronunciarse,

¹⁴ STSJ Galicia 30 septiembre 2011 (AS 2540).

¹⁵ STSJ Castilla-León (Burgos) de 5 julio 2012 (AS 1957).

¹⁶ Este argumento fue utilizado ya por la jurisprudencia con ocasión de la aprobación de la jornada laboral semanal de 40 horas (Ley 4/1983, de 29 junio), cuando la establecida en las Administración era de 37 horas.

pero lo consiguió en su sentencia de 5 marzo 2012¹⁷, al resolver en contra del recurrente, que era un empleado público, y estimar conforme a derecho la reducción de un 5% del montante de la retribución. Su argumentación se apoyó en la imputación individual de los derechos que asisten a los empleados públicos. De esta guisa, afirmó que "la potestad autoorganizatoria de la Administración únicamente puede suponer la modificación, en aras del interés público, de ciertas expectativas futuras de los trabajadores a su servicio pero no la abrogación de derechos subjetivos consolidados". El propio recurrente había forzado esta argumentación desde el momento en que arguyó que el Real Decreto-Ley 8/2010, al vedar los derechos económicos de los funcionarios reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la ley de presupuestos del Estado, había vulnerado el art. 33.3 CE, a cuyo tenor: "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes". Tirando del mismo hilo argumental, el Máximo Tribunal afirma justamente que, con la reiterada reducción salarial, no se ha atacado, en modo alguno, derechos adquiridos, pues ella operó desde el 1 junio 2010 con relación a mensualidades no devengadas porque no se habían prestado los servicios y, por tanto, no pertenecían a los trabajadores. Y, de ahí, la desestimación del recurso¹⁸.

Paradójica es, en cambio, la posición del mismo Tribunal en su sentencia de 13 marzo 2012¹⁹, pegada a la ley especial: la laboral. El supuesto enjuiciado se refería a la disposición adicional 9^a Real Decreto-Ley 8/2010, que excluía de la reducción del 5% del importe de la retribución a todos los empleados –siempre que no fueren directivos– de una serie de sociedades mercantiles de capital público, alguna de las cuales aparece directamente mencionadas (RENFE, Iberia) y otras no. Esta exclusión no actuaría, sin embargo, si por negociación colectiva las partes hubiesen decidido la aplicación de la reducción. En aras de la consecución de la aplicación de esta excepción, la Administración solicita al órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre el alcance de la expresión "negociación colectiva". El motivo de la pregunta se halla en que alguna de

¹⁷ RJ 4904.

¹⁸ No es posible dejar de preguntar al Tribunal Supremo: 1) ¿Acaso no es necesario la consignación del importe anual de la retribución de todos los empleados de las Administraciones públicas?; y 2) En todo caso, ¿no habría una expectativa de derecho? y ¿la expectativa en derecho carece de valor jurídico en el ámbito administrativo?

¹⁹ RJ 5426.

esas empresas había celebrado un proceso negociador con los representantes de los trabajadores para no aplicar el régimen salarial previsto en el convenio colectivo, si bien no habían alcanzado un acuerdo. Deseaba, pues, la Administración que el susodicho proceso negociador tuviese el valor de "negociación colectiva". Empero el Máximo Tribunal puso cota a la incertidumbre jurídica del momento expresando que "la disposición adicional novena del RDL 8/2010 no se refiere al cumplimiento de un requisito de posible adopción de acuerdos, sino que vincula el concepto de negociación colectiva a un resultado", es decir, a un convenio o pacto colectivo, inexistente en el caso litigioso²⁰.

Asistimos, evidentemente, a una aplicación de la normativa laboral intermitente, sin criterio, sin ajustarse a los principios que instruyen el propio Derecho del Trabajo y, lo que es peor, casi siempre a favor de los intereses de la Administración. Desde este punto de vista, carece de sentido el pensar que los órganos jurisdiccionales se van a pronunciar sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo y aquél otro Derecho ya que no aprecian un conflicto entre ambos; en su lugar, el primero ha absorbido al segundo y lo ha manipulado a su conveniencia.

2.3. La suspensión del convenio colectivo

El desprecio absoluto a la fuente convencional no viene, sin embargo, de la mano del juego de principios entre ley y convenio, sino de la suspensión del convenio colectivo.

El art. 32 EBEP, tras la reforma efectuada por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, tras asegurar el "cumplimiento" de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, permite que de forma excepcional "y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público".

²⁰ F. d. 4º.

Procede la disposición adicional 2^a a especificar qué una causa grave de interés público equivale a una "alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público". O sea, de una causa exógena al convenio se hace depender su aplicación²¹.

3. RELACIÓN ENTRE LA LEY ADMINISTRATIVA Y EL CONTRATO DE TRABAJO

El respeto a la tercera fuente del Derecho del Trabajo sufre los mismos vaivenes que el del convenio colectivo. Criterios de pura conveniencia apuntan a aplicar la normativa laboral estricta o a exceptuarla por la condición singular del empleador: la Administración. Esta táctica ya procede de dos décadas atrás. La célebre sentencia del Tribunal Supremo de 18 enero 1998²² por la que se distinguía entre trabajador con un contrato de trabajo indefinido y el que tenía un contrato de trabajo fijo inició una senda de pronunciamientos favorables a aquélla que, en la actualidad, continúa si cabe más remarcada por la situación económica que se vive y la imposición de reducción del déficit público.

Son prueba de lo dicho, en primer lugar, la admisión de una causa no prevista en la legislación laboral para la celebración de un contrato de trabajo por la Administración. El contrato eventual, con una duración máxima de 6 meses y a celebrar si existe una imprevisible acumulación de tareas en la empresa (art. 15.1 ET), se utiliza por la Administración en caso de "insuficiencia de plantillas" por reducción de ésta como consecuencia, por ejemplo, de un expediente de regulación de empleo. La razón²³ se encuentra en que la provisión de puestos de trabajo no se puede hacer de forma

²¹ Se reproduce el art. 16 Real Decreto Ley 20/2012, a cuyo tenor: "Se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público definido en el artículo 22 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos generales del Estado, suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título".

²² Recurso núm. 4982/1998.

²³ STSJ Cataluña de 15 abril 2011 (AS 1842).

precipitada, sino reglamentaria, lo que implica contar con un período de tiempo dilatado que sería innecesario en caso de acudir a la legislación laboral.

En segundo término, la autorización del despido colectivo en la Administración pública, nacida de la jurisprudencia²⁴, adquiere rango legal con la promulgación de la mencionada Ley 3/2012, que incorpora una nueva disposición adicional, la 20^a, al ET. Carente de ánimo de lucro, la Administración no se adaptaba bien a una causa económica y con esa disposición adicional se le crea una específica y a su medida, definida en los siguientes términos: "una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes". Sea como fuere, "se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos" En estos casos, "tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto".

Y, en último término, con el despido disciplinario. En el régimen del art. 55 ET, este tipo de despido si es calificado judicialmente como improcedente, o sea, no conforme a derecho, obliga al empresario a optar entre la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización. En este punto, en donde tampoco actúa el principio de complementariedad, el art. 97 EBEP no da tal opción a la Administración que, por imperativo legal, debe readmitir a los trabajadores si son fijos –no a los indefinidos ni a los temporales. Situación ventajosa para el colectivo, que la doctrina jurisprudencial²⁵ justifica por la aplicación del principio de especialidad en beneficio del Derecho Administrativo. Se dice: "Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan. Con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia ley la que establece esta consideración especial en atención a las razones a que se ha hecho referencia".

Por el contrario, se evita la legislación laboral en otros casos, como en los relacionados con el contrato de relevo. Previsto en el art. 12.7 ET, se debe concertar

²⁴ STSJ Madrid de 29 octubre 2012 (AS 152).

²⁵ STSJ Castilla-León (Burgos) de 16 marzo 2011 (AS 1116).

obligatoriamente si el jubilado reduce su jornada de trabajo entre el 25 y el 50%. En caso de reducirla hasta un 75%, dicho contrato no sería necesario. Dice, no obstante, el órgano jurisdiccional²⁶ que el art. 67 EBEP desplaza en este punto al ET (¿se trata de una nueva aplicación del principio de complementariedad?) y la Administración puede imponer siempre la celebración de dicho contrato de relevo.

En fin, pese a que también la doctrina jurisprudencial²⁷ había extendido la suspensión del contrato de trabajo por problemas económicos, técnicos, organizativos o de producción, al ámbito del empleo público, la disposición adicional 21^a del ET (introducida por la Ley 3/2012) la prohíbe, salvo para las entidades de derecho público que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado. Se esgrime que razones vinculadas a las "necesidades del servicio" hacen de muy difícil traslación al ámbito administrativo la figura laboral. Posición contradictoria pues la misma Ley no pone en duda la adaptación a ese ámbito administrativo del despido colectivo o de la suspensión del convenio colectivo por razones económicas en ambos casos.

4. CONCLUSIÓN

A estas alturas, me imagino que la pregunta formulada al comienzo de la intervención ya ha sido resuelta o debiera haberlo sido si no he fracasado en el intento. Se trataba de si la jerarquía de fuentes del Derecho del Trabajo es respetada cuando la Administración pública actúa como empleadora. Mi respuesta ha de ser negativa y cuenta como razón principal, no coyuntural, que dicha Administración, en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, ni individual, ni colectiva (STC 161/1991, de 28 julio²⁸). De este modo, los otros principios de especialidad, complementariedad, carácter extraordinario de la norma, juegan en ella un rol de mantenimiento del poder del que está imbuida en donde el componente humano se precipita a la nada, por la ausencia tanto del ánimo de lucro, cuanto de la valoración del trabajador como un coste más de la producción.

²⁶ STSJ Madrid de 18 febrero 2011 (AS 1039), f.d. 10º.

²⁷ STSJ Cataluña de 27 septiembre 2011 (JUR 375409), f.d. 2º.

²⁸ BOE de 9 agosto.

El ejercicio de sus potestades por la Administración no ha permitido la coexistencia del Derecho Administrativo de la función pública y del Derecho del Trabajo. Éste no es aceptado por aquél como una rama autónoma del ordenamiento jurídico y los órganos jurisdiccionales han colaborado en ello. En contraprestación, sí existen unas normas laborales que rigen para el personal asalariado de la Administración pública pero que no constituyen un *corpus*, sino una amalgama con principios y bases de diferente procedencia que conducen a la inseguridad jurídica y al servilismo. Así, el fenómeno se reduce a la aplicación de normas de origen laboral que se han contaminado y que han perdido su esencia bajo la égida del Derecho administrativo, lo que merece la crítica más dura.

5. BIBLIOGRAFÍA

DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Vol. I, Madrid, 2008.

VILLAR PALASÍ, J. L., "Más sobre las antinomias" en el vol. *Luis Jordana de Pozas. Creador de la Ciencia Administrativa*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

